A/CN.4/SER.A/1994/Add.1 (Part 1)

ANNUAIRE DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

1994

Volume II
Première partie

Documents de la quarante-sixième session

NATIONS UNIES

A/CN.4/SER.A/1994/Add.1 (Part 1)

ANNUAIRE DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

1994

Volume II
Première partie

Documents de la quarante-sixième session

NATIONS UNIES
New York et Genève, 2000

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... 1992*).

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

Volume I : comptes rendus analytiques des séances de la session;

Volume II (1re partie) : rapports des rapporteurs spéciaux et autres documents examinés au cours de la session;

Volume II (2e partie) : rapport de la Commission à l'Assemblée générale.

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

*

* *

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

A/CN.4/SER.A/1994/Add.1 (Part 1)

PUBLICATION DES NATIONS UNIES

Numéro de vente : F.96.V.2 (Part 1)
ISBN 92-1-233291-9

Édition complète de deux volumes :
ISBN 92-1-233293-5

ISSN 0497-9877

TABLE DES MATIÈRES

Pages

Abréviations et sigles iv

Note concernant les citations v

Nomination à des sièges devenus vacants (article 11 du statut) [point 1 de l'ordre du jour]

Document A/CN.4/456. — Note du Secrétariat 1

Responsabilité des États (point 3 de l'ordre du jour)

Document A/CN.4/461 et Add.1 à 3. — Sixième rapport sur la responsabilité des États, par M. Gaetano Arangio-Ruiz, rapporteur spécial 3

Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (point 4 de l'ordre du jour)

Document A/CN.4/458 et Add.1 à 8. — Observations des gouvernements sur le rapport du Groupe de travail sur un projet de statut pour une cour criminelle internationale..... 23

Document A/CN.4/460. — Douzième rapport sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, par M. Doudou Thiam, rapporteur spécial..... 103

Droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (point 5 de l'ordre du jour)

Document A/CN.4/462. — Deuxième 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 119

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (point 6 de l'ordre du jour)

Document A/CN.4/459. — Dixième 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 137

Répertoire des documents de la quarante-sixième session 159

ABRÉVIATIONS ET SIGLES

AIEA	Agence internationale pour l'énergie atomique
CDI	Commission du droit international
CEE	Commission économique pour l'Europe
CIJ	Cour internationale de Justice
FAO	Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture
ILA	Association de droit international
OACI	Organisation de l'aviation civile internationale
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
ONU	Organisation des Nations Unies
PNUD	Programme des Nations Unies pour le développement
PNUE	Programme des Nations Unies pour l'environnement
UNITAR	Institut international pour l'unification du droit privé

*
* *

Nations Unies, *Textes législatifs...*	Série législative des Nations Unies, *Textes législatifs et dispositions de traités concernant l'utilisation des fleuves internationaux à des fins autres que la navigation* (numéro de vente : 63.V.4)

*
* *

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 langue étrangère sont des traductions du Secrétariat.

NOMINATION À DES SIÈGES DEVENUS VACANTS (ARTICLE 11 DU STATUT)

[Point 1 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/456

Note du Secrétariat

[Original : anglais]
[10 janvier 1994]

1. À la suite de l'élection le 10 novembre 1993, de M. Abdul G. Koroma et de M. Jiuyong Shi comme juges à la Cour internationale de Justice, deux sièges sont devenus vacants à la Commission du droit international.

2. En pareil cas, l'article 11 du statut de la Commission s'applique. Cet article stipule :

> En cas de vacance survenant après élection, la Commission pourvoit elle-même au siège vacant, en tenant compte des dispositions contenues dans les articles 2 et 8 ci-dessus.

Les articles 2 et 8, auxquels renvoie l'article 11, disposent :

Article 2

> 1. La Commission se compose de trente-quatre membres, possédant une compétence reconnue en matière de droit international.
>
> 2. Elle ne peut comprendre plus d'un ressortissant d'un même État.
>
> 3. En cas de double nationalité, un candidat sera considéré comme ayant la nationalité du pays dans lequel il exerce ordinairement ses droits civils et politiques.

Article 8

> À l'élection, les électeurs auront en vue que les personnes appelées à faire partie de la Commission réunissent individuellement les conditions requises, et que, dans l'ensemble, la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde soit assurée.

3. Le mandat des deux membres qui seront élus par la Commission expirera à la fin de l'année 1996.

RESPONSABILITÉ DES ÉTATS

[Point 3 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/461 et Add.1 à 3*

Sixième rapport sur la responsabilité des États, par M. Gaetano Arangio-Ruiz, rapporteur spécial

[Original : anglais]
[19 et 26 avril,
14 juin et
21 juillet 1994]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	*Pages*
INTRODUCTION	1-5	4
Chapitres		
I. ÉVALUATION DES DISPOSITIONS DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS APPLICABLES PRÉALABLEMENT AUX CONTRE-MESURES ENVISAGÉES JUSQU'ICI POUR LE PROJET D'ARTICLES SUR LA RESPONSABILITÉ DES ÉTATS	6-93	5
A. Formulation adoptée en 1993 par le Comité de rédaction pour l'article 12 de la deuxième partie du projet	6-47	5
1. Alinéa *a* du paragraphe 1	6-32	5
2. Alinéa *b* du paragraphe 1	33-37	9
3. Paragraphe 2	38-42	10
4. Paragraphe 3	43-44	11
5. Principales lacunes du libellé de l'article 12 adopté par le Comité de rédaction en 1993	45-47	11
B. La question cruciale de l'exigence du recours préalable à des procédures de règlement des différends	48-61	12
C. Autres aspects importants des moyens de règlement des différends préalables aux contre-mesures à prendre en considération dans l'article 12 de la deuxième partie	62-81	15
1. Emploi des termes « avoir épuisé » « toutes », et « disponibles »	63-64	15
2. Emploi de l'expression « communiqué à temps »	65	16
3. Exceptions à l'exigence du « recours préalable à des procédures de règlement des différends »	66	16
4. Emploi de l'expression « réponse satisfaisante »	67-68	16
5. Quelques observations sur la nécessité de faire preuve de souplesse	69-72	17
6. La question importante des mesures conservatoires	73-81	17
D. Propositions du Rapporteur spécial concernant les articles 11 et 12 de la deuxième partie du projet	82-93	18
II. PRINCIPALES QUESTIONS À EXAMINER LORS DU PROCHAIN DÉBAT SUR LES CONSÉQUENCES DES FAITS INTERNATIONALEMENT ILLICITES QUALIFIÉS DE CRIMES AUX TERMES DE L'ARTICLE 19 DE LA PREMIÈRE PARTIE DU PROJET	94-113	20
A. Peut-on définir les crimes ?	96-98	20
B. À supposer qu'on puisse dégager une définition acceptée, à qui appartiendra-t-il de déterminer qu'un « crime » a été commis ?	99-101	20
1. Les crimes comme l'agression	100	21
2. Les autres crimes	101	21
C. Quelles sont les conséquences possibles d'un constat de crime ?	102-113	21

* Incorporant les documents A/CN.4/461/Add.2/Corr.1.

Chapitres	*Paragraphes*	*Pages*
1. Recours disponibles et faculté de recourir à des contre-mesures	103-105	21
a) Recours disponibles	103-104	21
b) Faculté de recourir à des contre-mesures	105	21
2. Conditions dans lesquelles tous les États, et non seulement l'État victime, pourraient, en cas de crime, être autorisés à exercer des recours ou à recourir à des contre-mesures	106-109	22
3. Exclusion possible des crimes du champ d'application des dispositions sur les circonstances excluant l'illicéité	110	22
4. Obligation générale de ne pas reconnaître les conséquences d'un crime	111	22
5. Obligation générale de ne pas aider l'État « criminel » et de prêter assistance à la victime	112-113	22

Introduction

1. Le présent rapport traite un certain nombre de questions touchant les dispositions relatives au règlement des différends figurant dans les deuxième et troisième parties du projet d'articles sur la responsabilité des États, conformément à l'orientation que la Commission a adoptée depuis ses trente-septième (1985) et trente-huitième sessions (1986). On se reportera aux choix importants faits lors des débats qui ont eu lieu en 1985 et 1986 puis en 1992 et 1993 sur la question[1], et en particulier aux décisions de la Commission de renvoyer au Comité de rédaction d'abord le projet d'article 10 de la deuxième partie[2] et les projets d'articles 1 à 5 et l'annexe de la troisième partie[3] élaborés par le précédent Rapporteur spécial, puis le projet d'article 12 de la deuxième partie[4] et les projets d'articles 1 à 6 et l'annexe de la troisième partie élaborés par l'actuel Rapporteur spécial[5].

2. L'article 12 de la deuxième partie formulé par le Comité de rédaction à la quarante-cinquième session se lisait comme suit :

Article 12. — Conditions liées au recours à des contre-mesures

1. Un État lésé ne peut pas prendre de contre-mesures à moins :

***a*) de recourir à une procédure de règlement des différends [obligatoire/par tierce partie] que l'État lésé et l'État auteur du fait internationalement illicite sont l'un et l'autre tenus d'utiliser en vertu d'un traité pertinent auquel ils sont parties; ou**

***b*) en l'absence d'un tel traité, d'offrir une procédure de règlement du différend [obligatoire/par tierce partie] à l'État qui a commis le fait internationalement illicite.**

2. Le droit de l'État lésé de prendre des contre-mesures est suspendu dans les cas et dans la mesure où une procédure de règlement du différend [obligatoire] convenue est appliquée de bonne foi par l'État auteur du fait internationalement illicite, sous réserve que ledit fait ait cessé.

3. Le défaut de l'État auteur du fait internationalement illicite de se conformer à une demande ou à une injonction émanant de la procédure de règlement du différend met fin à la suspension du droit de l'État lésé de prendre des contre-mesures.

Toutefois, après avoir procédé à une étude plus approfondie de la question, et notamment à une réévaluation de certaines carences de la formulation qu'il avait lui-même initialement proposée pour l'article 12, le Rapporteur spécial estime qu'il pourrait être utile de réexaminer certaines des questions qui ont été abordées, ou ont été laissées de côté, dans le cadre de la reformulation élaborée par le Comité de rédaction en 1993. Ceci pour tenir compte tant des problèmes que cette formulation laisse sans solution — trop de dispositions clefs demeurent entre crochets — que des problèmes découlant de la relation entre l'article 12 de la deuxième partie et la troisième partie proposée en 1993.

3. La relation entre les obligations de règlement préalables aux contre-mesures énoncées à l'article 12 et les obligations de règlement postérieures aux contre-mesures prévues dans la troisième partie a été soulignée en 1993 par certains membres du Comité de rédaction[6], qui estimaient qu'en fait il serait préférable d'examiner l'article 12 en même temps que la troisième partie. Néanmoins, le Comité de rédaction n'a pu, en 1993, procéder

[1] Pour le résumé des débats de la CDI, voir *Annuaire... 1985*, vol. II (2e partie), par. 108 à 163, *Annuaire... 1986*, vol. II (2e partie), par. 40 à 65, *Annuaire... 1992*, vol. II (2e partie), par. 105 à 276, et *Annuaire... 1993*, vol. II (2e partie), par. 193 à 335. Pour un rappel détaillé de ses travaux sur ce sujet, voir *Annuaire... 1985*, vol. I, 1890e à 1902e séances, *Annuaire... 1986*, vol. I, 1952e à 1956e séances, *Annuaire... 1992*, vol. I, 2265e à 2267e, 2273e à 2280e, 2283e, 2288e et 2289e séances, et *Annuaire... 1993*, vol. I, 2305e à 2310e, 2314e à 2316e et 2318e séances.

[2] Voir *Annuaire... 1990*, vol. II (2e partie), par. 321; pour le texte du projet d'article 10 de la deuxième partie, ibid., p. 81, note 291.

[3] Voir *Annuaire... 1986*, vol. II (2e partie), par. 63; pour le texte des articles 1 à 5 et de l'annexe de la troisième partie, ibid., vol. II (1re partie), p. 1, doc. A/CN.4/397 et Add.1, chap. I, sect. A.

[4] Voir *Annuaire... 1992*, vol. II (2e partie), par. 119; pour le texte de l'article 12 proposé par le Rapporteur spécial, ibid., vol. II (1re partie), p. 1, doc. A/CN.4/444 et Add.1 à 3, par. 52.

[5] Voir *Annuaire... 1993*, vol. II (2e partie), par. 205; pour le texte des projets d'articles 1 à 6 et de l'annexe de la troisième partie, ibid., notes 116, 117, 121à 123 et 125.

[6] *Annuaire... 1993*, vol. II (2e partie), par. 257.

ainsi du fait que le projet de la troisième partie ne lui a été renvoyé que plus tard. De fait, l'article 12 de la deuxième partie et les dispositions de la troisième partie sont à la fois fonctionnellement distincts et liés entre eux et il n'est pas exclu qu'il y ait eu un malentendu au Comité de rédaction en 1993 quant au rôle de l'article 12 (par opposition à celui de la troisième partie). En 1994, le Comité de rédaction sera saisi des projets d'articles de la troisième partie et il sera ainsi mieux à même d'examiner en même temps les deux séries de dispositions.

4. Étant donné que, à sa quarante-cinquième session, la Commission n'a pas examiné les conséquences des « crimes » internationaux des États envisagés à l'article 19 de la première partie du projet [7], le Rapporteur spécial n'a pas encore pu bénéficier des indications qu'il comptait recevoir de la Commission sur nombre des questions difficiles abordées dans le chapitre II de son cinquième rapport [8]. Il a toutefois l'intention d'aborder brièvement ces questions dans le chapitre II du présent rapport.

5. Le présent rapport comporte deux chapitres. Le chapitre premier est consacré à une réévaluation des solutions envisagées jusqu'ici pour les dispositions relatives au règlement des différends applicables préalablement aux contre-mesures, à savoir l'article 12 tel que formulé par le Comité de rédaction en 1993 et les propositions de l'actuel Rapporteur spécial et de son prédécesseur concernant lesdites dispositions. Le chapitre II, consacré aux conséquences des crimes internationaux visées *supra* au paragraphe 4.

[7] Pour le texte de l'article 19 de la première partie, adopté provisoirement par la Commission, voir *Annuaire... 1980*, vol. II (2e partie), p. 31.

[8] Voir *Annuaire... 1993*, vol. II (1re partie), p. 1, doc. A/CN.4/453 et Add.1 à 3.

CHAPITRE PREMIER

Évaluation des dispositions de règlement des différends applicables préalablement aux contre-mesures envisagées jusqu'ici pour le projet d'articles sur la responsabilité des États

A. — Formulation adoptée en 1993 par le Comité de rédaction pour l'article 12 de la deuxième partie du projet

1. ALINÉA *a* DU PARAGRAPHE 1

6. L'aspect de loin le plus important de la formulation adoptée en 1993 par le Comité de rédaction pour l'article 12 est l'abandon de la caractéristique principale des propositions de 1985, 1986 et 1992, à savoir l'épuisement préalable des procédures de règlement des différends disponibles en tant que condition de la licéité du recours à des contre-mesures. Aux termes de la formulation retenue par le Comité de rédaction en 1993, « un État lésé ne peut pas prendre de contre-mesures à moins : *a*) de recourir à une procédure de règlement des différends [obligatoire/par tierce partie] (...) ». Le projet d'articles ne contenant aucune indication chronologique, il semble qu'il appartienne à l'État qui recourt à des contre-mesures de choisir le moment où il se conforme à la prescription en question. En d'autres termes, le recours à de tels moyens de règlement pourrait très bien accompagner ou suivre, au lieu de précéder, le recours à des contre-mesures[9].

7. La déclaration faite par le Président du Comité de rédaction à la quarante-cinquième session semble de fait autoriser une interprétation moins pessimiste. Selon cette déclaration, le Comité de rédaction « a préféré supprimer toute référence temporelle dans le texte et retenir une formulation qui *met l'accent sur les conditions qui doivent être d'emblée respectées* » pour que le recours à des

[9] La formulation adoptée en 1993 par le Comité de rédaction pour l'article 12 s'écarte ainsi sensiblement des propositions faites par le précédent Rapporteur spécial en 1985 et 1986 et par l'actuel Rapporteur spécial en 1992, toutes deux renvoyées au Comité de rédaction. On se souviendra qu'aux termes de l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 12 proposé en 1992, l'État lésé ne pouvait prendre aucune contre-mesure « avant : *a*) d'avoir épuisé toutes les procédures de règlement amiables disponibles en vertu du droit international général, de la Charte des Nations Unies ou de tout autre instrument relatif au règlement des différends auxquels il est partie » (A/CN.4/444 et Add.1 à 3 [*supra* note 4], par. 52). Les procédures de règlement des différends envisagées comprenaient donc tous les modes de règlement énumérés à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies, des formes les plus simples de négociation aux procédures les plus élaborées de règlement judiciaire.

En généralisant la notion de « procédures disponibles » au lieu de la limiter, comme avait envisagé de le faire le précédent Rapporteur spécial, aux procédures de règlement par tierce partie susceptibles d'être engagées unilatéralement, l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 12 visait à englober les obligations de règlement des différends découlant, pour l'État lésé, de toutes les sources autres qu'une convention sur la responsabilité des États.

D'autre part, la rigueur de cette condition était considérablement atténuée par les exceptions énoncées au paragraphe 2 du même projet d'article, qui prévoyait que la condition de recours préalable aux procédures de règlement des différends ne s'appliquait pas :

« *a*) lorsque l'État qui a commis le fait internationalement illicite ne coopère pas de bonne foi au choix et à la mise en œuvre des procédures de règlement disponibles;

« *b*) aux mesures conservatoires prises par l'État lésé, en attendant qu'un organe international se soit prononcé sur l'admissibilité de ces mesures dans le cadre d'une procédure de règlement par une tierce partie;

« *c*) à toute mesure prise par l'État lésé, si l'État qui a commis le fait internationalement illicite ne respecte pas la mesure conservatoire indiquée par cet organe. »

Pour le Rapporteur spécial, ces exceptions n'ont malheureusement pas été examinées comme elles le méritaient par le Comité de rédaction en 1993. On doit dire la même chose de la condition de « réponse satisfaisante » énoncée à l'article 11 (ibid.). Ces éléments et d'autres,

(Suite de la note page suivante.)

contre-mesures soit licite »[10]. Ceci semble néanmoins être un euphémisme quant à l'effet juridique d'une disposition dans laquelle rien n'est dit au sujet de l'élément temporel. Cette omission serait inéluctablement interprétée comme signifiant que, en ce qui concerne l'article 12, la relation chronologique entre le recours à des contre-mesures et le recours à des procédures de règlement des différends serait indifférente; elle serait laissée à l'appréciation discrétionnaire de l'État prétendument lésé.

8. À l'abandon de la condition préalable du recours à des procédures de règlement des différends, il faut ajouter un autre changement important (par rapport aux deux premières propositions), à savoir : la définition étroite des sources de l'obligation relative au règlement des différends dont l'État lésé doit tenir compte. Les procédures de règlement des différends auxquelles il devrait être recouru seraient, conformément à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 12, celles que les États intéressés sont « *tenus d'utiliser** en vertu d'un traité *pertinent** auquel ils sont parties ».

9. Si l'on s'en tient au sens juridique couramment attaché à la notion de pertinence, on est amené à conclure qu'un traité pertinent s'entend de tout traité en vigueur entre les parties qui les oblige à avoir recours à des moyens amiables, c'est-à-dire à des moyens ne comportant pas de contre-mesures unilatérales. Si tel devait être le cas, l'obligation imprécise découlant de l'exigence de recourir à des procédures de règlement des différends, sans autre précision, deviendrait moins vague, au moins dans son objet, à savoir : les procédures de règlement des différends à utiliser. Celles-ci comprendraient — sous réserve des précisions provisoirement laissées entre crochets et sur lesquelles nous reviendrons plus loin — toutes procédures de règlement des différends que les parties sont tenues d'utiliser en vertu d'un traité relatif au règlement des différends, tel que la Charte des Nations Unies, les accords multilatéraux régionaux relatifs au règlement des différends et, bien entendu, les instruments bilatéraux relatifs à l'arbitrage, à la conciliation ou au règlement judiciaire[11]. Considérant qu'un différend relatif à un fait illicite international serait un différend d'ordre juridique, il est très probable qu'un ou plusieurs de ces traités multilatéraux ou bilatéraux répondraient au critère de la « pertinence ».

10. Toutefois, il ne semble pas que telle ait été l'intention des membres du Comité de rédaction qui ont fait inscrire le mot « pertinent » dans l'alinéa *a* du paragraphe 1. Premièrement, il n'est pas certain que les termes « traité pertinent » s'appliqueraient aussi à la Charte des Nations Unies, qui est, en général, nominalement désignée. Deuxièmement, selon la déclaration du Président du Comité de rédaction (*supra* par. 7), « le terme « pertinent » (qui sera probablement précisé ultérieurement dans le commentaire relatif à l'article avant son adoption en séance plénière) « se réfère *à un traité applicable au domaine auquel se rapportent l'acte illicite et les contre-mesures** »[12]. En d'autres termes, les seuls traités pertinents du point de vue de l'obligation imprécise qui incombe à l'État lésé en matière de règlement des différends seraient ceux dont relève la matière faisant l'objet de l'acte illicite et des contre-mesures en question dans chaque cas concret. Si telle devait être l'interprétation à donner à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 12, l'État lésé serait en droit de ne tenir aucun compte, aux fins du recours à des contre-mesures, non seulement du paragraphe 3 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies et de l'ensemble du Chapitre VI de la Charte, mais aussi de tous les traités généraux relatifs à la conciliation, à l'arbitrage ou au règlement judiciaire en vigueur entre les parties, sans parler des déclarations générales d'acceptation de la juridiction de la CIJ prévues au paragraphe 2 de l'article 26 du Statut de la Cour (clause dite « facultative »). Resteraient seulement les clauses compromissoires inscrites dans les traités applicables au domaine ou à la matière auxquels se rapportent l'acte illicite et les contre-mesures en question. Il est permis de se demander si le Comité de rédaction a vraiment voulu pousser si loin la restriction. Il est vrai que, conformément à l'Article 103 de la Charte, l'obligation relative au règlement des différends prévue au paragraphe 3 de l'Article 2 l'emporterait sur les obligations découlant d'une convention relative à la responsabilité des États. Il serait toutefois extrêmement regrettable que la CDI soumette aux États un projet se prêtant à des interprétations qui le rendrait incompatible avec les dispositions fondamentales de la Charte.

11. La déclaration du Président du Comité de rédaction est, dans un sens très général, une interprétation « faisant foi » de la disposition en question, mais force est de se demander sur quelle base, une fois le texte adopté dans une convention, il pourrait être soutenu, par exemple, qu'un traité général prévoyant le recours obligatoire à la conciliation, à l'arbitrage ou au règlement judiciaire (« obligatoire » signifiant que la procédure peut être engagée par une demande ou requête unilatérale) n'est pas « pertinent » à l'égard d'un différend, uniquement parce qu'il se trouve que le différend est lié à un acte illicite international. La même question pourrait être posée dans le cas où un lien juridictionnel s'appliquant incontestablement au différend relatif à l'acte illicite en question existerait entre l'État présumé lésé et l'État présumé auteur du fait de leur acceptation de la clause facultative du Statut de la Cour internationale de Justice.

(Suite de la note 9.)

qui assurent au texte une certaine souplesse, sont examinés *infra* aux paragraphes 63 et suivants.

Si, au cours du débat qui a eu lieu en 1992, de nombreux membres de la Commission ont estimé que les efforts faits pour renforcer la condition de recours préalable aux moyens de règlement amiable n'étaient pas sans mérite, certains autres ont jugé cette condition trop rigoureuse. Ils étaient en particulier opposés à son extension à toutes les procédures disponibles, et jugeaient la notion de « disponibilité » et le mot « épuisement » trop vagues : sur ces trois points, on pourrait procéder à des ajustements, bien qu'il ne faille pas vider indûment de leur sens le paragraphe 3 de l'article 2 et l'Article 33 de la Charte (tel qu'interprétés, par exemple, dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies [résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, en date du 24 octobre 1970, annexe]). Lesdits points sont examinés ci-après, aux paragraphes 63 et suivants.

[10] *Annuaire... 1993*, vol. I, 2318e séance, par. 14.

[11] La définition des procédures de règlement des différends à utiliser serait ainsi analogue, *mutatis mutandis*, à la définition résultant du terme « disponibles » utilisé à l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 12 proposé par le Rapporteur spécial en 1992.

[12] *Annuaire... 1993*, vol. I (*supra* note 10), par. 11.

12. Considérant, toutefois, que le texte à l'étude a été présenté en ces termes par le Président du Comité de rédaction, on peut difficilement s'attendre à ce que l'idée que le terme « pertinent » doit être interprété dans son sens large pourrait prévaloir en séance plénière, sauf si la question y était réexaminée en profondeur et renvoyée au Comité de rédaction pour qu'il clarifie le texte. Il faudrait aussi clarifier le texte en ce qui concerne une omission manifeste — l'absence de toute référence à la Charte : lacune gênante dans un projet qui émane d'un organe de l'Organisation des Nations Unies.

13. La restriction découlant du terme « pertinent », qui qualifie les traités que l'État lésé doit prendre en considération aux fins de l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 12 adopté par le Comité de rédaction en 1993, serait encore aggravée si l'on acceptait, en particulier, comme « faisant foi », la partie des explications du Président du Comité de rédaction donnée dans le membre de phrase « domaine auquel se rapporte l'acte illicite *et** les contre-mesures ». Si le mot « et » a la signification habituelle, le traité devrait être doublement pertinent : à l'égard de l'acte illicite *et* à l'égard des contre-mesures. Mais alors, qu'en serait-il lorsque « l'acte illicite » et les contre-mesures portent sur des domaines différents ? Considérant que la plupart des contre-mesures n'appartiennent pas à la catégorie des mesures dites de « réciprocité », la possibilité qu'il n'y ait pas coïncidence est loin d'être hypothétique. Qu'arrivera-t-il alors si les deux domaines sont régis par des régimes de règlement différents ? Que se passera-t-il, en particulier, si une clause compromissoire est applicable au domaine ou à la matière sur lequel porte l'acte illicite mais non les contre-mesures, ou vice-versa ? Une fois encore, il est permis de se demander quelle était l'intention derrière le membre de phrase ci-dessus — encore un point qui pourrait être utilement clarifié par le Comité de rédaction à la quarante-sixième session (1994).

14. Si le terme « pertinent » devait être maintenu dans l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 12 que le Comité de rédaction de 1993 a adopté, la future convention sur la responsabilité des États pourrait bien entraîner un affaiblissement considérable, sinon une abrogation partielle, des obligations relatives au règlement amiable des différends existant entre les parties à cette convention.

15. Autoriser le recours à des contre-mesures revient à autoriser le non-respect d'obligations internationales en tant que moyen de forcer une partie à un différend de mettre fin à un fait illicite ou de le réparer, selon le cas. Le faire sans prévoir au moins qu'il faut se conformer d'abord aux instruments en vigueur en matière de règlement des différends reviendrait à mettre en doute, fût-ce indirectement, les obligations découlant de ces instruments. L'entrée en vigueur d'une convention sur la responsabilité des États pourrait alors constituer un recul du droit régissant le règlement amiable et la Commission contribuerait par là, dans ce domaine, à un développement régressif du droit international. Nous reviendrons plus loin sur cette question primordiale[13].

16. Pour revenir à cet aspect encore plus primordial de la formulation proposée par le Comité de rédaction de 1993, qui consiste à abandonner l'obligation de recourir préalablement à des procédures de règlement des différends, l'explication de cet important changement d'optique se trouve dans la déclaration ci-dessus mentionnée, que le Président du Comité de rédaction a faite à la Commission en séance plénière. Après avoir indiqué que la question qui avait « suscité de nombreux débats au Comité de rédaction » était celle de savoir « si l'application d'une procédure de règlement devait nécessairement ou non précéder le recours à des contre-mesures » et avoir ajouté, ce qui est encore plus important, que « la première solution [avait] incontestablement la préférence de nombreux membres du Comité* », le Président a déclaré qu'un autre choix l'avait emporté parce que la solution préférée (c'est-à-dire le recours préalable à une procédure de règlement) risquerait « de susciter plusieurs problèmes », à savoir : *a*) l'exigence du recours préalable « serait injustifiable dans les cas où le fait internationalement illicite se poursuit »; *b*) cette exigence ne tiendrait pas compte du fait que « l'État lésé pourrait devoir prendre des « mesures conservatoires » comme le gel d'avoirs, sans recourir préalablement à une procédure de règlement »; et *c*) il existait, selon « certains membres » du Comité des cas (hormis les mesures conservatoires et la continuation du fait illicite) « où il ne serait pas toujours justifié d'exiger que le recours à une procédure de règlement des différends précède l'exercice de contre-mesures »[14].

17. Puisque ce sont là les raisons qui ont dicté le choix important qui a été fait, il semble approprié, pour bien comprendre le texte, de les examiner de plus près [15].

18. Pour ce qui est du premier point, l'hypothèse du préjudice continu ne devrait pas empêcher d'envisager, en principe, dans le projet sur la responsabilité des États, à la charge de l'État qui se prétend lésé, une obligation de recourir à des procédures de règlement des différends *avant* de prendre des contre-mesures.

19. En premier lieu, toutes les violations des obligations internationales n'ont pas un caractère continu. Même si l'obligation de recours préalable à des procédures de règlement des différends devait être écartée pour les violations de caractère continu — ce qui est moins certain qu'il n'y paraît à première vue —, on voit mal pourquoi elle ne serait pas conservée *au moins* pour les violations n'ayant pas un caractère continu.

20. Deuxièmement, il est loin d'être certain que l'obligation de recours préalable à des procédures de règlement des différends ne puisse être utilement étendue aux violations de caractère continu. Il ne faut pas oublier que, même si l'on parle, par souci de brièveté, de l'« État lésé » et de « l'État qui a commis le fait internationalement illicite », il serait dans tous les cas plus correct de parler de l'État *prétendument* lésé et de l'État qui *aurait* commis le fait internationalement illicite, ou à tout le moins de *penser* en ces termes. Comme il n'existe au départ aucune

[13] Voir *infra* par. 48 à 61.

[14] *Annuaire... 1993*, vol. I (*supra* note 10), par. 14.

[15] On pourrait ainsi être mieux à même de comprendre correctement ce que voulait dire le Président du Comité de rédaction dans la déclaration précitée lorsqu'il décrivait le texte adopté pour l'alinéa *a* du paragraphe 1 comme mettant l'accent « sur les conditions qui doivent être *d'emblée** respectées pour que le recours à des contre-mesures soit licite » (ibid.).

certitude que l'État prétendument auteur a commis ou est en train de commettre un fait illicite, on devrait uniquement parler, jusqu'à ce que la question soit réglée d'une manière ou d'une autre, d'une *prétendue* obligation de cessation et d'une *prétendue* obligation de réparer. Par ailleurs, il n'y a en réalité guère de différence, de ce point de vue, entre la cessation et la réparation; toutes deux font l'objet d'une demande du ou des États qui se prétendent lésés. Ainsi, dans la plupart des cas de violation ordinaire (excepté pour les mesures conservatoires), le recours immédiat à des contre-mesures n'est pas nécessairement plus justifié pour la cessation d'une violation de caractère continu qu'il ne l'est pour la réparation d'une violation qui est terminée. Dans les deux cas, le recours à des contre-mesures doit en principe être précédé non seulement par une demande mais aussi par une tentative de dialogue et éventuellement de règlement amiable. Pour les faits illicites de caractère continu — ainsi que pour ce qui est de la réparation d'urgence en cas de fait illicite très grave —, des mesures conservatoires s'imposent, dont il nous faut maintenant parler.

21. Quoi qu'il en soit de ce qui précède, l'obligation de l'État lésé de recourir au préalable à des moyens de règlement amiable ne doit pas être considérée comme absolue dans tous les cas. Que le prétendu préjudice soit ponctuel ou de caractère continu, une certaine latitude devrait être laissée pour la prise des mesures pouvant être nécessaires pour protéger provisoirement des droits de l'État qui se prétend lésé. Il est vrai que les mesures conservatoires ne sont pas faciles à définir — un point sur lequel nous reviendrons ultérieurement[16] — mais cette difficulté [à laquelle ni le Comité de rédaction ni la Commission elle-même ne se sont attaqués à la quarante-cinquième session (1993)] ne justifiait certainement pas l'abandon — pour l'un et l'autre type de prétendue violation — de toute idée de recours préalable à des procédures de règlement des différends.

22. Comme l'a reconnu le Président du Comité de rédaction dans sa déclaration, le projet d'article 12 proposé en 1992[17] prévoyait bien pour les mesures conservatoires une exception à la règle générale du recours préalable à des procédures de règlement des différends. Le paragraphe 2 du projet d'article disposait que la condition de recours préalable aux procédures de règlement des différends disponibles ne s'applique pas

> *b*) aux mesures conservatoires prises par l'État lésé, en attendant qu'un organe international se soit prononcé sur l'admissibilité de ces mesures dans le cadre d'une procédure de règlement par une tierce partie;
>
> [...]

Selon la déclaration du Président du Comité de rédaction,

> Il est vrai que le Rapporteur spécial a tenu compte de cette hypothèse [la question des mesures conservatoires unilatérales] en prévoyant [...] une exception à la règle générale du recours préalable [...]. Le Comité de rédaction n'a cependant pas jugé opportun de suivre cette démarche en raison du caractère peu précis de la notion de « mesures conservatoires prises par l'État lésé »[18].

On peut toutefois s'étonner que les mesures conservatoires aient été exclues (parce que la notion était vague), mais que, en pratique et comme le montre la déclaration précitée du Président du Comité de rédaction, le Comité ait conservé la notion dans le cadre de son propre raisonnement.

23. De fait, on voit mal comment l'imprécision de la notion de mesures conservatoires peut avoir amené le Comité de rédaction à évacuer le problème des faits illicites de caractère continu en abandonnant la condition du recours préalable à des procédures de règlement des différends. Le flou — déploré et en partie inévitable — de la notion de mesures conservatoires telle qu'utilisée par le Rapporteur spécial ne peut que favoriser la position de l'État prétendument lésé. En effet, plus la notion de mesures conservatoires est vague, plus nombreuses sont les possibilités pour cet État de se prévaloir d'une exception à l'obligation de recours préalable. À supposer que l'on considérât que cela ne fût pas souhaitable, on aurait dû à tout le moins tenter de réduire l'incertitude entourant la notion, mais l'on n'a rien fait pour cela. Il est donc encore plus difficile de comprendre pourquoi, en 1993, le Comité de rédaction a pu être persuadé au contraire qu'il fallait abandonner purement et simplement la condition de « recours préalable », en raison de la trop large portée de l'exception à l'assujettissement des mesures conservatoires à cette condition (en particulier dans le cas d'une violation de caractère continu), pour tous les types de violations.

24. S'agissant de la troisième raison indiquée, on comprend difficilement dans quelles situations, mis à part les faits illicites continus et autres cas appelant des mesures conservatoires, « certains membres » ont estimé qu'« il ne serait pas toujours justifié d'exiger que le recours à une procédure de règlement des différends précède l'exercice de contre-mesures »[19]. Là encore, on voit mal pourquoi, si l'on ne pouvait faire de la condition de recours préalable une règle intangible, l'on n'a pas pu prévoir des exceptions en autorisant des mesures conservatoires peut-être mieux définies ou en autorisant expressément tout type de contre-mesures lorsque l'État prétendument auteur « ne coopère pas de bonne foi au choix et à la mise en œuvre des procédures de règlement disponibles » (comme le prévoyait l'alinéa *a* du paragraphe 2 du projet d'article 12 proposé par le Rapporteur spécial en 1992). On voit mal en quel sens l'approche opposée, celle qui consiste à écarter toute idée de recours préalable à des moyens de règlement amiable en faisant fond exclusivement sur l'appréciation discrétionnaire de l'État qui se prétend lésé, a été jugée inéluctable.

25. Outre qu'elle abandonne l'obligation de recours préalable à des procédures de règlement des différends (envisagée en 1985, 1986 et 1992), la formulation adoptée en 1993 par le Comité de rédaction présente d'autres caractéristiques très importantes sur lesquelles la Commission pourra souhaiter réfléchir.

26. Étroitement liée à l'abandon de l'obligation de recours préalable est la suppression de toute obligation pour l'État qui se prétend lésé d'informer l'État qui aurait commis le fait illicite de son intention d'appliquer des

[16] Voir *infra* par. 73 et suiv.

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

[18] Voir *supra* note 14.

[19] Ibid.

contre-mesures. L'alinéa *b* du paragraphe 1 du projet d'article 12 proposé par le Rapporteur spécial en 1992, qui était une version simplifiée des dispositions très détaillées proposées par le précédent Rapporteur spécial en matière de notification, enjoignait à l'État lésé de ne pas prendre de contre-mesures avant « d'avoir fait part de son intention, à temps et dans les formes requises » à l'État auteur. On peut supposer que le Comité de rédaction n'a pu, faute de temps, examiner ce point en 1993.

27. Un autre point important est que le libellé de 1993, outre qu'il ne définit pas les « traités pertinents », ne précise pas non plus la nature de la procédure de règlement des différends à laquelle un État prétendument lésé devrait avoir recours. Comme l'indique la présence de crochets dans les alinéas *a* et *b* du paragraphe 1 — sans parler, pour le moment, du paragraphe 2 — le texte du Comité de rédaction de 1993 laisse à la Commission le soin de décider de cette question. Plus de trois possibilités peuvent être envisagées.

28. Une possibilité serait que soient envisagées aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 1 *toutes* procédures amiables de règlement des différends, allant des procédures ordinaires de négociation, de médiation et de conciliation à l'arbitrage, au règlement judiciaire et au recours à des organes politiques internationaux ou régionaux. Une deuxième possibilité serait que soient envisagées, dans les mêmes alinéas, uniquement les procédures de règlement *par tierce partie*, comprenant, toutefois, les procédures tant obligatoires que non obligatoires. Cette possibilité comprendrait la conciliation aussi bien que l'arbitrage et le règlement judiciaire. Une troisième possibilité (à en juger d'après les mots entre crochets) serait que soient envisagées aux mêmes alinéas, en tant qu'objet de l'obligation plutôt vague de l'État lésé de recourir à des moyens de règlement amiables, uniquement les procédures *obligatoires* de règlement par tierce partie, c'est-à-dire seulement l'arbitrage et le règlement judiciaire.

29. Ce ne sont toutefois pas là les seules possibilités. Comme l'a fort justement indiqué le Président du Comité de rédaction de 1993 dans sa déclaration, certains membres du Comité de rédaction ont prôné une solution pour l'alinéa *a* et une autre pour l'alinéa *b*. Une telle diversification ouvrirait la voie à plusieurs autres possibilités[20].

30. Pour être brefs, nous nous en tiendrons aux trois principales possibilités. S'il fallait interpréter les alinéas *a* et *b* du paragraphe 1 de l'article 12 au sens large, c'est-à-dire comme visant toutes les procédures de règlement des différends, la liberté d'agir de l'État lésé serait soumise à un degré de restriction relativement proche, *mutatis mutandis*, de celui qui était envisagé dans le projet d'article 12 proposé par le Rapporteur spécial et renvoyé au Comité de rédaction en 1992. *Toute* procédure de règlement des différends, de la simple négociation à toutes les procédures de règlement par tierce partie de caractère judiciaire ou politique, obligatoire ou non obligatoire, ferait partie des moyens amiables de règlement auxquels serait tenu d'avoir recours l'État lésé.

31. Toutefois, deux différences capitales distingueraient encore le libellé du Comité de rédaction de 1993 des textes proposés en 1985, 1986 et 1992, dont il était saisi. L'une est, naturellement, la disparition fondamentale, déjà signalée, de l'obligation d'avoir préalablement recours à des procédures de règlement des différends[21]. L'État lésé resterait libre de déterminer si le recours à des moyens amiables doit précéder, accompagner ou suivre le recours à des contre-mesures. La deuxième différence, tout aussi fondamentale, réside dans le fait que le caractère déjà vague de l'obligation de l'État lésé serait probablement encore accentué par les termes « traité *pertinent* », comme on l'a déjà dit plus haut. L'obligation de l'État lésé pourrait bien ne pas être d'une très grande portée. Elle ne s'appliquerait ni aux moyens prévus par les instruments généraux comme la Charte des Nations Unies ni aux moyens prévus par les traités généraux, bilatéraux ou multilatéraux relatifs au règlement des différends. Le recours préalable, simultané ou ultérieur à ces procédures ne serait obligatoire, selon l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 12 adopté par le Comité de rédaction, que dans la mesure où le prévoirait la clause compromissoire du traité qu'aurait enfreint l'acte illicite et les contre-mesures.

32. L'obligation de recourir à des procédures de règlement des différends serait encore moins stricte si l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 12 adopté par le Comité de rédaction de 1993 devait être interprété, selon la deuxième et la troisième possibilité, comme se référant uniquement à des procédures de règlement *par tierce partie*, ou, pis encore, uniquement à des procédures *obligatoires* de règlement par tierce partie. Si l'on y ajoute la restriction découlant de la proposition selon laquelle seules les procédures prévues par les traités « pertinents », vraisemblablement au sens restreint du terme, sont l'objet de l'obligation de recourir à des procédures de règlement des différends, l'obligation de l'État lésé serait beaucoup plus restreinte que l'obligation que prévoirait la même disposition dans la première possibilité. Elle serait *a fortiori* plus restreinte que l'obligation découlant de l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 12 proposé par le Rapporteur spécial en 1992. Dans la deuxième possibilité, l'État ne serait obligé d'avoir recours qu'à la conciliation, à l'arbitrage ou au règlement judiciaire selon les dispositions des traités « pertinents » (au sens restreint du terme, comme indiqué ci-dessus), et dans la troisième possibilité, il ne serait obligé d'avoir recours qu'à l'arbitrage et au règlement judiciaire selon les dispositions desdits traités « pertinents ».

2. Alinéa *b* du paragraphe 1

33. L'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 12 tel que l'a formulé le Comité de rédaction en 1993 prévoit le cas où il n'existe pas, entre les parties liées par un rapport de responsabilité, d'obligation « pertinente » en matière de règlement du différend. En pareil cas, que l'on peut supposer fréquent, surtout si le choix de la Commission

[20] Si, par exemple, toute procédure de règlement des différends était envisagée à l'alinéa *a* et seulement les procédures de règlement par tierce partie à l'alinéa *b* ou vice-versa, et, au paragraphe 2, l'une ou l'autre de ces solutions ou même une troisième, les combinaisons possibles seraient manifestement très nombreuses.

[21] La question de savoir si l'obligation doit être énoncée en termes de recours, d'application ou « d'épuisement » (cette dernière notion étant celle qui figure dans le projet d'article 12 proposé par le Rapporteur spécial en 1992) devrait être débattue plus soigneusement que cela n'a été le cas jusqu'ici à la Commission. [Voir *infra* par. 62 à 81.]

devait se porter sur la deuxième ou la troisième des possibilités laissées ouvertes par le Comité de rédaction à l'alinéa *a* du paragraphe 1[22], l'État lésé est tenu d'offrir à l'autre partie une procédure de règlement du différend. Considérant que le genre de procédure à offrir est définie à l'alinéa *b* par les mêmes termes entre crochets que ceux qui figurent à l'alinéa *a*, on se trouve de nouveau en face de plusieurs possibilités dont les principales sembleraient être au nombre de trois, à savoir : *a*) toutes procédures de règlement des différends; *b*) *toutes* procédures de règlement des différends *par tierce partie*; et *c*) uniquement les procédures *obligatoires* de règlement des différends par tierce partie[23].

34. Selon la déclaration du Président du Comité de rédaction de 1993, la possibilité visée à l'alinéa *b* du paragraphe 1 tel que libellé par le Comité ne figurait pas dans le texte proposé par le Rapporteur spécial en 1992. Ceci est *théoriquement* et *à première vue* exact, en ce sens que le texte proposé ne prévoyait pas expressément le cas où aucune procédure de règlement du différend n'était offerte à l'État lésé par une règle juridique internationale applicable. Mais la teneur de l'article 12 proposé par le Rapporteur spécial en 1992 était de nature à rendre extrêmement improbable, sinon inexistante, la possibilité même d'une telle « lacune » dans les obligations des parties en matière de règlement du différend.

35. En effet, en imposant à l'État lésé d'avoir recours à *toutes* procédures de règlement des différends *juridiquement disponibles* en vertu du droit international général, de la Charte des Nations Unies ou de tout autre instrument relatif au règlement des différends en vigueur entre les parties, le texte du Rapporteur spécial, contrairement à la formule des « traités pertinents » interprétée dans son sens strict, couvrait un tel *éventail* de procédures de règlement des différends que l'État lésé serait *au moins* tenu de chercher à négocier *et, par là,* si rien d'autre n'était « disponible », pourrait aussi proposer de passer à des moyens plus efficaces parmi ceux qui sont prévus au paragraphe 1 de l'Article 33 de la Charte. La « lacune » théorique serait donc comblée en pratique grâce au moins à cette dernière disposition. Elle serait *a fortiori* comblée par les obligations en matière de règlement des différends existant entre les parties en vertu de traités généraux relatifs à la conciliation, à l'arbitrage ou au règlement judiciaire, ou en vertu des clauses compromissoires ou des déclarations d'acceptation de la juridiction de la Cour internationale de Justice.

36. La véritable différence entre le libellé de l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 12 adopté par le Comité de rédaction en 1993 et le texte proposé par le Rapporteur spécial en 1992 ne se trouve pas dans les considérations qui précèdent. Elle réside, comme on l'a expliqué plus haut aux paragraphes 3 et 6, dans l'élément temporel. Selon le texte de 1992, toute offre devrait *précéder* le recours à des contre-mesures. Selon le texte de 1993, une offre *faisant suite* aux contre-mesures ou les *accompagnant* remplirait la condition requise.

37. Une autre différence apparaîtrait si la Commission décidait, en mettant au point le paragraphe en question, d'exclure la première possibilité (*tous* moyens de règlement des différends) et ne conservait que la deuxième (*toutes* procédures de règlement *par tierce partie*) ou la troisième (*seulement* les procédures obligatoires de règlement *par tierce partie*). L'offre de l'État lésé devrait donc se limiter à des moyens plus efficaces que la négociation, selon la deuxième possibilité, ou à la conciliation, selon la troisième. Dans cette *très modeste* mesure, n'était la « lacune » fondamentale représentée par la clause relative au traité « pertinent » figurant dans l'alinéa *a* du paragraphe 1, la solution proposée par le Comité de rédaction de 1993 pourrait sembler plus contraignante pour l'État lésé. Considérant, toutefois, l'élément temporel, c'est-à-dire le fait que l'État lésé n'est pas tenu d'offrir un règlement par tierce partie ou un règlement obligatoire par tierce partie *avant* de recourir à des contre-mesures, cet avantage *apparent* semble illusoire. Quoi qu'il en soit, il serait souhaitable, avant d'éliminer la première possibilité, d'examiner plus soigneusement les conséquences négatives qui pourraient découler de l'exclusion d'un moyen de règlement aussi important que la négociation.

3. Paragraphe 2

38. Tout en abandonnant l'exigence du recours *préalable* à une procédure de règlement des différends, le libellé de l'article 12 élaboré par le Comité de rédaction en 1993 s'efforce de limiter le droit de l'État lésé de prendre des contre-mesures. À cet effet, le paragraphe 2 de l'article dispose que ce droit est « suspendu dans les cas et dans la mesure où une procédure de règlement du différend [obligatoire] convenue est appliquée de bonne foi par l'État auteur du fait internationalement illicite, sous réserve que ledit fait ait cessé ». Comme le Président du Comité de rédaction de 1993 l'a expliqué dans sa déclaration, le terme « convenue » semble viser

> autant les procédures appliquées en vertu d'obligations préexistantes, qui sont envisagées à l'alinéa *a* du paragraphe 1, que les procédures acceptées à la suite d'une offre, qui font l'objet de l'alinéa *b*[24].

39. Il est difficile d'analyser la raison d'être de cette disposition du fait des obscurités qu'on relève dans le texte. La principale obscurité provient du fait que le paragraphe 2, contrairement aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 1, n'emploie pas le mot « obligatoire » en conjonction avec l'expression « par tierce partie ». Il semblerait cependant que les membres du Comité de rédaction qui souhaitaient omettre les procédures non obligatoires entendaient exclure non seulement la conciliation, mais également la négociation du nombre des procédures dont l'engagement suspendrait le droit de l'État lésé de prendre des contre-mesures. Le libellé du paragraphe 2 adopté par le Comité de rédaction comporterait donc une double option. Dans la première de ces options, le droit en question serait suspendu en cas d'application d'une procédure d'arbitrage ou de règlement judiciaire; dans la seconde option, il serait suspendu en cas de recours à la conciliation ou à la négociation.

40. La solution consistant à interdire le recours à des contre-mesures et à suspendre toutes contre-mesures déjà

[22] Voir *supra* par. 32 et *infra* par. 37.

[23] Ibid.

[24] Voir *Annuaire... 1993*, vol. I (*supra* note 10), par. 15.

prises, pendant la procédure de règlement amiable, paraît adéquate. Il va de soi également que la suspension ne devrait pas être obligatoire lorsque l'État qui est présumé avoir enfreint la loi ne poursuit pas la procédure de bonne foi. Il semble particulièrement indiqué d'exiger la bonne foi en cas de règlement empruntant la voie de la négociation ou de la conciliation. Ce l'est peut-être moins lorsque les parties sont engagées dans une procédure arbitrale ou judiciaire, car dans ce cas la bonne foi des deux parties est l'objet de la vigilance exercée par l'organe juridictionnel et des mesures qu'il décide. La condition de la bonne foi demeurerait cependant essentielle dans trois cas : premièrement, pendant la mise en place de la procédure arbitrale ou judiciaire; deuxièmement, lorsque le tribunal indique des mesures conservatoires; troisièmement, lorsque le tribunal a rendu une décision à laquelle les deux parties doivent se conformer de bonne foi.

41. En revanche, on peut douter, pour les raisons indiquées plus haut au paragraphe 20, de l'opportunité de la seconde condition de suspension, telle qu'elle a été formulée par le Comité de rédaction dans le paragraphe 2, à savoir que l'État présumé auteur doit avoir mis fin au comportement présumé illicite.

42. Comme on l'a expliqué plus haut, cette condition serait parfaitement justifiée s'il n'y avait pas de doute quant à l'existence et à l'imputabilité du fait illicite ni quant à l'absence de toutes circonstances excluant le caractère illicite. Encore une fois, la cessation du fait ne devrait normalement pas être traitée différemment de la réparation. Cette solution, qui semble tout particulièrement indiquée lorsque la procédure en cours est une procédure de règlement par tierce partie, devrait s'appliquer également même lorsque l'État présumé auteur poursuit les négociations de bonne foi[25].

4. Paragraphe 3

43. Conformément au paragraphe 3 de l'article 12 élaboré par le Comité de rédaction en 1993,

> Le défaut de l'État auteur du fait internationalement illicite de se conformer à une demande ou à une injonction émanant de la procédure de règlement du différend met fin à la suspension du droit de l'État lésé de prendre des contre-mesures.

Même si elle n'apparaît pas dans le texte de cette disposition, l'expression « mesures conservatoires » est vraisemblablement visée par le membre de phrase « à une demande ou à une injonction émanant de la procédure de règlement du différend », et il n'est que normal que le défaut de l'État présumé auteur de se conformer à une telle demande ou injonction mette fin à la suspension du droit de l'État lésé de prendre des contre-mesures.

44. On notera cependant que les seules procédures de règlement du différend dont pourrait émaner « une demande ou une injonction » de mesures conservatoires sont les procédures par tierce partie, et qu'il s'agit en principe uniquement de procédures judiciaires. Il faudrait donc peut-être réexaminer cette disposition au cas où les procédures de règlement censées suspendre le droit de prendre des contre-mesures (art. 12, par. 2) engloberaient également, une fois résolue la question que recouvrent les mots placés entre crochets, les procédures qui ne prévoient pas la possibilité de mesures conservatoires. Ce serait le cas de la négociation et, en principe, de la conciliation ordinaire et des formes ordinaires d'arbitrage.

5. Principales lacunes du libellé de l'article 12 adopté par le Comité de rédaction en 1993

45. Outre les obscurités et les incertitudes notées plus haut, les principales lacunes du libellé de l'article 12 adopté par le Comité de rédaction en 1993, en laissant de côté pour le moment l'article 11[26], sont, à notre avis, les suivantes.

46. Tout d'abord, à peu de chose près, le libellé du Comité de rédaction *omet de contrebalancer* la légitimité de contre-mesures unilatérales par une obligation suffisamment stricte de recourir *préalablement* aux procédures de règlement amiable disponibles. Au contraire :

a) L'État présumé lésé serait libre, conformément à la future convention sur la responsabilité des États, de recourir à des contre-mesures sans avoir à recourir *au préalable* à une quelconque procédure de règlement amiable;

b) Un tel État n'aurait comme autre obligation, sauf évidemment l'« offre » envisagée à l'alinéa *b* du paragraphe 1 du texte élaboré par le Comité de rédaction en 1993, que de recourir (à tout moment de son choix) aux moyens fournis par un traité « pertinent » (au sens étroit expliqué plus haut);

c) L'obligation définie de manière tellement restrictive verrait sa portée encore davantage limitée si la future convention sur la responsabilité des États devait la cantonner à des moyens comme des procédures *par tierce partie* ou, pis encore, à des procédures de tierce partie *obligatoires*, négligeant ainsi le rôle essentiel qui est et doit être celui de la négociation;

d) De surcroît, le libellé adopté par le Comité de rédaction en 1993 ignore purement et simplement l'obligation de l'État lésé d'avoir communiqué dûment son intention, à temps et de manière appropriée, de recourir à des contre-mesures, obligation qui était énoncée à l'alinéa *b* du paragraphe 1 du projet d'article 12 proposé par le Rapporteur spécial. Dans le libellé adopté par le Comité de rédaction, l'État lésé est déchargé de toute obligation de notification préalable de contre-mesures (et l'État auteur est privé de toute occasion de « se repentir »).

47. En deuxième lieu, mais ceci n'est pas moins important, en n'interdisant pas le recours à des contre-mesures *avant* de recourir à des procédure de règlement des diffé-

[25] Ce point nous paraît visé non seulement par la mention de la « bonne foi » figurant à l'alinéa *a* du paragraphe 2 du projet d'article 12 proposé par le Rapporteur spécial en 1992, mais aussi par la notion de « réponse satisfaisante » énoncée comme condition du recours licite à des contre-mesures dans le projet d'article 11 proposé par le Rapporteur spécial en 1992 également. Cette dernière notion a également été écartée parce que trop vague par le Comité de rédaction en 1993 (voir *Annuaire... 1993*, vol. I [*supra* note 10], par. 6). Sur ce point et sur d'autres éléments autorisant une certaine latitude selon la proposition de 1992, voir *infra* par. 62 à 81.

[26] Pour la discussion de certains éléments importants de l'article 11, voir *infra* par. 62 et suiv., en particulier par. 67 et par. 69 et suiv.

rends auxquelles l'État lésé pourrait être tenu de recourir en vertu d'instruments *autres que* la future convention sur la responsabilité des États elle-même (*tout* ce qui était envisagé dans les propositions de 1985, 1986 et 1992), le libellé adopté par le Comité de rédaction en 1993 semble décharger les États, s'agissant de la convention sur la responsabilité des États, de leurs obligations en matière de règlement des différends. Le simple fait de ne pas exiger que le recours aux procédures de règlement amiable disponibles ait lieu *avant les contre-mesures*, ce qui a inévitablement pour effet de saper lesdites obligations en matière de règlement des différends, serait encore aggravé par : *a*) la clause relative à un traité « pertinent » et *b*) l'exclusion des procédures de règlement des différends prévues dans les deuxième et troisième options examinées plus haut au paragraphe 37.

B. — La question cruciale de l'exigence du recours préalable à des procédures de règlement des différends

48. Il est certes difficile de faire progresser sensiblement le développement du droit régissant la responsabilité des États et celui du droit régissant le règlement des différends, mais on ne peut manquer d'être frappé par le fait que le libellé adopté en 1993 par le Comité de rédaction pour l'article 12, sans parler de l'article 11[27], ne représente absolument aucun progrès dans ces domaines vitaux. De fait, ce libellé s'écarte considérablement non seulement des éléments essentiels des propositions de l'actuel Rapporteur spécial qui ont été renvoyées au Comité de rédaction en 1992[28], mais aussi de ceux du projet assez semblable d'article 10 proposé par son prédécesseur et renvoyé au Comité de rédaction il y a près de dix ans[29]. Le Rapporteur spécial est prêt, comme il se doit, à respecter toute décision de la Commission, mais il estime aussi de son devoir d'exprimer pleinement ses vues avant qu'elle ne fasse un choix définitif, en particulier s'agissant d'une question aussi complexe et délicate que celle du lien à établir, dans le projet relatif à la responsabilité des États, entre le droit de l'État lésé de prendre des contre-mesures unilatérales et ses obligations en matière de règlement du différend.

49. À notre avis, il est tout aussi indispensable de prévoir, dans une convention sur la responsabilité des États, l'exigence du « recours préalable à des procédures de règlement des différends » que d'y prévoir les règles régissant les conditions du recours aux contre-mesures et en réglementant l'application. Ce dernier point a été contesté avec force (pour des raisons probablement différentes) d'abord par quelques membres de la Commission du droit international[30], puis, par la suite, par divers représentants à la Sixième Commission en 1992[31], mais il serait extrêmement difficile d'accepter l'idée que le projet ne devrait traiter des conséquences des actes internationalement illicites que du point de vue des droits et obligations relatifs à la cessation et à la réparation. Que la prérogative de l'État lésé de recourir à des représailles ou à des contre-mesures soit techniquement qualifiée de droit ou de faculté, elle est considérée comme faisant partie intégrante des conséquences d'un acte internationalement illicite dans toute théorie relative à la responsabilité internationale. En particulier, cette prérogative reste partie intégrante desdites conséquences qu'elles soient qualifiées de conséquences « de fond » ou, de façon plus appropriée, « de forme » d'un acte internationalement illicite. Dire que le régime des contre-mesures n'a pas sa place dans la convention sur la responsabilité des États reviendrait à dire que les contre-mesures ne sont pas considérées par les règles coutumières du droit international comme un droit ou une faculté de l'État lésé. Cela reviendrait en outre à dire que le droit international coutumier n'impose ni condition ni restriction à l'usage de contre-mesures[32].

50. Si le projet doit couvrir le régime des contre-mesures, comme la Commission et le Comité de rédaction lui-même l'ont reconnu sans difficulté, il doit alors aussi prévoir certaines obligations en matière de règlement des différends. La nature des obligations en matière de règlement des différends à envisager dans le projet dépend, naturellement, dans une certaine mesure, du degré de développement progressif que l'on veut réaliser. À cet égard, la Commission, en tant que « législateur » international, devra décider si elle veut adopter l'attitude maximaliste ou l'attitude minimaliste dont il a été question dans le cinquième rapport[33].

51. Il est essentiel que la convention sur la responsabilité des États comprenne au moins les obligations en matière de règlement des différends qui seraient indispensables *pour préserver la validité et l'efficacité* de toutes obligations de ce genre découlant pour l'État présumé lésé de règles internationales *autres* que celles qui sont contenues dans la convention sur la responsabilité des États. Sinon, le fait même de déclarer que l'existence d'un acte internationalement illicite justifie *ipso facto* le recours à des contre-mesures rendrait en fait sans objet les règles relatives au règlement des différends par lesquelles sont liés les futurs États parties. En effet, puisque la solution imposée à l'auteur de l'acte illicite au moyen des contre-mesures tiendrait plus que probablement lieu de règlement au différend, les procédures de règlement des différends n'auraient plus guère de rôle à jouer. Tel serait le résultat si la convention légitimait les contre-mesures sans exiger le recours *préalable* aux moyens de règlement des différends disponibles, c'est-à-dire *légalement prescrits*. Tel serait précisément l'effet d'une convention comprenant une disposition comme celle de l'alinéa *a* du para-

[27] Ibid.

[28] Voir *Annuaire... 1992*, vol. I, 2288e séance.

[29] Voir *supra* note 2.

[30] Voir *Annuaire... 1992*, vol. II (2e partie), p. 20, par. 124 et suiv.

[31] Voir, par exemple, la déclaration faite par le représentant de la France à la quarante-septième session de l'Assemblée générale (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Sixième Commission*, 26e séance, par. 5 et suiv).

[32] Les contre-mesures seraient donc en dehors du domaine du droit et devraient y rester, ce qui est manifestement une absurdité. Si tel était le cas, on pourrait se demander s'il n'a pas été tenu compte des contre-mesures dans la convention parce qu'elles sont illicites, comme l'ont suggéré quelques membres de la Commission, ou parce qu'elles sont licites a priori et ne se prêtent donc pas à la réglementation, comme l'ont suggéré quelques représentants à la Sixième Commission de l'Assemblée générale.

[33] *Annuaire... 1993*, vol. II (1re partie), p. 19 et suiv., document A/CN.4/453 et Add.1 à 3, par. 62 et suiv.

graphe 1 de l'article 12 tel que l'a formulé le Comité de rédaction de 1993.

52. Pour éviter tout malentendu au sujet de la nature de l'exigence du recours préalable à des procédures de règlement des différends, il y a lieu de souligner qu'une telle exigence (telle qu'elle est formulée à l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 12 présenté par le Rapporteur spécial en 1992 ainsi que, *mutatis mutandis*, à l'article 10 proposé par le précédent Rapporteur spécial en 1985 et 1986) n'imposerait aucune *nouvelle* obligation en matière de règlement des différends aux États qui deviendraient parties à la convention sur la responsabilité des États. Une telle disposition ne ferait que préserver toutes obligations en matière de règlement incombant à un État présumé lésé et existant indépendamment de la convention sur la responsabilité des États des conséquences préjudiciables découlant de la codification des conditions du recours aux contre-mesures, qui seraient autrement inévitables.

53. On peut soutenir que la disposition en question n'est même pas, en fait, un élément de développement progressif. À cet égard, il y a lieu de souligner la nette différence qui existe entre l'article 12 de la deuxième partie et les projets d'articles de la troisième partie [34]. Ces derniers introduiraient de *nouvelles* obligations en matière de règlement, qui seraient manifestement du développement progressif. Par contre, le projet d'article 12, tel que l'a proposé le Rapporteur spécial, aurait simplement pour effet de préserver les règles en vigueur régissant le règlement des différends dont l'objet est de garantir des solutions plus justes et plus impartiales que celles qui seraient imposées par voie de coercition, et de prévenir tout affaiblissement, ou même toute interprétation restrictive, de ces règles. Aucune obligation supplémentaire en matière de règlement des différends ne serait imposée aux États parties à la convention en vertu de l'article 12, qui ne crée pas de nouvelles obligations en la matière mais ne fait que préserver celles qui existent déjà ainsi que la possibilité de leur futur développement.

54. Pour donner un exemple, l'exclusion d'une disposition telle que l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 12 proposé par le Rapporteur spécial ou, *mutatis mutandis*, du projet d'article 10 proposé par le précédent Rapporteur spécial en 1985 et 1986 serait cause non seulement de *lucrum cessans* du point de vue du développement progressif du droit international relatif au règlement des différends, mais aussi, dans une très grande mesure, de *damnum emergens*. Un tel *lucrum cessans* se produirait si la troisième partie n'était pas adoptée ou était sensiblement écourtée et le *damnum emergens* se produirait pour les raisons brièvement exposées ci-après.

55. L'effet préjudiciable de l'absence, dans l'article 12 de la deuxième partie du projet, d'une disposition exigeant le « recours préalable à des procédures de règlement des différends » est plus grave qu'il n'y paraît. On pourrait soutenir, à première vue, que le fait qu'une convention sur la responsabilité des États *n'exige pas* le recours *préalable* à des procédures de règlement des différends prévues par des instruments en vigueur entre les parties — comme ce serait le cas conformément au libellé adopté par le Comité de rédaction de 1993 pour l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 12 — ne porterait pas atteinte aux obligations qui incombent aux parties en vertu de ces instruments. On pourrait soutenir, par exemple, que, puisque les représailles armées sont interdites — règle de droit coutumier que la convention ne pourrait manquer de codifier —, les contre-mesures auxquelles un État lésé pourrait avoir licitement recours ne devraient pas contrevenir à l'obligation générale (et pratiquement universelle) de régler les différends par des moyens *pacifiques*, comme le prévoit le paragraphe 3 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies. Il ne fait aucun doute que des contre-mesures licites doivent se limiter aux contre-mesures pacifiques prévues à l'article 14 de la deuxième partie du projet [35].

56. Il est permis de se demander, toutefois, si cette considération suffit à dissiper les doutes. Sans parler de la question de savoir dans quelle mesure le fait de recourir à des contre-mesures avant d'avoir recours à des procédures de règlement des différends serait compatible avec les dispositions du paragraphe 3 de l'Article 2 de la Charte aux termes desquelles les différends internationaux doivent être réglés de telle manière que « la paix et la sécurité internationales *ainsi que la justice** ne soient pas mises en danger » [36], la légitimation des contre-mesures consacrée dans le libellé adopté par le Comité de rédaction de 1993 pour l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 12 ne semble pas être compatible avec les obligations *positives* en matière de règlement des différends. Nous nous référons, par exemple, aux obligations générales de tous les États Membres énoncées à l'Article 33 de la Charte ainsi qu'à toutes obligations particulières découlant, pour des États entre lesquels existe un lien de responsabilité réelle ou supposée, de leurs traités bilatéraux ou de clauses compromissoires concernant le règlement des différends. Nonobstant le principe du « libre choix » des moyens conformément à l'interprétation généralement acceptée du paragraphe 1 de l'Article 33 de la Charte, il est difficile d'admettre l'idée que le fait de recourir à des contre-mesures avant de rechercher une solution par l'une des voies énumérées au paragraphe 1 de l'Article 33 de la Charte serait compatible avec le droit coutumier en vigueur ou avec la Charte [37].

[34] Pour le texte des projets d'articles de la troisième partie, voir *supra* notes 3 et 5.

[35] Pour le texte de l'article 14 de la deuxième partie, voir *Annuaire...1992*, vol. II (2e partie), p. 32, note 69.

[36] Ce point était pris en compte dans le paragraphe 3 de l'infortuné projet d'article 12 du Rapporteur spécial (voir *infra* par. 59 et 66).

[37] Il est difficile de soutenir que, puisque le paragraphe 1 de l'Article 33 de la Charte des Nations Unies s'applique aux différends « dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de la sécurité internationales », de nombreux différends se produisant dans le domaine de la responsabilité des États ne seraient pas de nature à relever de l'obligation générale énoncée dans cette disposition. Le premier paragraphe du deuxième principe de la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies (voir *supra* note 9), qui n'est certainement pas à négliger aux fins d'une interprétation moderne de la Charte, devrait écarter tout argument de ce genre au moins pour un organe de l'Organisation des Nations Unies comme la Commission (sinon *de lege lata*, du moins *de lege ferenda*). Pour un examen des dispositions pertinentes de l'Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, tenue à Helsinki, voir *infra* l'alinéa *c* du paragraphe 59.

57. Le recours immédiat à des contre-mesures serait manifestement incompatible avec un traité déterminé ou avec une clause compromissoire prévoyant l'arbitrage des différends d'ordre juridique qui n'ont pas été réglés par la voie diplomatique. Ce serait particulièrement le cas lorsqu'il existe entre les États concernés un lien juridictionnel en raison du fait qu'ils reconnaissent

> comme obligatoire de plein droit et sans convention spéciale [...] la juridiction de la Cour [internationale de Justice] sur tous les différends d'ordre juridique ayant pour objet :
>
> [...]
>
> c. la réalité de tout fait qui, s'il était établi, constituerait la violation d'un engagement international; [ou]
>
> d. la nature ou l'étendue de la réparation due pour la rupture d'un engagement international [38].

Conformément à la plupart des instruments de règlement des différends, le « mécanisme déclencheur » de l'obligation de règlement, à savoir l'obligation de recourir à la procédure envisagée, est l'existence d'un différend qui n'a pas été réglé par voie de « négociation » ou par la « voie diplomatique ». On voit mal comment le recours à des contre-mesures pourrait être considéré comme relevant de la négociation ou de la diplomatie.

58. Il convient de noter que la référence limitative à un *traité* pertinent que l'on trouve à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 12 élaboré par le Comité de rédaction aboutirait non seulement à saper un grand nombre des instruments *conventionnels* existants ou futurs en matière de règlement amiable des différends, mais également à jeter une suspicion « légitime » sur toutes les règles du *droit international général* en vigueur dans ce domaine.

59. Il faut examiner de très près plusieurs questions importantes concernant l'état actuel et le développement du droit dans le domaine du règlement des différends :

a) Si l'on admet que le paragraphe 3 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies constitue désormais un principe de droit international coutumier, le maintien et le développement ultérieur de ce principe pourraient se ressentir d'une disposition figurant dans une convention (voire, en l'occurrence, dans un projet de codification élaboré par la Commission) qui autorise tout État qui se prétend lésé à recourir *ipso facto* à des contre-mesures, c'est-à-dire sans rien tenter *au préalable* pour régler le différend par voie de négociation ou selon des procédures par tierce partie disponibles (même sans qu'il doive y avoir une communication préalable). Ceci pose la question de savoir si le paragraphe 3 de l'Article 2 de la Charte emporte uniquement une conséquence *négative*, en condamnant le recours à des moyens *non pacifiques*, ou si, comme le Rapporteur spécial a tendance à le croire, cette disposition emporte également une conséquence *positive*, en exigeant le recours aux moyens de règlement disponibles afin de réaliser la « justice ». L'autorisation d'ignorer les procédures de règlement disponibles, comme celles mentionnées expressément dans la Charte, peut influer sur le degré de *justice* qui sera atteint dans le règlement final [39]. Même si l'alinéa *a* du paragraphe 1 du texte considéré ne devait pas compromettre le maintien du principe général en question, il pourrait néanmoins entraver le développement ultérieur de celui-ci;

b) La question se pose aussi de savoir dans quelle mesure la Commission peut ou pourrait ne pas tenir compte des résolutions pertinentes, notamment de la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies et la Déclaration de Manille sur le règlement pacifique des différends internationaux[40], qui ont été adoptées par l'Assemblée générale, dont la Commission du droit international est un organe subsidiaire. Compte tenu de ce type de relation, ces déclarations solennelles devraient normalement avoir une incidence déterminante sur toutes dispositions relatives au règlement des différends que la Commission insérera dans son projet, même si lesdites déclarations n'ont pas un caractère contraignant;

c) En outre, la question se pose de savoir dans quelle mesure la Commission devrait tenir compte de la disposition énoncée dans le deuxième alinéa du principe V de la Déclaration sur les principes régissant les relations mutuelles entre les États participants, inscrite dans l'Acte final d'Helsinki[41], aux termes de laquelle les États, en cas de différend, « s'efforcent, *de bonne foi** et dans un *esprit de coopération**, d'aboutir à une solution rapide et équitable, *sur la base du droit international** ». Les membres de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe qui ont participé à l'élaboration de l'Acte final ont estimé généralement que les principes énoncés dans la Déclaration étaient pleinement conformes au droit de la Charte des Nations Unies. Ceci pose la question plus précise de savoir si le passage cité représente une étape significative dans le développement du droit des Nations Unies en matière de règlement des différends ou si la bonne foi et l'esprit de coopération ainsi mentionnés sont des exigences dont on peut ne pas tenir compte. Il semblerait qu'il y a une contradiction inhérente entre l'idée d'une tentative de bonne foi d'aboutir à une solution rapide dans un esprit de coopération *sur la base du droit international*, d'une part, et l'idée d'un recours immédiat à des contre-mesures, d'autre part. Le membre de phrase « sur la base du droit international », qu'il se rapporte au droit substantiel ou au droit procédural ou à l'un et à l'autre, constitue une référence qui devrait avoir à tout le moins une certaine incidence sur les conditions prévues pour que le recours à des contre-mesures soit licite, en ce sens qu'il faudrait s'acquitter des obligations existantes en matière de règlement des différends *avant* de prendre des contre-mesures.

60. Pour conclure la discussion de cette question essentielle, on peut dire que le point de savoir si une clause imposant le recours préalable à des procédures de règlement des différends devrait être insérée dans l'article 12 de la deuxième partie du projet de convention sur la responsabilité des États par le truchement du développement progressif du droit dans le domaine du règlement des différends *ou* du droit de la responsabilité des États ne se pose pas ici et qu'il devra être examiné par la CDI

[38] Paragraphe 2 de l'Article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice.

[39] La référence à la « justice » était couverte, dans la proposition du Rapporteur spécial de 1992, par le paragraphe 3 de l'article 12. Sur cette disposition, voir *supra* par. 56 et *infra* par. 66.

[40] Résolution 37/10 de l'Assemblée générale, en date du 15 novembre 1982, annexe.

[41] *Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe*, signé à Helsinki le 1er août 1975, Lausanne, Imprimeries Réunies.

lorsqu'elle abordera la troisième partie du projet, à savoir les procédures de règlement des différends postérieures à l'adoption de contre-mesures. Le point qui se pose dans le cadre de l'article 12 est de savoir si un projet de convention sur la responsabilité des États ne devrait pas exclure catégoriquement toutes dispositions dont l'adoption par la Commission et, en définitive, par les États, affaiblirait l'efficacité des procédures de règlement des différends, lesquelles, indépendamment du fait qu'elles sont prévues par les règles existantes, sont de nature plus susceptibles de déboucher sur des solutions impartiales et justes que des mesures unilatérales [42]. Compte tenu de l'importance accordée généralement aux projets d'articles émanant de la CDI, les conséquences négatives d'une telle situation se feraient sentir non seulement lors de l'adoption de la future convention sur la responsabilité des États, mais également dès l'adoption en première lecture de l'article 12 élaboré par le Comité de rédaction en 1993. Cela porterait un coup sérieux au droit international existant dans le domaine du règlement des différends, ainsi qu'aux perspectives de développement de ce même droit pendant le laps de temps requis pour achever la seconde lecture et finalement adopter la convention sur la responsabilité des États, éventuellement lors d'une conférence diplomatique.

61. Sauf le respect qui leur est dû, le Rapporteur spécial pense que les quelques membres du Comité de rédaction de 1993 qui se sont prononcés pour l'abandon de l'exigence du « recours préalable aux procédures de règlement des différends » à l'article 12 de la deuxième partie pourraient être utilement invités par la Commission à revoir cette question de plus près à la lumière des paragraphes qui précèdent, ainsi que de la discussion qui lui est consacrée dans le quatrième rapport [43]. Après avoir mûrement réfléchi à la question, le Rapporteur spécial est d'avis que ces membres n'ont peut-être pas tenu compte de l'incidence que la codification des contre-mesures ne manquerait pas d'avoir sur le droit international dans le domaine du règlement des différends et sur son développement ultérieur. On ne saurait trop souligner que ledit droit correspond à un domaine du droit international où il est moins malaisé de réaliser des progrès que d'autres d'un accès aussi difficile que la législation et la sécurité collective [44]. Il s'ensuit que, même si l'on pose, ce que le Rapporteur spécial ne peut faire, que l'obligation de régler les différends par des moyens donnés n'implique pas à l'heure actuelle l'interdiction de prendre des contre-mesures avant d'avoir eu recours à des procédures de règlement des différends, un organe comme la CDI n'en devrait pas moins impérativement prévoir d'imposer cette interdiction, de manière à éviter à tout le moins d'entraver le développement progressif du droit dans le domaine du règlement des différends.

C. — Autres aspects importants des moyens de règlement des différends préalables aux contre-mesures à prendre en considération dans l'article 12 de la deuxième partie

62. Maintenant que notre position concernant l'exigence du « recours préalable à des procédures de règlement des différends » a été clarifiée, c'est d'un oeil neuf que nous pouvons examiner les principaux éléments controversés du projet d'article 12 proposé par le Rapporteur spécial et en discussion depuis 1992[45], à savoir : *a*) les termes « avoir épuisé », « toutes » et « disponibles », qui figurent à l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article; *b*) la référence aux « mesures conservatoires », qui figure à l'alinéa *b* du paragraphe 2; *c*) la disposition de l'« exception aux exceptions », qui fait l'objet du paragraphe 3; *d*) les mots « réponse satisfaisante », qui figurent dans le projet d'article 11 proposé en 1992[46]; et, plus généralement, l'importance qu'il y a à conserver aux dispositions de l'article 12 une certaine souplesse (que garantit la terminologie qui précède). Il conviendrait aussi d'examiner plus avant la question de l'exigence de la communication ou notification préalable des contre-mesures.

1. Emploi des termes « avoir épuisé », « toutes » et « disponibles »

63. Comme il ressort des débats de 1992, ce sont en particulier les termes « avoir épuisé » et « toutes » qui ont amené certains membres de la Commission à craindre que la condition énoncée à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 12 ne soit trop contraignante[47]. Il leur a semblé, en effet, que la procédure que ces termes imposaient à l'État lésé de suivre avant de pouvoir recourir à des mesures unilatérales était trop longue. Or, l'intention du Rapporteur spécial, qui aurait peut-être pu être clarifiée au Comité de rédaction, n'était pas d'imposer à un État présumé lésé la charge excessive que représente l'épuisement successif de toutes les procédures de règlement des différends énumérées, par exemple, à l'Article 33 de la Charte

[42] Il est évident que les procédures de règlement des différends et les contre-mesures présentent une différence significative, si on se place du point de vue de leur aptitude respective à assurer une application correcte de la loi. Les procédures de règlement des différends, en particulier les procédures par tierce partie, sont de nature plus aptes à ménager une solution correcte et équitable des différends. Quant aux contre-mesures, elles constituent assurément en théorie un « mécanisme » acceptable de droit international général conçu à l'effet de réparer le fait illicite. Leur nature même en fait, cependant, un instrument des plus discutables pour faire respecter le droit. Tout d'abord, elles présentent la particularité indésirable de légitimer des violations d'obligations internationales. Ensuite, et ceci est le plus important, elles devraient, en raison de leur caractère unilatéral, favoriser les États puissants au détriment des États plus faibles. Lors du débat à la Sixième Commission de l'Assemblée générale en 1992, la plupart des représentants ont dénoncé longuement ces inconvénients ainsi que d'autres inconvénients des contre-mesures, comme le Rapporteur spécial l'a noté dans son cinquième rapport [A/CN.4/453 et Add.1 à 3 (voir supra note 33), par. 10 et suiv.].

[43] Voir doc. A/CN.4/444 et Add.1 à 3 (*supra* note 4), par. 24 à 51, en particulier par. 32 et suiv.

[44] Cette opinion largement partagée est illustrée d'une manière magistrale dans le précieux ouvrage de H. Kelsen, *Peace through Law*, University of North Carolina Press, 1944, en particulier p. 13 et suiv. et dans d'autres parties du livre (à l'inverse de ce que l'on peut lire p. 3 à 13), ainsi que dans les ouvrages antérieurs de l'auteur (*op. cit.*, p. 14 et 15).

[45] Voir *supra* note 4.

[46] Voir doc. A/CN.4/444 et Add.1 à 3 (*supra* note 4), par. 52.

[47] Voir *Annuaire... 1992*, vol. I, 2274e séance, par. 11, 2277e séance, par. 9, 2279e séance, par. 4 et 21, et 2280e séance, par. 32. Voir aussi *supra* par. 6.

des Nations Unies. Son intention était de demander que l'État lésé s'efforce *sérieusement* d'utiliser *pleinement* toute procédure de règlement des différends à la disposition des États intéressés conformément aux obligations qui leur incombent en vertu des traités en vigueur entre eux et compte tenu de la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies et autres instruments pertinents.

64. En ce qui concerne le terme « disponibles », il est employé dans un sens plutôt large. Dans le projet d'article 10 proposé par le précédent Rapporteur spécial en 1985 et 1986[48], il semble avoir été censé s'appliquer uniquement aux procédures de règlement par tierce partie (éventuellement obligatoires) dont l'État lésé pourrait prendre unilatéralement l'initiative. Pour l'actuel Rapporteur spécial, le terme a un sens plus large, qui s'étend à toutes les procédures de règlement des différends disponibles en vertu de tout traité bilatéral ou multilatéral en vigueur entre les parties. Employé dans ce sens, le terme « disponibles » s'entendrait aussi de la négociation et de la conciliation. L'exigence de la disponibilité ne devait pas être comprise uniquement dans le sens d'une disponibilité purement juridique. Elle dépendrait aussi de la mesure dans laquelle l'État auteur du fait illicite serait disposé à accepter les procédures de règlement telles que la négociation et la conciliation, ou même l'arbitrage, auquel il ne peut être recouru unilatéralement. L'alinéa *a* du paragraphe 1 aurait donc dû être lu en parallèle avec l'exigence de la « bonne foi » énoncée à l'alinéa *a* du paragraphe 2 du même article et la condition de la « réponse satisfaisante » posée dans le projet d'article 11. Force est de reconnaître que cette corrélation ne ressortait pas clairement du texte proposé. Toutefois, le Comité de rédaction aurait pu trouver un moyen plus satisfaisant d'exprimer cette idée s'il avait pu consacrer plus de temps à la question.

2. Emploi de l'expression « communiqué à temps »

65. On se rappellera que l'alinéa *b* du paragraphe 1 du projet d'article 12 proposé par le Rapporteur spécial en 1992 prévoyait que l'État lésé devait communiquer à temps à l'État auteur du fait illicite son intention de recourir à des contre-mesures. La question de la notification préalable n'ayant pas pu, faute de temps, être prise en considération par le Comité de rédaction en 1993, il pourrait être utile de l'examiner à la quarante-sixième session.

3. Exceptions à l'exigence du « recours préalable à des procédures de règlement des différends »

66. Les exceptions à l'exigence du « recours préalable à des procédures de règlement des différends » énoncées aux alinéas *b* et *c* du paragraphe 2 de l'article 12 (concernant les mesures conservatoires et la réaction au non-respect d'une mesure conservatoire prise dans le cadre d'une procédure de règlement par une « tierce partie ») ne seraient pas applicables lorsque les mesures envisagées ne sont pas conformes à l'obligation prévue au paragraphe 3 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies. Le Rapporteur spécial avait d'abord renoncé à cette disposition, que certains membres de la Commission avaient jugée peu claire. À la réflexion, toutefois, il estime qu'elle devrait être réexaminée. Elle devrait être un des éléments de souplesse dont il est question plus haut, dans le point 1, et plus loin, dans le point 6 de la section C du présent chapitre. Elle a aussi son importance du point de vue du développement progressif tant du droit relatif à la responsabilité des États que du droit relatif au règlement des différends[49].

4. Emploi de l'expression « réponse satisfaisante »

67. L'un des principaux changements apportés par le Comité de rédaction de 1993 au projet d'article 11 qu'avait proposé le Rapporteur spécial en 1992 a été l'élimination de la notion de « réponse satisfaisante », qui y figurait en bonne place[50]. La disposition proposée aurait permis à l'État présumé auteur d'échapper aux contre-mesures en se reconnaissant en principe en partie responsable du fait illicite ou en poursuivant les négociations sur la question. L'État présumé lésé n'aurait pas pu recourir à des contre-mesures tant que l'État présumé auteur aurait continué au moins à dialoguer de bonne foi. Cette possibilité semble exclue du libellé adopté par le Comité de rédaction de 1993 pour l'article 11. En effet, selon ce libellé, l'État présumé lésé conserverait la faculté de recourir à des contre-mesures « aussi longtemps que » l'État présumé auteur « ne s'acquitte pas de ses obligations » relatives à la cessation ou à la réparation. Il semblerait donc que des contre-mesures, et pas seulement des mesures conservatoires, seraient admissibles même si l'État présumé auteur répondait favorablement, bien que pas encore définitivement ou complètement, aux protestations ou aux demandes de l'État présumé lésé. En d'autres termes, la formule « ne s'acquitte pas de ses obligations » laisse à l'État lésé une trop grande latitude pour recourir à des contre-mesures alors même que l'État auteur est disposé à tenter de résoudre la question. Premièrement, en ce qui concerne la cessation du comportement illicite, ce membre de phrase implique qu'un État lésé peut avoir recours à des contre-mesures dès l'instant où il estime, à raison ou à tort, qu'un fait illicite ayant un caractère de continuité est commis par l'État présumé auteur, sans que la possibilité soit donnée à celui-ci d'expliquer, par exemple, qu'il n'y a pas de fait illicite ou que le fait illicite ne lui est pas attribuable. La notion de « réponse satisfaisante » offrirait plus qu'une possibilité de dialogue. Deuxièmement, en ce qui concerne la réparation, la condition posée par les mots « ne s'acquitte pas de ses obligations » semble vouloir dire que les contre-mesures pourraient rester en vigueur tant que l'État auteur n'a pas intégralement réparé le dommage résultant du fait illicite. À moins que l'État auteur ne soit capable de procéder instantanément à la réparation intégrale et complète, ce qui serait plus que vraisemblablement exceptionnel, il pourrait continuer à faire l'objet de contre-mesures même après avoir entièrement reconnu sa responsabilité et alors même qu'il aurait commencé à procéder à la réparation ou à donner satisfaction.

[48] Voir *supra* note 2.

[49] Voir *supra* par. 56 et 59.

[50] Pour le texte de l'article 11, voir *Annuaire... 1993*, vol. I (*supra* note 10), par. 3.

68. Le Rapporteur spécial est d'avis qu'il pourrait aussi être utile que cette disposition soit réexaminée par le Comité de rédaction à la quarante-sixième session.

5. Quelques observations sur la nécessité de faire preuve de souplesse

69. Malgré tout le désir qu'on peut avoir de remédier aux imperfections du système interétatique actuel par des règles claires et précises faciles à appliquer par les États eux-mêmes, l'acceptation même de telles règles vient buter contre l'absence d'institutions efficaces. Les règles de droit international se caractérisent donc par un degré de généralité et de flou relativement plus élevé que les règles de droit interne. C'est ainsi que les règles du système interétatique se fondent fréquemment sur des notions exprimées par des mots comme « raisonnable », « voulu », « approprié », « adéquat » ou comme, dans le cas du régime des contre-mesures, « réponse satisfaisante » (projet d'article 11), la coopération « de bonne foi » de l'État auteur à la mise en œuvre des procédures de règlement (projet d'article 12), les procédures de règlement amiable « disponibles » (projet d'article 12, par. 1, *a*), ainsi que sur des expressions définies d'une manière aussi imprécise que « mesures conservatoires » (projet d'article 12, par. 2) et « justice » (projet d'article 12, par. 3).

70. Selon le Rapporteur spécial, ces notions ont pour objet de *limiter les contraintes* liées à l'obligation du recours préalable aux procédures de règlement des différends disponibles, énoncées à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 12[51]. Non content de répondre aux préoccupations exprimées par certains, le Rapporteur spécial a souhaité incorporer à cette obligation des éléments de souplesse permettant de procéder à des ajustements en fonction des conditions objectives et subjectives propres à chaque cas.

71. Il incomberait évidemment à la partie ou aux parties appelées à donner effet aux articles pertinents dans les différentes phases d'un cas donné de s'acquitter de l'obligation dans l'ordre suivant : tout d'abord, l'État qui se prétend lésé, après avoir introduit une demande de cessation/réparation; en deuxième lieu, l'État présumé auteur, lorsqu'il répond à la demande de l'autre partie; puis, à nouveau l'État qui se prétend lésé, lorsqu'il réagit à la réponse de l'autre partie, et ainsi de suite. À un moment, l'obligation ainsi appliquée à un cas particulier peut faire l'objet d'un désaccord entre les parties, ce qui peut déclencher le recours à des contre-mesures et donner lieu à un différend entre les parties à ce sujet. En l'absence d'une solution convenue, l'obligation de recourir à des procédures de règlement des différends devrait se traduire par l'appel à une tierce partie (une commission de conciliation, un tribunal arbitral ou la CIJ) habilitée à s'occuper du différend en vertu des dispositions pertinentes énoncées dans la troisième partie du projet (telle qu'elle a été proposée par le Rapporteur spécial en 1993)[52].

[51] On pourrait peut-être introduire un élément de souplesse supplémentaire à l'alinéa *a* du paragraphe 1, en supprimant le mot « toutes » et en remplaçant le mot « épuisé » par un mot moins fort.

[52] A/CN.4/453 et Add.1 à 3 (voir *supra* note 33), par. 106.

72. Le Rapporteur spécial n'est pas en mesure de déterminer avec certitude si les éléments de flexibilité précités étaient adéquats. Il estime avoir fait de son mieux, persuadé que la Commission ou le Comité de rédaction seraient amenés à réfléchir au sens et à la portée de chacun de ces éléments, de manière à formuler des critiques constructives et à améliorer le texte. Il n'est pas trop tard pour faire un tel effort.

6. La question importante des mesures conservatoires

73. Il convient de s'étendre davantage, principalement mais non exclusivement dans le cadre du problème posé par le règlement des différends surgis avant la prise de contre-mesures, sur le rôle que peuvent ou devraient jouer les mesures conservatoires. On établira évidemment une distinction entre les mesures conservatoires indiquées ou ordonnées par une tierce partie et celles qui sont prises unilatéralement par l'État lésé.

74. En ce qui concerne la première catégorie de mesures conservatoires, les règles générales en la matière sont édictées par les textes bien connus que sont l'Article 41 du Statut de la Cour internationale de Justice, où est employée l'expression « mesures conservatoires », et l'Article 40 de la Charte des Nations Unies, où il est question de « mesures provisoires ». Dans les propositions du Rapporteur spécial, les mesures conservatoires décidées à la suite d'une procédure par tierce partie sont envisagées essentiellement dans la troisième partie, c'est-à-dire dans le cadre des obligations relatives au règlement des différends surgis après l'adoption de contre-mesures. Conformément aux dispositions contenues dans cette partie du projet, la tierce partie appelée à résoudre un différend surgi après la prise de contre-mesures serait habilitée par la future convention à ordonner des mesures conservatoires, que cette tierce partie soit une commission de conciliation, un tribunal arbitral ou la CIJ. Les mesures conservatoires indiquées ou ordonnées par une tierce partie sont également examinées, en même temps que les mesures conservatoires unilatérales [prises par l'État lésé], dans le texte de l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 12 proposé par le Rapporteur spécial en 1992.

75. S'agissant des mesures conservatoires unilatérales prises par l'État lésé, le Rapporteur spécial les envisage dans sa proposition de 1992 comme une exception à l'obligation dudit État de recourir préalablement aux procédures de règlement des différends disponibles. Le droit de l'État lésé de prendre des mesures conservatoires unilatérales est subordonné, conformément à l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article précité, à deux conditions restrictives. En premier lieu, les mesures en question doivent être dictées par un souci de *protection* qui est inhérent à la notion de mesures conservatoires. Tel serait le cas, par exemple, d'une mesure consistant à geler une partie des avoirs de l'État présumé auteur, mesure qui ne se confond pas avec la confiscation et la saisie, d'une suspension partielle de l'exécution des obligations de l'État lésé vis-à-vis de l'État présumé auteur en matière de droits de douane ou de quotas d'importation, ou, plus généralement, de la mise en œuvre, en tant que mesure conservatoire évidemment, du principe *inadimplenti non est adimplendum*. En second lieu, le droit de l'État lésé de prendre

des mesures conservatoires ne peut s'exercer qu'à titre temporaire, c'est-à-dire « en attendant qu'un organe international se soit prononcé sur l'admissibilité de ces mesures dans le cadre d'une procédure de règlement par une tierce partie ».

76. La notion de mesures conservatoires pouvant se révéler trop vague, comme certains membres l'ont signalé à juste titre lors du débat de 1992[53], d'autres précisions pourraient être insérées dans le paragraphe en vue de réduire la possibilité d'abus de la part de l'État lésé. Même s'il n'est guère aisé de définir *in abstracto* les mesures conservatoires, le Comité de rédaction devrait s'y employer sérieusement en 1994.

77. Quoi qu'il en soit, même si l'on s'accorde sur une définition plus précise, il est inévitable que la question reste dans une large mesure à la discrétion de l'État lésé. Il ne faudrait pas cependant que les adversaires de l'obligation du recours préalable aux procédures de règlement des différends, qui sont manifestement soucieux de préserver les prérogatives de l'État lésé, se prévalent de cette circonstance pour supprimer toute mention de la possibilité de prendre des mesures conservatoires unilatérales. Les mesures conservatoires ont été envisagées dans le projet de proposition du Rapporteur spécial précisément afin d'apporter une certaine souplesse, dans l'intérêt de l'État lésé, à l'obligation exigeante du « recours préalable aux procédures de règlement des différends ». Le Rapporteur spécial estime que ce texte était donc plus équilibré que ne paraît l'être le libellé adopté par le Comité de rédaction en 1993.

78. De toute façon, trois facteurs devraient inciter les autorités de l'État lésé à faire preuve d'une retenue raisonnable lorsqu'elles entendent se prévaloir de la dérogation que sont les mesures conservatoires.

79. En premier lieu, l'État lésé devrait procéder à une évaluation minutieuse et de bonne foi de la réponse de l'État présumé auteur à la demande de cessation/réparation. Ce facteur sous-tend plusieurs aspects des propositions formulées par le Rapporteur spécial en 1992 à propos de tout type de contre-mesures, y compris, bien entendu, les mesures conservatoires. Il est inhérent à la notion générale de « réponse satisfaisante » de la part de l'État présumé auteur (dans le projet d'article 11)[54]. Il apparaît également à l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 12 en relation avec l'obligation de l'État auteur de coopérer de bonne foi au choix et à la mise en œuvre des procédures de règlement disponibles.

80. Le deuxième facteur, que l'on retrouve dans les propositions du Rapporteur spécial de 1992, est l'exclusion figurant au paragraphe 3 de l'article 12 de toute mesure (y compris une mesure conservatoire) qui « n'est pas conforme à l'obligation de régler les différends de telle manière que la paix et la sécurité internationales *ainsi que la justice** ne soient pas mises en danger »[55].

81. Le troisième facteur, qui est le plus important et que l'on retrouve, lui aussi, dans les propositions formulées par le Rapporteur spécial en 1992, est constitué par le système de règlement des différends surgis après les contre-mesures qui figurent dans la troisième partie du projet. Toute tierce partie (une commission de conciliation, un tribunal arbitral ou la CIJ) à laquelle il est fait appel dans le cadre d'un différend conformément à la troisième partie du projet serait habilitée par la future convention non seulement, comme cela a été indiqué plus haut, à ordonner des mesures conservatoires, mais également à suspendre toutes mesures prises antérieurement par l'État qui se prétend lésé.

D. Propositions du Rapporteur spécial concernant les articles 11 et 12 de la deuxième partie du projet

Article 11

1. Sous réserve des dispositions des articles 12 à 14 [des articles suivants], l'État lésé dont les demandes au titre des articles 6 à 10 *bis* n'ont pas reçu une réponse satisfaisante de la part de l'État qui a commis le fait internationalement illicite est en droit de ne pas s'acquitter d'une ou plusieurs de ses obligations envers ledit État, pour autant que cela soit nécessaire pour inciter cet État à s'acquitter de ses obligations [au titre des articles 6 à 10 *bis*].

2. Une réponse satisfaisante peut :

a) Faire disparaître la base sur laquelle l'État victime était raisonnablement fondé à croire que l'État contre lequel les contre-mesures sont envisagées a commis un fait internationalement illicite; ou

b) Offrir un moyen de régler le différend dans un délai raisonnable.

Cependant, une réponse n'est pas [ne sera pas] réputée insatisfaisante du simple fait qu'elle ne répond pas [immédiatement] à toutes les demandes de l'État lésé [en particulier aux demandes de réparation].

3. Si une contre-mesure visant un État qui a commis un fait internationalement illicite entraîne la violation d'une obligation envers un État tiers, cette violation ne peut être justifiée à l'encontre de l'État tiers par les dispositions du paragraphe 1.

82. Le Rapporteur spécial est d'avis que l'un des principaux changements apportés par le Comité de rédaction de 1993 au projet d'article 11 qu'avait proposé le Rapporteur spécial en 1992 a été l'élimination de la notion de « réponse satisfaisante », qui y figurait en bonne place. Selon le libellé proposé par le Comité de rédaction, l'État présumé lésé conserverait la faculté de recourir à des contre-mesures aussi longtemps que l'État présumé auteur « ne s'acquitte pas de ses obligations » relatives à la cessation ou à la réparation. Il semblerait donc que des contre-mesures, et pas seulement des mesures conservatoires, seraient admissibles même si l'État présumé auteur répondait favorablement, bien que pas encore définitivement ou complètement, aux protestations ou aux demandes de l'État présumé lésé.

83. Premièrement, en ce qui concerne la cessation du comportement illicite, ce membre de phrase du Comité de rédaction implique qu'un État lésé peut avoir recours à des contre-mesures dès l'instant où il estime, à raison ou à tort, qu'un fait illicite ayant un caractère de continuité est commis par l'État présumé auteur, sans que la possibilité soit donnée à celui-ci d'expliquer, par exemple, qu'il n'y a pas de fait illicite ou que le fait illicite ne lui est pas attribuable. La notion de « réponse satisfaisante » offrirait plus qu'une possibilité de dialogue.

84. Deuxièmement, en ce qui concerne la réparation, la condition posée par les mots « ne s'acquitte pas de ses

[53] Voir *Annuaire... 1992*, vol. I, 2274e séance, par. 7, 2276e séance, par. 34 et 37, 2277e séance, par. 9 et 28, et 2279e séance, par. 4.

[54] Voir *supra* par. 67.

[55] Voir *supra* par. 56, 59 et 66.

obligations » semble vouloir dire que les contre-mesures pourraient *rester en vigueur* tant que l'État auteur n'a pas intégralement réparé le dommage résultant du fait illicite. À moins que l'État auteur ne soit capable de procéder instantanément à la réparation intégrale et complète, ce qui serait plus que vraisemblablement exceptionnel, il pourrait continuer à faire l'objet de contre-mesures même *après* avoir entièrement reconnu sa responsabilité et alors même qu'il aurait commencé à procéder à la réparation ou à donner satisfaction.

85. Il pourrait être utile que cette disposition soit réexaminée par le Comité de rédaction à la quarante-sixième session.

Article 12[56]

1. [À l'exception des dispositions énoncées au paragraphe suivant,] L'État lésé ne recourt à aucune [contre-]mesure avant :

***a*) De s'être acquitté [de bonne foi] des obligations internationales qui lui incombent en matière de règlement [négocié ou par une tierce partie] des différends internationaux;**

***b*) D'avoir communiqué dûment son intention à temps et de manière appropriée à l'État auteur.**

2. Les restrictions énoncées au paragraphe précédent ne s'appliquent pas :

***a*) Aux mesures conservatoires [provisoires] urgentes que l'État lésé peut prendre pour protéger les droits auxquels le fait internationalement illicite [la violation] a porté atteinte ou pour limiter [réduire] le préjudice qui en découle;**

***b*) Si l'État auteur ne coopère pas de bonne foi aux négociations ou à la procédure par une tierce partie proposées par l'État lésé en application de l'alinéa *a* du paragraphe 1 du présent article.**

3. Le droit [la faculté] de l'État lésé de prendre des mesures est suspendu[e] dès qu'une procédure de règlement des différends [obligatoire] par une tierce partie est engagée et que ladite partie est investie du pouvoir d'ordonner des mesures conservatoires de protection.

86. Le Rapporteur spécial est d'avis que la disposition de l'alinéa *a* du paragraphe 1, comparée à celle de l'alinéa *a* du paragraphe 1 de la proposition initiale[57], réduit sensiblement — et au strict minimum — l'obligation d'engager une procédure amiable préalable qui incombe à l'État lésé. En particulier :

a) En ont disparu : i) les mots « avoir épuisé »; ii) le terme « toutes »; et iii) les références au « droit international général » et à la « Charte des Nations Unies »;

b) En faisant simplement référence au respect des obligations (en vigueur) de règlement des différends qui incombent à l'État lésé, *elle laisse la solution concrète* de la question temporelle à l'*interprétation* de ces obligations, qui, de toute évidence, doit s'opérer cas par cas sur la base des instruments de règlement des différends pertinents en vigueur entre les parties;

c) Elle laisse une certaine place à l'évolution future du droit international du règlement des différends en encourageant les États (contrairement à ce que ferait un texte qui ne mentionnerait pas la question de la priorité) à tenter de régler cette question dans les accords de règlement des différends qu'ils sont appelés à conclure à l'avenir;

d) Elle renvoie expressément aux négociations (comme le demandaient plusieurs membres qui siégeaient aussi au Comité de rédaction en 1993) en tant que procédure essentielle de règlement des différends, outre le recours à une tierce partie.

87. La disposition de l'alinéa *b* du paragraphe 1 réintroduit l'exigence de la « communication préalable » omise par le Comité de rédaction l'année dernière.

88. Le paragraphe 2 exempte l'État lésé des exigences tenant à la fois aux mesures de règlement des différends et à la communication préalable, chaque fois que :

a) Il s'agit de « mesures conservatoires de protection » (vaste notion qui devrait amoindrir considérablement la restriction imposée à l'État lésé en matière de liberté de choix);

b) L'État auteur ne coopère pas de bonne foi au règlement des différends.

89. Dans l'un et l'autre cas, la faculté de l'État lésé de recourir à des contre-mesures demeurerait pratiquement illimitée; même l'obligation de communiquer préalablement son intention disparaîtrait.

90. Il est important de souligner que la notion de mesures conservatoires de protection est une notion assez large. Elle englobe des mesures telles que le gel ou la saisie de capitaux, l'interdiction d'exporter certaines marchandises et d'autres mesures semblables. L'État lésé dispose donc d'une certaine latitude pour préserver ses droits jusqu'à ce que la question soit réglée par voie de négociation ou à la faveur d'une procédure faisant intervenir une tierce partie.

[56] À la suite de la décision prise par la Commission de renvoyer au Comité de rédaction ses précédentes propositions concernant les articles 11 et 12, le Rapporteur spécial a présenté une version révisée de l'article 12 qui se lit comme suit :

1. L'État lésé ne recourt à aucune contre-mesure avant la conclusion :

a) D'une procédure de règlement par tierce partie obligatoire qui lui est accessible unilatéralement sur sa propre initiative au titre d'un traité ou autre instrument de règlement des différends en vigueur;

b) À défaut de titre conventionnel, d'une procédure de règlement par tierce partie obligatoire offerte à l'État qui a commis le fait internationalement illicite et acceptée par lui.

2. Les conditions énoncées au paragraphe précédent :

a) Ne s'appliquent pas aux mesures conservatoires urgentes qui peuvent être nécessaires pour protéger les droits de l'État lésé ou pour limiter le préjudice causé par le fait internationalement illicite;

b) Cessent de s'appliquer si l'État qui a commis le fait internationalement illicite :

i) N'accepte pas l'offre d'une procédure par tierce partie obligatoire faite en application de l'alinéa *b* du paragraphe 1 du présent article;

ii) Ne coopère pas de bonne foi à la mise en place ou à la mise en œuvre de la procédure par tierce partie obligatoire envisagée aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 1 du présent article;

iii) Ne défère pas à une demande ou injonction provenant de ladite procédure; ou

iv) Ne se conforme pas à la décision rendue à l'issue de ladite procédure.

3. Sauf dans le cas de mesures conservatoires urgentes envisagé à l'alinéa *a* du paragraphe 2 du présent article, l'État lésé ne recourt à aucune contre-mesure sans avoir dûment communiqué son intention, à temps et de manière appropriée, à l'État qui a commis le fait internationalement illicite.

[57] Voir supra note 17.

91. La crainte que le pouvoir discrétionnaire ainsi laissé à l'État lésé en ce qui concerne les mesures conservatoires réduirait à néant l'obligation énoncée au paragraphe 1 ne serait pas justifiée, car le concept de mesures conservatoires n'est pas indéfiniment extensible et, au cas où une procédure de règlement du différend par tierce partie serait engagée, la tierce partie pourrait sanctionner toutes mesures conservatoires abusives (et ordonner que réparation soit donnée). Une certaine protection serait donc également assurée à l'Etat auteur du fait internationalement illicite. Il va de soi que mieux vaut un progrès modeste (dans la bonne direction) que pas de progrès du tout.

92. Il n'est naturellement pas question d'exclure, comme c'est le cas devant la CIJ, la possibilité de recourir à des mesures conservatoires si l'octroi de dommages-intérêts représente une mesure suffisante.

93. Conformément au texte du Comité de rédaction de 1993, la disposition contenue au paragraphe 3 suspend la faculté de l'État lésé de recourir à des contre-mesures dès qu'une procédure de règlement [obligatoire] par tierce partie est engagée. Ainsi, cette faculté ne serait pas même suspendue, par exemple (sauf accord contraire) si des négociations sont en cours.

CHAPITRE II

Principales questions à examiner lors du prochain débat sur les conséquences des faits internationalement illicites qualifiés de crime aux termes de l'article 19 de la première partie du projet

94. Selon ce qui est prévu, une partie du temps de la quarante-sixième session de la CDI sera consacrée à un débat sur les conséquences des crimes des États tels qu'ils sont définis à l'article 19 de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des États[58], et ce compte tenu du cinquième rapport du Rapporteur spécial[59]. Eu égard à l'extrême complexité du sujet et au grand nombre de questions soulevées dans ledit rapport, le Rapporteur spécial, d'accord en cela avec M. Bowett, a pensé qu'il serait utile de classer ces questions dans un ordre logique en vue de favoriser un débat ordonné et fécond, ce qui permettrait au Rapporteur spécial de puiser dans le débat les orientations dont il a besoin pour la suite de son travail sur le sujet.

95. On trouvera ci-après une liste des questions, accompagnée de références aux paragraphes pertinents du cinquième rapport.

A. — Peut-on définir les crimes ?

96. L'article 19 contient bien entendu une « définition ». Mais la définition du paragraphe 2 s'apparente en quelque sorte à une définition circulaire, car il y est question d'une violation qui *est* reconnue comme un crime par la communauté internationale, ce qui laisse intacte la question de savoir quels sont les crimes ainsi reconnus.

97. Le paragraphe 3 de l'article 19 identifie quatre catégories de violations sur la base du droit en vigueur, à savoir :

a) Une violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales, comme celle interdisant l'agression;

b) Une violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, comme celle interdisant l'établissement ou le maintien par la force d'une domination coloniale;

c) Une violation grave et à une large échelle d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde de l'être humain, comme celles interdisant l'esclavage, le génocide, l'apartheid;

d) Une violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde et la préservation de l'environnement humain, comme celles interdisant la pollution massive de l'atmosphère ou des mers.

98. Outre qu'on peut se demander s'il convient de retenir la notion même de crimes internationaux des États[60], il est très probable que la question surgira de savoir si la liste des crimes au paragraphe 3 de l'article 19 a jamais été et est actuellement la meilleure[61]. Bien que cette question puisse sembler se rapporter exclusivement à l'article 19, il paraît difficile de ne pas en tenir compte actuellement, s'agissant de déterminer les conséquences des actes illicites en question. Aussi la définition devrait-elle retenir l'attention comme un point préliminaire du débat attendu à la quarante-sixième session[62].

B. — À supposer qu'on puisse dégager une définition acceptée, à qui appartiendra-t-il de déterminer qu'un « crime » a été commis ?

99. Une distinction claire semble s'imposer d'elle-même entre les crimes comme l'agression et les autres crimes[63].

[58] Pour le texte des articles 1 à 35 de la première partie, adoptés en première lecture à la trente-deuxième session de la Commission, voir *Annuaire... 1980*, vol. II (2e partie), p. 29 à 32.

[59] Voir *supra* note 33.

[60] Voir doc. A/CN.4/453 (*supra* note 33), par. 250 à 267.

[61] Ibid., par. 269, *b*.

[62] Ibid., par. 268 et 269.

[63] Ibid., par. 269, *a*.

1. LES CRIMES COMME L'AGRESSION

100. Dans un tel cas, il appartiendrait de déterminer qu'un crime a été commis :

a) À l'État victime de l'agression[64], fût-ce à titre provisoire, dans le cadre de la décision de cet État d'invoquer le droit de légitime défense;

b) Aux autres États qui viennent au secours de la victime dans le cadre du droit de légitime défense collective[65], ici encore à titre provisoire;

c) Au Conseil de sécurité. En fait, jusqu'ici le Conseil de sécurité n'a jamais qualifié un État d'« agresseur ». S'il lui arrivait de le faire, cette constatation serait-elle définitive ou seulement provisoire, une constatation définitive incombant à une juridiction internationale ? Et dans ce cas, à quelle juridiction[66] ?

2. LES AUTRES CRIMES

101. Dans ce cas, il appartiendrait de déterminer qu'un crime a été commis :

a) À l'État victime; il s'agit là d'une solution peu plausible, car elle va à l'encontre de la maxime *nemo judex in sua causa*;

b) Aux autres États; cette solution paraît tout aussi peu satisfaisante, à moins que lesdits États n'agissent par l'entremise d'une instance possédant une autorité et reconnue internationalement;

c) À l'Assemblée générale; toutefois, même s'il est évident que l'Assemblée revendique un tel pouvoir en ce qui concerne des crimes comme l'apartheid et le colonialisme, elle demeure une instance éminemment politique et elle ne serait pas habilitée à faire une constatation contraignante[67];

d) Au Conseil de sécurité; cependant, le lien avec le Chapitre VII de la Charte est loin d'être évident, et cet organe, lui aussi, est politique[68];

e) À une juridiction internationale; toutefois, il n'existe pas de telle juridiction. La Cour internationale de Justice ne paraît pas indiquée en l'espèce, car sa compétence se fonde sur le consentement, et on ne peut s'attendre au consentement d'un État accusé d'un crime[69]. Quant à la juridiction dont la création a été proposée récemment, elle sera appelée à juger des individus, et non pas des États.

C. — Quelles sont les conséquences possibles d'un constat de crime ?

102. Les conséquences possibles d'un constat de crime peuvent avoir trait, premièrement, au type spécifique de recours disponible ainsi qu'à la faculté de recourir à des contre-mesures, et, deuxièmement, aux conditions dans lesquelles tous les États, et non pas le seul État victime, peuvent être autorisés à exercer des recours ou à recourir à des contre-mesures[70].

1. RECOURS DISPONIBLES ET FACULTÉ DE RECOURIR À DES CONTRE-MESURES

a) *Recours disponibles*

103. Dans son cinquième rapport, le Rapporteur spécial a indiqué que, en ce qui concerne la cessation de la violation, il ne semblait pas que les crimes présentent un caractère spécial quelconque les distinguant des faits illicites « ordinaires »[71]. Pour ce qui est de la réparation *lato sensu*, le Rapporteur spécial a soulevé, à propos de la *restitution en nature*, la question de savoir si les restrictions énoncées aux alinéas *c* et *d* de l'article 7 de la deuxième partie[72], concernant respectivement la disproportion par rapport à l'indemnisation et la menace grave pour l'État intéressé, devraient s'appliquer dans le cas des crimes[73]. En ce qui concerne l'*indemnisation*, il a demandé si l'interdiction, énoncée au paragraphe 3 de l'article 10 de la deuxième partie[74], des exigences qui porteraient atteinte à la dignité de l'État intéressé devrait s'appliquer dans le cas des crimes[75].

104. De plus, si les crimes sont considérés comme des violations *erga omnes*, les États non victimes sont-ils en droit d'exercer ces mêmes recours[76] ? Dans l'affirmative, ce droit est-il subordonné à une décision d'un organe compétent de l'Organisation des Nations Unies, tel que le Conseil de sécurité, ou les États peuvent-ils exercer ces recours de leur propre initiative ?

b) *Faculté de recourir à des contre-mesures*

105. Plusieurs questions se posent à ce sujet :

a) Tous les États peuvent-ils prendre des contre-mesures dans le cas des crimes ? En d'autres termes, tous les États deviennent-ils des « États lésés » aux fins de l'article 11[77] ?

b) Les conditions énoncées à l'article 12 s'appliquent-elles ?

c) Le principe de proportionnalité s'applique-t-il comme le prévoit l'article 13[78] ?

d) Les interdictions de l'article 14[79] s'appliquent-elles, ou faut-il permettre, par exemple, des mesures

[64] Ibid., par. 171 et suiv.

[65] Ibid.

[66] Ibid., par. 160 à 166 et 210 à 217.

[67] Ibid., par. 208 et 209.

[68] Ibid., par. 160 à 164 et 210 et suiv., notamment par. 218 à 223.

[69] Ibid., par. 214 à 217.

[70] Ibid., par. 119 et suiv.

[71] Ibid., par. 171 à 176.

[72] Pour le texte des articles 1 à 6, 6 *bis*, 7, 8, 10 et 10 *bis*, voir *Annuaire... 1993*, vol. II (2e partie), p. 55 et 56.

[73] Voir doc. A/CN.4/453 (*supra* note 33), par. 179 et 180.

[74] Voir *supra* note 72.

[75] Voir doc. A/CN.4/453 (*supra* note 33), par. 182.

[76] Ibid., par. 122, 136 et 184 à 186.

[77] Ibid., par. 226 à 240.

[78] Voir *Annuaire... 1992*, vol. II (2e partie), p. 31, note 67.

[79] Ibid., p. 33, note 69.

extrêmes de coercition politique et économique, voire l'emploi de la force armée, avec ou sans l'autorisation préalable du Conseil de sécurité[80] ?

e) Les dérogations aux conditions normales régissant les contre-mesures seraient-elles permises à tous les États, ou seulement à l'État victime du crime ?

2. Conditions dans lesquelles tous les États, et non seulement l'État victime, pourraient, en cas de crime, être autorisés à exercer des recours ou à recourir à des contre-mesures

106. La question se pose de savoir si, en cas de crime, tout État devrait pouvoir exercer des recours ou recourir à des contre-mesures de sa propre autorité ou avec l'autorisation du Conseil de sécurité ou encore avec l'autorisation d'un tribunal compétent.

107. Dans la première hypothèse, le droit conféré à l'État devrait sans doute être subordonné à l'exercice par le Conseil de sécurité de ses pouvoirs en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies et aux obligations d'un État en vertu de l'Article 25 de la Charte.

108. Dans la deuxième hypothèse, le Conseil de sécurité serait-il compétent s'il ne s'agissait pas d'un crime impliquant l'agression ou l'emploi illicite de la force ?

109. La troisième hypothèse est théorique puisque aucun tribunal compétent pour connaître de ces questions n'existe actuellement.

3. Exclusion possible des crimes du champ d'application des dispositions sur les circonstances excluant l'illicéité

110. Cette question se pose dans le cas du consentement (article 29 de la première partie), de la force majeure (article 31 de la première partie), de la détresse (article 32 de la première partie) et de l'état de nécessité (article 33 de la première partie). En ce qui concerne la légitime défense (article 34 de la première partie)[81], il faut noter que la notion de crime et celle de légitime défense sont incompatibles[82].

4. Obligation générale de ne pas reconnaître les conséquences d'un crime[83]

111. L'obligation de ne pas reconnaître comme juridique toute acquisition territoriale résultant d'une agression est déjà acceptée. Reste la question de savoir si cette obligation prend effet après qu'un organe impartial de la communauté internationale a constaté de manière autorisée que le crime d'agression a été commis : le Conseil de sécurité est-il le seul organe habilité à faire une telle constatation et faut-il que le Conseil de sécurité ait spécifiquement appelé à la non-reconnaissance pour que l'obligation puisse prendre effet ?

5. Obligation générale de ne pas aider l'État « criminel » et de prêter assistance à la victime[84]

112. Ici encore, la question se pose de savoir si l'obligation en question naît spontanément ou si elle résulte de décisions spécifiques prises en vertu de la Charte des Nations Unies, en particulier du paragraphe 2 de l'Article 2, des Articles 24 et 25, du Chapitre VII et de l'Article 102.

113. Bien entendu, la liste ci-dessus n'empêche pas de discuter toutes autres questions pertinentes traitées dans le cinquième rapport ou jugées importantes par des membres de la Commission.

---

[80] Voir doc. A/CN.4/453 (*supra* note 33), par. 192 et 198 à 213.

[81] Voir *supra* note 7.

[82] Le Rapporteur spécial, lors du débat à la quarante-sixième session de la Commission, a attiré l'attention des membres sur « la fausse impression » que pouvait donner la lecture de ce paragraphe. Pour plus de clarification, voir *Annuaire... 1994*, vol. I, 2342e séance, par. 30.

[83] Voir doc. A/CN.4/453 (*supra* note 33), par. 241 et suiv.

[84] Ibid., par. 244 à 249.

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

[Point 4 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/458 et Add.1 à 8

Rapport du Groupe de travail sur un projet de statut pour une cour criminelle internationale. — Observations des gouvernements

[Original : anglais/arabe/espagnol/français/russe]
[18 et 28 février, 11, 24 et 25 mars, 11, 13 et 17 mai, 24 juin et 10 août 1994]

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
Note	24
Instruments multilatéraux cités dans le présent document	24
INTRODUCTION	25
Sections	
I. — OBSERVATIONS REÇUES DES ÉTATS MEMBRES	26
Algérie	26
Allemagne	27
Australie	29
Autriche	35
Bélarus	38
Chili	40
Chypre	43
Cuba	43
Danemark*	44
Espagne	44
États-Unis d'Amérique	44
Finlande*	57
Hongrie	57
Islande*	64
Japon	64
Koweït	68
Malte	72
Mexique	73
Norvège*	74
Nouvelle-Zélande	74
Panama	77
Pays nordiques	78
République tchèque	83
Roumanie	84
Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord	85
Slovénie	90
Sri Lanka	92
Suède*	96
Tunisie	96
Yougoslavie	97
II. — OBSERVATIONS REÇUES D'UN ÉTAT NON MEMBRE	100
Suisse	100

* La réponse conjointe du Danemark, de la Finlande, de l'Islande, de la Norvège et de la Suède figure sous **Pays nordiques**.

NOTE

Dans le présent document, les mots « Groupe de travail de 1992 » renvoient au Groupe de travail sur la question de la création d'une juridiction pénale internationale dont le rapport figure dans *Annuaire... 1992*, vol. II (2e partie), doc. A/47/10, annexe. Les mots « Groupe de travail de 1993 » renvoient au Groupe de travail sur un projet de statut pour une cour criminelle internationale dont le rapport figure dans *Annuaire... 1993*, vol. II (2e partie), doc. A/48/10, annexe. Les commentaires au projet de statut élaboré par le Groupe de travail de 1993 figurent également dans ce dernier rapport. Les chiffres entre parenthèses sont les numéros des paragraphes des observations que les États concernés avaient déjà envoyées sur le rapport du Groupe de travail de 1992 et qui figurent dans *Annuaire... 1993*, vol. II (1re partie), p. 135 et suiv., doc. A/CN.4/452 et Add.1 à 3.

Instruments multilatéraux cités dans le présent document

	Sources
Droits de l'homme	
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.
Convention européenne d'extradition (Paris, 13 octobre 1957)	Ibid., vol. 359, p. 273.
Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (New York, 21 décembre 1965)	Ibid., vol. 660, p. 195.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 999, p. 171.
Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité (New York, 26 novembre 1968)	Ibid., vol. 754, p. 73.
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.
Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale (New York, 14 décembre 1990)	*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-cinquième session, Supplément n° 49*, résolution 45/117, annexe.
Privilèges et immunités, relations diplomatiques	
Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Vienne, 18 avril 1961)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 500, p. 95.
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 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.
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.
Droit des traités	
Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969)	Ibid., vol. 1155, p. 331.

	Sources
Stupéfiants et substances psychotropes	
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.
Aviation civile	
Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (Montréal, 23 septembre 1971)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 974, p. 177.
Protocole pour la répression des actes illicites de violence dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale, complémentaire à la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (Montréal, 24 février 1988)	OACI, doc. 9518.

Introduction

1. À sa quarante-cinquième session (1993), la Commission du droit international a décidé que le projet d'articles proposé par le Groupe de travail sur un projet de statut d'une cour criminelle internationale[1] serait transmis, par l'intermédiaire du Secrétaire général, aux gouvernements afin que ceux-ci formulent leurs observations à ce sujet, avec prière de faire tenir ces observations au Secrétaire général avant le 15 février 1994[2].

2. Comme suite à la demande de la Commission, le Secrétaire général a adressé, le 6 octobre 1993, une note verbale à tous les gouvernements les invitant à présenter leurs observations écrites sur le projet d'articles avant le 15 février 1994.

3. En outre, à sa quarante-huitième session, l'Assemblée générale a adopté la résolution 48/31 du 9 décembre 1993, intitulée « Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-cinquième session », dont les paragraphes 5 et 6 se lisent comme suit :

> [*L'Assemblée générale,*]
>
> 5. *Invite* les États à communiquer au Secrétaire général le 15 février 1994 au plus tard, conformément à la requête de la Commission du droit international, leurs observations écrites sur les projets d'articles proposés par le Groupe de travail sur un projet de statut pour une cour criminelle internationale;
>
> 6. *Prie* la Commission du droit international de poursuivre ses travaux à titre prioritaire sur cette question en vue d'élaborer un projet de statut, si possible à sa quarante-sixième session en 1994, en tenant compte des vues exprimées pendant le débat à la Sixième Commission ainsi que des observations écrites qui auraient été reçues des États; [...].

4. Pour donner suite aux dispositions du paragraphe 5 de la résolution 48/31, le Secrétaire général a adressé le 4 janvier 1994 une note verbale à tous les gouvernements pour les inviter de nouveau à présenter leurs observations écrites avant le 15 février 1994.

5. Au 22 juillet 1994, le Secrétaire général avait reçu vingt-deux réponses émanant d'États Membres et une émanant d'un État non membre; deux réponses supplémentaires d'États Membres sont parvenues après la clôture de la session. Le texte de ces observations est reproduit dans le présent document.

[1] *Annuaire... 1993*, vol. II (2e partie), p. 104, doc. A/48/10, annexe.

[2] Ibid., p. 20, par. 100.

I. — Observations reçues des États Membres

Algérie

[Original : français]
[14 février 1994]

1. Avant de formuler quelques observations sur des aspects ponctuels du projet de statut d'une cour criminelle internationale proposée par le Groupe de travail de la Commission du droit international, le Gouvernement algérien tient à rappeler, de crainte que ceci ait été quelque peu perdu de vue, le contexte historique, logique et légal dans lequel s'inscrit l'examen de la question.

A. — Contexte de l'examen de la question

2. La création d'une juridiction pénale internationale est difficilement séparable de la question principale de l'élaboration d'un projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Historiquement, la création d'une juridiction pénale internationale a été envisagée pour répondre au besoin d'avoir un organe judiciaire d'application du code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Ce choix découlait de considérations cohérentes qui conservent toute leur pertinence et toute leur actualité. S'il est vrai, en effet, qu'un code sans organe judiciaire chargé de l'appliquer et de le faire respecter serait superflu, il est tout aussi vrai qu'une cour sans définition préalable et rigoureuse du droit applicable ne serait qu'un organe inopérant. Il s'agit là de deux aspects indissociables et complémentaires d'une même entreprise, à savoir la répression des crimes dont le caractère particulièrement odieux et choquant pour la conscience humaine universelle les prédestine à être qualifiés de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

3. Le Gouvernement algérien, qui s'est constamment prononcé en faveur de la création d'une cour pénale internationale, n'en est que plus à l'aise pour affirmer que la création d'une telle cour n'est pas un objectif en soi. Elle n'a de signification et de portée réelles que si cette cour est destinée à réprimer des actes que la communauté internationale s'accorde à reconnaître comme des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et les énonce comme tels et comme relevant de la juridiction dont la création est envisagée.

4. Dès lors, le fait que la Commission du droit international ait reçu pour mandat, au paragraphe 6 de la résolution 47/33 de l'Assemblée générale, en date du 25 novembre 1992, d'entreprendre l'élaboration d'un projet de statut pour une juridiction pénale internationale ne signifie nullement que les travaux sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité doivent être abandonnés ni même ralentis. Le projet de code ayant été adopté par la Commission du droit international en première lecture[1], il serait hautement souhaitable que la Commission en reprenne l'examen, selon ses méthodes de travail habituelles, car ce projet demeure le socle sur lequel sera élevée une juridiction pénale internationale. L'entreprise doit être solidaire et les deux aspects de la question doivent évoluer concomitamment, avec le même coefficient d'intérêt et de diligence. Le degré de maturation du sujet ainsi que les préoccupations actuelles de la communauté internationale offrent des conditions propices à des progrès notables dans cette double direction, et ce assez rapidement.

B. — Observations sur les projets d'articles

1. La nature de la future cour

5. S'agissant de sa nature, la Cour ne pourrait, de l'avis du Gouvernement algérien, qu'être permanente. L'Algérie ne peut partager, à cet égard, l'opinion selon laquelle l'on pourrait se contenter d'une structure embryonnaire qui siégerait par intermittence et sur une base ponctuelle. Les partisans d'une telle approche avancent essentiellement à son appui des considérations d'ordre budgétaire qui, quelle que soit leur importance, ne peuvent emporter la décision à elles seules eu égard aux enjeux en présence. Des événements récents de l'actualité internationale ont crûment révélé l'existence d'une lacune dans l'ordonnancement des relations internationales, l'absence d'une cour pénale internationale, dont la seule existence aurait, sans doute, aidé à désamorcer des situations de crise grave. Il y a là, à l'évidence, un vide juridique qu'il convient de combler au plus vite. Des solutions ponctuelles ont pu être trouvées dans certains cas, notamment par le recours à des organes ad hoc, mais ce ne sont là que des palliatifs dont on ne peut s'accommoder indéfiniment et que l'on ne peut démultiplier à l'envi, sans risque grave d'éparpillement des efforts et d'atomisation de l'ordre judiciaire international.

6. En outre, une juridiction pénale internationale permanente offrirait l'avantage d'assurer une application objective, uniforme et impartiale du droit international en évitant les aléas inhérents à la mise sur pied de juridictions après la survenance des faits répréhensibles dont elles seraient saisies.

7. Enfin, seuls des juges internationaux permanents sont en mesure de se situer au-dessus des contingences politiques du moment et des pressions inévitables liées à la sensibilité des affaires à traiter. Une justice égale, indépendante et impartiale ne peut être assurée que par une cour permanente formée de magistrats élus pour juger, en toute conscience et en application de normes juridiques générales et impersonnelles, les affaires qui leur sont renvoyées.

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

2. La compétence de la future cour

8. En ce qui concerne la compétence de la Cour, le Gouvernement algérien partage l'opinion généralement admise en faveur d'une compétence *ratione personae* limitée aux individus. Par contre, la compétence *ratione materiae* semble indûment restrictive dans le projet de statut dans la mesure où aucune des trois variantes proposées à l'article 23 (Acceptation par les États de la compétence de la Cour pour les crimes énumérés à l'article 22) ne répond au besoin de conférer à la Cour l'autorité suffisante correspondant à la hauteur de la mission pour laquelle elle doit être créée. Du point de vue de l'Algérie, dès lors qu'un État accepte le statut de la Cour, il doit accepter *ipso facto* la compétence de la Cour pour tous les crimes identifiés comme relevant de sa juridiction. Toute autre solution reviendrait, en fait, à remettre en cause la valeur du statut de la Cour et à vider de son contenu l'acceptation même par un État de ce statut.

3. Le droit applicable

9. En ce qui concerne le droit applicable, question complémentaire de la précédente, le projet de statut propose une formule qui mérite d'être revue et complétée. En effet, l'article 22 (Liste de crimes définis par voie de traité) énumère un certain nombre de crimes attributifs de la compétence de la Cour sur la base des conventions internationales en vigueur. Cette approche soulève un certain nombre de questions dont, notamment, celle de la compatibilité entre les dispositions du statut de la Cour et celles des conventions en ce qui concerne l'application du principe « juger ou extrader », qui est le principe de base des conventions précitées. Une application logique de ce principe, tel que codifié dans ces conventions, pourrait se traduire dans les deux cas de figure par une impossibilité pratique de saisir la Cour, compte tenu du fait que les États ne sont tenus par leurs obligations conventionnelles, qu'à juger eux-mêmes, ou qu'à extrader les prévenus vers un autre pays. Le projet de statut de la Cour a tenté de dépasser cette contradiction fondamentale en instaurant une sorte de compétence préférentielle au profit de la Cour mais en la subordonnant à la seule bonne volonté des États. Dans cette optique, c'est l'utilité même d'une cour pénale internationale qui est en cause car il est prévisible que, bien souvent, la préférence nationale prévaudra.

10. Par ailleurs, l'énumération des crimes à l'article 22, même complétée par les dispositions de l'article 26 (Acceptation spéciale par des États de la compétence de la Cour dans des cas autres que ceux visés à l'article 22), est loin d'être exhaustive ou satisfaisante. N'y figure pas, en effet, toute une série de crimes pourtant largement acceptés par la communauté internationale et par la Commission du droit international elle-même comme des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité; il en est ainsi, notamment, du terrorisme international.

11. Compte tenu de ce qui précède, la seule approche cohérente qui semble envisageable consisterait à instaurer une compétence exclusive de la Cour pour un certain nombre de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité préalablement identifiés dans un code universel opposable à tous les États.

4. Les liens avec l'Organisation des Nations Unies

12. La question des liens entre la future Cour et l'Organisation des Nations Unies n'a pas fait l'objet de toute l'attention qu'elle mérite malgré l'importance fondamentale qui lui a été reconnue dans le rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-cinquième session[2]. Le Gouvernement algérien estime important que la Cour soit un organe de l'Organisation des Nations Unies, et ce non seulement pour lui conférer l'autorité morale de l'organisation mondiale et pour lui assurer une reconnaissance universelle, mais également pour matérialiser l'unicité de l'ordre public international. Ceci n'affecterait en rien son indépendance et son autonomie. Le Statut de la Cour internationale de Justice offre, à cet égard, un exemple probant en ce qui concerne le mode d'élection des juges, leur statut, l'acceptation automatique du Statut de la Cour pour tout État Membre de l'Organisation des Nations Unies et le mode de saisine de la CIJ.

[2] *Annuaire... 1993*, vol. II (2e partie), doc. A/48/10, p. 16 et 17, par. 60.

Allemagne

[Original : anglais]
[24 mars 1994]

1. L'Allemagne est l'un des pays qui préconisent depuis des années de renforcer la primauté du droit dans les relations internationales. Au sein des diverses organisations multilatérales, singulièrement à l'Organisation des Nations Unies, elle a exposé maintes fois les raisons pour lesquelles elle voit dans la création d'une cour criminelle internationale une nécessité. Le trop grand nombre de conflits régionaux donnant lieu à des violations massives des droits de l'homme et du droit international humanitaire montre à quel point il est urgent de prendre des mesures pratiques pour mettre en place un régime universel de compétence pénale. Les faits nouveaux survenus ces dernières années autorisent à penser que cet objectif peut maintenant être atteint.

2. Le Gouvernement allemand se félicite des résolutions 808 (1993) et 827 (1993) du Conseil de sécurité, en date des 22 février et 25 mai 1993, respectivement, par lesquelles il a décidé la création d'un tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 et a aidé à y donner suite. Le Gouvernement allemand considère que la naissance de ce tribunal constitue une contribution majeure au renforcement de la compétence pénale dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies.

3. Cette évolution a, sans nul doute, durablement galvanisé les travaux d'élaboration d'un statut pour une cour criminelle internationale menés par la Commission du droit international. Dans cette entreprise, il sera capital pour celle-ci de faire fond sur l'expérience que la commu-

nauté internationale aura tirée du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. Le projet de statut montre de façon convaincante qu'une cour criminelle internationale pourrait être créée si l'on parvenait à résoudre certains problèmes d'ordre juridique et technique. Comme suite à la note du Secrétaire général datée du 4 janvier 1994, le Gouvernement allemand formule les observations ci-après sur les dispositions fondamentales du statut.

La nature juridique de la cour

4. Il s'agit là d'une question importante dont la réponse ne manquera pas d'influer sur le fond d'un certain nombre de dispositions du projet. Ni le commentaire que le Groupe de travail de 1993 consacre à l'article 2[1] ni le débat sur ce point à la Sixième Commission lors de la quarante-huitième session de l'Assemblée générale ne permettent de trancher dans un sens ou dans l'autre.

5. Le Gouvernement allemand a, à plusieurs reprises, proposé que la Cour criminelle internationale soit créée en vertu d'un traité international distinct. Toutefois, ce choix fondamental ne devrait pas interdire d'établir un lien étroit entre la Cour et l'Organisation des Nations Unies. Il faudrait exploiter pleinement, sans pour autant l'étendre, la latitude ménagée à cet effet par les dispositions de la Charte des Nations Unies. Le Gouvernement allemand appuie donc les propositions tendant à consacrer ce lien dans un instrument distinct.

6. Une autre possibilité consisterait à conférer à la Cour criminelle internationale, en tant qu'institution permanente, du moins pour la phase initiale pendant laquelle elle siégerait à titre ad hoc, un statut analogue à celui accordé à la Cour permanente d'arbitrage de La Haye dans ses relations avec l'Organisation des Nations Unies. Mais quelle que soit la solution retenue en définitive par la CDI, elle devrait conférer à la Cour la légitimité et l'universalité dont elle aurait besoin pour exercer une telle compétence pénale. De plus, il importe tout particulièrement de faire en sorte que l'étroitesse de ses liens avec l'Organisation des Nations Unies n'entame pas l'indépendance et l'intégrité de la Cour, y compris celles des juges.

La compétence de la cour

7. L'essence du statut de la Cour criminelle internationale réside à n'en pas douter dans sa compétence *ratione materiae*. Pour le Gouvernement allemand, la Cour devrait être dotée d'une compétence aussi générale que possible. Il se félicite en principe de la solution retenue par le Groupe de travail de la CDI aux articles 22 et 26 s'agissant de définir la compétence de la Cour. L'article 22 (Liste de crimes définis par voie de traité) établit la compétence de la Cour pour la catégorie des crimes définis conformément aux dispositions des instruments internationaux pertinents. Or, il se pose la question de savoir si cette disposition satisfait à l'exigence de spécificité, qui est un principe fondamental pour l'exercice d'une telle compétence. À l'exemple du statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie[2], le présent statut devrait lui aussi définir les crimes de manière plus précise.

8. L'alinéa *b* de l'article 21 (Révision du Statut) offre la possibilité d'élargir le champ de la compétence de la Cour défini à l'article 22 si les parties au statut le jugeaient nécessaire. Une telle disposition devrait favoriser le développement progressif de la pratique juridique internationale et la formation du droit international. L'article 21 prend d'autant plus d'importance quand on considère que la CDI poursuit ses travaux sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Si ce code reste important, son achèvement ne devrait pas être lié à l'adoption d'un statut pour une cour criminelle internationale. Néanmoins, le code devrait tomber automatiquement dans le champ de la compétence de la Cour dès qu'il entrerait en vigueur.

9. L'article 26 (Acceptation spéciale par des États de la compétence de la Cour dans des cas autres que ceux visés à l'article 22) traite des crimes au regard du droit international en général et des crimes au regard du droit interne que le Groupe de travail de la CDI considère comme constituant un fondement juridique supplémentaire de la compétence de la Cour. Lors du débat consacré au projet à la Sixième Commission au cours de la quarante-huitième session de l'Assemblée générale, la proposition tendant à rendre passible de poursuites pénales les crimes entrant dans le champ du droit international coutumier a suscité des doutes, singulièrement parce qu'ils sont mal définis. Comme il est souhaitable de conférer à la Cour une compétence générale, on pourrait difficilement justifier d'exclure de sa compétence les crimes en regard du droit international général non visés par l'article 22. En outre, ces crimes étant d'ordinaire graves, par exemple les violations des lois ou coutumes de la guerre et les crimes contre l'humanité, ils ouvriraient la voie à la poursuite de leurs auteurs au pénal. La CDI gagnerait sans doute ici aussi à définir de manière précise les crimes visés. La solution retenue aux articles 3 et 5 du statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie semblerait offrir un bon point de départ.

10. Pour le Gouvernement allemand, la poursuite devant la Cour criminelle internationale des crimes au regard du droit interne tel que le prévoit l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 26 du projet de statut suscite des doutes plus sérieux. En effet, on voit mal comment concilier ce choix avec le principe *nullum crimen sine lege*. Surtout, le fait que la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes soit mentionnée uniquement à titre d'exemple fait douter que les décisions qui s'imposent puissent être prises.

11. Ainsi qu'il est dit plus haut, la Cour criminelle internationale doit être dotée d'une compétence générale. D'où la nécessité pour cette compétence d'être acceptée par tous les membres de la communauté des États. Dans ce contexte, la procédure de « retrait sélectif » proposée à la variante B de l'article 23 (Acceptation par les États de la compétence de la Cour pour les crimes énumérés à l'article 22) semble offrir la base la mieux indiquée pour une compétence largement acceptée.

[1] Voir notamment le paragraphe 4 du commentaire.

[2] S/25704 et Corr.1, annexe.

12. Les articles 25 (Affaires soumises à la Cour par le Conseil de sécurité) et 27 (Accusations d'agression) traitent de la relation incontestablement délicate entre la Cour criminelle internationale et le Conseil de sécurité. Le Gouvernement allemand souscrit à l'idée fondamentale selon laquelle le Conseil de sécurité devrait pouvoir saisir la Cour d'affaires spécifiques. Dans la mesure où les poursuites pénales ne sont envisagées qu'à l'encontre de personnes, le statut devrait préciser que le Conseil de sécurité appelle l'attention, en l'occurrence, sur les situations dans le contexte immédiat desquelles les crimes visés à l'article 22 pourraient se produire. Cependant, il faudrait réfléchir à la question de savoir si la possibilité ménagée à l'article 25 ne doit pas être étendue, étant donné la compétence que la Charte des Nations Unies attribue au Conseil de sécurité. Cette observation vaut singulièrement s'agissant des violations graves du droit international humanitaire et des crimes contre l'humanité. On pourrait également concevoir que le Conseil de sécurité exhorte les États à coopérer avec la Cour.

13. De même, l'article 45 (Autorité de la chose jugée [*non bis in idem*]) devrait être examiné attentivement. Le but recherché par le Groupe de travail au paragraphe 2 paraît tout à fait raisonnable. On peut cependant se demander si cette disposition pourrait être mise en pratique sans remettre en cause la souveraineté de l'État concerné.

14. En outre, la Cour criminelle internationale serait appelée, dans toutes les affaires visées au paragraphe 2 de l'article 45, à assumer le rôle d'une cour supérieure et à examiner les procédures déjà achevées pour déterminer si les actes commis par la personne condamnée avaient été qualifiés à tort de crimes de droit commun, si le procès s'était déroulé en toute impartialité ou indépendance ou s'il avait pour seul but de soustraire l'accusé à une responsabilité pénale internationale ou si l'affaire avait été poursuivie en toute diligence. Ces procédures de réexamen présenteraient vraisemblablement énormément de difficultés. Du point de vue de la procédure pénale, il faudrait réfléchir à la possibilité de donner au principe *non bis in idem* une application générale.

15. Les articles 19 (Règlement du Tribunal) et 20 (Règlement intérieur de la Cour) confèrent à la Cour criminelle internationale le droit d'arrêter ses propres règlements et procédures. Rien ne s'oppose à ce que la Cour se donne des règles de portée strictement interne. Toutefois, l'Allemagne partage l'opinion d'un certain nombre de pays selon laquelle les dispositions régissant les procédures d'enquête et de jugement doivent être soumises à l'approbation des parties au statut. Du moins, les dispositions fondamentales en la matière devraient-elles faire partie intégrante du statut. Il paraît également logique, en partie en raison de l'article 40 (Caractère équitable du procès), de consacrer dans le statut les intérêts des victimes et des témoins, en particulier la nécessité de leur accorder une protection. En revanche, l'article 44 paraît garantir convenablement les droits de l'accusé.

16. L'article 53 (peines applicables) soulève la question de savoir comment définir une peine appropriée (*nulla poena sine lege*), qui avait également fait l'objet d'un débat approfondi à l'occasion de la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. À cet égard, on peut raisonnablement souligner que, en règle générale, les instruments internationaux pertinents ne définissent pas clairement les peines nécessaires à l'exercice d'une compétence internationale. Dans la mesure où le paragraphe 2 de l'article 53 doit être interprété comme ne limitant nullement la panoplie de sanctions, il ne satisferait pas l'exigence qui veut que non seulement les faits punissables mais également les peines applicables à l'époque de la commission du crime soient déterminées par la loi. Il faudrait dès lors prévoir l'imposition des peines prévues par le droit interne des États visés au paragraphe 2. Il faudrait joindre à cet éventail de peines celles prévues par le droit de l'État dont la victime est ressortissante.

17. Le Gouvernement allemand a déjà rejeté l'idée de procès *in abstentia* à l'occasion de l'élaboration du statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. Cette opinion avait été largement appuyée lors de l'examen du présent projet de statut à la Sixième Commission lors de la quarante-huitième session de l'Assemblée générale. Si la possibilité de procès *in abstentia* rencontrait l'adhésion de la majorité, il faudrait insérer de nouvelles dispositions dans le statut à l'effet d'élucider pleinement toutes les questions qui en résulteraient.

18. Le Gouvernement allemand souscrit aux arguments avancés au sujet de l'article 56 (Procédure d'appel) lors du débat à la Sixième Commission lors de la quarante-huitième session de l'Assemblée générale. Le paragraphe 1 se borne à stipuler que le Bureau constitue une chambre d'appel dès que l'acte d'appel est déposé. Toutefois, le statut devrait consacrer des dispositions supplémentaires à l'activité de la chambre. En ce qui concerne la procédure d'appel dans son ensemble, il faudrait prévoir la création d'une chambre distincte dès l'origine.

Australie

[Original : anglais]
[16 février 1994]

1. Les observations ci-après portent sur les sept parties du projet de statut d'un tribunal criminel international tel que proposé par le Groupe de travail de 1993.

PREMIÈRE PARTIE. — INSTITUTION ET COMPOSITION DU TRIBUNAL

2. Un certain nombre des articles de la première partie soulèvent des questions d'une importance particulière.

Article 2 (Lien du Tribunal avec l'Organisation des Nations Unies)

3. L'article 2 propose deux variantes entre crochets. La première tend à faire du tribunal un « organe judiciaire de l'Organisation des Nations Unies », cependant que, en vertu de la seconde, le tribunal serait « lié à l'Organisation des Nations Unies selon les modalités prévues dans le présent Statut ».

4. Dans son commentaire sur l'article 2, le Groupe de travail a fait observer qu'une divergence de vues s'était

Nations Unies. De l'avis de l'Australie, le tribunal criminel international devrait faire partie du système des Nations Unies et de préférence en tant qu'organe subsidiaire juridictionnel, et ce à la faveur du paragraphe 2 de l'Article VII de la Charte des Nations Unies. Du moins l'Australie estime-t-elle que le tribunal devrait être lié à l'Organisation des Nations Unies par un accord analogue à ceux que cette dernière a conclus avec les institutions spécialisées.

Article 4 (Statut du Tribunal)

5. Aux termes du paragraphe 1, le tribunal sera « une institution permanente [...] [qui] se réunit lorsque cela est nécessaire pour l'examen d'une affaire dont il est saisi ». Cette formulation rejoint l'opinion que l'Australie a exprimée lorsqu'elle a évoqué la question à la Sixième Commission en 1992 et en 1993[1] et dans les observations écrites qu'elles a formulées sur le rapport du Groupe de travail de 1992.

Article 5 (Organes du Tribunal)

6. L'article 5 institue trois organes pour le tribunal, à savoir : *a*) la Cour; *b*) le Greffe; et *c*) le Parquet. Cette architecture est appropriée et identique à celle retenue pour le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie.

Article 9 (Indépendance des juges)

7. Le respect de l'indépendance des juges est essentiel au bon fonctionnement du tribunal. Le Groupe de travail souhaitera peut-être énumérer dans l'article 9 les exemples d'activités qui seraient de nature à entraver l'exercice des « fonctions judiciaires » des juges ou « d'altérer la confiance dans leur indépendance ». Par exemple, le paragraphe 4 du commentaire sur l'article 9 précise qu'il « a été clairement entendu qu'un juge de la Cour ne pouvait pas être en même temps membre exécutif d'un gouvernement ».

Article 11 (Récusation des juges)

8. Au paragraphe 6 de son commentaire sur l'article 11, le Groupe de travail indique qu'il souhaiterait recevoir de l'Assemblée générale les observations sur le point de savoir « s'il fallait fixer une limite au nombre de juges qu'un accusé pouvait récuser ». Il devrait être inutile de fixer une limite dans la mesure où il est fort improbable qu'un accusé puisse fournir des motifs valables pour récuser plus d'un ou deux juges. Au surplus, on pourrait voir dans toute limitation une atteinte au droit de chaque accusé à un procès équitable devant un tribunal impartial.

9. Le Groupe de travail a également sollicité des observations quant au quorum requis en cas de récusation d'un juge. De l'avis de l'Australie, que la récusation soit fondée sur le paragraphe 2 ou le paragraphe 3 de l'article 11, il faudrait pourvoir au remplacement du juge récusé de manière à maintenir le quorum initial.

Article 13 (Composition, fonctions et pouvoirs du Parquet)

10. Aux termes du paragraphe 2, les États parties élisent un procureur et un procureur adjoint parmi les candidats désignés. À la différence du paragraphe 2 de l'article 7 qui stipule que les États parties présentent la candidature d'une personne aux fins de l'élection des juges de la Cour, le paragraphe 2 de l'article 13 n'impose aucune limitation de cet ordre aux États parties s'agissant de la proposition de candidatures aux fonctions de procureur et de procureur adjoint. Il vaudrait mieux également autoriser les États parties à présenter la candidature d'une seule personne aux fonctions de procureur et d'une seule personne aux fonctions de procureur adjoint, étant entendu que les candidats proposés seraient de nationalités différentes.

11. Le paragraphe 4 dispose que le Parquet agit de façon indépendante. Dans les observations écrites qu'elle a formulées sur le rapport du Groupe de travail de 1992, l'Australie s'est prononcée (par. 58 et 59) en faveur d'un système de poursuites indépendant préférable à la solution qui consisterait à laisser à l'État plaignant le soin d'engager des poursuites.

Article 15 (Perte de fonctions)

12. L'article 15 établit le mécanisme en vertu duquel les juges, le procureur, le procureur adjoint et le greffier pourraient être relevés de leurs fonctions pour faute avérée ou manquement grave au Statut. En particulier, d'après le paragraphe 2 de l'article, le procureur et le procureur adjoint peuvent être relevés de leurs fonctions par une décision en ce sens prise par les deux tiers des juges de la Cour. De l'avis de l'Australie, habiliter la Cour à relever le procureur ou le procureur adjoint de ses fonctions menace l'indépendance du parquet et pourrait ouvrir la voie à des accusations de parti pris. Une meilleure solution consisterait à laisser aux États parties le soin de statuer au cas par cas sur le point de savoir s'il faut relever de ses fonctions le procureur ou le procureur adjoint.

Article 19 (Règlement du Tribunal)

Article 20 (Règlement intérieur de la Cour)

13. Ces dispositions sont analogues à celles de l'article 15 du Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie[2] aux termes desquels les juges de ce tribunal sont appelés à adopter un règlement qui régira la recevabilité des preuves et les questions de procédure. Le Conseil de sécurité, dans sa résolution 827 (1993) du 25 mai 1993, par laquelle il a adopté le statut du tribunal criminel international pour l'ex-Yougoslavie, a également invité les États à présenter des observations sur le règlement dudit tribunal qui appelle à régir les questions touchant la procédure et l'administration de preuves à soumettre à l'examen des juges. Il serait utile de se demander

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Sixième Commission*, 22e séance, par. 30 à 38, et ibid., *quarante-huitième session, Sixième Commission*, 20e séance, par. 53 à 63.

[2] S/25704 et Corr.1, annexe.

si l'on ne pourrait pas instituer un mécanisme similaire afin de ménager aux États parties la possibilité d'avoir leur mot à dire s'agissant de l'élaboration des règles de procédure et d'administration de preuves de la Cour criminelle internationale.

Article 21 (Révision du Statut)

14. Il vaudrait mieux insérer l'article 21 dans les dispositions finales du statut. L'article prévoit la convocation d'une conférence de révision cinq ans au moins après l'entrée en vigueur du statut à la demande d'un nombre indéterminé d'États parties. Il sera malaisé de déterminer le nombre d'États parties requis pour demander la convocation d'une telle conférence car il est difficile de dire quel sera le nombre total des États parties dans cinq ans. Sans doute vaudrait-il mieux choisir une proportion fixe, par exemple un tiers ou un quart des États parties. Il serait également bon de ménager la possibilité de révisions ultérieures du statut.

Deuxième partie. — Compétence et droit applicable

15. Ces dispositions constituent le noyau central du statut. Elles définissent de manière explicite les éléments qui devraient constituer la compétence *ratione materiae* de la Cour. Au paragraphe 57 de son rapport, le Groupe de travail de 1992 a fait valoir que « la compétence de la cour devrait s'étendre aux crimes de caractère international définis dans les traités internationaux en vigueur ». Il a par ailleurs exprimé, au paragraphe 59, l'avis selon lequel « au premier stade de la création d'une cour, la compétence de cette dernière devrait être limitée aux crimes définis dans les traités en vigueur ». Dans son intervention au cours du débat consacré à la question à la Sixième Commission lors de la quarante-septième session de l'Assemblée générale[3], l'Australie s'était déclarée favorable dans l'ensemble à la démarche suivie par le Groupe de travail en ce qui concerne la compétence matérielle d'une cour. Le projet d'articles actuel propose que la compétence matérielle de la Cour aille au-delà des traités en vigueur, pour englober les crimes au regard du droit international général, certains crimes de droit interne tombant sous le coup des conventions de répression de la criminalité (par exemple, la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de 1988) et les crimes renvoyés devant la Cour par le Conseil de sécurité dans certains cas. Il s'agit là d'une évolution non négligeable.

Article 22 (Liste de crimes définis par voie de traité)

16. L'article 22 énumère les crimes définis par certains traités qui sont censés constituer le fondement de la compétence de la Cour. Au paragraphe 2 de son commentaire sur l'article 22, le Groupe de travail retient les critères ci-après aux fins de l'inclusion des infractions dans la liste :

> *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.

17. Ces critères servent de filtre s'agissant de déterminer les crimes et les traités qui doivent être visés dans l'article 22. Dans la mesure où ils décrivent convenablement les éléments constitutifs du crime et établissent le principe *aut dedere aut judicare* ou de la compétence universelle, ces critères répondent largement aux préoccupations que l'Australie avait exprimées dans ses observations écrites (par. 36) sur le rapport du Groupe de travail de 1992, en ces termes :

> Il faudra examiner dans quelle mesure on déterminera, à partir du large éventail des normes pénales découlant des conventions en vigueur, quels sont les crimes spécifiques qui constituent des crimes graves de caractère international. Il faudra déterminer les critères en vertu desquels un certain type de conduite défini dans les conventions en vigueur serait du ressort d'une cour pénale internationale.

18. Ainsi qu'elle l'a fait remarquer dans la déclaration qu'elle a faite à la Sixième Commission lors de la quarante-huitième session de l'Assemblée générale[4], l'Australie estime que l'article 22, loin de donner une liste exhaustive, devrait ménager la possibilité d'élargir celle-ci dans l'avenir. Elle note que, à l'heure actuelle, il n'est institué aucune procédure générale dans aucune autre partie du projet qui permettrait d'inclure les traités futurs. Cette possibilité doit être examinée. Il n'y a, a priori, aucune raison de limiter la compétence de la Cour à cet égard aux seuls traités énumérés dans la liste actuelle.

19. La question subsiste de savoir si la Cour est censée être compétente pour connaître de la liste d'infractions figurant dans le projet d'article, parce qu'il s'agit là de « crimes internationaux » tels qu'ils sont définis par les diverses conventions (auquel cas la compétence de la Cour ne serait pas subordonnée à l'adhésion de tel ou tel État partie au traité considéré) ou s'il est entendu que la Cour aurait compétence seulement si un État qui est partie à une convention donnée la lui attribue. L'article 23 donne à penser que la première interprétation est la bonne alors que l'article 24 tend à retenir la seconde. En outre, le lien crucial entre les articles 22, 23 et 24, tel qu'actuellement conçu, est mal défini. Faute de le préciser, il restera difficile de déterminer la compétence précise de la Cour et on risquerait fort d'ouvrir la voie à des contestations de la compétence juridictionnelle de la Cour dans chaque cas d'espèce.

Article 23 (Acceptation par les États de la compétence de la Cour pour les crimes énumérés à l'article 22)

20. L'article 23 vise à offrir aux États un mécanisme leur permettant d'accepter la compétence de la Cour pour les crimes énumérés dans l'article 22. Il propose trois variantes : une variante A aux termes de laquelle les États parties choisissent d'accepter la compétence de la Cour; une variante B en vertu de laquelle les États sont tenus de

[3] Voir *supra* note 1.

[4] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Sixième Commission*, 20e séance, par. 56.

déclarer qu'ils n'acceptent pas la compétence de la Cour; et une variante C qui offre une version modifiée de la formule de la déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour. Au paragraphe 5 de son commentaire, le Groupe de travail de 1993 a demandé à l'Assemblée générale de lui donner des indications sur la procédure à retenir.

21. Dans les observations qu'elle a formulées sur le rapport du Groupe de travail de 1992, l'Australie a souligné (par. 8) qu'il importait que la Cour soit dotée d'une compétence volontaire en vertu de laquelle un État pourrait devenir partie au statut et accepter la compétence de la Cour par la voie d'un acte distinct. La formule de la déclaration d'acceptation de la compétence de la Cour encouragerait davantage d'États à adhérer au statut. Les variantes A et C faciliteraient l'adoption d'une telle formule.

Article 24 (Compétence de la Cour aux termes de l'article 22)

22. L'Australie souscrit au principe qui sous-tend l'article 24 dans la mesure où celui-ci prend en considération les revendications de compétence juridictionnelle des États parties. S'agissant de la compétence de la Cour, l'Australie convient que, pour des raisons pratiques, priorité devrait être donnée à l'État sur le territoire duquel l'accusé se trouve ou qui pourrait autrement établir sa compétence au regard du traité pertinent.

23. L'Australie a du mal à discerner l'étendue du champ d'application envisagé pour le paragraphe 2. S'agit-il de donner compétence à la Cour dans les cas où le suspect se trouve sur le territoire d'un État qui n'est pas partie au traité considéré ? Ainsi qu'elle l'a fait observer plus haut dans ses observations touchant l'article 22, il n'est pas précisé si la Cour ne peut avoir compétence que dans les cas où une telle compétence lui a été conférée par un État partie au traité considéré.

Article 25 (Affaires soumises à la Cour par le Conseil de sécurité)

24. L'Australie ne voit en principe aucune objection à l'idée qui veut que le Conseil de sécurité puisse saisir la Cour de plaintes. Toutefois, d'après son libellé actuel, l'article 25 conférerait au Conseil de sécurité à cet égard des pouvoirs plus étendus que ceux reconnus aux États. À première vue, l'article 25 paraît donner à la Cour la faculté de connaître d'affaires dont elle aurait été saisie par le Conseil de sécurité, qu'il soit satisfait ou non aux prescriptions de l'article 24. Si telle est l'intention recherchée, il faudrait le préciser dans le texte de l'article 25.

Article 26 (Acceptation spéciale par des États de la compétence de la Cour dans des cas autres que ceux visés à l'article 22)

25. L'Australie souscrit au principe énoncé dans l'article 26 ainsi qu'il ressort de la déclaration qu'elle a faite à la Sixième Commission lors de la quarante-huitième session de l'Assemblée générale[5].

[5] Voir *supra* note 1.

TROISIÈME PARTIE. — INFORMATION ET ENGAGEMENT DES POURSUITES

Article 29 (Dépôt d'une plainte)

26. L'article 29 cadre avec l'opinion que l'Australie a avancée dans ses observations écrites (par. 59) concernant le paragraphe 122 du rapport du Groupe de travail de 1992, opinion selon laquelle le droit de saisir la Cour d'une plainte devrait être accordé à tout État partie qui a reconnu la compétence de la Cour à l'égard de l'infraction considérée.

27. L'Australie ne voit toutefois pas quels États sont visés par les mots « où tout autre État qui a pareillement compétence et qui a accepté la compétence de la Cour conformément à l'article 23 du Statut » et demande des éclaircissements. Le paragraphe 3 du commentaire sur cet article porte sur des États déposant une plainte contre des infractions au droit international coutumier ou à leur droit interne. Ces dispositions se veulent peut-être le prolongement de celles de l'article 26. Or, celui-ci confère une compétence dans un nombre très limité de cas seulement et, d'une manière générale, n'attribue aucune compétence à raison des infractions au droit international coutumier ou au droit interne lorsque ces infractions ne constituent pas également des infractions au regard d'un traité. Sans doute l'article 29 pourrait-il aussi mieux préciser la nature des pièces à conviction qui doivent accompagner toute plainte.

Article 30 (Information et établissement de l'acte d'accusation)

28. Il est important que le paragraphe 1 dispose que le Bureau de la Cour examine toute décision du procureur de ne pas donner suite à une plainte. Cette précaution rejoint l'avis que l'Australie a exprimé dans ses observations écrites (par. 58) selon lequel il faudrait prévoir la possibilité de faire appel de la décision du procureur de ne pas poursuivre.

Article 31 (Engagement des poursuites)

29. Le paragraphe 1 stipule que « si le Procureur décide qu'il y a des motifs suffisants pour engager des poursuites, il établit un acte d'accusation ». Il n'est nullement indiqué que le procureur doit être convaincu de l'existence d'une présomption simple avant d'établir un acte d'accusation, lors même qu'il s'agit là de la norme requise à l'article 32 pour la confirmation de l'acte d'accusation par la Cour. Il faudrait donc réfléchir au sens de l'expression « motifs suffisants » et fournir des explications si celle-ci est différente de l'expression *« prima facie »* telle qu'elle apparaît dans l'article 32.

Article 33 (Signification de l'acte d'accusation)

30. L'article 33 définit les conditions prescrites pour la signification d'un acte d'accusation à des États parties et à des États qui ne sont pas parties au statut. Il autorise la Cour à solliciter la coopération de ces derniers à l'arresta-

tion et à la détention de personnes accusées relevant de leur compétence. Étant donné le caractère consensuel de la compétence de la Cour, on ne saurait imposer aux États qui ne sont pas parties au statut une obligation plus lourde.

Article 35 (Détention provisoire ou remise en liberté sous condition)

31. L'article 35 autorise la Cour à maintenir tout accusé en détention ou à le remettre en liberté sous condition. Toutefois, la disposition ne définit pas les critères que la Cour est appelée à utiliser pour se prononcer sur ce point. La question devrait être examinée plus avant.

QUATRIÈME PARTIE. — LE PROCÈS

32. À la différence du statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, le projet de statut énonce des dispositions générales en matière de procédure et de preuve.

Article 36 (Lieu du procès)

33. Aux termes du paragraphe 1, le procès a lieu au siège du tribunal, s'il n'en est autrement décidé par la Cour. D'après le paragraphe 2, la Cour peut, par accord entre elle et tout État qui ne doit pas nécessairement avoir accepté sa compétence ou voire être partie au statut, se voir conférer la faculté d'exercer sa compétence sur le territoire de l'État en question. Dès lors, un État partie n'est pas tenu d'autoriser la Cour à exercer sa compétence sur son territoire. Cette formule est préférable à celle retenue dans le cas du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie qui autorise le Tribunal à siéger sur le territoire de tout État sans avoir à obtenir son consentement [voir le paragraphe 6 de la résolution 827 (1993) du Conseil de sécurité].

Article 38 (Contestation de la compétence)

34. Le commentaire sur l'article 38 pose deux questions sur lesquelles le Groupe de travail de 1993 a sollicité des observations. La première est celle de savoir si tous les États parties ou seulement ceux qui ont un intérêt direct dans une affaire devraient avoir le droit de contester la compétence de la Cour. L'Australie estime que seuls les États qui ont un intérêt direct à la cause devraient avoir ce droit. Au fond, il ne servirait à rien d'autoriser les autres États à soulever une contestation.

35. La seconde question est celle de savoir si le statut devrait prévoir la possibilité pour l'accusé de contester la compétence de la Cour et/ou le bien-fondé de l'acte d'accusation. De l'avis de l'Australie, ce type de contestation devrait être prévu dans le cadre de la procédure du procès et être soulevé à l'ouverture du procès. À cet égard, elle ne souscrit pas aux dispositions de l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 38.

36. Le sens de la seconde phrase du paragraphe 3 est imprécis. Une fois qu'une décision a été prise au sujet de la compétence, elle ne devrait pas être susceptible de contestation pendant l'audience, quelle que soit l'identité de la partie qui conteste la compétence. De ce fait, l'accusé ne devrait pas avoir la faculté de soulever de nouveau la question de la compétence au cours du procès une fois qu'il a été statué sur ce point. Bien entendu, la compétence peut être contestée en appel.

Article 41 [Principe de légalité (nullum crimen sine lege)*]*

37. L'article 41 consacre le principe de *nullum crimen sine lege* et satisfait à la prescription de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui, au paragraphe 1, stipule notamment ce qui suit :

> 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.

Les mots entre crochets à l'alinéa *a* devraient être maintenus sans les crochets, de manière à préciser qu'une disposition conventionnelle doit avoir été rendue applicable à l'accusé par les mécanismes institués par les différents États.

Article 44 (Droits de l'accusé)

38. L'alinéa *h* du paragraphe 1 semble autoriser le jugement par contumace. Le Groupe de travail de 1993 a sollicité des observations sur ce point. L'Australie est, en principe, opposée au jugement par contumace et préférerait qu'il ne soit pas autorisé par le statut. Sur ce sujet, elle renvoie à l'alinéa *d* du paragraphe 3 de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui dispose que toute personne accusée d'une infraction a droit à être présente à son procès.

39. L'Australie relève, par ailleurs, que le texte actuel du projet ne prévoit aucune garantie de procédure en cas de jugement par contumace. Ces questions doivent être examinées.

Article 45 [Autorité de la chose jugée (non bis in idem)*]*

40. L'alinéa *a* du paragraphe 2 autorise la Cour à juger une personne qui a été condamnée par une autre juridiction si le fait en question « était qualifié de crime ordinaire ». La question se pose de savoir si le principe *non bis in idem* est respecté lorsque l'on reconnaît à la Cour la faculté de juger de nouveau une personne qui l'a été comme il se doit par un tribunal interne, au seul motif que l'infraction en cause était qualifiée de crime ordinaire.

Article 47 (Pouvoirs de la Cour)

41. L'alinéa *a* du paragraphe 1 habilite la Cour à « ordonner la comparution des témoins et leur audition ». D'après cette disposition, la comparution de tout témoin ressortissant de tout État partie peut être requise même si ledit État partie n'est pas autrement impliqué dans l'instance. Il convient de faire observer que, si elle était adop-

tée, cette procédure s'écarterait sensiblement de la procédure courante en vertu de laquelle les États peuvent solliciter le concours d'autres États pour amener des témoins à comparaître, sans que ces derniers soient tenus de le faire.

42. Tel qu'il est actuellement libellé, le statut ne résout pas les questions d'ordre plus prosaïque liées à ce pouvoir, telles que celle de savoir qui est responsable des frais encourus par les témoins. On peut présumer que ces questions seront réglées, probablement dans le règlement de la Cour qui sera arrêté.

Article 51 (Jugement)

43. Le paragraphe 2 stipule qu'il sera rendu un seul jugement ou une seule opinion. L'interdiction d'opinions dissidentes est plus facile à accepter au stade du procès en première instance qu'en appel (voir *infra* l'observation relative à l'article 56).

Article 53 (Peines applicables)

44. Le paragraphe 3 donne à la Cour la faculté de prendre des ordonnances concernant les produits d'un crime, mais ne prévoit pas de mécanismes d'exécution. Il semble qu'un tel mécanisme soit institué par l'article 65 qui fait obligation aux États parties de reconnaître et de donner effet aux jugements de la Cour. Les deux dispositions doivent être rapprochées.

CINQUIÈME PARTIE. — APPEL ET RÉVISION

Article 55 (Appel d'un jugement ou d'une condamnation)

45. Tel qu'il est actuellement libellé, l'article 55 donne à la personne reconnue coupable le droit de faire appel, ce droit étant aussi accordé au procureur (mentionné entre crochets). Il faut donner au procureur la faculté de faire appel de la décision d'une chambre d'instance afin de veiller à ce qu'un accusé ne soit pas acquitté sur la base de motifs non fondés en droit ou d'erreurs de fait. Cette précaution cadre avec les procédures en vigueur dans le monde entier.

Article 56 (Procédure d'appel)

46. L'article 56 ne prévoit pas expressément que les décisions de la chambre d'appel puissent être accompagnées d'opinions dissidentes ou individuelles. Si, sur ce point les opinions varient forcément suivant la tradition juridique de chaque État, son héritage de « common law » inclinerait l'Australie à se ranger à l'idée de permettre à tout membre de la Cour de prononcer une opinion dissidente.

47. Le commentaire sur l'article 56 fait également apparaître des divergences de vues au sein du Groupe de travail de 1993 sur le point de savoir s'il faudrait instituer une chambre d'appel indépendante et distincte à l'exemple de celle prévue à l'article 11 du statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie. Une chambre d'appel indépendante serait peut-être préférable, mais la solution finale sera sans doute déterminée par le nombre des juges composant la Cour et le rôle dont elle pourrait être saisie.

SIXIÈME PARTIE. — COOPÉRATION INTERNATIONALE ET ASSISTANCE JUDICIAIRE

Article 58 (Coopération internationale et assistance judiciaire)

48. Le paragraphe 1 met à la charge de tous les États parties, qu'ils aient accepté ou non la compétence de la Cour, une obligation générale de collaborer avec le tribunal « dans toute enquête et tout procès relatifs à des crimes relevant de la compétence de la Cour ».

49. Le paragraphe 2 impose aux États parties qui ont accepté la compétence de la Cour des obligations plus lourdes, dont celle de procéder à la remise de l'accusé au tribunal conformément à l'article 63. Le Groupe de travail pourrait établir une liste plus détaillée des types d'assistance que tout État partie pourrait être invité à fournir en vertu du paragraphe 2 de l'article 58. Par ailleurs, on pourrait fournir certaines indications quant à savoir ce que constitue la collaboration au sens du paragraphe 1.

Article 61 (Communications et teneur de la documentation)

50. L'article 61 s'inspire de l'article 5 du Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale[6]. L'Australie souscrit à la décision du Groupe de travail de reprendre les dispositions du Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale et de traités d'extradition à titre de précédents pour les dispositions du projet.

Article 63 (Remise de l'accusé au Tribunal)

51. Le paragraphe 3 fait obligation aux États parties ayant accepté la compétence de la Cour de remettre tout accusé au tribunal. Ces dispositions semblent aller à l'encontre des règles généralement acceptées en matière d'extradition, en vertu desquelles tout État conserve la faculté de ne pas extrader la personne dont l'extradition est demandée. Toutefois, s'agissant du tribunal, on pourrait faire valoir que, en acceptant expressément la compétence de la Cour, les États ont déjà accepté que le tribunal connaisse de l'affaire et ont renoncé au droit de ne pas remettre l'accusé. La situation pourrait dès lors être distinguée de celle où il est déposé une simple requête d'extradition dans les cas où aucun consentement préalable n'a été donné à l'exercice d'une compétence par les tribunaux d'un État étranger et où il est, de ce fait, tout à fait logique que l'État requis conserve la faculté de ne pas extrader.

[6] Résolution 45/117 de l'Assemblée générale, en date du 14 décembre 1990, annexe.

Article 64 (Règle de la spécialité)

52. Il s'agit là d'une disposition clef des traités d'extradition dont l'insertion dans le projet de statut est essentielle.

SEPTIÈME PARTIE. — EXÉCUTION DES PEINES

Article 66 (Exécution des peines)

53. Aux termes du paragraphe 1, les États parties sont priés d'offrir des locaux pour l'exécution des peines d'emprisonnement. Cette formule est acceptable, les États ne devant pas être forcés d'accepter des prisonniers. L'internement de prisonniers peut présenter des difficultés particulières pour des pays, comme l'Australie, qui vivent sous un régime fédéral dans le cadre duquel les prisons sont administrées par chaque État et où il n'existe pas de prisons fédérales.

Autriche

[Original : anglais]
[20 juin 1994]

Article 2 (Lien du Tribunal avec l'Organisation des Nations Unies)

1. L'article 2 prévoit deux variantes pour le lien du tribunal avec l'Organisation des Nations Unies. Pour souhaitable qu'il puisse être d'instituer le tribunal en tant qu'organe judiciaire subsidiaire de l'Organisation des Nations Unies, l'Autriche estime qu'il serait plus réaliste de créer une institution distincte car, dans le cas contraire, un amendement de la Charte disposant que le tribunal est un organe judiciaire de l'Organisation pourrait être jugé nécessaire. Toutefois, un lien formel avec le système des Nations Unies devra être nécessairement établi.

Article 4 (Statut du Tribunal)

2. L'Autriche se félicite de la disposition en vertu de laquelle le tribunal ne devrait se réunir que lorsque cela est nécessaire pour l'examen d'une affaire. L'Autriche ne partage pas le point de vue selon lequel une telle notion est incompatible avec la stabilité et l'indépendance nécessaires du tribunal.

Article 5 (Organes du Tribunal)

3. L'Autriche estime que l'article 5 ne doit pas être interprété comme conférant au tribunal le droit de donner des instructions au parquet.

Article 7 (Élection des juges)

4. Dans son commentaire sur l'article 7, le Groupe de travail de 1993 note qu'il a été convenu d'envisager une sorte de contrepartie de l'interdiction de la réélection des juges. L'Autriche ne voit aucune objection à ce que la durée du mandat des juges soit écourtée au cas où le principe de leur réélection serait admis. On voit difficilement ce qui pourrait en toute objectivité justifier, dans le cas des juges, un mandat d'une durée différente de celle prévue au paragraphe 2 de l'article 13 pour le mandat du procureur et du procureur adjoint. Compte tenu de la nécessité d'un équilibre des pouvoirs des organes du tribunal, une réélection des juges pourrait être envisagée.

Article 9 (Indépendance des juges)

Article 10 (Élection et fonctions du Président et des Vice-Présidents)

5. Il faudrait envisager de modifier l'ordre des articles 9 et 10 pour des raisons de méthode. Dans son commentaire de l'article 10, le Groupe de travail de 1993 note que certains de ses membres ont fait énergiquement valoir que la Cour devrait avoir un président à temps complet. L'Autriche ne voit toutefois aucune nécessité de prévoir une présidence à temps complet.

Article 11 (Récusation des juges)

6. Au paragraphe 1, les mots « dans laquelle ils sont antérieurement intervenus » pourraient être interprétés comme visant également des décisions prises au titre de l'article 52 (Prononcé de la peine) et de l'article 57 (Révision) qui ne devraient certainement pas déboucher sur une récusation. On pourrait envisager de confier directement au Président le soin de prendre la décision de récusation. L'Autriche estime inopportun de limiter le nombre des juges qu'un accusé est en droit de récuser dès lors que la récusation d'un nombre de juges supérieur au nombre proposé semble justifiée. Des dispositions prévoyant une telle limitation pourraient être considérées comme portant atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable devant un tribunal impartial.

Article 13 (Composition, fonctions et pouvoirs du Parquet)

7. Il semble opportun d'introduire dans cet article des dispositions analogues à celles des paragraphes 3 et 4 de l'article 7 pour assurer l'indépendance du parquet. Le paragraphe 4 de l'article 13, qui dispose que le procureur ne peut ni recevoir des instructions du Tribunal ni lui en donner, revêt une importance primordiale. Toutefois, l'emploi du mot « Tribunal », dans ce contexte, semble inopportun car on ne voit pas comment le tribunal en tant que tel pourrait donner des instructions à moins qu'il ne le fasse par l'intermédiaire de la Cour ou du greffe. Aux termes du paragraphe 7, le procureur n'exerce pas ses fonctions à l'égard d'une plainte concernant une personne de la même nationalité. Mais il faudrait également prévoir, à cet égard, des motifs supplémentaires de récusation tels qu'une accusation de parti pris ou une intervention antérieure en qualité de juge.

Article 15 (Perte de fonctions)

8. L'Autriche émet des réserves au sujet de la disposition selon laquelle le procureur peut être relevé de ses fonctions par un organe différent de celui qui l'a élu.

Article 16 (Privilèges et immunités)

9. L'Autriche est d'avis que l'application, en la matière, d'un traitement différent aux juges et aux procureurs ne semble pas justifiée.

Article 19 (Règlement du Tribunal)

Article 20 (Règlement intérieur de la Cour)

10. L'Autriche partage le point de vue selon lequel il convient de distinguer entre le règlement intérieur du tribunal et le règlement intérieur de la Cour.

Article 21 (Révision du Statut)

11. L'Autriche se félicite des dispositions de l'alinéa *b* sur la base desquelles la compétence de la Cour pourra être étendue à de nouveaux instruments.

Article 22 (Liste de crimes définis par voie de traité)

12. La liste de crimes définis par voie de traité, qui apparaît à l'article 22, rencontre, d'une manière générale, notre approbation. L'Autriche estime, comme certains membres du Groupe de travail, que le crime de torture, tel qu'il est défini dans la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, devrait être inclus dans la liste. De plus, il faudrait éviter de donner un caractère exhaustif à l'article 22, qui devrait prendre en considération la possibilité que de nouveaux instruments viennent définir des crimes relevant de la compétence de la Cour.

Article 23 (Acceptation par les États de la compétence de la Cour pour les crimes énumérés à l'article 22)

13. L'Autriche préfère nettement la variante B qui prévoit l'attribution automatique à la Cour de la compétence pour les crimes énumérés à l'article 22, attribution associée à un système de retrait. Il conviendrait toutefois de modifier la variante B de manière à ce que les États non parties soient également autorisés à accepter la compétence de la Cour par la voie d'une déclaration telle que celle qui est prévue dans ladite variante.

Article 24 (Compétence de la Cour aux termes de l'article 22)

14. Compte tenu des observations précédentes, l'Autriche est d'avis qu'imposer les deux conditions pour l'acceptation de la compétence *ratione personae* de la Cour, comme le fait le paragraphe 2 de l'article 24, risquerait d'affaiblir l'efficacité du système judiciaire. Aussi faudrait-il ne prévoir qu'un seul acte d'acceptation.

Article 25 (Affaires soumises à la Cour par le Conseil de sécurité)

15. De l'avis de l'Autriche, le libellé de l'article 25 laisse en suspens la question de savoir si le Conseil de sécurité peut porter des affaires devant la Cour dès lors que les États en cause n'ont pas accepté la compétence de celle-ci, ou si cette possibilité est exclue.

Article 28 (Droit applicable)

16. L'alinéa *c* du projet de l'article 28 devrait préciser quel droit interne constituera la source subsidiaire, à savoir le droit interne de l'État où le crime a été commis ou le droit de l'État dont l'accusé ou la victime, selon le cas, est un ressortissant.

Article 29 (Dépôt d'une plainte)

17. L'Autriche préférerait que seuls le Conseil de sécurité et les États membres du tribunal aient le droit d'engager des poursuites. Une telle suggestion inciterait les États à adhérer au statut. L'Autriche souscrit à la suggestion d'un membre du Groupe de travail tendant à créer une chambre d'accusation composée de trois juges.

Article 30 (Information et établissement de l'acte d'accusation)

18. Compte tenu de la vocation du tribunal, qui est de garantir une juridiction indépendante et impartiale, l'Autriche émet des réserves au sujet de la compétence du Bureau — composé du Président et des Vice-Présidents de la Cour — pour réexaminer les décisions prises par le procureur. L'Autriche partage toutefois le point de vue selon lequel il faudrait éviter d'engager des poursuites dans le cas de plaintes dénuées de tout fondement.

Article 31 (Engagement des poursuites)

19. Dans son commentaire sur l'article 31, le Groupe de travail déclare qu'une personne peut être arrêtée ou mise en détention en vertu du statut, alors que l'établissement de l'acte d'accusation est encore en cours, si, dans le cadre de l'instruction, la Cour estime que l'acte d'accusation est suffisamment motivé et que la présence du suspect au procès ne peut être garantie autrement. On pourrait envisager d'autoriser également l'arrestation lorsqu'il y a risque de collusion ou de récidive.

Article 32 (Acte d'accusation)

20. L'Autriche estime que l'examen de l'acte d'accusation ne doit pas être fait par le Bureau, mais par une « chambre d'accusation » distincte (cf. commentaire de l'article 29). Une telle disposition permettrait en outre d'éviter de donner une impression de parti pris de la part

du Président ou des Vice-Présidents, qui sont membres du Bureau, lorsqu'ils interviendraient en appel.

Article 33 (Signification de l'acte d'accusation)

21. Les paragraphes 2 et 3 ayant pour objet la coopération internationale et l'assistance judiciaire, l'Autriche estime qu'il faudrait insérer dans ce projet d'article un renvoi au paragraphe 1 et aux alinéas *b* et *c* du paragraphe 2 de l'article 58. En conséquence, le paragraphe 4 de l'article 33 pourrait renvoyer à l'article 59. Quant au paragraphe 5, on pourrait envisager d'y remplacer la notification par d'autres moyens appropriés (par exemple, la notification publique).

Article 37 (Constitution de chambres)

22. En ce qui concerne le commentaire sur l'article 37, l'Autriche estime, comme certains membres du Groupe de travail de 1993, que la composition des chambres devrait être déterminée à l'avance sur une base annuelle et obéir au principe du roulement, dans le respect de la légalité.

Article 38 (Contestation de la compétence)

23. L'Autriche estime que seuls les États qui ont un intérêt objectif dans une affaire devraient être autorisés à contester la compétence de la Cour. Ce droit devrait être reconnu aussi bien à l'État concerné qu'à l'accusé. L'exercice de ce droit devrait être autorisé avant l'ouverture ou au commencement du procès. On pourrait également envisager d'accorder à l'accusé le droit de contester la compétence immédiatement après la signification de l'acte d'accusation. Les principaux droits de l'accusé dans la procédure ne semblent pas être affectés par une telle disposition car l'accusé devra être dûment informé et se voir communiquer toutes les pièces conformément au paragraphe 1 de l'article 33, et cela en temps utile pour lui permettre de contester le cas échéant la compétence de la Cour même avant l'ouverture du procès. L'Autriche suggère de réexaminer la question de savoir s'il doit appartenir à la chambre d'accusation qu'il est suggéré de créer (voir le commentaire sur l'article 29) de se prononcer sur la contestation.

Article 39 (Fonctions de la Chambre)

24. L'Autriche estime que le procureur doit donner lecture de l'acte d'accusation à l'ouverture du procès. Dans le cas contraire, on risquerait de donner l'impression qu'il y a identité entre la Cour et le parquet.

Article 41 [Principe de légalité (nullum crimen sine lege)*]*

25. L'Autriche estime que le texte qui figure entre crochets à l'alinéa *a* n'est pas suffisamment pertinent pour donner des définitions claires et précises; il devrait donc être supprimé.

Article 44 (Droits de l'accusé)

26. L'Autriche partage l'avis de certains membres du Groupe de travail selon lequel, dans les situations *b* et *c* visées dans le paragraphe 3 du commentaire du Groupe de travail sur l'article 44, la tenue d'un procès par contumace pourrait être appropriée. Des dispositions plus claires et plus précises semblent toutefois s'imposer dans la perspective de tels procès. L'Autriche partage également le point de vue selon lequel, dans le cas d'un procès par contumace, le jugement rendu doit être provisoire en ce sens que, si ultérieurement l'accusé se présente devant la Cour, un nouveau procès devra être mené en sa présence.

Article 45 [Autorité de la chose jugée (non bis in idem)*]*

27. Seul le commentaire du Groupe de travail relatif au projet sur l'article 45 permet de comprendre que le principe *non bis in idem* s'applique uniquement lorsqu'il a été statué sur le fond. L'Autriche estime qu'il faudrait remanier le texte de l'article 45 de manière à préciser que ce principe ne s'applique que dans ce cas, et que, par conséquent, l'article en cause ne peut pas être appliqué en vue d'arrêter des poursuites ou de réformer un jugement d'acquittement pour des motifs de forme.

Article 47 (Pouvoirs de la Cour)

28. L'Autriche partage l'avis du Groupe de travail, formulé dans son commentaire sur l'article 47, selon lequel un procès-verbal complet et exact du procès revêt une très grande importance pour l'accusé ou le procureur en cas d'appel ou de révision. Aussi l'Autriche considère-t-elle comme indispensable que les procès-verbaux soient communiqués à ces personnes. On pourrait aussi envisager d'ajouter une disposition accordant aux personnes mentionnées le droit de recevoir copie des procès-verbaux.

Article 48 (Dépositions)

29. De l'avis de l'Autriche, il serait préférable que la Cour ait compétence pour statuer sur les témoignages obtenus par la contrainte et les faux témoignages.

Article 51 (Jugement)

30. L'Autriche souscrit à l'avis de certains membres du Groupe de travail, exprimé dans le commentaire sur l'article 51, selon lequel les opinions dissidentes et individuelles ne devraient pas être autorisées.

Article 52 (Prononcé de la peine)

31. L'Autriche estime que la formule prévue au paragraphe 2 de l'article 51 devrait également être introduite dans l'article 52.

Article 53 (Peines applicables)

32. Il conviendrait de se demander si la Cour pourrait contraindre les condamnés à prendre à leur charge les frais du procès. L'Autriche ne voit aucune objection à ce que la Cour ait le droit de restituer des biens volés à leurs propriétaires légitimes.

Article 55 (Appel d'un jugement ou d'une condamnation)

33. L'Autriche estime qu'il faudrait aligner le droit d'appel du procureur sur celui de l'accusé. Une limitation du droit d'appel du procureur ne semble pas justifiée.

Article 56 (Procédure d'appel)

34. L'Autriche estime qu'il faudrait introduire également dans l'article 56 la règle énoncée au paragraphe 2 de l'article 51. L'Autriche conteste le rôle attribué au Bureau dans la désignation des membres de la Chambre d'appel. Elle partage l'avis exprimé par le Groupe de travail au paragraphe 5 de son commentaire sur l'article 56 selon lequel les appels devraient être du ressort d'une chambre à part. On pourrait envisager d'autoriser la Cour réunie en plénière, à l'exception des juges qui interviennent dans la décision de la juridiction inférieure, à constituer une chambre d'appel.

Article 58 (Coopération internationale et assistance judiciaire)

35. L'Autriche propose que les États soient tenus d'exposer leurs motifs lorsqu'ils opposent un refus définitif à une demande d'assistance judiciaire internationale ou diffèrent son exécution (voir le paragraphe 5 de l'article 4 du Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale[1]).

Article 61 (Communications et teneur de la documentation)

36. L'Autriche suggère d'ajouter au paragraphe 3 la formule suivante, à titre de clause générale :

« *f*) toute autre information nécessaire pour la bonne exécution de la demande. »

(Voir également l'alinéa *g* du paragraphe 1 de l'article 5 du Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale.)

Article 62 (Mesures conservatoires)

37. Les alinéas *a* et *b* pourraient être complétés par le libellé suivant :

« dans l'attente de la communication d'une demande formelle au titre de l'alinéa *d* du paragraphe 2 de l'article 58 ».

38. En outre, l'Autriche estime qu'il conviendrait que cet article indique quel devrait être le contenu des demandes.

Article 63 (Remise de l'accusé au Tribunal)

39. De l'avis de l'Autriche, le libellé de l'article 63 pourrait être mal interprété, dans la mesure où l'emploi du terme « extradition » au paragraphe 5 incite à engager une procédure formelle aux fins de l'extradition. Dans ce cas, il appartiendrait à un tribunal interne de se prononcer sur l'illicéité de l'extradition selon ses propres règles (cf. par exemple les règles relatives au caractère politique du crime). Il faudrait éviter cette conséquence.

Article 67 (Grâce, liberté conditionnelle ou commutation de la peine)

40. De l'avis de l'Autriche, le système prévu au paragraphe 4 devrait être le système normal, de manière à ce qu'on puisse éviter de créer une chambre à ces seules fins.

Bélarus

[Original : russe]
[18 février 1994]

Observations générales

1. On trouvera ci-après les observations des autorités compétentes de la République du Bélarus (Ministère de la justice et autres autorités) concernant le rapport du Groupe de travail sur un projet de statut pour une cour criminelle internationale, qui viennent s'ajouter aux observations qu'elles ont déjà formulées sur la question d'une juridiction pénale internationale[1].

2. Il ressort des travaux réalisés par le Groupe de travail en 1993 que la notion de cour criminelle internationale, telle qu'exposée dans le rapport, s'est nettement précisée. Les dispositions relatives à la création et au fonctionnement de l'organe projeté contiennent des éléments concrets, dont certains méritent d'être appuyés, tandis que d'autres demandent à être modifiés et étudiés plus à fond.

Observations particulières

3. En ce qui concerne l'institution et la composition du tribunal (première partie du projet de statut), il est indispensable de s'arrêter particulièrement sur la question du lien entre le tribunal et l'Organisation des Nations Unies. Comme cela avait déjà été souligné dans les observations du Bélarus sur le rapport du Groupe de travail de 1992, pour être efficace, le tribunal devra coopérer étroitement avec l'Organisation des Nations Unies. Cette collaboration s'établirait principalement entre le tribunal et le Conseil de sécurité, sur le modèle, par exemple, *mutatis mutandis*, de celle qui existe entre l'ONU et l'Agence internationale de l'énergie atomique. Cela suppose que le

[1] Résolution 45/117 de l'Assemblée générale, en date du 14 décembre 1990, annexe.

[1] *Annuaire... 1993*, vol. II (1re partie), p. 135 et suiv., doc. A/CN.4/452 et Add.1 à 3, notamment p. 144 et suiv.

tribunal sera étroitement lié à l'ONU sans toutefois en être un organe.

4. La question de la compétence de l'organe qui sera créé revêt une importance particulière. À cet égard, le Bélarus est en faveur de la variante B de l'article 23 (Acceptation par les États de la compétence de la Cour pour les crimes énumérés à l'article 22), qui est beaucoup plus proche de la proposition tendant à ce que le fait de devenir partie au statut entraîne la reconnaissance de la compétence du tribunal. Ainsi, en devenant parties au statut du tribunal, les États conféreraient automatiquement compétence à celui-ci pour les crimes énumérés à l'article 22 (Liste de crimes définis par voie de traité). Il est évident que, pour commencer, il faudra reconnaître aux États le droit de soustraire certains crimes à cette compétence (là encore, au moment où ils deviendraient parties au statut). Le Bélarus est néanmoins convaincu que ce droit ne doit pas être illimité. Outre le droit susmentionné, il sera nécessaire, pour commencer, de renforcer le statut en y incluant un nombre limité de crimes particulièrement graves, internationalement reconnus, pour lesquels il sera indispensable de reconnaître la compétence du tribunal pour devenir partie au statut. L'étendue de la compétence du tribunal serait ainsi immédiatement délimitée pour tous les États parties au statut et pourrait ensuite être progressivement étendue.

5. La compétence du tribunal pourrait être exclusive pour ce nombre limité de crimes, puisqu'elle découle logiquement de la nature internationale des crimes. En outre, le statut pourrait aussi donner aux États la possibilité d'étendre, par voie de déclarations ou d'accords avec le tribunal, la compétence exclusive de ce dernier en ce qui les concerne.

6. En ce qui concerne l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 26 (Acceptation spéciale par des États de la compétence de la Cour dans des cas autres que ceux visés à l'article 22), il y a lieu de faire observer que le consentement spécial prévu au paragraphe 1 de l'article ne serait pas nécessaire pour un nombre limité de crimes au regard du droit international général (agression et génocide pour les États non parties à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide) s'ils faisaient partie de ceux qui relèvent de la compétence exclusive du tribunal. Il faudrait alors préciser dans le statut ou dans un protocole s'y rapportant les crimes dont il s'agit.

7. Dans le cas des crimes visés à l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 26, les États qui devront donner leur consentement spécial à l'exercice de la compétence du tribunal sont apparemment les mêmes que ceux qui sont visés à l'article 24 (Compétence de la Cour aux termes de l'article 22), à ceci près que, en l'espèce, le critère retenu sera une norme de droit international acceptée et reconnue par la communauté internationale dans son ensemble et non un traité international. L'alinéa *a* du paragraphe 3 de l'article 26 devrait donc être modifié en conséquence.

8. Il faut signaler également que le fait d'inclure dans l'article 25 le contenu de l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 26, ce dont il est fait mention dans le paragraphe 4 du commentaire de l'article 26, conduirait à changer le sens dudit alinéa. Il ne semble pas nécessaire de faire dépendre exclusivement d'une décision du Conseil de sécurité la soumission d'affaires relatives à des crimes au regard du droit international général autres que l'agression.

9. À propos de la définition de la compétence *ratione materiae* du tribunal se pose souvent la question de la corrélation entre le système de la compétence universelle déjà existant en vertu des traités internationaux en vigueur et le système de la compétence internationale qui sera créé. La possibilité de remplacer (ou de modifier) le premier système par le second dans les relations entre les États parties au statut ne fait aucun doute (cf. Convention de Vienne sur le droit des traités, art. 30, par. 4). Toutefois, la question se pose de savoir ce qu'il en sera des États qui, n'étant pas parties au statut, sont parties aux conventions concernées et de la compétence desquels relèvent les crimes internationaux soumis au tribunal ? Dans le projet de statut, il est proposé qu'ils se dessaisissent de leur compétence en faveur du tribunal. Cette idée est tout à fait intéressante, mais le Bélarus doute qu'elle soit applicable aux crimes internationaux.

10. Pour les crimes internationaux que tous les membres de la communauté internationale s'accordent à reconnaître comme formant une catégorie en droit international, la compétence ne peut avoir un caractère autre que conventionnel. C'est du traité international que découle la compétence de chaque État particulier en ce qui concerne les actes auxquels cet État reconnaît le caractère de crimes internationaux. Et c'est aussi du traité que découlera la compétence du tribunal international. Mais la compétence de l'organe international en matière de crimes internationaux correspond mieux à la nature internationale des crimes que la compétence d'un État quelconque. Il semble donc justifié de donner au statut la préséance sur les autres traités internationaux.

11. De toute façon, la remise d'un suspect au tribunal, en dépit d'une demande d'extradition formulée par un État non partie au statut mais partie au traité concerné, ne peut être considérée comme une violation du principe conventionnel *aut dedere aut judicare*. Cette dernière obligation — l'obligation de juger — ne doit pas être prise à la lettre. Elle signifie que les coupables doivent être traduits en justice et effectivement poursuivis. Leur remise au tribunal international, devant lequel ils seront poursuivis dans le respect de toutes les règles garantissant le droit à un procès équitable, satisfera à cette exigence.

12. Les dispositions relatives à la procédure d'engagement des poursuites prévues à l'article 29 du projet de statut méritent d'être appuyées. En ce qui concerne le pouvoir de mettre fin aux poursuites, la décision doit appartenir à la cour et uniquement à la cour et non au procureur, même avec possibilité de réexamen de sa décision par la cour. On ne saurait admettre que le sort des affaires d'une extrême gravité soumises à la Cour dépende de la décision d'une seule personne.

13. En ce qui concerne l'information, elle devrait être menée non par le parquet mais par un organe indépendant. Les fonctions du procureur et de ses collaborateurs devraient être réduites d'autant. Cette troisième variante — les deux autres étant la création, proposée dans le cadre de la Commission, d'une commission d'enquête composée de juges, et l'attribution des fonctions d'information

au parquet — paraît être une solution tout à fait acceptable. Si cette proposition était acceptée, l'article 30 devrait alors être divisé en deux articles intitulés respectivement « Information » et « Établissement de l'acte d'accusation ». La structure de l'organe créé devrait aussi être modifiée.

14. Compte tenu de ce qui précède, il est indispensable de prévoir, au paragraphe 2 de l'article 32 (Acte d'accusation), que le procureur soumet à l'examen du Bureau de la cour (ou de la chambre d'accusation dont il est question au paragraphe 6 du commentaire sur l'article 29) non seulement l'acte d'accusation mais aussi son réquisitoire si, au vu des informations obtenues, il décide qu'il n'y a pas lieu de poursuivre.

15. En ce qui concerne l'article 38 du projet de statut (Contestation de la compétence), il paraît indispensable de reconnaître le droit de tout État ayant compétence pour le crime en cause de contester la compétence de la cour. Il y aura logiquement un lien étroit entre les États en droit de saisir la cour et les États en droit d'en contester la compétence.

16. La possibilité, pour un accusé, de contester la compétence de la cour au stade préliminaire de la procédure, comme le prévoit le projet de statut, est acceptable. Il serait manifestement utile d'instituer une chambre d'accusation spéciale, qui pourrait examiner tant le bien-fondé de l'acte d'accusation que le réquisitoire de non-lieu du procureur.

17. Le membre de phrase placé entre crochets à l'alinéa *a* de l'article 41 [Principe de légalité *(nullum crimen sine lege)*] est contestable. En l'espèce, il faut en effet partir du principe que, dans le cas des crimes internationaux, la responsabilité pénale des individus découle directement des normes du droit international.

18. En ce qui concerne les dispositions relatives à l'appel d'un jugement ou d'une condamnation (art. 55), le droit de faire appel pourrait être octroyé non seulement à la personne reconnue coupable mais encore au procureur, ce qui correspond pleinement aux fonctions d'accusation et au système de recours en droit pénal. Pour ce qui est de la procédure d'appel, mieux vaudrait s'en tenir, vu le caractère particulier du tribunal international, à l'examen du recours par la cour siégeant en séance plénière, à l'exception des juges ayant participé à la prise de décision en première instance.

19. Par analogie avec ce qui précède, il convient de prévoir aussi le droit, pour le procureur, de demander la révision du jugement (art. 57).

20. Compte tenu de ce qui a été dit au sujet de la compétence *ratione materiae* du tribunal international, il y a lieu d'appuyer la disposition figurant au paragraphe 4 de l'article 63 (Remise de l'accusé au Tribunal). En même temps, il faudrait donner un tour plus précis à la disposition concernant la priorité à donner à la demande d'extradition d'un accusé formulée par le tribunal en supprimant, au paragraphe 5, les mots « autant que possible ». De toute façon, la priorité est une règle absolue s'agissant de la remise d'une personne accusée de crimes relevant de la compétence exclusive du tribunal. Il serait souhaitable de prévoir dans cet article l'éventualité de la non-remise de l'accusé au tribunal en violation des dispositions du statut. En pareil cas, il conviendrait de donner au tribunal le droit de demander au Conseil de sécurité d'obtenir la remise de l'accusé.

21. Il y a lieu de définir comment la règle de la spécialité (art. 64) doit s'appliquer selon les crimes; elle est en effet sans fondement dans le cas des crimes relevant de la compétence exclusive du tribunal international.

22. La disposition prévue au paragraphe 4 de l'article 67 (Grâce, liberté conditionnelle ou commutation de la peine) soustrait l'exécution de la peine à un contrôle effectif. C'est au tribunal qu'il doit appartenir exclusivement de se prononcer sur toute question en matière de grâce, de liberté conditionnelle ou de commutation de la peine.

23. La République du Bélarus espère que ces observations aideront la Commission du droit international à mener à bien ses travaux relatifs au projet de statut pour une cour criminelle internationale. Elle réserve sa position au sujet du projet de statut qui sera finalement élaboré par la Commission.

Chili

[Original : espagnol]
[22 mars 1994]

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Le Chili a appuyé et continue d'appuyer fermement la création d'une cour criminelle internationale comme celle qui est proposée, qui doit empêcher que les auteurs et les autres personnes qui participent à la commission de graves crimes internationaux restent impunis. Le Chili a proposé quelques principes fondamentaux à la lumière desquels il faudrait examiner le projet de statut actuellement à l'étude.

I. — INSTITUTION DU TRIBUNAL

2. La création d'un tribunal pénal international doit être absolument dissociée de la question du code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, si l'on veut garantir l'adoption souhaitée de ces deux instruments juridiques que tant de liens unissent par ailleurs.

3. À cet égard, le projet rejoint la position du Gouvernement chilien, lequel souhaite dissocier le statut du tribunal du code des crimes pour des raisons de méthode et de fond, s'agissant de promouvoir le droit pénal international et d'encourager le plus grand nombre possible d'États à adhérer au code proposé et à accepter, le cas échéant, une juridiction pénale internationale. Ceci n'exclut pas le fait que, une fois le code approuvé et entré en vigueur, la compétence du tribunal soit étendue aux crimes internationaux visés dans cet instrument.

4. Dans cette perspective, il convient d'examiner le lien existant entre le code et certaines conventions multilatérales, compte tenu de la possibilité qu'un chevauchement des définitions de certaines infractions pénales entraîne

des doubles emplois, des omissions ou un rétrécissement du champ d'application.

5. La création d'un tribunal pénal international n'exonère pas les États de l'obligation qu'ils ont de juger ou d'extrader les personnes présumées coupables de crimes contre la paix et la sécurité internationales.

6. Le Chili est partie à différents instruments internationaux prévoyant un système de juridiction universelle fondé sur l'obligation qu'ont les États de juger ou d'extrader les personnes présumées coupables de crimes internationaux. De ce point de vue, la création d'un tribunal international ne saurait emporter pour l'État l'obligation de renoncer à l'exercice de la juridiction découlant du principe énoncé plus haut, le statut ne devant pas établir le principe d'une juridiction qui coifferait celle des tribunaux nationaux.

II. — Compétence du tribunal

7. La compétence du tribunal envisagé devrait être subsidiaire par rapport à la compétence des tribunaux nationaux. Ainsi la juridiction pénale internationale ne s'imposerait en règle générale qu'en l'absence d'une juridiction nationale.

8. Pour le Chili, à l'instar de ce qui est prévu dans le projet de statut, le tribunal est un moyen mis à la disposition des États parties à cet instrument ainsi que des autres États et du Conseil de sécurité, afin de garantir la justice et d'éviter que des crimes graves ne demeurent impunis. Le régime découlant du statut doit donc être considéré comme complémentaire au régime fondé sur l'alternative de juger ou d'extrader, la décision de saisir le tribunal international étant une troisième voie ouverte aux États, qui doivent avoir le droit d'exercer leur juridiction par rapport à un crime déterminé en vertu d'un traité multilatéral, du droit coutumier ou de leur législation interne. Ceci n'empêche pas, bien au contraire, que le statut doive examiner la possibilité, pour certains crimes d'une gravité spéciale comme le crime de génocide, lorsqu'aucun État n'est en mesure de juger les criminels, de conférer une compétence exclusive au tribunal international.

9. Par ailleurs, comme le Chili a déjà eu l'occasion de le dire à plusieurs reprises, le tribunal international ne saurait en aucune façon être une juridiction de révision ou de seconde instance appelée à connaître de décisions judiciaires nationales, car cela créerait des problèmes constitutionnels pour de nombreux États et impliquerait une ingérence dans leurs affaires intérieures.

10. Pour ces raisons, le Gouvernement chilien rappelle les réserves qu'il a faites à propos de l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 45 du statut [Autorité de la chose jugée *(non bis in idem)*] qui prévoit, dans certains cas, la révision de décisions judiciaires nationales. Il lui paraît nécessaire d'examiner de manière plus approfondie les éléments qui permettent d'affirmer que les tribunaux nationaux n'ayant pas rempli leur mission de connaître des crimes internationaux, le tribunal pénal international est donc habilité à intervenir.

11. Comme le Gouvernement chilien a déjà eu l'occasion de le dire, l'organe juridictionnel envisagé devrait être créé par un traité dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies. Le Chili partage également l'avis exprimé par d'autres États selon lequel il y aurait avantage à prévoir, sous une forme ou une autre, au moins un lien entre le tribunal et l'Organisation des Nations Unies, non seulement pour l'autorité et la permanence que cela conférerait au tribunal, mais encore parce qu'une partie de sa compétence pourrait dépendre des décisions du Conseil de sécurité. Aussi le Gouvernement chilien préconise-t-il une solution prévoyant la conclusion d'une convention de coopération sur le modèle des conventions qui lient l'ONU et ses institutions spécialisées, dans laquelle seraient définies les obligations et attributions des organes de l'Organisation des Nations Unies chargés de veiller au fonctionnement normal et régulier du tribunal.

12. Le tribunal devrait être un mécanisme permanent, ce qui permettrait aux juges qui le composent de se réunir sans retard dès qu'ils sont convoqués.

13. En ce qui concerne la structure du tribunal, le Gouvernement chilien estime, rejoignant ainsi le projet de statut, qu'il faut s'orienter vers une solution souple et peu coûteuse consistant à créer un mécanisme permettant aux juges de se réunir sans retard pour connaître des affaires dont ils sont saisis, au lieu d'instaurer un organe siégeant en permanence. Ainsi le projet de statut envisage-t-il un mécanisme préexistant qui ne devrait fonctionner qu'en cas de nécessité et dont la composition doit obéir, dans chaque situation concrète, à des critères objectifs garantissant l'impartialité des membres du tribunal.

14. De ce point de vue, le Gouvernement chilien estime que la disposition énoncée au paragraphe 2 de l'article 15 (Perte de fonctions), qui donne à la cour le pouvoir de destituer le procureur et le procureur adjoint, porte atteinte à l'indépendance du parquet vis-à-vis de la cour et qu'un tel pouvoir ne devrait être reconnu qu'à ceux-là seuls qui sont habilités à nommer les membres du parquet, c'est-à-dire les États parties au statut, dès lors que le procureur ou le procureur adjoint a été reconnu coupable d'une faute avérée ou d'un manquement grave au statut. Pareillement, on ne voit pas ce qui pourrait justifier la disposition du paragraphe 1 de l'article 15 du projet, qui s'écarte de l'Article 18 du Statut de la Cour internationale de Justice, en vertu duquel un juge ne peut être relevé de ses fonctions que si, au jugement unanime des autres membres de la Cour, il a cessé de répondre aux conditions requises.

15. Le tribunal envisagé devrait être doté d'une compétence obligatoire en ce qui concerne les crimes d'une gravité extrême dont on peut considérer que c'est l'humanité tout entière qui en est la victime, comme ce serait le cas du génocide. Dans les autres cas, cette compétence devrait être facultative.

16. En ce qui concerne l'acceptation de la compétence de la cour, le Gouvernement chilien est favorable à une formule selon laquelle les États, en devenant parties au statut de la cour, conféreraient compétence à celle-ci, sauf les exceptions que chaque État souverain pourrait établir *ratione materiae* et/ou *ratione temporis*.

17. Sans préjudice de ce qui précède, la compétence de la cour devrait être obligatoire lorsqu'il s'agit de crimes d'une gravité exceptionnelle dont on peut considérer que

c'est l'humanité tout entière qui en est la victime, comme c'est le cas du génocide, des crimes de guerre et de l'agression (l'existence de cette dernière devant être constatée au préalable par le Conseil de sécurité). De ce point de vue, le Gouvernement chilien se prononce, avec les modifications pertinentes ayant trait à la compétence obligatoire, pour la variante B de l'article 23 (Acceptation par les États de la compétence de la Cour pour les crimes énumérés à l'article 22).

18. En réponse aux questions formulées dans le commentaire de l'article 38 du projet de statut (Contestation de la compétence), le Gouvernement chilien estime qu'il faut distinguer entre les cas où l'on a affaire à des crimes internationaux définis dans un traité et les autres cas. Dans la première situation, tout État partie au statut devrait avoir le droit de contester la compétence; dans les autres cas, ce droit ne devrait appartenir qu'à l'État ou aux États ayant un intérêt direct dans l'affaire. Le Gouvernement chilien estime que l'accusé devrait avoir, lui aussi, le droit de contester la compétence de la cour, mais qu'il devrait le faire, à titre préliminaire, lorsqu'il prend connaissance de l'acte d'accusation.

19. Le tribunal international devrait être également doté d'une compétence consultative à l'effet d'aider les tribunaux nationaux à interpréter les traités relatifs aux crimes internationaux. La possibilité de doter le tribunal international d'une compétence consultative sur la demande des États parties au statut n'a pas été envisagée dans le projet. Le Gouvernement chilien soutient cette proposition qui a pour objet d'aider les tribunaux nationaux à appliquer et interpréter correctement les instruments internationaux qui définissent les crimes dont ils ont à connaître. Le Gouvernement chilien estime que l'expérience de la CIJ et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme est extrêmement positive à cet égard.

III. — Droit applicable

20. Les infractions dont le tribunal envisagé aurait à connaître devraient être définies par des traités internationaux.

21. En ce qui concerne le droit applicable par le tribunal, le Gouvernement chilien considère, conformément au principe *nullum crimen sine lege*, que le tribunal ne devrait connaître que des infractions définies dans des instruments internationaux bénéficiant d'une acceptation large, comme ceux mentionnés à l'article 22 (Liste de crimes définis par voie de traité), auxquels il faut ajouter la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes.

22. Il ne faudrait pas pour autant exclure du domaine du droit applicable les infractions qui trouveront place dans le code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, lorsque celui-ci entrera en vigueur, tout comme il faut tenir compte de la possibilité que les États dotent le tribunal de la compétence de connaître d'infractions autres que celles figurant dans les traités cités.

23. Il faut mettre à part le crime d'agression, qui n'est défini à ce jour dans aucun instrument international accepté universellement. On considère, en l'occurrence, que ce crime contre la paix doit être de la compétence du tribunal, en se fondant sur la disposition qui autorise le Conseil de sécurité à déposer une plainte auprès du tribunal à condition d'avoir constaté au préalable l'existence d'un acte d'agression conformément au Chapitre VII de la Charte des Nations Unies.

24. Il n'est question dans le projet que des infractions commises par des particuliers, ce qui rejoint la position chilienne, la compétence du tribunal ne s'étendant pas aux États, sans préjudice du fait que les particuliers puissent posséder la qualité d'agents de l'État. Comme le Gouvernement chilien a déjà eu l'occasion de l'indiquer, le fait de juger des États n'irait pas sans des difficultés extrêmes et il existe, par ailleurs, d'autres mécanismes de droit international en vigueur qui permettent de sanctionner des comportements étatiques contraires au droit. Le Gouvernement chilien rappelle à cet égard que, en contrepartie du fait que le tribunal international n'est pas compétent pour connaître de tels comportements des États, il faut renforcer le rôle du Conseil de sécurité et de la CIJ, ainsi que, tout spécialement, les dispositifs conçus pour protéger les droits de l'homme.

IV. — Jugement et exécution des peines

25. Enfin, en ce qui concerne la procédure du tribunal et l'exécution des peines, le Gouvernement chilien fait les observations ci-après :

a) L'article 51 (Jugement) n'envisage pas la possibilité que le jugement puisse contenir des opinions distinctes ou dissidentes. Le Gouvernement chilien estime, en se fondant sur la pratique d'autres tribunaux internationaux, que l'acceptation d'opinions distinctes ou dissidentes constitue un apport au développement du droit international et qu'elle pourrait être très importante en l'occurrence pour permettre à l'accusé de savoir s'il doit faire appel d'une condamnation, tout comme elle présenterait un intérêt pour la chambre d'appel qui doit se prononcer sur l'annulation d'une condamnation;

b) L'article 67 prévoit la possibilité pour le tribunal d'accorder la grâce, la liberté conditionnelle ou la commutation de la peine, lorsque la législation de l'État de détention le permet pour le même comportement.

26. Le Gouvernement chilien estime que, compte tenu de la gravité des crimes dont est saisi le tribunal, une personne condamnée par la cour ne devrait pas être libérée, en règle générale, avant d'avoir purgé sa peine. En aucun cas, une demande visant à bénéficier des dispositions de cet article ne devrait être abandonnée aux vicissitudes de la législation interne de l'État de détention, seul le tribunal international devant être habilité à accorder le bénéfice des dispositions de l'article, et ce uniquement dans des cas limités.

Conclusion

27. Le Gouvernement chilien se réserve le droit de revenir, de sa propre initiative ou si on le lui demande, sur les observations que le texte actuellement à l'étude appelle de sa part.

Chypre

[Original : anglais]
[28 avril 1994]

1. Il faudrait ajouter à l'article 22 du projet de statut (Liste de crimes définis par voie de traité) une nouvelle disposition aux termes de laquelle constituerait également un crime « la violation massive organisée des droits de l'homme pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, que ce soit en temps de paix ou de conflit armé ». Le statut du Tribunal de Nuremberg[1] et, plus précisément, l'alinéa *c* de l'article 6 qui vise « les crimes contre l'humanité », notamment les actes inhumains « contre toutes populations civiles, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux » va dans ce sens.

2. Le crime était lié aux crimes de guerre ou aux crimes contre la paix[2], mais les dispositions du présent projet de statut pour une cour criminelle internationale ne s'écartent pas sensiblement de l'adjonction proposée. Cette adjonction est également justifiée à la lumière de l'évolution récente du droit international et des droits de l'homme. On pourrait aussi faire valoir que le crime international envisagé a été codifié dans le cadre du droit international coutumier suite à la résolution 827 (1993) du Conseil de sécurité, en date du 25 mai 1993, par laquelle le Conseil a décidé de créer un tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991. Il faudrait noter par ailleurs qu'il s'agit ici de « crimes contre l'humanité » eu égard à l'article 26 du projet de statut (Acceptation par des États de la compétence de la Cour dans des cas autres que ceux visés à l'article 22).

3. S'agissant de l'article 23 (Acceptation par les États de la compétence de la Cour pour les crimes énumérés à l'article 22), le Gouvernement chypriote aimerait appuyer la variante C.

[1] Voir Nations Unies, *Le statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg. — Historique et analyse*, mémorandum du Secrétaire général (numéro de vente : 1949.V.7).

[2] G. Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, 3e éd., Londres, Stevens, 1976, vol. III : *International Constitutional Law*, p. 496.

Cuba

[Original : espagnol]
[7 février 1994]

1. Le Gouvernement cubain estime que ne sont pas réunies, à l'heure actuelle, les conditions indispensables à la création d'une juridiction pénale internationale qui soit en mesure de réaliser ses objectifs sans violer le principe de la souveraineté — un des principes fondateurs de l'Organisation des Nations Unies.

2. Le Gouvernement cubain est d'avis que le projet de statut présenté à l'Assemblée par le Groupe de travail de la Commission du droit international ne pourrait être adopté que s'il revêtait la forme d'un traité auquel les pays intéressés pourraient librement adhérer; ledit traité devra comporter les clauses de sauvegarde d'usage pour les infractions que les parties n'entendent pas soumettre à la juridiction internationale.

3. Pour ce qui est de la nature du tribunal envisagé, le Gouvernement cubain estime qu'il devrait s'agir d'un organe permanent, même s'il n'est appelé à se réunir que dans les seuls cas où il doit connaître d'une affaire. Le recours à des tribunaux spéciaux créés pour connaître de situations déjà existantes comporte le risque de voir ces tribunaux influencés par lesdites situations, ce qui nuirait à leur objectivité et impartialité.

4. Si le tribunal en question voit le jour, les magistrats qui le composent devront être choisis sur la base d'une répartition géographique équitable, compte tenu en outre de l'exigence que les différents systèmes juridiques soient représentés, de manière à garantir une véritable universalité.

5. La compétence dudit tribunal devrait être limitée aux crimes définis dans le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, compte tenu du fait que c'est dans ce cadre et dans cette perspective qu'il a été décidé d'examiner la possibilité de créer un tel tribunal.

6. Le Gouvernement cubain estime que toutes les personnes traduites devant le tribunal international doivent pouvoir bénéficier de toutes les garanties d'un procès objectif et impartial. Il doit être clair, à cet égard, que nul ne pourra être jugé par contumace, à moins qu'il ne soit pleinement établi que le défaut de comparaître procède de l'intention de se soustraire à l'action de la justice.

7. Le Gouvernement cubain attache une importance particulière à la question de savoir qui aura la faculté de saisir le tribunal pénal envisagé. Accorder cette faculté au Conseil de sécurité aboutirait à élargir les attributions à lui confiées par la Charte des Nations Unies et constituerait donc une violation de celle-ci. Le Conseil de sécurité ne doit pas assumer les fonctions du ministère public, et ce d'autant moins que les accusés ne seraient pas des États, mais des particuliers dont le comportement, tout odieux et punissable qu'il soit, n'est pas de nature à compromettre la paix et la sécurité de l'humanité.

8. Par ailleurs, la faculté donnée au Conseil de sécurité de saisir le tribunal pénal international contredit le droit du pays compétent de décider librement de saisir ses propres tribunaux ou une juridiction internationale, ce qui va à l'encontre du libre consentement que le Conseil entend obtenir en créant un tel tribunal par la voie d'un traité. On violerait, de ce fait, le principe de la souveraineté.

9. Le Gouvernement cubain espère que, lorsque la CDI examinera à nouveau la question, elle tiendra dûment compte de la réticence manifestée par une grande partie de la communauté internationale à l'idée de confier au Conseil de sécurité le rôle qui serait le sien conformément à la proposition présentée par la Commission, comme cela est apparu au cours du débat consacré au projet de statut à la Sixième Commission lors de la quarante-huitième session de l'Assemblée générale[1].

[1] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Sixième Commission*, 17e à 28e séances.

Danemark

[Voir Pays nordiques]

Espagne

[Original : espagnol]
[25 janvier 1994]

Observations générales

1. Le Gouvernement espagnol est ferme partisan de la création d'un tribunal pénal international doté d'une compétence générale pour réprimer les crimes internationaux. La communauté internationale voit de plus en plus dans la mise en place d'un tel tribunal une nécessité tant morale que politique.

Observations relatives à certains articles

2. Il n'y a pas de doute que le tribunal doit entretenir un lien étroit avec l'Organisation des Nations Unies pour des raisons d'ordre pratique et d'autorité morale. Pour ce faire, il vaudrait mieux adopter le statut à l'occasion d'une conférence internationale convoquée sous les auspices de l'Organisation. En outre, pour consacrer le lien du tribunal avec l'ONU, il faudrait faire dûment référence à l'Organisation dans le préambule et le corps du statut. Tout cela n'empêcherait pas l'adoption éventuelle d'un accord de coopération en vue d'institutionnaliser, voire de renforcer ledit lien.

3. Une autre observation étroitement liée à la précédente concerne le nombre requis de ratifications ou d'adhésions au futur traité portant création du tribunal pour l'entrée en vigueur du statut. De l'avis du Gouvernement espagnol, ce nombre ne devrait être ni trop faible, car cela priverait le tribunal de la représentativité voulue, ni trop élevé, de manière à ne pas retarder indûment le démarrage des activités du tribunal.

4. Conformément aux dispositions des articles 22, 23 et 24 du projet présenté par le Groupe de travail de 1993, la compétence de la cour n'aurait pas un caractère obligatoire mais volontaire. Sans doute l'idéal aurait-il été de doter la cour d'une compétence obligatoire; toutefois, en attendant que cela puisse se faire, le Gouvernement espagnol juge tout à fait acceptable la formule retenue par le projet de statut.

5. Étant donné l'importance de cette question, le Gouvernement espagnol estime que, en l'absence d'un code des crimes internationaux, l'article 22 (Liste de crimes définis par voie de traité) paraît acceptable, surtout lorsqu'il est rapproché de l'article 21 (Révision du Statut) qui prévoit la révision de la liste des crimes en question.

6. Des trois variantes proposées à l'article 23 (Acceptation par les États de la compétence de la Cour pour les crimes énumérés à l'article 22), le Gouvernement espagnol préfère la variante B qui consacre en des termes certes modérés le caractère volontaire de la compétence.

7. L'article 25 (Affaires soumises à la Cour par le Conseil de sécurité) est acceptable, en ce sens qu'il vise, outre des individus, des situations générales et offrirait sans doute une bonne alternative à la création de tribunaux spéciaux.

8. L'article 27 (Accusations d'agression) devrait, par contre, être examiné plus avant car, outre qu'il contredit d'une certaine manière l'idée de la limitation de la compétence *ratione materiae* du tribunal aux personnes physiques, son libellé actuel suscite une certaine confusion en ce qui concerne le crime d'agression.

9. De l'avis du Gouvernement espagnol, l'article 44 (Droits de l'accusé) qui, à l'alinéa *h* du paragraphe 1, traite du jugement par contumace concilie les avantages et les inconvénients de cette formule, en l'excluant en principe tout en l'admettant à titre exceptionnel dans les cas où la cour, ayant entendu des dépositions et procédé aux enquêtes nécessaires, conclurait que l'absence de l'accusé était délibérée. Dans cette hypothèse et pour garantir pleinement les droits de l'accusé, une disposition devrait prévoir l'ouverture d'un nouveau procès, si l'accusé venait à comparaître devant la cour par la suite.

10. Le paragraphe 2 de l'article 53 (Peines applicables) inspire des doutes au Gouvernement espagnol, car il semblerait ne pas respecter pleinement le principe de légalité (*nulla poena sine lege*). Si l'on ne veut pas contrevenir aux dispositions du paragraphe 1 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques aux termes desquelles « il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise », il faudra prévoir une disposition qui donnerait à la cour non pas la faculté mais le droit de prendre en considération les sanctions prévues par le droit interne des États visés aux alinéas *a*, *b* et *c* du paragraphe 2 de l'article 53 au moment de déterminer la durée d'une peine privative de liberté ou le montant d'une amende.

11. En ce qui concerne les *recours*, le Gouvernement espagnol estime que l'*appel* et la *révision* doivent être institués.

12. Outre le condamné, le procureur devrait également être habilité à introduire un appel ou une demande de révision; de ce fait, il faudrait supprimer les crochets aux articles 55 et 57.

États-Unis d'Amérique

[Original : anglais]
[2 juin 1994]

Observations générales

1. Les États-Unis d'Amérique tiennent à rendre hommage au Groupe de travail de 1993 de la CDI pour les efforts impressionnants qu'il a déployés, permettant ainsi aux gouvernements de disposer d'un document autour duquel peut s'ordonner utilement l'examen de ce sujet dans toute sa complexité.

2. Les présentes observations ont, par la force des choses, un caractère préliminaire, et le Gouvernement des États-Unis pourra être amené à en présenter d'autres ultérieurement. L'absence d'observations sur un aspect donné du projet de statut ne signifie cependant pas que les États-Unis approuvent ou désapprouvent la formulation retenue à cet égard par la CDI.

3. Le rapport du Groupe de travail répond, certes, à bon nombre de préoccupations que les États-Unis partagent avec d'autres pays à propos de la création d'une cour criminelle internationale, mais laisse aussi en suspens un certain nombre de problèmes importants. Nous considérons que la cour ne pourra apporter au monde le type de contribution escompté par la CDI que si ces problèmes sont réglés. Il importe dès lors que la CDI tienne compte des vues des États pour la suite de ses travaux, afin d'élaborer un statut qui tire parti des mécanismes judiciaires nationaux et internationaux, au lieu de s'y substituer.

4. Le Gouvernement des États-Unis demande instamment à la CDI, dans la suite de ses délibérations, de réfléchir aux considérations suivantes :

a) Une cour criminelle internationale doit être considérée comme un mécanisme supplétif, un mécanisme qui ne concurrence pas les relations existantes et opérantes en matière d'application des lois. En d'autres termes, elle doit être expressément destinée aux affaires pour lesquelles les États intéressés éprouvent le besoin de disposer de ce type d'instance, probablement parce qu'aucune autre instance ne fait l'affaire;

b) Le statut doit traduire un consensus entre les États. À défaut, le traité ne sera pas réellement accepté par les États et cette entreprise importante sera vouée à l'échec;

c) Étant donné la nécessité d'un consensus, il faut éviter tout lien entre le projet de création d'une cour criminelle internationale et l'élaboration du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Le code en question est, en l'état actuel des choses, un document éminemment controversé et imparfait. Tant qu'il en sera ainsi, il ne saurait fonder la compétence d'une cour internationale;

d) Les besoins du Tribunal sur les plans budgétaire et administratif doivent être traités avec grand soin. Le Tribunal pourrait s'avérer une entreprise extrêmement coûteuse, surtout si, à un moment donné, il est utilisé pour des enquêtes prolongées ou pour plus qu'un nombre limité d'affaires.

5. Les règlements régissant l'administration de la preuve et la procédure du Tribunal doivent être arrêtés par les États parties et formulés concurremment avec le statut et non laissés à l'appréciation de la cour. Dans bien des cas, le contenu de ces règlements peut être aussi important que celui du statut, ne serait-ce qu'en raison des répercussions importantes qu'ont ces règlements sur les droits de la défense, ce qui impose qu'ils soient conformes aux normes pertinentes des droits de l'homme et de la légalité.

Observations relatives à certains articles

Première partie (Institution et composition du Tribunal)

Article premier (Institution du Tribunal)

6. Les États-Unis approuvent le choix fait par le Groupe de travail de 1993 de créer un tribunal par voie de traité multilatéral liant les États qui décident d'y devenir partie.

Article 2 (Lien du Tribunal avec l'Organisation des Nations Unies)

7. Les États-Unis estiment que le Tribunal ne devrait pas être créé en tant qu'organe de l'ONU, car il faudrait alors entreprendre la tâche complexe de modification de la Charte des Nations Unies, mais un lien clair doit néanmoins être établi entre le Tribunal et l'ONU. Un accord entre les deux est souhaitable parce qu'il faciliterait leur coopération, ce qui est d'autant plus important que, comme il est noté dans le commentaire, une partie de la compétence du Tribunal pourrait dépendre de décisions du Conseil de sécurité. Un moyen judicieux d'établir un lien de ce type consisterait pour l'ONU et la future cour à conclure un accord similaire aux accords qui lient l'ONU et les institutions spécialisées, conformément aux Articles 57 et 63 de la Charte des Nations Unies.

8. Les États-Unis considèrent que le statut doit prévoir un mécanisme approprié de « ratification » par les États parties des grandes décisions du Tribunal qui peuvent avoir des répercussions financières ou opérationnelles. Pour ce faire un article prévoyant que certaines questions seront soumises aux États parties pourrait être inclus dans le statut.

Article 3 (Siège du Tribunal)

9. Cette question pourrait être tranchée dans la convention créant la future cour. Elle pourrait, à défaut, faire l'objet d'une décision prise par la majorité des États parties.

Article 4 (Statut du Tribunal)

10. Les États-Unis souscrivent au principe selon lequel, pour des raisons budgétaires, le Tribunal ne siégerait que lorsque cela est nécessaire pour examiner une affaire. Cela ne signifie pas que le Tribunal sera privé de la permanence ou de l'autorité dont il a besoin pour s'acquitter de sa mission. Pour le moment, les États ne sont pas en mesure de dire quelle sera l'ampleur de l'activité du Tribunal. Exiger que la future cour siège en permanence reviendrait à priver cette institution de la souplesse nécessaire, et à imposer aux États parties des dépenses inutiles.

Article 6 (Qualités des juges)

11. Les États-Unis considèrent qu'une distinction devrait être établie dans le statut entre les qualités requises

des juges selon que ces derniers interviennent en première instance ou en appel. Les juges de première instance devraient être tenus d'avoir une expérience de juge au pénal. Il serait certes souhaitable que les juges d'appel aient une expérience des affaires pénales en appel, mais étant donné le caractère juridique international du Tribunal, il n'est peut-être pas nécessaire d'exiger une telle expérience lorsque l'intéressé peut se prévaloir d'une autre expérience pertinente.

Article 7 (Élection des juges)

12. Les États-Unis sont fermement convaincus que la fonction de juge d'appel doit être indépendante de celle de juge de première instance, afin que la procédure de recours soit complète et équitable. En conséquence, il est proposé que les juges soient élus séparément pour ces deux fonctions. Les candidats à des postes de juge auront probablement plus d'expérience à l'un ou l'autre de ces deux titres, aussi le scrutin séparé permettra-t-il aux États parties de s'assurer que les compétences sont employées à bon escient.

13. Les États-Unis réservent leur position quant à la question de savoir si la cour doit effectivement compter dix-huit juges. Le nombre des juges est en effet dans une large mesure fonction de celui des affaires que les États parties pensent que le Tribunal aura à juger, et de l'enveloppe budgétaire globale du Tribunal.

14. Les juges devraient être élus par les États parties.

Article 9 (Indépendance des juges)

15. Le règlement du Tribunal devra comporter des directives précises sur l'exercice de la fonction judiciaire et trouver un juste équilibre entre la nécessité de permettre à des juges à temps partiel de gagner leur vie et celle de veiller à ce que l'intégrité des juges et du Tribunal ne soit aucunement menacée, en apparence comme dans la réalité. À titre d'exemple, il conviendrait d'autoriser les juges à enseigner le droit ou exercer la profession d'avocat (sans toutefois qu'ils puissent s'occuper d'affaires liées à des questions dont le Tribunal est saisi ou qui soient de quelque autre manière incompatibles avec les règles du Tribunal relatives aux conflits d'intérêts). Les juges ne devraient pas être membres des pouvoirs exécutif ou législatif. Il conviendrait d'étudier la question de savoir s'ils peuvent être juges dans les tribunaux internes.

16. L'une des raisons importantes qui font que le statut des juges doit être défini à l'avance tient au fait que des candidats potentiels aux fonctions de juge risquent de ne pas se présenter s'ils ne sont pas sûrs des conséquences qu'aurait l'exercice de ces fonctions sur leurs activités extérieures et leurs revenus.

Article 10 (Élection et fonctions du Président et des Vice-Présidents)

17. Le Président et les Vice-Présidents devraient être élus par les États parties et non par les juges.

Article 11 (Récusation des juges)

18. Les États-Unis ne pensent pas qu'il y ait une raison de limiter le nombre des juges qu'un accusé peut récuser. Le traitement des contestations de cet ordre ne devrait pas, en règle générale, poser de difficultés. Le procureur devrait également avoir le droit de demander la récusation d'un juge, de même d'autres juges devraient avoir ce droit. Plutôt que la Chambre, ou la Chambre complétée par le Bureau, il serait préférable que ce soit la cour siégeant en formation plénière qui statue en la matière. La décision définitive doit être prise à la majorité des juges habilités présents et votants.

19. Dans certains cas, des États parties peuvent disposer d'informations pouvant influer sur la décision de récusation. Il conviendrait donc de prévoir une procédure qui permette à ces États parties de demander à la cour de faire examiner la question par la Chambre concernée.

Article 12 (Élection et fonctions du Greffier)

20. Le statut devrait prévoir la possibilité de révocation motivée du greffier par la majorité des membres de la cour. Un mandat de sept ans semble quelque peu long pour ce type de charge, et il serait peut-être préférable de ramener ce mandat à cinq ans, surtout si le greffier est rééligible.

21. Le Tribunal, en tant que mécanisme supplétif, devrait être doté d'effectifs réduits, que les États parties pourraient convenir d'augmenter en cas de besoin. Ce principe fondamental devrait s'appliquer tant au greffe qu'au parquet.

22. L'effectif du greffe et son budget devraient être soumis à l'approbation des États parties. Dans la version actuelle du statut, le Bureau pourrait autoriser le recrutement de personnel supplémentaire en nombre illimité, dont on suppose que le coût serait pris en charge par les États parties. Il conviendrait au contraire que, chaque année ou plus fréquemment, le greffier présente au Président de la cour un bilan détaillé de ses activités, accompagné de propositions de dépenses pour l'exercice suivant. Le Président présenterait alors un projet aux États parties, établi sur la base des propositions du greffier.

Article 13 (Composition, fonctions et pouvoirs du Parquet)

23. Le Gouvernement des États-Unis souscrit à la proposition du Groupe de travail tendant à ce que le procureur et le procureur adjoint soient élus par les États parties. Cette élection devrait se faire à la majorité qualifiée, par exemple à la majorité des deux tiers des États parties.

24. Sans toucher fondamentalement à l'indépendance du parquet, les États parties doivent néanmoins avoir un droit de regard sur son budget. Le parquet devrait donc, à l'instar du greffe, établir périodiquement des propositions budgétaires à soumettre à l'approbation des États parties.

Article 15 (Perte de fonctions)

25. Le statut devrait prévoir, à l'article 15 ou dans un autre article, que les juges, le procureur ou le procureur adjoint et le greffier peuvent être révoqués, ou voir leurs fonctions suspendues, lorsqu'ils sont empêchés d'exercer leurs fonctions pour cause de longue maladie ou d'invalidité.

26. Étant donné l'importance accordée à l'indépendance du parquet, il y a lieu de se demander si la cour devrait pouvoir révoquer le procureur ou le procureur adjoint. Les États-Unis suggèrent que le statut limite le pouvoir de la cour à celui d'interdire à un procureur, pour justes motifs, d'exercer ses fonctions dans telle ou telle affaire, mais subordonne la révocation du procureur ou du procureur adjoint à une décision des États parties prise à la majorité qualifiée. La CDI devra mettre au point des mécanismes d'examen rapide des problèmes par les États parties et des procédures de vote.

Article 16 (Privilèges et immunités)

27. Cette disposition devrait être révisée de manière à ce qu'elle énonce clairement, et sans renvoi aux règles appliquées par d'autres institutions, les privilèges et immunités dont jouissent certaines personnes ou catégories de personnes. Les juges et le procureur (et éventuellement le procureur adjoint) devraient donc jouir de l'immunité diplomatique totale lorsqu'ils se trouvent sur le territoire d'un État partie pour y exercer des fonctions officielles liées à l'activité du Tribunal. L'intégralité des privilèges et immunités serait donc accordée au procureur, parce qu'il sera probablement amené à prendre le type de décisions controversées exigeant une telle protection. Toutes les autres catégories de personnes énumérées devraient jouir des privilèges et immunités accordés au personnel administratif et technique par la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, lorsque ces personnes se trouvent sur le territoire d'un État partie pour y exercer des fonctions officielles liées à l'activité du Tribunal.

28. Il conviendrait d'examiner plus avant la question de savoir qui aurait le pouvoir de lever les immunités. La personne ayant le pouvoir de lever l'immunité doit normalement être celle qui a une autorité directe sur la personne dont l'immunité est visée. Il conviendrait donc que le procureur puisse lever l'immunité d'autres procureurs ou membres du parquet, le Président (peut-être en consultation avec les autres membres de la cour), celle du personnel de la cour, du Greffe et de son personnel et des avocats, experts et témoins.

Article 17 (Allocations et frais)

29. Si les juges en arrivent à travailler à plein temps, il faudra prévoir un mécanisme de transition afin que les indemnités journalières versées ne dépassent pas ce que lesdits juges auraient normalement perçu à titre de salaire intégral pour la même période.

Article 19 (Règlement du Tribunal)

30. Comme indiqué *supra* (par. 5), les États-Unis considèrent que le règlement du Tribunal devrait être formulé en même temps que le statut et accepté par les États parties avant la création de la cour. La conduite des enquêtes préliminaires, le règlement intérieur et les règles d'administration de la preuve et autres dispositions « nécessaires » à la mise en œuvre du statut peuvent avoir des incidences fondamentales sur l'aptitude du Tribunal à conduire des procès équitables et acceptables. La rédaction de règles qui influent à ce point sur le fonctionnement du Tribunal sera une tâche ardue; on ne devrait pas demander aux États parties d'approuver la création de la cour avant que cette tâche n'ait été menée à son terme et que le résultat n'ait recueilli l'adhésion générale.

Article 20 (Règlement intérieur de la Cour)

31. En règle générale, la cour devrait être libre d'établir son règlement intérieur. Il faudra cependant veiller à ce que ce règlement ne porte pas atteinte aux droits de l'accusé. Si le règlement intérieur de la cour n'est pas soumis à l'approbation préalable des États parties, il conviendrait alors de préciser dans le statut que les règles de procédure et les règles concernant l'administration de la preuve (qui seraient soumises à cette approbation) l'emportent, en cas de conflit, sur le règlement de la cour.

Article 21 (Révision du Statut)

32. Il est certes souhaitable de prévoir l'organisation d'une conférence de révision, mais l'article ne devrait pas faire état du code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Comme indiqué *supra* (par. 4, *c*), le code est un texte controversé qui, à ce stade, ne saurait fonder la compétence d'une cour criminelle internationale, et qui ne pourrait le faire dans un proche avenir.

DEUXIÈME PARTIE (COMPÉTENCE ET DROIT APPLICABLE)

Article 22 (Liste de crimes définis par voie de traité)

33. Le Gouvernement des États-Unis a examiné très attentivement les articles sur la compétence, qui sont, sans conteste possible, au cœur du sujet et doivent être, en conséquence, rédigés avec grand soin. En formulant des recommandations sur l'organisation de la compétence d'une cour criminelle internationale, il a été tenu compte de la nécessité, pour un projet ambitieux de cette nature, de bénéficier d'un très large appui.

a) *Crimes de guerre, crimes contre l'humanité, génocide*

34. L'actualité montre qu'il importe de veiller à ce que les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide ne restent pas impunis. S'il est vrai que, dans la plupart des cas, des poursuites internationales ne sauraient valablement remplacer la justice et la discipline militaires, il n'en est pas moins vrai qu'il est des cas où l'action conduite au niveau national ne suffira pas. C'est

pourquoi ces crimes sont tout à fait de ceux qui devraient relever de la compétence d'une cour criminelle internationale. Ils sont un sujet de préoccupation profonde pour tous les États. Outre qu'ils peuvent être graves au point de bouleverser la conscience du monde civilisé, ils concernent tous les États, principalement parce qu'ils peuvent être à l'origine d'instabilités qui menacent la paix et la sécurité internationales, ou encore parce qu'ils sont commis dans le cadre de conflits internationaux. En raison de ce lien avec la paix et la sécurité, les États-Unis concluent que ces crimes ne devraient relever de la compétence du Tribunal que dans les cas où celui-ci en serait saisi par le Conseil de sécurité.

35. Parallèlement, les crimes de ce type ne devraient pas pouvoir être portés devant le Tribunal par les États. Le Conseil de sécurité est bien placé pour dire qu'une situation revêt une importance telle pour la communauté internationale que des poursuites internationales (plutôt que nationales) s'imposent. Qui plus est, il est à craindre que les États ne soient tentés d'invoquer la compétence du Tribunal à des fins politiques.

36. Les États-Unis trouvent adéquat que la cour criminelle internationale soit compétente pour connaître des violations des lois de la guerre bien établies. Comme certains éléments du Protocole additionnel I aux Conventions de Genève du 12 août 1949 ne sont pas encore suffisamment reconnus et acceptés, les États-Unis concluent que les infractions au Protocole additionnel I ne devraient pas relever de la compétence du Tribunal. En outre, en cas de conflit armé, les lois de la guerre applicables découlent des traités auxquels tous les belligérants sont parties. Le texte de la CDI permettrait à un des belligérants à un conflit futur d'engager devant la cour criminelle internationale des poursuites contre des membres des forces armées d'un autre belligérant pour violation des lois de la guerre, en vertu d'un instrument auquel ce dernier n'est pas partie, et pour des crimes qui ne sont pas suffisamment reconnus comme tels. Il conviendrait d'éviter ce genre de conséquence. (En outre, comme expliqué *infra* par. 45, le Tribunal ne devrait pas être compétent pour connaître d'affaires qui, autrement, relèveraient d'un accord en vigueur sur le statut des forces militaires stationnées sur un territoire étranger.)

37. Dans ces conditions, le Gouvernement des États-Unis appuie la création d'une cour criminelle internationale que seul le Conseil de sécurité pourrait saisir pour enquêter sur les crimes énoncés dans les instruments énumérés à l'alinéa *a* et à l'alinéa *b*, i à iv, de l'article 22 et exercer les poursuites correspondantes. Aux violations graves des Conventions de Genève, il faudrait ajouter les violations de gravité équivalente des Conventions de La Haye de 1907. En l'absence d'instrument adéquat les définissant, la CDI devrait envisager de mettre au point une définition des crimes contre l'humanité, qui serait incorporée dans le statut et conçue peut-être sur le modèle de l'article 5 du statut du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie. Dans le cas de la cour criminelle internationale, la CDI devrait préciser que les crimes contre l'humanité ne doivent pas être limités aux crimes liés à un conflit armé, voire perpétrés au cours d'un conflit armé.

b) *Crimes en vertu des conventions sur le « terrorisme »*

38. De même, le Gouvernement des États-Unis reconnaît qu'il pourrait être en principe souhaitable, dans certains cas, qu'une juridiction poursuive les personnes ayant commis des crimes définis dans les conventions énumérées aux alinéas *c*, *d*, *f*, *g* et *h* de l'article 22 lorsqu'il n'existe pas de juridictions nationales pour ce faire ou lorsque celles-ci ne suffisent pas. Mais, dans le même temps, la compétence éventuelle de la cour criminelle internationale ne devrait en aucune manière empêcher les tribunaux nationaux de dûment poursuivre les terroristes ou compromettre leur action dans ce sens. Malheureusement, ce risque est présent dans la proposition qui est faite.

39. Saisir une juridiction criminelle internationale d'affaires de ce genre risque de soulever maintes difficultés. La question se pose notamment de savoir si un tribunal de cette nature serait à même de conduire des enquêtes sur des affaires de terrorisme complexes avec autant de compétence que les gouvernements nationaux. Ces enquêtes prennent souvent des années et requièrent des ressources considérables, ressources dont le procureur de la cour criminelle internationale ne disposera peut-être pas. En outre, il se pourrait finalement qu'une juridiction criminelle internationale empiète sur les enquêtes légitimes conduites au niveau national, ou que les autorités nationales lui abandonnent des enquêtes qu'elles-mêmes conduiraient plus efficacement.

40. De plus, les États-Unis persistent à nourrir des réserves sur la démarche consistant à fonder la compétence sur des traités qui, à plus d'un titre, ne donnent pas de définitions précises des crimes mais imposent des obligations destinées à faciliter l'exercice de la compétence nationale. En règle générale, d'importants éléments constitutifs des crimes et des exceptions sont laissés aux juridictions nationales. Le statut, les règlements d'administration de la preuve et les règles de procédure devront, à cet égard, être suffisamment précis quant aux éléments des crimes et de la défense, pour que la cour criminelle internationale se conforme au principe *nullem crimen sine lege*.

41. La CDI et les États Membres devront examiner de près la question de savoir si ces difficultés peuvent être résolues de manière à justifier l'inclusion du terrorisme dans la liste des crimes dont la cour criminelle internationale est compétente pour connaître. Le Gouvernement des États-Unis réserve son jugement sur cette possibilité, tout en espérant que la CDI sera en mesure d'avancer dans ses travaux et de présenter une analyse des questions qui pourra aider les États Membres de l'ONU à poursuivre leur débat.

c) *Protection des membres des forces de maintien de la paix*

42. Les États-Unis notent avec satisfaction les progrès réalisés à l'ONU dans l'élaboration d'une convention sur la responsabilité pour les attaques perpétrées contre des membres des forces de maintien de la paix des Nations Unies et du personnel associé. Au cas où cette convention entrerait en vigueur, il conviendrait d'envisager d'étendre la compétence de la cour criminelle internationale aux

crimes qui y seraient définis. La CDI devrait, quant à elle, explorer les moyens d'étendre la compétence de la cour à ces crimes dès que l'instrument entrera en vigueur et que les États parties auront décidé qu'ils souhaitent l'incorporer dans le statut.

d) *Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid*

43. Les États-Unis sont d'avis qu'il ne faudrait pas faire état, à l'article 22, de la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid. Cette convention visait essentiellement une situation donnée, celle du système d'apartheid en Afrique du Sud, désormais démantelé. Elle était controversée au moment de son adoption et n'a pas recueilli un large appui, en partie parce que la définition du crime d'apartheid qu'elle donne n'est pas suffisamment précise.

Article 23 (Acceptation par les États de la compétence de la Cour pour les crimes énumérés à l'article 22)

44. Des trois variantes proposées dans le texte, les États-Unis préfèrent la variante A parce qu'elle reflète mieux, comme indiqué dans le commentaire, la base consensuelle sur laquelle doit reposer la compétence du Tribunal.

Article 24 (Compétence de la Cour aux termes de l'article 22)

45. Il est essentiel que le Tribunal ne se substitue pas, ni ne porte atteinte, aux relations interétatiques en vigueur et effectives en matière de répression. C'est ainsi que les États ne devraient pas être autorisés à se soustraire aux obligations qui leur incombent en vertu de traités d'extradition en vigueur en saisissant la cour criminelle internationale. D'autre part, le personnel militaire qui, autrement, relèverait de la compétence de ses tribunaux nationaux en vertu d'un accord sur le statut des forces militaires stationnées sur un territoire étranger ou d'un accord analogue ne devrait pas être jugé par le Tribunal. La raison première qui milite en faveur de la création d'une cour criminelle internationale est de ne pas laisser impunies les personnes qui ont commis les crimes les plus graves : dans les cas où une personne serait jugée et punie par la cour criminelle internationale alors qu'elle pourrait l'être par une juridiction nationale, la cour devient un mécanisme concurrent plutôt que complémentaire.

46. En matière pénale, il est généralement préférable de saisir les juridictions nationales. Les raisons en sont multiples : le droit applicable sera généralement précis; les poursuites seront moins complexes, reposant sur des précédents et des règles connus; les frais en matière de poursuites et de défense seront généralement moins lourds; les éléments de preuve et les témoins seront normalement plus aisément accessibles; les problèmes de langue seront réduits au minimum; les tribunaux locaux appliqueront des procédures établies pour obtenir les éléments de preuve et les dépositions nécessaires, y compris les règles relatives au faux témoignage. Les poursuites pénales sur le plan international seront presque toujours plus compliquées et onéreuses qu'au niveau national et ne donneront pas nécessairement un résultat plus juste.

47. Dans ces conditions, il est nécessaire de prévoir des mécanismes appropriés pour faire en sorte que, dans le cas d'affaires soumises par les États, les juridictions nationales soient préférées à la cour criminelle internationale si les États sont désireux et en mesure de les saisir. Du reste, cette préférence ressort du huitième rapport du Rapporteur spécial sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité[1], qui prévoyait un régime de consentement plus large que celui envisagé dans le texte du Groupe de travail de 1993.

48. Le Gouvernement des États-Unis propose que l'article 26 (Acceptation spéciale par des États de la compétence de la Cour dans des cas autres que ceux visés à l'article 22) soit révisé afin que le régime de consentement extrêmement restreint envisagé présentement dans le statut soit élargi aux États ayant un intérêt décisif à poursuivre. Plus particulièrement, dans chacun des cas envisagés aux alinéas *c*, *d*, *f*, *g* et *h* de l'article 22, il conviendrait d'obtenir le consentement de l'État où le crime a été commis, ou celui de l'État de la nationalité de la victime (ou, dans le cas de victimes ayant plusieurs nationalités, celui de l'État ou des États ayant l'intérêt le plus marqué). Dans presque tous les cas, l'État sur le territoire duquel le crime a été commis sera compétent et aura un intérêt particulier à poursuivre toute personne qui l'a commis. L'État de la nationalité de la victime sera souvent, dans les cas de terrorisme, l'État contre lequel l'attaque a été dirigée : en conséquence, il a un intérêt particulier à juger les personnes accusées du crime.

49. Les États-Unis ne sont pas hostiles à l'idée d'accorder à l'État qui a la garde de l'accusé un droit de consentement préalable. Cependant, au nombre des États qui ont un « intérêt » à poursuivre, l'État qui a la garde n'a pas l'intérêt le plus déterminant à le faire. En effet, la présence du fugitif sur son territoire peut n'être que fortuite. La pratique traditionnelle de l'extradition a accordé un poids particulier au rôle de l'État qui a la garde de l'accusé, mais ceci ne se justifie peut-être pas dans les cas où l'objectif est de déterminer les États dont les raisons d'exercer eux-mêmes les poursuites sont telles qu'elles excluent l'intervention de la cour criminelle internationale.

50. Si un État qui a la garde de l'accusé, en quelque circonstance que ce soit, exerce un droit soit de refuser de remettre l'accusé à la cour criminelle internationale, soit de refuser de consentir à ce que ladite cour exerce des poursuites, il doit être tenu (s'il est compétent à l'égard du crime) de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes afin qu'elles exercent les poursuites, ou de remettre l'accusé à un autre État qui est prêt à poursuivre.

51. De plus, tout État lié par un traité d'extradition avec l'État qui a la garde de l'accusé, ou tout État pouvant demander l'extradition en vertu de la législation en matière d'extradition de l'État qui a la garde de l'accusé, devrait pouvoir demander l'extradition de l'accusé avant que la cour criminelle internationale ne se saisisse de l'affaire. Si l'État qui a la garde de l'accusé n'est pas tenu

[1] Voir *Annuaire... 1990*, vol. II (1re partie), p. 27, doc. A/CN.4/430 et Add.1, notamment p. 37, par. 84.

et n'a pas l'intention d'extrader l'accusé vers l'État requérant (ou s'il n'est pas tenu d'exercer des poursuites en application d'un traité d'extradition), ou si l'État vers lequel le fugitif a été extradé n'exerce pas, pour une raison ou une autre, les poursuites dans un délai raisonnable, la cour criminelle internationale pourrait être compétente.

Article 25 (Affaires soumises à la Cour par le Conseil de sécurité)

52. Comme indiqué *supra* aux paragraphes 34 et 37, les États-Unis croient que seul le Conseil de sécurité devrait être habilité à saisir le Tribunal de crimes de guerre, de crimes contre l'humanité et de cas de génocide. En outre, les articles 29 et 30 devraient être révisés de manière à préciser que, dans de tels cas, aucune enquête ne peut être ouverte ni aucune plainte déposée tant que le Conseil de sécurité n'a pas saisi la cour criminelle internationale.

53. Le Gouvernement des États-Unis a noté avec intérêt dans le commentaire 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 qu'il lui soumettrait ordinairement une situation. Il convient que le Conseil soumette normalement des situations, à propos desquelles le parquet procédera alors à une enquête. Mais il n'y a pas de raison que le Conseil, dans des circonstances données, ne puisse soumettre à la cour criminelle internationale des affaires spécifiques. Le Conseil ne demanderait pas dans ces cas que des poursuites soient engagées; il soumettrait une affaire, qui serait alors examinée par le procureur. Si ce dernier conclut que cette affaire n'implique pas un comportement criminel, il ne sera pas tenu d'établir un acte d'accusation.

Article 26 (Acceptation spéciale par des États de la compétence de la Cour dans des cas autres que ceux visés à l'article 22)

54. Le Gouvernement des États-Unis n'appuie pas l'idée d'élargir la compétence de la cour criminelle aux crimes au regard du droit international général ou aux crimes au regard d'une loi nationale destinée à donner effet aux dispositions d'un traité multilatéral. La notion de « crimes au regard du droit international général » n'est pas bien définie et inviter les États à engager des poursuites sur cette base risquerait d'aller à l'encontre du but recherché et serait malavisé. Comme indiqué *supra* au paragraphe 37 à propos de l'article 22, les États-Unis sont prêts à inclure dans la compétence du Tribunal les crimes contre l'humanité — catégorie de crimes suffisamment bien définie par le droit international coutumier. Ils seraient également prêts à examiner toute proposition tendant à y inclure, le cas échéant, d'autres catégories de crimes particulièrement bien définies par le droit international coutumier dans les cas où le Conseil de sécurité en saisirait la cour criminelle internationale.

55. Le Gouvernement des États-Unis n'appuie pas l'idée d'étendre la compétence de la cour criminelle internationale aux crimes liés aux drogues au regard des dispositions de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes. Comme de nombreux États l'ont déclaré à la Sixième Commission, cette convention n'est pas suffisamment précise pour pouvoir servir de base à l'engagement de poursuites pénales devant une cour criminelle internationale. De plus, même s'il était possible de remédier à ce défaut, il n'est pas sûr qu'un moyen pourra être trouvé pour faire en sorte que, notamment, le Tribunal ne juge que les affaires de drogue les plus importantes; au contraire, le Tribunal serait probablement submergé, avec toutes les incidences sur les ressources que cela suppose. Le Tribunal pourrait devenir une juridiction chargée des affaires de drogue et ne disposer alors que de peu de temps pour connaître d'autres affaires d'importance capitale pour la communauté mondiale.

Article 27 (Accusations d'agression)

56. Le Gouvernement des États-Unis n'appuierait pas l'engagement de poursuites en cas d'accusation d'agression, même si, au préalable, le Conseil de sécurité a constaté que l'État concerné a commis l'acte d'agression qui fait l'objet de l'accusation. Bien que le Conseil soit l'organe politique international chargé d'établir la différence entre agression illicite et légitime défense licite, l'infraction d'agression n'est pas encore suffisamment bien définie en droit pénal international pour fonder la compétence de la cour criminelle internationale. Qui plus est, l'agression est le fait essentiellement d'États et non d'individus. Les difficultés qui se sont posées récemment lorsqu'il a fallu déterminer si des conflits armés donnés étaient des conflits armés internationaux illustrent les problèmes de définition qui se sont posés lorsqu'il a fallu définir l'agression.

Article 28 (Droit applicable)

57. Les États-Unis sont préoccupés par la mention faite des « règles et principes du droit international général » et de « toute règle applicable du droit interne ». Ni le statut lui-même ni le commentaire ne précisent pourquoi la cour peut invoquer ces sources de droit. À défaut de règles de droit international plus élaborées que la cour pourrait invoquer, il est inévitable d'appliquer certains éléments du droit interne pour combler les lacunes des dispositions conventionnelles (que ce soit en ce qui concerne les éléments constitutifs des crimes, les règles de procédure ou l'administration de la preuve). Les crimes visés dans les traités énumérés, par exemple, seraient normalement interprétés par les tribunaux nationaux en fonction des principes du droit interne, souvent conformément à la législation nationale qui définit les éléments constitutifs des crimes, les exceptions connexes, etc. Cette absence de règles de droit international plus élaborées suscite, cependant, de graves questions et préoccupations. Les États-Unis préfèrent l'élaboration, en liaison avec le statut, de principes juridiques complémentaires que la cour appliquerait.

58. S'il faut invoquer le droit interne, quel droit faut-il appliquer ? Est-ce le droit de l'État où le crime a été commis, celui de l'État de la nationalité du défendeur ou celui de l'État où le défendeur se trouve ? La cour sera-t-elle appelée à passer en revue la législation de tous les États en la matière et à en dégager des principes généraux,

comme prévu à l'alinéa *c* de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice ? Il s'agit là d'autant de questions que la CDI doit examiner plus avant.

59. Enfin, à moins que le problème ne soit réglé dans le statut, il y aura chevauchement entre la CIJ et la cour criminelle internationale s'agissant de la compétence pour définir les questions ayant trait à l'interprétation et à l'application des dispositions de nombre des traités que la cour criminelle internationale appliquerait en vertu du statut. Il est ainsi possible que les deux cours soient appelées à émettre un avis sur des questions identiques ou analogues. Naturellement, les États parties au statut peuvent convenir d'un commun accord de ne porter ces questions que devant la cour criminelle internationale, mais cela n'empêcherait pas d'autres États de porter ces mêmes questions ou des questions analogues devant la CIJ.

TROISIÈME PARTIE (INFORMATION ET ENGAGEMENT DES POURSUITES)

Article 29 (Dépôt d'une plainte)

60. Les États ne devraient pas être autorisés à choisir le moment où ils se soumettront eux-mêmes aux obligations générales énoncées dans le statut. Il serait particulièrement malvenu qu'un État non partie puisse porter une affaire devant la cour criminelle internationale, dans la mesure où il ne serait pas tenu, par voie conventionnelle, de coopérer avec le Tribunal en matière d'assistance judiciaire. De plus, les États-Unis sont opposés à l'attribution à des États non parties du droit de saisir le Tribunal. Seuls les États participant au financement du fonctionnement de la cour devraient pouvoir la saisir.

61. Comme indiqué *supra* aux paragraphes 34 et 37, le Gouvernement des États-Unis conclut que seul le Conseil de sécurité devrait pouvoir soumettre à la cour criminelle internationale des affaires liées à des crimes de guerre, des crimes contre l'humanité et de génocide. De cette façon, la cour ne devrait admettre aucune plainte concernant les crimes visés dans les instruments énumérés aux alinéas *a* et *b*, i à iv, de l'article 22, à moins qu'elle n'émane du Conseil.

62. Le statut devrait prévoir qu'il faut apporter quelque preuve de la compétence, sinon l'établir, avant l'enquête, au lieu d'attendre que la question de la compétence soit soulevée la veille du procès, en vertu de l'article 38 (Contestation de la compétence). L'État plaignant devrait, à tout le moins, être tenu d'apporter une preuve sur la question de la compétence et le procureur ou le Tribunal serait alors en mesure de rejeter l'affaire ou d'y surseoir si une grave lacune juridictionnelle apparaît. Pour éviter tout gaspillage des moyens d'enquête, tous les États intéressés qui, en vertu du statut, possèdent le droit de refuser leur consentement (et partant de mettre fin à des poursuites) devraient être tenus d'opérer, à un stade précoce donné, un choix, irrévocable ou provisoire, sans préjudice du droit du défendeur de contester la compétence du Tribunal. Par ailleurs, les États doivent disposer d'un délai raisonnable pour prendre une décision concernant le consentement.

63. Il conviendrait d'examiner plus avant le rôle et les attributions du Bureau, en particulier dans la mesure où celui-ci exercera des fonctions judiciaires qui, sinon, seraient confiées à une chambre de la cour. Un membre du Groupe de travail a suggéré de constituer une « chambre d'accusation » (voir le paragraphe 6 du commentaire de l'article 29). Le paragraphe 1 de l'article 30 (Information et établissement de l'acte d'accusation) stipule, notamment, que le Bureau peut ordonner au procureur d'engager des poursuites qu'il a refusé d'engager, et le paragraphe 2 de l'article 32 (Acte d'accusation) indique que le Bureau décide s'il y a des motifs suffisants pour juger. Ainsi, donner à la cour, en vertu du paragraphe 1 de l'article 30, le pouvoir d'ordonner d'engager des poursuites risque d'empiéter sur l'indépendance du procureur. Il serait donc préférable de limiter, à cet égard, les pouvoirs de la cour à une demande de réexamen de la question.

Article 30 (Information et établissement de l'acte d'accusation)

64. Pour éviter tout abus des pouvoirs d'enquête du Tribunal et tout gaspillage de ressources financières et humaines, le critère appliqué pour décider qu'il n'y a pas lieu d'ouvrir une enquête (le paragraphe 1 stipule « à moins qu'il [le procureur] ne décide qu'il n'y a pas de base possible pour une action devant la Cour ») devrait être moins rigoureux. En outre, une disposition devrait donner la possibilité au procureur, lorsqu'il décide de ne pas poursuivre, de conserver des informations ou des pièces pour, le cas échéant, les utiliser à l'avenir.

65. Le paragraphe 2 dispose que le procureur a le pouvoir de convoquer certaines personnes et de demander la communication d'informations. L'obligation des États de coopérer avec le Tribunal, par exemple en ce qui concerne les demandes de communication et de production de documents ou de pièces à conviction, devrait être énoncée plus clairement tant à l'article 30 qu'à l'article 58 (Coopération internationale et assistance judiciaire).

66. Il serait préférable que le droit d'une personne d'être informée, lorsqu'elle est interrogée, qu'elle est soupçonnée d'un crime, soit énoncé expressément dans la liste des droits des suspects, même si on peut considérer que ce droit est implicite au paragraphe 4.

67. Comme les affaires de crimes de guerre, crimes contre l'humanité et génocide ne devraient être portées devant la cour que par le Conseil de sécurité (voir *supra* les observations relatives à l'article 22), cet article devrait être remanié pour tenir compte de la distinction entre les affaires portées devant la cour par les États et celles qui lui sont soumises par le Conseil.

Article 31 (Engagement des poursuites)

68. Les États-Unis proposent que le procureur soit autorisé à établir un acte d'accusation s'il estime qu'il y a des motifs suffisants pour juger, et non, comme le prévoit le statut, s'il décide qu'il y a « des motifs suffisants pour engager des poursuites ». On alignerait ainsi cette disposition sur l'article 32 qui subordonne la confirmation de l'acte d'accusation à l'existence de motifs suffisants pour

juger. Le procureur ne devrait établir un acte d'accusation que s'il pense de bonne foi que cet acte d'accusation sera confirmé par la cour.

69. Outre les renseignements visés au paragraphe 1, l'acte d'accusation devrait indiquer les faits allégués comme établissant l'existence des éléments constitutifs de l'infraction. Il pourrait aussi contenir une déclaration sur le fondement de la compétence. Le critère appliqué pour justifier l'arrestation d'un suspect (« des motifs suffisants de penser ») devrait être précisé. Cette expression semble correspondre à la notion de cause probable (le critère utilisé aux États-Unis), mais il est difficile de dire si tel est le cas.

70. Le statut laisse la durée de la détention d'un suspect à l'appréciation discrétionnaire de la cour. De nombreux systèmes judiciaires, les dispositions des traités d'extradition relatives à la détention provisoire et les normes internationales en matière de droits de l'homme (par exemple, le paragraphe 3 de l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques) autorisent la détention pendant une période définie ou « raisonnable ». On peut se demander si une détention longue est justifiée lorsque le procureur ne peut pas demander la confirmation de l'acte d'accusation en temps voulu, c'est-à-dire lorsqu'il ne peut établir l'existence de motifs suffisants pour juger. On pourrait donc réviser l'article 31 pour n'autoriser la détention provisoire que pour une période « raisonnable ».

Article 32 (Acte d'accusation)

71. Les États-Unis se demandent si les juges qui confirment un acte d'accusation devraient pouvoir connaître de l'affaire en première instance ou en appel. Le statut ou le règlement devraient prévoir la possibilité de modifier l'acte d'accusation après que celui-ci a été confirmé, ainsi que le caractère provisoirement confidentiel des actes d'accusation. On peut supposer que, pour décider s'il existe des motifs suffisants pour juger, la cour examinera les éléments de preuve qui lui ont été soumis — « les pièces à conviction ». Le libellé de cet article n'indique pas clairement quels faits doivent être établis à titre préliminaire, et comment l'expression « motifs suffisants » doit être interprétée.

72. Pour que la cour ait la maîtrise du rôle du Tribunal, elle doit pouvoir refuser, sur la base de critères appropriés à élaborer par la CDI, de connaître de certaines affaires portées devant elle par les États et qui satisfont par ailleurs aux conditions de recevabilité énoncées dans le statut, par exemple si elle estime qu'il serait préférable que l'affaire soit réglée au niveau national ou qu'elle n'est pas assez grave pour mériter son attention.

Article 33 (Signification de l'acte d'accusation)

73. Cet article doit être lu avec l'article 58 (Coopération internationale et assistance judiciaire) et l'article 63 (Remise de l'accusé au Tribunal). Le statut distingue entre les États parties qui ont accepté la compétence de la cour pour juger les crimes en cause et qui doivent procéder à la signification et/ou à l'arrestation, et les États qui n'ont pas accepté la compétence de la cour pour juger ces crimes et qui sont simplement « invités » à coopérer avec le Tribunal à cet égard. Les États-Unis conviennent que, s'agissant d'un État qui n'accepte pas la compétence du Tribunal pour le crime en question, le Tribunal ne doit pas pouvoir faire plus que l'inviter à coopérer aux fins de la signification de l'acte d'accusation ou de la mise en détention de l'accusé. Des limitations analogues aux obligations des États devraient être reflétées à l'article 58.

Article 34 (Désignation de personnes chargées d'assister le Parquet)

74. Du fait, notamment, que le Tribunal fonctionnera sur une base ponctuelle, le personnel dont disposera le procureur sera en nombre limité, et il lui faudra donc pouvoir désigner des personnes pour l'assister aux fins des poursuites. Ceci est également souhaitable parce qu'il est vraisemblable que le procureur aura besoin d'aide pour les questions liées au droit interne. Le texte n'indique pas clairement si cet article s'applique (comme il le devrait) au stade de l'information.

Article 35 (Détention provisoire ou remise en liberté sous condition)

75. Le statut ou le règlement doit contenir des dispositions concernant les normes à appliquer pour déterminer si une personne doit être détenue ou remise en liberté sous condition avant le procès, ainsi qu'en ce qui concerne la durée de la détention et le droit de recours. Étant donné la nature des infractions dont la cour pourrait avoir à connaître, il semblerait approprié de prendre en considération tant le risque que l'accusé prenne la fuite que sa dangerosité, qui amèneront fréquemment la cour à décider de ne pas le remettre en liberté. Le statut ou le règlement devrait aussi préciser que ces dispositions s'appliqueront aux phases de la procédure précédant la confirmation de l'acte d'accusation. Il n'est pas évident que le choix du lieu de détention doive nécessairement être limité à l'État hôte; si le Tribunal devait connaître de nombreuses affaires en même temps, cette limitation pourrait créer des difficultés.

QUATRIÈME PARTIE (LE PROCÈS)

Article 37 (Constitution de chambres)

76. Comme on l'a noté en ce qui concerne l'article 7, le statut devrait être révisé pour établir une distinction claire entre les juges de première instance et les juges d'appel. Quant à la composition des chambres, les États-Unis préfèrent la méthode du roulement, sur une base annuelle ou autre base périodique, des juges spécialement désignés pour l'affaire en première instance (compte tenu de la nécessité de préserver la composition de la chambre dans une affaire donnée). Il ne devrait pas y avoir de roulement entre les juges de première instance et les juges d'appel.

77. En ce qui concerne le paragraphe 4, il faut admettre que l'interdiction faite aux juges de l'État plaignant ou de l'État dont l'accusé est un ressortissant de faire partie d'une chambre saisie de l'affaire en cause est une ques-

tion difficile. Bien que l'objectif — écarter tout risque de partialité — soit valide, cette interdiction peut priver le procès d'un spécialiste de la législation nationale susceptible d'être pertinente. Le paragraphe 4 devrait donc être supprimé.

Article 38 (Contestation de la compétence)

78. L'acte d'accusation devrait indiquer que la cour est compétente et en indiquer la raison. La compétence devrait pouvoir aussi être contestée lors de l'arrestation ou de la mise en accusation.

79. Les États-Unis conviennent qu'il n'est pas nécessaire de permettre à tout État partie de contester la compétence et que cela ne ferait que compliquer la procédure. Néanmoins, tout État concerné devrait pouvoir formuler une telle contestation au début de la procédure. Cette faculté pourrait être ouverte à tout État dont le consentement est requis en vertu du statut, à l'État de la nationalité de l'accusé, à l'État de la nationalité des victimes, à l'État (ou aux États) où le crime a été commis et à l'État où se trouve l'accusé.

Article 39 (Fonctions de la Chambre)

80. C'est à juste titre que le statut autorise la communication des preuves à l'accusé et l'échange d'informations entre la défense et l'accusation avant le procès. Ceci tend à rendre le procès plus efficace et permet à l'accusé de mieux préparer sa défense. Toutefois, la cour devrait aussi pouvoir ordonner des mesures conservatoires et prendre d'autres mesures pour répondre aux préoccupations légitimes qui peuvent s'exprimer quant à l'étendue ou la nature des demandes de communication de pièces. En outre, des procédures visant à prévenir la divulgation des informations « sensibles » communiquées par les gouvernements devront être prévues (voir *infra* les observations relatives aux articles 47 et 48).

81. Les règles de procédure et d'administration de la preuve devraient comprendre des dispositions sur les preuves à décharge, les condamnations antérieures, les listes de témoins, les moyens de défense et les questions connexes.

82. Le paragraphe 2 doit être lu à la lumière de l'article 44 (Droits de l'accusé). Ce paragraphe dispose que la Chambre « peut » ordonner que les preuves documentaires soient communiquées à la défense « compte tenu » du paragraphe 3 de l'article 44. On peut supposer que ceci signifie que la cour veillera (c'est-à-dire est autorisée) à ce que les éléments d'information à décharge soient communiqués, et non qu'elle a seulement la faculté de le faire.

Article 40 (Caractère équitable du procès)

83. La référence à la « diligence » avec laquelle le procès doit être mené est importante, et elle pourrait être renforcée dans le statut ou dans le règlement par l'insertion d'une clause exigeant expressément que le procès soit mené rapidement (à l'instar de celle que l'on trouve à l'article 44, qui dispose que l'accusé doit être jugé « sans retard excessif » et qui s'inspire de l'alinéa *c* du paragraphe 3 de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques), mais aussi en énonçant des normes concernant le délai dans lequel le procès doit normalement se tenir après que l'accusé a été placé en détention.

84. Cet article autorise les audiences à huis clos uniquement dans le but de protéger un témoin, alors que des questions plus larges sont en jeu, par exemple la nécessité de protéger la confidentialité des informations sensibles communiquées par les gouvernements (voir *infra* les observations relatives aux articles 47 et 48).

Article 41 [Principe de légalité (nullum crimen sine lege)*]*

85. Le principe *nullum crimen sine lege* est d'une importance capitale. Le problème vient de ce qu'il est difficile à appliquer. Son respect pose des problèmes particuliers en ce qui concerne les crimes au regard « du droit international général » pour lesquels, souvent, il n'existera pas de définition précise, ce qui risque de compromettre l'équité et l'efficacité de l'action pénale. Il ne faudrait pas que le Tribunal procède à des incriminations ponctuelles sur la base d'interprétations controversées du droit international général ou coutumier.

Article 43 (Présomption d'innocence)

86. Le statut n'énonce aucun critère quant aux preuves qui doivent exister pour que la culpabilité soit établie. Le commentaire donne à penser que la culpabilité n'aura pas nécessairement à être établie avec une certitude raisonnable *(beyond a reasonable doubt)*. Plutôt que de laisser subsister une incertitude à cet égard, le statut devrait énoncer un critère. Les États-Unis proposent que ce critère soit rigoureux, par exemple « avec une certitude raisonnable » *(beyond a reasonable doubt)* quels que soient les termes dans lesquels on l'énonce.

Article 44 (Droits de l'accusé)

87. La délégation des États-Unis a écouté avec intérêt le débat qui a eu lieu à la Sixième Commission sur la question de savoir si les procès par contumace devraient être autorisés par le statut. Pour les États-Unis, « par contumace » signifie que l'accusé ne se présente jamais devant la cour. Bien que de tels procès ne soient pas autorisés aux États-Unis, dans certaines circonstances le procès peut avoir lieu en l'absence volontaire de l'accusé si celui-ci était présent initialement.

88. Les États-Unis comprennent qu'un certain nombre de systèmes juridiques autorisent certains types de procès par contumace, et que de tels procès peuvent, dans certaines circonstances, servir à faire prévaloir les droits des victimes. Toutefois, en dernière analyse, les États-Unis concluent que les procès par contumace sont trop controversés et ne devraient pas être autorisés. Les procès les plus efficaces et les plus équitables sont, en général, ceux au cours desquels une défense vigoureuse est présentée, ce qui n'est pas normalement le cas dans un procès par contumace. Il est important que la cour criminelle interna-

tionale ne soit pas tentée de choisir la facilité qui consisterait à juger par contumace les accusés dont la détention devient difficile à obtenir. Il conviendrait, au contraire, de ne ménager aucun effort pour que les États s'acquittent de leur obligation de remettre les accusés en fuite à la cour.

89. L'alinéa *h* du paragraphe 1 pose problème car, souvent, l'absence de l'accusé sera volontaire, et donc délibérée. Les procès par contumace seraient ainsi autorisés à chaque fois que l'accusé ne se présente pas volontairement devant le Tribunal. Compte tenu des raisons pour lesquelles ils sont opposés aux procès par contumace, les États-Unis ne peuvent appuyer cette disposition.

90. Dans une disposition qui s'inspire de l'alinéa *d* du paragraphe 3 de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le statut du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie consacre le droit de l'accusé à être présent lors de son procès. Le statut ou le règlement devrait envisager l'absence « volontaire » de l'accusé après sa mise en accusation, et la suspension du droit d'être présent de l'accusé qui a été averti par la cour que son comportement perturbateur justifiait son exclusion des audiences.

91. La question des procès par contumace mise à part, les États-Unis appuient cet article, qui reflète le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. L'alinéa *g* du paragraphe 1 de l'article 44 dispose qu'un accusé ne peut être forcé de témoigner ou de s'avouer coupable. Il conviendrait d'envisager d'interdire également que le silence de l'accusé puisse être considéré comme une preuve de culpabilité.

92. Les États-Unis ont noté que le paragraphe 2 du commentaire de l'article 39 mentionne le « droit » de l'accusé de bénéficier d'une interprétation simultanée des débats. Or cela peut parfois n'être pas possible et, bien que l'interprétation simultanée soit toujours souhaitable, le droit en question ne doit pas être considéré comme absolu.

Article 45 [Autorité de la chose jugée (non bis in idem)*]*

93. Un certain nombre de questions se posent en ce qui concerne cet article, notamment celle de savoir si les infractions mineures ou plus graves impliquent l'autorité de la chose jugée. Que se passe-il si le comportement en cause a déjà fait l'objet de poursuites mais non pour les infractions particulières dont l'intéressé est maintenant accusé ? Doit-on exiger que le procès antérieur ait abouti à un jugement au fond ?

94. Le Gouvernement des États-Unis admet qu'un « simulacre » de procès antérieur ne doit pas priver le Tribunal de sa compétence. Il note que le Groupe de travail de 1993 a repris, à cet égard, le libellé utilisé dans le statut du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie. L'expérience de ce tribunal devra être prise en considération pour déterminer si ce libellé est adéquat en pratique.

Article 46 (Protection de l'accusé, des victimes et des témoins)

95. Le règlement devra fournir des détails quant aux « mesures » que pourra prendre la cour à cet égard. En particulier, s'il est important de protéger les victimes, l'accusé doit aussi avoir une possibilité réelle de faire interroger les témoins à charge.

Article 47 (Pouvoirs de la Cour)

Article 48 (Dépositions)

96. La relation entre les articles 47 et 48 et l'article 58 doit être explicitée. Si les États parties seront tenus de coopérer à l'exécution des ordonnances rendues par la cour pour obtenir la comparution de témoins et la production d'éléments de preuve, la mesure dans laquelle les systèmes juridiques nationaux permettront de donner effet à ces dispositions n'est pas claire. Souvent, toute une série de questions concernant la relation entre la cour criminelle internationale et les États parties et leurs tribunaux nationaux se poseront parce que le Tribunal, ne pouvant exercer sa juridiction *ratione personae* sur les personnes qui détiennent les éléments de preuve dont il a besoin, devra s'en remettre aux États parties pour faire exécuter ses ordonnances. Dans tous les cas, le Tribunal opérera dans le domaine de l'assistance judiciaire internationale. Son statut et son règlement doivent avoir la souplesse indispensable dans ce domaine pour que les poursuites soient efficaces.

97. La référence au « procès-verbal complet du procès » (art. 47, par. 2) devrait être interprétée comme désignant un compte rendu mot pour mot ou un enregistrement vidéo ou sonore accompagné de copies des pièces, et pas seulement les notes prises par le juge ou le greffier durant les audiences.

98. Pour que l'obligation de prêter serment (art. 48, par. 2) ait un sens, le Tribunal doit pouvoir poursuivre les témoins pour faux témoignage. Il ne semble guère pratique de demander aux États de punir les personnes qui se rendent coupables de faux témoignage devant la cour criminelle internationale.

99. Le paragraphe 5 de l'article 48 établit un seuil relativement bas s'agissant d'écarter des éléments de preuve inadmissibles (obtenus « directement ou indirectement par des moyens illégaux constituant une grave violation des droits de l'homme »). Aux termes du paragraphe 6 du commentaire, certains membres de la CDI proposent d'écarter tout élément de preuve obtenu en violation du droit international. Pour les États-Unis, l'essentiel doit être de savoir si les pièces qui sont soumises à la cour sont dignes de foi. Les opinions peuvent diverger quant à ce qui constitue de graves violations des droits de l'homme ou du droit international; pour les États-Unis, la CDI devrait indiquer de manière détaillée quelles situations amèneront, selon toute vraisemblance, la cour à déclarer des preuves inadmissibles en application de ces critères. Disposant de telles informations, les États seront en mesure de décider s'ils sont favorables à l'une ou l'autre référence.

100. La CDI doit examiner de manière plus approfondie la question du traitement ou de la divulgation des informations intéressant la sécurité nationale. Il serait en particulier nécessaire d'autoriser les États à refuser, de manière discrétionnaire, de produire des informations intéressant leur sécurité nationale, malgré une demande du Tribunal à cet effet. En outre, des procédures doivent être élaborées afin que les États puissent communiquer des informations confidentielles au procureur sans craindre qu'elles ne soient divulguées sans leur consentement aux accusés et aux avocats de la défense. Si ces procédures sont bien conçues, elles contribueront sensiblement à élargir la portée de la coopération entre les États parties et le Tribunal. S'il existe une incertitude quant à la manière dont les informations confidentielles seront utilisées ou divulguées, les gouvernements pourraient être réticents s'agissant de communiquer certains types d'informations essentielles au Tribunal.

101. La CDI voudra, à n'en pas douter, examiner les considérations de sécurité nationale qui touchent un certain nombre d'articles relatifs aux ordonnances de la cour concernant la production d'éléments de preuves (art. 39), au caractère équitable du procès (art. 40) et aux droits et à la protection de l'accusé (par exemple, les articles 44 et 46).

Article 49 (Audiences)

102. Cet article laisse de côté toute une série de questions, comme celle de la possibilité pour la cour de décider, une fois que l'accusation a présenté ses arguments, si les preuves qu'elle a fournies sont suffisantes, ainsi que celle des contre-interrogatoires et du droit de réplique. Il est dit dans le paragraphe 2 du commentaire que le règlement contiendra des dispositions plus détaillées. La CDI devra se demander si certaines de ces questions ne devraient pas être envisagées dans le statut; à défaut, elles devront obligatoirement être traitées dans le règlement.

Article 50 (Quorum et majorité requise pour les décisions)

103. Bien qu'il soit raisonnable de prévoir que les décisions sont prises à la majorité, il faudrait que, en principe, les cinq juges soient présents pendant toute la durée du procès, notamment si l'on considère qu'ils doivent établir les faits aussi bien que dire le droit. Les États-Unis proposent que cette disposition soit révisée en conséquence.

Article 51 (Jugement)

104. Le statut devrait autoriser les juges de la cour (tant en première instance qu'en appel) à rédiger des opinions individuelles et dissidentes. La possibilité pour les juges qui ne sont pas d'accord avec le raisonnement de la majorité de contester celui-ci contribuera à assurer que les décisions majoritaires soient bien fondées et publiquement justifiées.

Article 52 (Prononcé de la peine)

Article 53 (Peines applicables)

105. Les États-Unis estiment que le règlement devra envisager de manière plus détaillée les questions concernant le prononcé de la peine. Ils engagent en outre la CDI à envisager l'adoption de dispositions relatives aux peines uniformes, afin que la cour n'ait pas à s'enquérir des peines prévues par les législations nationales et à justifier les renvois à ces législations. De telles dispositions aideront la cour à faire en sorte que les personnes commettant des crimes analogues soient condamnées à des peines analogues.

106. Tel que libellé, l'article 53 semble autoriser le Tribunal à exercer sa juridiction sur des biens privés et même publics se trouvant sur le territoire des États et à les saisir. Il est probable qu'une telle disposition nécessitera l'exercice ultérieur d'actions en exécution devant les tribunaux nationaux. Les procès en question peuvent être complexes. Si les États-Unis appuient vigoureusement les mesures de confiscation et la restitution de leurs biens aux victimes, cette question s'est révélée l'une des plus difficiles à résoudre dans le domaine de l'assistance judiciaire internationale. C'est pourquoi il pourrait être nécessaire de réviser le statut, car les jugements de la cour impliquant des mesures d'exécution concernant des biens se trouvant dans le territoire des États pourront faire l'objet d'un examen par les tribunaux nationaux en application du droit national.

Cinquième partie (Appel et révision)

Article 55 (Appel d'un jugement ou d'une condamnation)

107. Si le droit des États-Unis limite la possibilité pour un procureur de relever appel d'une décision d'acquittement, le droit d'autres pays l'autorise. À tout le moins, il n'est pas approprié que l'accusation puisse demander la réformation d'un jugement au seul motif que de nouveaux éléments de preuve sont venus à sa connaissance au stade de l'appel.

Article 56 (Procédure d'appel)

108. Comme indiqué *supra* (par. 76), la cour devrait comprendre une chambre de première instance et une chambre d'appel distinctes. (Voir aussi *supra* les commentaires au sujet de l'article 51 sur les opinions dissidentes et concurrentes.)

109. Il faudrait donner davantage de précisions sur la procédure d'appel. La cour peut-elle prendre en considération de nouveaux éléments de preuve ? La procédure d'appel sera-t-elle fondée essentiellement sur les conclusions écrites ou y aura-t-il une argumentation orale ? La cour doit-elle solliciter l'opinion des États parties ? Dans quel cas la chambre d'appel peut-elle renvoyer l'affaire devant une autre chambre ?

Article 57 (Révision)

110. Le statut laisse ouverte la question de savoir si le procureur peut demander la révision du jugement. Les États-Unis ont de sérieuses réserves quant à la possibilité de laisser le procureur libre de demander la révision d'un acquittement, en particulier après la clôture de la procédure d'appel. La CDI devrait préciser dans quelles circonstances le procureur peut demander la révision du jugement.

111. Il est à supposer que, par « jugement de la Cour », il faut entendre le verdict, par lequel la cour déclare l'accusé innocent ou coupable. Il serait en effet peu indiqué, de manière générale, d'utiliser ce recours pour demander une nouvelle révision de la peine. On ne voit pas très bien si la découverte d'un fait nouveau indiquant clairement que la cour n'a pas compétence serait comprise dans le champ d'application de cette disposition — les États-Unis pensent qu'elle devrait l'être.

SIXIÈME PARTIE (COOPÉRATION INTERNATIONALE ET ASSISTANCE JUDICIAIRE)

Article 58 (Coopération internationale et assistance judiciaire)

112. Le paragraphe 2 stipule que les « États parties qui ont accepté la compétence de la Cour à l'égard d'un crime déterminé défèrent [...] à toute demande d'assistance judiciaire ou à toute ordonnance rendue par la Cour au sujet de ce crime ». Cette obligation de coopérer s'étend à la production d'éléments de preuve ainsi qu'à l'arrestation, au placement en détention et à la remise des accusés. Mais aucune limitation n'est apportée à cette obligation pour tenir compte, par exemple, de l'existence d'une procédure pénale en cours, des exigences des constitutions nationales, du fait que la sécurité des victimes ou des témoins peut être menacée et de la nécessité de définir clairement les éléments de preuve requis. Sur le plan pratique comme sur le plan juridique, la coopération entre les États et le Tribunal ne peut pas se dérouler dans de bonnes conditions (et même, à certains égards, est impossible) si ces points ne sont pas précisés. S'ils ne le sont pas, les États prendront eux-mêmes l'initiative de déterminer l'étendue de leur obligation de coopérer, ce qui aboutira probablement à des résultats contradictoires.

113. De manière générale, les États ne doivent pas être tenus de coopérer dans le domaine de l'assistance judiciaire s'ils n'acceptent pas la compétence de la cour pour le crime qui donne naissance à la nécessité de coopérer. Bien qu'il soit probable que les États parties coopéreront dans la plupart des cas, leur imposer une obligation juridique à cet égard est incompatible avec le caractère consensuel du statut proposé.

Article 60 (Concertation)

114. L'obligation de concertation prévue dans cet article est ambiguë. L'article n'indique pas clairement quels sont les États qui doivent se concerter et dans quel but. Les États-Unis ne voient très bien pourquoi il serait nécessaire ou même utile que les États parties se concertent officiellement avant la conférence qui sera chargée de réexaminer le statut.

Article 61 (Communications et teneur de la documentation)

115. Cet article devrait prévoir que les États parties détermineront quelle sera l'autorité nationale compétente aux fins des communications et qu'ils en aviseront le greffe.

Article 62 (Mesures conservatoires)

116. Étant donné les complications juridiques considérables liées à l'arrestation des suspects et à la saisie des biens, les dispositions de l'article 62 devraient être étendues, à tout le moins, aux questions visées dans les traités d'extradition types. Par exemple, elles devraient définir la forme et la teneur des demandes de mesures conservatoires. Elles devraient aussi préciser qu'il est procédé à l'arrestation provisoire en attendant que l'État qui a la garde du suspect reçoive une demande complète de remise (accompagnée de la documentation nécessaire) et que, si cette demande complète n'est pas reçue dans un délai déterminé ou dans un délai « raisonnable », le suspect sera relâché.

117. Un des problèmes que pose le statut tient au fait que le lien entre les divers articles qui traitent de l'arrestation n'est pas clair. L'article 31 prévoit l'arrestation du suspect avant son inculpation, mais il présente cette arrestation comme l'une des conditions requises, dans le cadre de la procédure, pour engager des poursuites, plutôt que comme un élément autonome d'une procédure d'extradition; l'article 62 est ambigu dans sa relation avec l'article 31 et devrait être plus détaillé et l'article 63 traite de l'obligation de remettre l'accusé au Tribunal plutôt que des mesures fonctionnelles nécessaires pour y parvenir.

Article 63 (Remise de l'accusé au Tribunal)

118. Il faudrait préciser le rapport qui existe entre l'article 63 et l'article 33, relatif à la signification de l'acte d'accusation. Il faudrait aussi spécifier, dans l'article 63, quels sont les documents qui accompagneraient la demande de remise. Le fait que l'article ne prévoit pas la transmission des éléments de preuve ou la présentation d'un exposé sommaire des preuves et qu'il impose à l'État qui a la garde de l'accusé l'obligation de prendre « immédiatement des mesures » pour remettre l'accusé à la cour montre que le Groupe de travail de 1993 n'a pas envisagé la nécessité d'engager des poursuites judiciaires dans l'État auquel la remise est demandée. Les États-Unis, et probablement d'autres pays aussi, ne peuvent pas remettre des personnes à un autre gouvernement ou à une entité sans procédure judiciaire. Cette procédure a un caractère constitutionnel en vertu de la loi des États-Unis, qui ne peuvent donc participer qu'à un statut qui en tienne compte.

119. Comme noté *supra* à propos de l'article 22, il faut donner la priorité aux poursuites devant les tribunaux

nationaux et respecter notamment les obligations existantes en matière d'extradition qui facilitent ces poursuites. Par conséquent, l'obligation de remise telle qu'elle est énoncée à l'article 63 devrait être révisée pour tenir compte de cette approche fondamentale.

120. Bien que le statut permette que la remise soit différée si l'accusé est poursuivi ou purge une peine, il devrait aussi comprendre une clause permettant une remise temporaire. En effet, il est parfois utile de remettre temporairement l'accusé au tribunal lorsque l'on dispose d'éléments de preuve encore frais et que les témoins ont encore les faits présents à la mémoire et lorsque l'accusé purge une longue peine. Les États-Unis introduisent souvent une clause de ce type dans leurs traités d'extradition bilatéraux.

121. Dans l'ensemble, la façon dont le statut envisage les obligations en matière de remise et leur rapport avec les traités actuels d'extradition demande à être revue et analysée plus à fond.

Article 64 (Règle de la spécialité)

122. Le paragraphe 2 prévoit que les moyens de preuve produits ne peuvent servir de moyens de preuve à une autre fin que celle pour laquelle ils ont été offerts. Au lieu de faire de cette règle une règle absolue, en imposant à la cour la charge de demander une dérogation à l'État concerné, il serait préférable que l'État qui produit les informations réclame ce traitement pour les éléments de preuve qui, à son avis, justifient une procédure spéciale.

123. Ce paragraphe pourrait être aussi interprété comme signifiant que le procureur ne peut pas révéler d'éléments de preuve, même exonératoires, intéressant la défense dans une affaire donnée si ces éléments ont été reçus dans le cadre d'une autre affaire. Une telle limitation de l'utilisation des éléments de preuve pourrait porter gravement atteinte aux droits de l'accusé.

SEPTIÈME PARTIE (EXÉCUTION DES PEINES)

Article 65 (Reconnaissance des jugements)

124. Les États-Unis supposent que cette disposition a essentiellement pour objet de prévoir la reconnaissance des jugements qui imposent des amendes ou ordonnent la restitution ou la confiscation de biens. Vu la structure juridictionnelle envisagée pour la cour, la reconnaissance obligatoire des jugements de la cour doit être limitée aux États qui acceptent la compétence de la cour pour le crime en question. Il ne convient pas, en effet, qu'un État soit forcé d'exécuter, dans le cadre de sa législation interne, un ordre portant sur un crime qu'il ne reconnaît pas.

Article 66 (Exécution des peines)

125. Il faudrait établir des directives pour l'exercice du « contrôle » envisagé au paragraphe 4. De manière générale, une fois que la cour a l'assurance que le système pénitentiaire d'un État donné est satisfaisant, il faudrait laisser à cet État le soin d'arrêter les modalités de la détention. La cour veillerait au respect des normes fondamentales régissant le traitement des détenus en vertu du droit international.

Article 67 (Grâce, liberté conditionnelle ou commutation de la peine)

126. Il semble qu'il y ait dans cet article une certaine confusion sur le point de savoir si la cour doit s'appuyer sur le droit national pour décider des questions relatives à la grâce, à la liberté conditionnelle ou à la commutation des peines. En s'en remettant au droit national de l'État de détention pour trancher ces questions, on crée un risque d'injustice, car des personnes qui ont commis le même crime grave peuvent purger des peines de prison très différentes, en termes de durée réelle, bien qu'elles aient été condamnées à la même peine. Mais en même temps, il est commode de prendre comme guide la loi de l'État de détention.

127. Le règlement intérieur devrait fournir des directives de base sur ces questions et la cour devrait prendre en considération ces directives ainsi que la loi de l'État de détention. Le paragraphe 4, qui accorde trop de discrétion à l'État de détention, devrait être supprimé.

Finlande

*[Voir **Pays nordiques**]*

Hongrie

[Original : anglais]
[20 juin 1994]

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. La création d'un tribunal criminel international n'est pas simplement celle d'une nouvelle institution dans la sphère du droit international, c'est bel et bien un défi d'un genre nouveau auquel les États sont obligés de répondre par des lois et par la pratique judiciaire. La Hongrie a, semble-t-il, déjà fait quelques pas dans cette direction et aimerait à ce propos évoquer la décision adoptée par la Cour constitutionnelle hongroise le 13 octobre 1993, qui consacre les règles du droit pénal international et en renforce la supériorité sur le droit interne, national. Dans cette décision, la Cour constitutionnelle stipule que le système juridique de la République de Hongrie accepte les règles généralement reconnues du droit international, qui sont partie intégrante du droit hongrois sans qu'il soit besoin d'aucune autre transformation. Qui plus est, la Cour constitutionnelle dit également que les normes applicables aux crimes de guerre et aux crimes contre l'humanité constituent une branche spécifique du droit international, qui ne se borne pas à régler les rapports entre les États mais définit certaines responsabilités, et notamment la responsabilité pénale individuelle. Parler de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, c'est parler de crimes dont la qualification a sa source non pas dans le droit interne mais dans la communauté des nations

qui les tient pour des crimes et qui détermine de quelle manière ils doivent être jugés. Ces actes sont d'une portée trop vaste pour pouvoir dépendre à aucun moment de l'acceptation de tel ou tel État ou de sa politique en matière pénale.

2. La décision de la Cour constitutionnelle hongroise se signale assurément par sa manière originale de traiter la question du jugement international et de la cour criminelle internationale. Il y est dit que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité seront poursuivis et punis par la communauté internationale — d'une part, par l'intermédiaire des juridictions internationales et, d'autre part, par les États qui veulent faire partie de la communauté internationale et devront, à ce titre, se charger d'en appréhender les auteurs.

3. La décision de la Cour constitutionnelle évoque séparément les résolutions 808 (1993) et 827 (1993) du Conseil de sécurité, en date des 22 février et 25 mai 1993, qui sont à la base de la création d'un tribunal criminel international ad hoc. Selon la Cour, le statut de ce tribunal détermine et définit en détail les règles de fond du droit international qui sont, sans l'ombre d'un doute, parties intégrantes du droit coutumier international — ce qui lève l'obstacle juridique découlant du fait que les États ne sont pas tous parties à certains traités. Le droit applicable est, par conséquent, indépendant des lois nationales des différents États. Par voie de conséquence, le Tribunal, dans l'exercice de son pouvoir de punir ces crimes, est au-dessus des juridictions nationales.

4. Cette décision de la Cour constitutionnelle hongroise fournit la démonstration de l'attachement de la Hongrie aux idéaux qui inspirent le projet de statut de la cour criminelle internationale et, en ce qui concerne son propre système juridique, la Hongrie fera tout ce qui est en son pouvoir, lorsque celui-ci aura été mis en place, pour prendre les mesures législatives et les dispositions pratiques nécessaires pour assister la cour dans son action.

Observations relatives à certains articles

5. À propos de la création de la cour, on a maintes fois souligné que la légitimité d'un tel organe ne saurait être garantie que par un traité international multilatéral. Par conséquent, la Hongrie est fermement convaincue qu'il faut instituer la cour avec la coopération de l'Organisation des Nations Unies, mais sur la base d'un traité nouveau. À cette question est liée de très près celle, fondamentale, de savoir si cette cour devrait agir en tant qu'organe judiciaire de l'ONU ou, au contraire, en dehors de l'Organisation. Il faut souligner que l'ONU devra nécessairement jouer un rôle important tant dans la création que dans le fonctionnement effectif de la cour. En même temps, il ne paraît pas absolument nécessaire que celle-ci soit organisée dans ce cadre. Cette opinion se fonde à la fois sur des considérations formelles et sur des raisons conceptuelles. Les premières correspondent à la nécessité, souvent réaffirmée et dont la Hongrie convient aussi, d'une modification de la Charte des Nations Unies si l'on inscrivait la cour dans le cadre de l'ONU, ce qui en retarderait probablement la création. D'autre part, d'un point de vue conceptuel, il n'est pas non plus besoin de créer la cour dans le cadre de l'ONU, dans la mesure où les points de contact qui en garantiraient la participation active existent bien. Il faut songer ici avant tout au pouvoir du Conseil énoncé à l'article 25 (Affaires soumises à la Cour par le Conseil de sécurité).

Article 2 (Lien du Tribunal avec l'Organisation des Nations Unies)

6. Pour résumer ce qui précède, la Hongrie appuie par conséquent la seconde variante de l'article 2, suivant laquelle le Tribunal serait lié à l'ONU, mais n'en ferait pas partie. La Hongrie a conscience, en même temps, que cette solution compliquerait le fonctionnement du Tribunal, du fait qu'elle exigerait manifestement une activité administrative plus importante et que son financement serait assuré en dehors de celui de l'ONU.

Article 5 (Organes du Tribunal)

7. La structure de la cour soulève quelques questions très difficiles. À l'heure actuelle, on ne sait pas combien ni quel genre d'affaires seraient inscrites au rôle du Tribunal. Aussi est-il difficile de se prononcer sur le nombre optimal de ses juges ou sa structure optimale. Malgré tout, il semble bien que le chiffre de dix-huit juges retenu à l'article 5 soit insuffisant. Ces 18 juges ne seraient pas seulement chargés de juger en première instance mais encore en dernier ressort et, qui plus est, c'est parmi eux que seraient pris les membres du Bureau. À supposer que, pour une raison ou une autre, certains juges puissent aussi être récusés pour des raisons de conflit d'intérêts, ce nombre paraît plutôt faible.

8. Pour la Hongrie et en ce qui concerne la structure du Tribunal, une cour composée des organes énumérés à l'article 5 paraît devoir être viable. Il faudrait signaler toutefois que la création d'un comité composé des délégués des États signataires mériterait d'être envisagée. Ce comité pourrait être chargé des tâches qui dépendraient en tout état de cause de décisions des États parties, à savoir la sélection des juges, la sélection des procureurs et la fixation du montant du budget, et il servirait en outre de cadre aux communications entre le Tribunal et les États membres sur les questions de caractère politique.

9. On ne saurait douter même un instant de la nécessité de séparer la juridiction de jugement du parquet au sein du Tribunal. L'équité de la procédure ne saurait être garantie autrement. Le fait que le parquet puisse se trouver dans l'enceinte du Tribunal n'entame pas pour autant cette indépendance.

Article 6 (Qualités des juges)

10. Il n'y aura guère lieu de discuter de l'énumération des principes appelés à régir la sélection des juges. Les États membres pourront trouver à l'article 6 les principes généraux sur lesquels se guider. Au-delà, il faudrait ajouter un critère de plus, qui aurait trait à l'expérience judiciaire : il paraît nécessaire d'imposer un âge minimum, que la Hongrie fixerait à 45 ans. La Hongrie convient également que les juges du Tribunal doivent représenter les grands systèmes de droit qui existent. Ce serait là un fac-

teur important, surtout si le Tribunal devait appliquer des règles du droit interne, conformément à l'article 28 (Droit applicable), à titre de source subsidiaire. À ce propos, ce serait un résultat positif que les diverses régions du monde soient aussi représentées au sein du Tribunal.

Article 8 (Sièges vacants)

11. L'article 8 indique comment il est pourvu aux sièges de juges devenus vacants. Il serait quelque peu fastidieux de répéter, en cas de vacance, la procédure définie à l'article 7 (Élection des juges). Il vaudrait mieux, à cet effet, instituer un système de suppléance. Les juges suppléants seraient choisis en même temps que les juges ordinaires du Tribunal et pourvoiraient automatiquement les sièges devenus vacants. Il paraît utile de signaler que la création du comité précédemment mentionné (par. 7) aiderait déjà par elle-même à simplifier la procédure qui devrait nécessairement être suivie en cas de vacance de siège.

Article 10 (Élection et fonctions du Président et des Vice-Présidents)

12. L'article 10 du statut vise le Bureau. Le Gouvernement hongrois en approuve la composition et le mode d'élection, mais a certains doutes quant aux missions qui lui seraient confiées. À son sens, il conviendrait de revenir ultérieurement sur la question de savoir si un autre organe ne devrait pas assumer de telles fonctions, qui sont essentiellement celles du ministère public. En ce qui concerne la sélection des membres du Bureau, les dispositions prévues paraissent présenter une lacune, dans la mesure où elles ne mentionnent ni la réélection ni ses conditions. Rien, selon la Hongrie, ne s'oppose à la réélection.

Article 11 (Récusation des juges)

13. L'article 11 du statut règle la question du conflit d'intérêts. La Hongrie en approuve les dispositions, mais élargirait le cercle des personnes autorisées à prendre l'initiative d'une demande d'examen d'un conflit d'intérêts. Les paragraphes 2 et 3 ne reconnaissent ce droit qu'au juge et à la défense; il devrait être étendu au procureur et au plaignant. Il est tout à fait évident que, du point de vue aussi bien du parquet que du plaignant représentant la victime, il arrivera sans doute que se posent des questions pouvant motiver la récusation de tel juge dans tel cas d'espèce.

Article 12 (Élection et fonctions du Greffier)

14. L'élection du greffier est, selon la Hongrie, typiquement le genre de fonctions qui relèverait de la compétence du comité proposé *supra* (par. 7). La Hongrie approuve le droit reconnu au Bureau de faire des propositions. L'assemblée de tous les juges n'est toutefois pas un organe qui devrait être contraint de s'occuper de ces questions administratives. En outre, c'est un fait que les juges ne représenteraient qu'une faible fraction des États parties, et ce droit devrait donc être dévolu à un organe plus large. En vertu de l'alinéa *b* du paragraphe 2, le greffier aurait la possibilité d'exercer d'autres fonctions dans le cadre du système des Nations Unies, avec l'autorisation du Bureau. Cette solution n'est pas satisfaisante d'autant plus que la Hongrie estime que le Tribunal ne doit pas être un organe judiciaire de l'ONU, mais un organe distinct et indépendant travaillant en étroite coopération avec l'Organisation.

Article 13 (Composition, fonctions et pouvoirs du Parquet)

15. Les positions indiquées *supra* au sujet de l'élection des juges valent aussi pour celle du procureur et du procureur adjoint. En même temps, le Gouvernement hongrois n'est pas sûr qu'il doive n'y avoir qu'un seul procureur et un seul procureur adjoint; l'élection d'au moins un procureur adjoint supplémentaire lui paraît nécessaire; tout en étant d'accord sur toutes les questions traitant de l'indépendance du parquet et des conflits d'intérêts réglés par le statut, la Hongrie aimerait que les dispositions relatives au personnel du parquet soit plus détaillées.

Article 15 (Perte de fonctions)

16. Cependant, le Gouvernement hongrois considère que le paragraphe 2 de l'article 15, qui donnera au Tribunal la possibilité de révoquer le procureur et le procureur adjoint par un vote à la majorité des deux tiers, pose un problème. Le statut souligne bien que le procureur et l'organisation, au sein du Tribunal, du parquet qui est l'organe chargé de l'enquête et des poursuites, devraient fonctionner séparément et en toute indépendance. Or, la disposition du paragraphe 2 remettrait en question cette séparation et cette indépendance. Le Tribunal devrait plutôt n'avoir que le droit de proposer une telle mesure, et la décision être laissée aux États parties ou au comité permanent des États parties, s'il existe.

Article 21 (Révision du Statut)

17. Il n'est absolument pas nécessaire de conserver le seuil de cinq ans pour la révision du statut, surtout si celle-ci se rapportait aux crimes énumérés à l'article 22. En revanche, il paraît utile de savoir si les États membres pourraient réexaminer toute question relative au statut à la demande du tiers d'entre eux.

18. L'une des questions décisives pour le sort de tout le statut est la juste définition de la compétence du Tribunal et du droit qu'il sera appelé à appliquer. Il faut que la cour criminelle internationale, de par sa nature même, connaisse des plus graves de tous les crimes au regard du droit international. On peut poser la question de savoir quels seraient les crimes à ranger dans cette catégorie. La Hongrie est d'avis qu'il faut que soient remplies au moins les conditions suivantes :

a) Le crime considéré doit affecter non seulement les intérêts d'une ou plusieurs nations déterminées, mais encore le sort de toute l'humanité ou la communauté internationale;

b) Il faut que les actes en question soient considérés comme des crimes au regard des principes internationalement reconnus de droit pénal et soient reconnus comme tels par tous les intéressés;

c) Il faut que la répression de ces crimes comporte à tout le moins une coopération entre les nations qui aboutisse à une procédure par laquelle la cour criminelle internationale en sanctionnerait les auteurs.

19. Il est aisé de constater que ces trois critères renferment aussi plusieurs principes, et notamment des principes de droit pénal aussi classiques que *nullum crimen sine lege* ou *nullum poena sine lege*.

Article 22 (Liste de crimes définis par voie de traité)

20. Pour ce qui est des crimes énumérés à l'article 22, la Hongrie estime qu'ils satisfont tous aux trois critères susmentionnés. Il serait bon aussi que le statut mentionne les traités internationaux qui définissent ces actes et précise, en outre, les conditions dans lesquelles ils feraient l'objet de poursuites internationales concertées. Toutefois, l'omission dans la liste de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants est une lacune car, vu la nature de ce crime, cette convention aurait manifestement sa place parmi les instruments que retient l'article 22. En revanche, la Hongrie approuve l'indication donnée par le Groupe de travail selon laquelle les actes de mercenaires n'ont été laissés de côté que parce que la convention en question n'est pas encore en vigueur, mais que, une fois cet instrument entré en application, les actes qu'il vise devraient sans aucun doute figurer parmi les crimes énumérés à l'article 22.

21. Bien que le Gouvernement soit généralement d'accord sur les dispositions de l'article 22, il reste quelques points sur lesquels il s'interroge. S'il ne fait pas de doute que le génocide, les crimes de guerre, l'apartheid et les crimes commis contre les personnes bénéficiant d'une protection internationale sont suffisamment graves, quelles que soient les circonstances, pour pouvoir fonder la compétence de la cour criminelle internationale, ce n'est pas nécessairement le cas, en revanche, des divers crimes de terrorisme. La prise d'otages ou le détournement d'avions ne doivent pas nécessairement relever de la compétence de la cour. De tels actes ne pourraient être portés devant la cour que si les individus qui les commettent le font au nom ou avec l'autorisation d'un État. Dans les autres cas, il semble suffisant que ces individus soient poursuivis devant les tribunaux nationaux, lesquels, naturellement, doivent nécessairement bénéficier de la coopération internationale et de l'entraide qui sont de rigueur entre organes de la justice pénale.

22. Il faut mentionner ici le rapport qui existe entre le statut et le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. La Hongrie accorde beaucoup de valeur au travail que la CDI a accompli à ce jour pour l'élaboration du code, et il paraît à présent assez avancé pour laisser espérer qu'il sera mené à bien. Le code répond à une nécessité et son texte devrait être adopté le plus tôt possible. Pour autant, la création de la cour criminelle internationale ne doit pas être liée à l'adoption du code. Le statut, et en particulier les dispositions de l'article 22, paraissent délimiter suffisamment la sphère des crimes qui seraient jugés par le Tribunal. En lui-même, l'article 22 embrasse un cercle beaucoup plus étroit, mais il suffit, dans un premier temps, que le Tribunal s'en tienne aux crimes qui y sont énumérés; il pourrait éventuellement en élargir l'éventail dans les limites définies à l'article 26.

Article 23 (Acceptation par les États de la compétence de la Cour pour les crimes énumérés à l'article 22)

23. La variante A de l'article 23 paraît cohérente, mais c'est quand même la variante B que la Hongrie préfère, car, malgré les difficultés du début, c'est celle qui garantirait le fonctionnement effectif et la légitimité la plus large du Tribunal.

Article 25 (Affaires soumises à la Cour par le Conseil de sécurité)

24. L'article 25 traite un problème fondamental, cela ne fait aucun doute. Il autorise le Conseil de sécurité à soumettre au Tribunal des affaires individuelles de crimes relevant des articles 22 et 25. Il faut rappeler que la Hongrie n'est pas favorable à une formule qui inscrirait le Tribunal dans l'appareil de l'ONU, mais il paraît effectivement nécessaire qu'il lui soit solidement relié. Le pouvoir reconnu au Conseil de sécurité par l'article 25 paraît offrir un bon exemple de tels liens. Il faut toutefois ajouter que ce pouvoir ne saurait préjuger des questions de fait ou de droit, du moins en ce qui concerne les auteurs de crimes. Pour garantir cela, peut-être ne serait-il pas inutile de le préciser clairement dans une disposition.

Article 26 (Acceptation spéciale par des États de la compétence de la Cour dans des cas autres que ceux visés à l'article 22)

25. L'article 26 est peut-être le passage le plus délicat du projet. Il ne fait aucun doute que le droit coutumier international renferme un certain nombre d'éléments qui peuvent faire partie du droit pénal international. L'agression, en particulier, peut être rangée parmi eux. La Hongrie comprend et approuve la position qui permettrait à certains États, qui ne seraient pas par ailleurs parties aux traités internationaux énumérés à l'article 22, de reconnaître la juridiction du Tribunal pour ces crimes, sur la base du droit international coutumier.

26. Cela dit, on ne saurait considérer qu'une clause générale du statut stipulant la reconnaissance générale des normes du droit pénal dans le cadre du droit coutumier international soit entièrement à l'abri de toute contestation en ce qui concerne la mise en œuvre des principes dont procèdent les droits de l'homme. Il y a là une définition dont le champ est trop général, et, de ce fait, le principe *nullum crimen sine lege* pourrait difficilement être préservé si l'on garde le libellé actuel de cet article. Celui-ci crée une incertitude qui ne saurait être permise en matière de justice pénale. Aussi, les dispositions prévues à l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 26 ne paraissent-elles pas tout à fait suffisantes.

27. Le Groupe de travail de 1993 a proposé, pour remplacer l'alinéa *a* du paragraphe 2, une solution qui réglerait la question par la compétence attribuée au Conseil de sécurité par l'article 25, qui autoriserait celui-ci à soumettre les affaires de cette nature au Tribunal. La Hongrie n'est satisfaite qu'en partie, vu les opinions qu'elle exprime ici, car cette solution paraît possible pour les actes d'agression, mais non dans les autres cas.

28. La Hongrie a de très sérieux doutes au sujet des dispositions de l'alinéa *b* du paragraphe 2. S'il est vrai que le trafic de stupéfiants est un crime grave, il ne saurait relever de la même catégorie que les crimes internationaux énumérés à l'article 22 du statut ou que l'agression.

29. Aux termes de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, on considère que le problème des poursuites contre les trafiquants de stupéfiants est de ceux qui peuvent être résolus au plan national moyennant une assistance internationale. Selon la Hongrie, on ne saurait, en tout état de cause, faire relever ce groupe de crimes de l'article 22. Il est même contestable que la compétence du Tribunal doive être étendue, dans la conjoncture actuelle, à ce groupe de crimes — que, d'ailleurs, ladite Convention ne définit pas suffisamment.

Article 27 (Accusations d'agression)

30. L'article 27 du statut est en rapport étroit avec l'article 25. Il dispose que nul ne peut être accusé du crime d'agression tant que le Conseil de sécurité n'a pas décidé que l'État concerné est vraiment coupable de cet acte. La Hongrie estime que cette solution paraît juste, mais, si l'on considère la question sous l'angle de l'indépendance et de l'impartialité de la cour, elle risque de créer certaines difficultés. Cette décision pourrait difficilement être dissociée des faits et des questions juridiques qui relèvent de la compétence du Tribunal. Il risque d'y avoir conflit, par exemple, si la cour juge bon de déclarer que tel individu n'a pas commis le crime d'agression. Pour résoudre cette question, il faudra y réfléchir encore et l'examiner plus avant.

Article 28 (Droit applicable)

31. La question du droit applicable est réglée par l'article 28. Comme il est bien évident que le statut ne saurait répondre à toutes les questions qui pourraient se poser, il faut reconnaître le droit international et (secondairement) les lois des diverses nations comme source subsidiaire. Cependant, il faut signaler que, en outre, l'alinéa *b* de l'article 28 appelle de la part de la Hongrie les mêmes objections que l'article 26.

Article 29 (Dépôt d'une plainte)

32. L'initiative de l'action a été attribuée par l'article 29 aux États parties et au Conseil de sécurité. Cela paraît correspondre à l'esprit dans lequel tout le statut a été conçu, encore que, selon la Hongrie, il ne soit pas mauvais de prévoir aussi la possibilité de conférer au Tribunal un pouvoir de saisine d'office.

Article 30 (Information et établissement de l'acte d'accusation)

33. Suivant le paragraphe 1 de l'article 30, le Bureau se verrait accorder un rôle important dans cette activité, puisqu'en pratique il contrôlerait la légalité de l'enquête et des mesures prises par le parquet. En réalité, le Bureau exercerait les fonctions d'un certain type de « juge d'instruction ». La Hongrie trouve cela un peu préoccupant, puisque les membres du Bureau se voient confier un rôle à la Chambre d'appel.

Article 31 (Engagement des poursuites)

34. On trouve à l'article 31 des règles importantes en ce qui concerne le placement des suspects en détention provisoire. Le paragraphe 2 autorise le Tribunal à placer les accusés en détention pour une période qu'il fixe comme bon lui semble.

35. Les règles du placement en détention provisoire ne sont pas assez détaillées. Il y manque, par exemple, l'indication de la durée de la période de détention autorisée et aussi du délai au terme duquel il faut reconsidérer ou prolonger la détention. La Hongrie estime que des dispositions sur ces questions devraient figurer dans le statut à titre de garantie.

Article 32 (Acte d'accusation)

36. Le paragraphe 2 de l'article 32 désigne le Bureau pour jouer le rôle de chambre d'accusation. Ainsi que la Hongrie l'a déjà indiqué, la compétence générale des membres du Bureau est à son sens incompatible avec cette fonction. Les actes d'accusation devraient être l'affaire d'un organe de poursuite distinct institué au sein du Tribunal.

Article 33 (Signification de l'acte d'accusation)

37. Dans le cadre de l'article 33, la Hongrie définirait trois groupes d'États selon leur position par rapport au statut. Le troisième de ces groupes est composé des États qui ne sont pas parties au statut. Il ne peut être demandé à ces États que leur concours. Le statut ne résout pas la question de ce qui devrait se passer si tel ou tel État n'était pas disposé à coopérer. Dans cette éventualité, diverses possibilités pourraient être envisagées, y compris, peut-être, la suspension du procès.

Article 35 (Détention provisoire ou remise en liberté sous condition)

38. L'article 35 donne au Tribunal la possibilité de mettre l'accusé en liberté sous condition. Si cette mise en liberté est une institution qui paraît acceptable dans la généralité du cas, la Hongrie doute, cependant, qu'il soit très judicieux d'autoriser les auteurs de crimes aussi graves que ceux qui sont visés par le statut à échapper à la détention, en échange du respect de certaines conditions lorsqu'ils ont été préalablement arrêtés. Il serait particu-

lièrement utile de voir si cette possibilité donnée à l'accusé ne serait pas de nature à compromettre la conduite du procès jusqu'à sa conclusion.

Article 37 (Constitution de chambres)

39. En ce qui concerne l'article 37, il n'y a qu'un seul critère d'invalidation, suivant lequel un juge ayant la nationalité soit de l'État qui porte plainte, soit de celui dont l'accusé a la nationalité, ne serait pas autorisé à siéger.

40. La Hongrie a certains doutes au sujet de la disposition qui confierait au Bureau le soin de nommer les membres des chambres constituées pour les différentes affaires. Il semble préférable que soient constituées des chambres permanentes et que les affaires leur soient soumises au fur et à mesure qu'elles se présentent. Le Bureau aurait naturellement les pouvoirs voulus pour créer les chambres permanentes.

Article 38 (Contestation de la compétence)

41. La contestation de la compétence est un élément important en matière de garanties. Les dispositions de l'article 38 autoriseraient l'accusé à contester la compétence de la cour à tout moment au cours du procès et tout État partie à le faire au commencement du procès. La Hongrie estime que c'est là un cercle trop large. Sans nul doute, certains États parties doivent nécessairement se voir accorder ce droit, mais seuls les États directement intéressés devraient être autorisés à contester la compétence. Il n'est évidemment pas indispensable d'interpréter très limitativement la notion d'État intéressé, qui pourrait s'entendre non seulement de l'État où le crime a été commis et de l'État auquel appartient l'accusé, mais encore de tous les États qui ont joué un rôle actif ou passif à n'importe quel stade de la procédure (communication d'éléments de preuve, assistance judiciaire, et ainsi de suite).

42. Le commentaire indique que, en l'absence d'une chambre, le Bureau est tenu d'apprécier la contestation émanant de l'accusé. La Hongrie trouve cela préoccupant du point de vue des garanties. Elle est d'avis que le Bureau ne peut pas exercer cette fonction, car cela créerait un conflit d'intérêts; il faut qu'une chambre d'accusation soit constituée pour examiner ces contestations et la décision à leur sujet relèverait de sa compétence durant la période précédant le procès proprement dit.

43. Les considérations qui précèdent ne vont pas à l'encontre du souci que ce droit de l'accusé ne retarde pas inutilement le procès. Dans ce but, il faudrait instituer une règle autorisant le rejet sous toutes réserves des contestations de l'accusé s'il les renouvelait continuellement avec les mêmes arguments.

Article 40 (Caractère équitable du procès)

Article 41 [Principe de légalité (nullum crimen sine lege)*]*

Article 42 (Égalité devant le Tribunal)

Article 43 (Présomption d'innocence)

Article 44 (Droits de l'accusé)

Article 45 (Autorité de la chose jugée (non bis in idem)*]*

44. Les dispositions des articles 40 à 45 consacrés au droit de l'accusé à un procès équitable et aux garanties de ses droits sont, pour la Hongrie, d'une extraordinaire importance quand on considère le statut dans son entier. Ces règles lui paraissent, dans l'ensemble, conformes aux principes généralement admis en droit international, c'est-à-dire ceux qu'énoncent les différents documents internationaux. Toutefois, certaines de ces dispositions mériteraient d'être développées, car la Hongrie estime qu'il faut un texte plus détaillé et plus exact. Cela vaut tout particulièrement pour l'article 41 qui, considérant l'originalité des règles édictées ici, revêt des dimensions nouvelles par rapport à l'interprétation traditionnelle.

45. Selon la Hongrie, il manque à l'article 44 une disposition concernant un droit de réclamation générale, qui permettrait à l'accusé de contester les décisions procédurales prises au cours du procès qu'il jugerait préjudiciables à son endroit mais qui n'auraient pas le caractère d'un verdict.

46. L'une des questions de procédure les plus débattues est celle du verdict *in absentia*. L'alinéa *h* du paragraphe 1 de l'article 44 donne à la cour la possibilité de décider que l'absence de l'accusé est délibérée, à la suite de quoi il peut tenir le procès. Pour la Hongrie, cette disposition paraît pour le moins préoccupante. Le verdict *in absentia* constituerait à ses yeux une telle restriction au droit de la défense qu'elle mettrait en question l'équité de toute la procédure. Certes, une cour criminelle internationale serait matériellement beaucoup moins bien équipée que ne le sont les tribunaux nationaux pour contraindre un accusé à comparaître devant elle. Il est certain, d'autre part, que le verdict d'une cour internationale revêtirait une grande valeur de principe et que, par conséquent, il ne s'agirait pas simplement de condamner l'accusé, mais d'adresser un message de la communauté des nations. Il faut donc, d'une manière ou d'une autre, trouver un compromis rationnel qui protège le principe d'un procès équitable sans pour autant mettre en péril le fonctionnement de la cour. L'une des solutions possibles consisterait peut-être à autoriser la cour, à titre d'exception, et la Hongrie insiste sur le caractère exceptionnel, à tenir le procès en l'absence de l'accusé.

47. Dans les cas exceptionnels où il paraîtrait en tout état de cause nécessaire de tenir le procès, le verdict ne pourrait, naturellement, être que conditionnel. En cas de comparution ultérieure de l'accusé, la marche à suivre serait d'écarter le verdict initial et de refaire entièrement le procès.

48. L'article 45 pose l'interdiction de la double incrimination. La Hongrie approuve entièrement cette disposi-

tion, mais elle affirme sans ambages que, dans le cas de crimes internationaux, la juridiction de la cour internationale a le pas sur celle des tribunaux nationaux. C'est d'ailleurs là la raison d'être de l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 45. La Hongrie considère que, dans le cas d'un second procès, il paraît juste de prendre en considération la peine effectivement infligée à l'intéressé. Cela dit, des principes directeurs seraient nécessaires en ce qui concerne cette disposition.

Article 46 (Protection de l'accusé, des victimes et des témoins)

49. L'article 46 n'appelle qu'une seule objection : le principe de la preuve directe. Si l'on institue la preuve par des dépositions enregistrées par des moyens électroniques, cela limite les droits de l'accusé en risquant de le priver de son droit à l'audition contradictoire des témoins ou de la possibilité d'exercer d'autres droits de la défense. C'est pourquoi la Hongrie considère qu'il faut reformuler l'article 46 en vue de protéger pleinement les droits tant de l'accusé que de la victime.

Article 48 (Dépositions)

50. La Hongrie approuve entièrement les dispositions de l'article 48, qui visent l'appréciation des éléments de preuve. Dans le système de droit hongrois aussi, les preuves obtenues par des moyens illégaux ne sont pas admissibles devant les tribunaux. En revanche, il n'y a aucune disposition dans le statut régissant les conditions d'aptitude et d'incapacité à déposer comme témoin ainsi que d'aptitude à former opposition à l'audition de témoins. Selon la Hongrie, il est possible de s'opposer à l'audition d'un témoin si, par exemple, il doit s'accuser lui-même ou accuser un membre de sa famille d'un crime : en pareil cas, il ne saurait être forcé à témoigner contre lui-même. Un autre problème touche au fait que les conséquences du faux témoignage ne sont pas définies.

Article 53 (Peines applicables)

51. L'article 53 satisfait au principe *nulla poena sine lege*. Le statut autorise deux peines, l'emprisonnement et l'amende.

52. La Hongrie soutient l'opinion du Groupe de travail selon laquelle la peine capitale n'est en aucun cas autorisée par le statut. En même temps, certains doutes existent quant au système des peines applicables. L'amende se retrouve dans toutes les formes de droit interne et elle est de pratique très courante, mais il est douteux qu'on puisse y avoir recours pour des crimes au regard du droit international. Les crimes énumérés dans le statut sont les plus graves de tous, ceux qui attentent à la paix et à la sécurité de l'humanité. Il serait quelque peu paradoxal de ne punir les auteurs de tels crimes que d'une amende. La Hongrie estime qu'il n'y a pas de circonstances atténuantes qui puissent justifier cette peine.

53. L'emprisonnement est, pour la Hongrie, la forme fondamentale de peine que la cour doit prononcer. Elle souscrit à l'idée que le maximum de cette peine devrait être l'emprisonnement à vie, mais n'est pas convaincue qu'il n'aurait pas fallu fixer un minimum. Elle ne voit pas l'intérêt de condamner un individu qui est coupable d'un crime au regard du droit international à quelques semaines ou quelques mois de prison. Elle souhaiterait, au contraire, qu'une limite inférieure d'au moins six mois soit fixée dans le statut.

Article 55 (Appel d'un jugement ou d'une condamnation)

54. La possibilité d'appel paraît capitale en tant que garantie. Les dispositions de l'article 55 ne répondent que partiellement à cette attente. En ce qui concerne le cercle des personnes auxquelles est conféré le droit d'appel, la Hongrie est d'avis que le procureur et l'avocat de la défense devraient se le voir accorder, dans l'intérêt mais indépendamment de la personne reconnue coupable. Il paraît également nécessaire de prévoir que, en cas d'appel de la part de la défense seulement, la juridiction du second degré ne devrait pas être autorisée à rendre un verdict plus sévère que celui qui a été rendu en première instance.

SIXIÈME PARTIE (COOPÉRATION INTERNATIONALE ET ASSISTANCE JUDICIAIRE)

55. La sixième partie du statut est consacrée à une question fondamentale du point de vue du fonctionnement du tribunal. La coopération et l'assistance judiciaire sont pour la Hongrie des questions clés parce que, dans la pratique, on ne saurait même envisager de travailler sans le concours voulu des États intéressés. La Hongrie approuve la plupart des dispositions de la sixième partie relatives à l'assistance judiciaire et considère qu'elles lui paraissent applicables dans les faits. Elle estime, en revanche, que les dispositions relatives à l'extradition et à l'arrestation de l'accusé en vue de sa remise au tribunal demandent à être réexaminées. Peut-être ne serait-il pas mauvais de procéder à un examen permettant la confrontation et l'expression des positions des États.

56. L'aspect critique de toute procédure judiciaire est l'exécution des décisions. C'est particulièrement vrai dans le cas de la cour criminelle internationale qui, de par sa nature même, est dépourvue d'appareil d'exécution. L'article 65 renferme une disposition unique qui obligerait les États parties à reconnaître les décisions de la cour. Peut-être risque-t-il de poser des problèmes à certains d'entre eux, mais, pour sa part, la Hongrie tient à indiquer qu'il suffira de modifications mineures du droit pénal hongrois pour donner effet aux dispositions de l'article 65.

CONCLUSION

57. Il va de soi qu'il n'était pas possible dans ce commentaire de formuler une opinion sur toutes les dispositions du statut, et peut-être certains lecteurs verront-ils des critiques dans la plupart des observations de la Hongrie. Il n'en reste pas moins, et il faut le souligner, que ce projet de statut représente un résultat remarquable sur le plan de la doctrine et pourra utilement servir de base à la création d'une cour criminelle internationale.

Islande

[Voir Pays nordiques]

Japon

[Original : anglais]
[13 mai 1994]

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Le système de mise en œuvre du droit pénal international — information, accusation, châtiment des criminels, etc. — s'est constitué après la seconde guerre mondiale sous la forme d'une obligation faite aux États, par le biais du droit international applicable, de qualifier un acte donné de crime au regard du droit national et de veiller à ce que l'auteur dudit acte criminel soit poursuivi et châtié par les tribunaux nationaux. Mais il suffit de voir à quel point le châtiment des criminels de guerre demeure à ce jour déficient pour se rendre compte que le système susmentionné n'est pas toujours efficace.

2. Considérant qu'une cour criminelle internationale équitable et neutre, instituée dans les formes et avec le soutien de la communauté internationale pour statuer sur la responsabilité pénale d'individus auteurs de crimes au regard du droit international, représente l'objectif ultime du droit pénal international, le Japon tient à apporter son soutien à l'institution d'une telle cour. Il faut néanmoins, ce faisant, prendre dûment en considération l'état actuel de développement du droit pénal international, la souveraineté des États et leurs contraintes constitutionnelles. Parallèlement, la cour devrait être un organe où s'expriment les plus hautes normes produites par la communauté internationale en matière de protection des droits de l'homme.

3. L'institution d'une cour criminelle internationale doit répondre aux trois critères ci-après :

a) Respect des principes généraux du droit pénal, notamment le principe de légalité *(nullum crimen sine lege)*, le jugement équitable et la protection des droits de l'homme;

b) Efficacité avérée des activités de la cour;

c) La cour doit être conçue comme un organe réaliste et souple, complétant le système existant.

4. Le Japon se félicite du projet de statut préparé par le Groupe de travail de la Commission du droit international à sa quarante-cinquième session (1993) et y voit une bonne base pour les délibérations futures ainsi qu'un projet prenant dûment en considération les trois critères susmentionnés et les propositions fondamentales de la Commission énumérées dans le rapport du Groupe de travail de 1992[1], que le Japon appuie sans réserve.

5. Pour que le Tribunal soit réellement efficace, il doit être institué par voie de traité, traité auquel il est essentiel que le plus grand nombre d'États possible soient parties. Il importe également que l'institution du Tribunal n'empiète pas sur des domaines tels que celui des crimes liés aux stupéfiants, où le système existant d'application du droit international fonctionne plutôt convenablement. À cet égard, le Japon apprécie que la Commission adopte une approche réaliste faisant que le Tribunal, du moins au début, n'aurait pas compétence obligatoire, au sens de compétence *ipso facto* ne nécessitant pas d'autre forme de consentement de l'État partie au statut du tribunal.

6. Le Japon voudrait faire un certain nombre d'observations sur les différents projets d'articles en espérant qu'elles contribueront à orienter les travaux futurs de la Commission. Celle-ci est priée de prendre ces observations en considération et de revoir et élaborer minutieusement les articles actuels. La tâche à accomplir par la Commission est peut-être difficile, mais le Japon est confiant qu'elle saura trouver une bonne réponse aux points soulevés et achever l'élaboration du statut à sa quarante-sixième session, comme l'Assemblée générale le lui a demandé. Le Japon se réserve le droit de présenter d'autres observations sur les travaux futurs de la Commission sur ce point.

OBSERVATIONS RELATIVES À CERTAINS ARTICLES

Article 2

7. L'objectif souhaitable serait de faire du Tribunal un organe judiciaire de l'Organisation des Nations Unies, comme il est proposé à l'article 2, afin d'asseoir solidement son autorité et de lui assurer le plein appui de la communauté internationale, encore qu'il faille résoudre la question technique de savoir comment concilier cet objectif avec les dispositions actuelles de la Charte des Nations Unies. Le Tribunal étant, en principe, un organe créé par les États parties à son statut, il semble plus pratique, au stade actuel, que la Commission fasse du tribunal un organe lié de manière plus ou moins formelle à l'Organisation des Nations Unies par un traité de coopération.

Articles 6 à 13

8. L'indépendance et l'impartialité des juges et du procureur constituent l'un des éléments les plus importants du statut. En ce qui concerne l'article 13, les mesures prévues dans les paragraphes 2, 4 et 5 pour affermir l'indépendance du procureur sont bienvenues. Il conviendrait cependant d'indiquer clairement dans le statut que le procureur et le procureur adjoint ne peuvent pas être ressortissants du même État.

Article 15

9. Toujours à propos de l'indépendance du procureur et du procureur adjoint, la cour ne devrait pas avoir le pouvoir de les destituer de leurs fonctions. Il conviendrait de prévoir pour cela un autre système, le vote majoritaire des États parties par exemple.

Article 19

10. Les règles de procédure et d'administration de la preuve ont une incidence directe sur les droits des suspects/accusés. Il conviendrait donc de ne pas les laisser à

[1] *Annuaire... 1992*, vol. II (2e partie), p. 61, annexe, par. 4.

l'appréciation de la cour mais de les traiter de manière concrète et précise dans le statut lui-même.

Articles 22 à 26 et 29

11. La structure de cette partie du statut est quelque peu compliquée. Tout en s'efforçant de ne pas toucher au contenu, le Japon a remanié cette partie, pour la rendre plus claire. Les observations du Japon sur cette partie du statut renverront donc à de nouveaux numéros d'article (entre parenthèses figurent les numéros correspondants des articles du projet du Groupe de travail de 1993).

« La Cour a compétence pour les crimes énumérés aux articles I, II et III lorsque cette compétence *lui est attribuée* conformément aux articles I', II', III' et X.

Une plainte est formée conformément à l'article Y pour qu'une affaire donnée soit portée devant le Tribunal.

ACCEPTATION PAR LES ÉTATS DE LA COMPÉTENCE DE LA COUR EN CAS DE CRIMES VISÉS PAR DES CONVENTIONS INTERNATIONALES

Article I. — Liste de crimes définis par voie de traité

(Art. 22)

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;

b) Les infractions graves :

(Suit le texte de l'article 22 du projet du Groupe de travail.)

Article I'

(Art. 24)

1. COMPÉTENCE DE LA COUR AUX TERMES DE L'ARTICLE I

La Cour a compétence en vertu du présent statut pour tout crime visé à l'article I, pour autant que cette compétence lui ait été cédée conformément au paragraphe 2 ci-dessous :

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.

(Le projet de statut du Groupe de travail comporte ici un deuxième paragraphe concernant l'acceptation de la compétence par certains États.)

2. ACCEPTATION PAR LES ÉTATS DE LA COMPÉTENCE DE LA COUR POUR LES CRIMES ÉNUMÉRÉS À L'ARTICLE I

(Art. 23)

Variante A

a) Tout État qui est partie au présent statut et qui a compétence pour un ou plusieurs des crimes visés à l'article I en vertu du traité pertinent peut à tout moment, par déclaration déposée auprès du greffier, *céder à la Cour sa compétence pour ce(s) crime(s)*;

b) Une déclaration faite en application de l'alinéa *a* peut être limitée à :

i) Un acte particulier présumé constitutif d'un crime visé à l'article I ou

ii) Un acte commis durant une période particulière,

ou être d'application générale;

c) Une déclaration peut être faite en application de l'alinéa *a* 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;

d) Un État qui n'est pas partie au présent statut mais qui est partie aux traités respectifs concernés peut à tout moment, par déclaration déposée auprès du greffier, *céder à la Cour sa compétence* pour un crime visé à l'article I qui fait ou peut faire l'objet de poursuites en vertu du présent statut.

(On pourrait aussi retenir, au lieu de la variante A, l'une des variantes B ou C.)

ACCEPTATION SPÉCIALE PAR DES ÉTATS DE LA COMPÉTENCE DE LA COUR DANS DES CAS AUTRES QUE CEUX VISÉS À L'ARTICLE I

Article II

(Art. 26, par. 2, *a*)

Tout crime au regard du droit international général, c'est-à-dire d'une norme de droit international acceptée et reconnue par l'ensemble de la communauté internationale des États comme étant de nature si fondamentale que sa violation engage la responsabilité pénale d'individus.

Article II'

(Art. 26, par. 3, *a*)

Tant l'État sur le territoire duquel se trouve le suspect que l'État sur le territoire duquel l'omission ou l'acte considéré est intervenu notifient par écrit au Greffier que, relativement au crime en question, ils acceptent spécialement l'exercice de la compétence de

la Cour, ou qu'ils cèdent spécialement leur compétence à la Cour, à l'égard des personnes ou catégories de personnes spécifiées.

Article III

(Art. 26, par. 2, *b*)

Tout crime, tel un crime lié aux stupéfiants, 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.

Article III'

(Art. 26, par. 3, *b*)

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 notifie par écrit au Greffier qu'il cède spécialement à la Cour, relativement au crime en question, sa compétence à l'égard des personnes ou catégories de personnes spécifiées.

Article X. — Compétence conférée à la Cour par le Conseil de sécurité

(Art. 25)

Sous réserve des dispositions de l'article 27, la Cour a également compétence en vertu du présent statut pour les crimes visés à l'article I ou à l'article II si le Conseil de sécurité (en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies) *décide que cette compétence doit être cédée à la Cour* (par un État spécifié).

Article Y. — Dépôt d'une plainte

(Art. 29)

Tout État qui a cédé sa compétence à la Cour en application des articles I', II', III' du statut relativement au crime, ou le Conseil de sécurité dans le cas visé à l'article X, 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. »

12. Cette partie est le cœur du statut. La compétence de la cour naît lorsque la compétence propre à un État est cédée à la cour par cet État. En d'autres termes, le statut est fondé sur le principe de la cession de compétence. C'est la théorie qui traduit le mieux le système actuel de droit pénal international en ce sens que seuls les États détiennent et exercent la compétence pénale et que la compétence de la cour est celle qui lui est cédée par ces États et qu'elle exerce par délégation desdits États. Le principe permet aussi de traduire une personne devant une juridiction internationale en établissant les droits et les obligations des *États* (et non des personnes concernées) par la voie d'un traité.

13. Bien qu'il soit manifeste que ce principe sous-tend le statut, il n'est pas expressément énoncé dans ses articles, ce qui risque d'aboutir à une interprétation erronée de cette partie du statut. Il importe que la Commission révise les articles pour qu'ils reflètent clairement ce principe. Les articles remaniés présentés au paragraphe 11 ci-dessus pourraient constituer une solution.

14. Le Japon se félicite, en revanche, de ce que le statut reconnaît à chaque État la faculté de choisir librement de céder ou de ne pas céder sa compétence à la cour, encore que, logiquement, il aurait fallu préciser dans le statut que, en reconnaissant la compétence de la cour, un État perd la sienne, ou, du moins, que la compétence de la cour prime celle de ses propres tribunaux.

15. S'agissant des crimes qui relèvent de la compétence de la cour, le Japon se félicite du système souple et réaliste adopté dans le statut, d'après lequel les crimes au regard du droit international visés par les traités en vigueur sont au cœur même du statut et son principal objet et, en même temps, du fait que la compétence de la cour peut s'étendre, à la demande de certains États qualifiés, aux crimes au regard du droit international général ou aux crimes, tels ceux liés aux stupéfiants, au regard d'une loi nationale destinée à donner effet aux dispositions d'un traité multilatéral.

16. D'après le statut, trois formalités doivent être remplies pour que la cour juge effectivement un délinquant : *a*) déterminer si la cour est compétente en l'espèce; *b*) certains États qualifiés ou le Conseil de sécurité doivent porter la plainte devant la cour; *c*) au cas où l'accusé ne se trouverait pas sur le territoire des États auteurs de la plainte ou des États qui ont reconnu la compétence de la cour pour le crime considéré, il doit être déféré d'une façon ou d'une autre devant la cour. Tel qu'il est actuellement rédigé, le statut énonce la première formalité en des termes plutôt restrictifs si bien qu'il n'insiste pas trop sur la troisième, ce dont le Japon se félicite. Cependant, il ne faudrait pas que la première formalité soit trop restrictive, car la cour ne fonctionnera jamais effectivement si trop de conditions doivent être réunies pour que la cour soit compétente. Le Japon juge généralement acceptables et opportunes les première et deuxième conditions actuellement prescrites dans les articles I'(par. 1), II', III' et Y ci-dessus [art. 24, 26 (par. 3, *a* et *b*) et 29 du statut], si ce n'est celle prévue au paragraphe 2 de l'article 24 du statut, sur laquelle il donne son point de vue *infra* au paragraphe 22.

Article I (art. 22)

17. Il est important que les crimes énumérés dans cet article se limitent « aux crimes au regard du droit international », dont la perpétration constitue une infraction d'un intérêt juridique fondamental pour la communauté internationale. Il n'y a donc pas lieu d'inclure dans cette liste les crimes liés aux stupéfiants, dont ceux qui

tombent sous le coup de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes. Premièrement, ces crimes ne comptent pas parmi les « crimes au regard du droit international »; deuxièmement, comme il existe un mécanisme de coopération internationale pour réprimer les crimes de cette nature, il n'est ni utile, ni souhaitable de reconnaître de façon générale à la cour la possibilité d'acquérir une compétence pour ces crimes.

18. La Commission devrait aussi s'interroger de nouveau sérieusement sur l'inclusion dans cet article des crimes liés au terrorisme international pour lesquels le système actuel de compétence universelle donne toute satisfaction.

19. Les instruments visant des crimes au regard du droit international qui seront conclus après l'entrée en vigueur du statut pourraient comporter des dispositions, comme l'article V de la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, instituant, sous une forme ou une autre, la possibilité de faire valoir la compétence de la cour, au même titre que celle des États parties au statut ou au traité en question. Il serait bon d'envisager d'inclure dans le statut une nouvelle disposition susceptible de répondre à cette éventualité, sans qu'il faille nécessairement passer par le processus de révision du statut prévu à l'article 21. Il s'agirait de tirer le meilleur parti possible des instruments à venir, en les considérant comme des protocoles au statut applicables entre États parties au statut et aux instruments considérés.

Article I' (par. 1) [art. 24]

20. L'alinéa *a* du paragraphe 1 renvoie à « 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 », expression qui appelle des explications. Parmi les instruments énumérés à l'article I (art. 22), il faut citer la Convention internationale contre la prise d'otages qui établit, selon les cas, trois types de compétence : *a*) le pouvoir discrétionnaire des États parties de prendre les mesures nécessaires pour établir leur compétence (art. 5, par. 1, *d*); *b*) une compétence primaire, lorsque l'État concerné a compétence pour juger (art. 5, par. 1, *a* à *c*) et *c*) une compétence secondaire ou complémentaire qui devrait s'exercer lorsque l'État sur le territoire duquel se trouve le suspect ne l'extrade pas vers un État ayant une compétence primaire (art. 5, par. 2). Dans ces conditions, l'expression « 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 » devrait s'entendre d'un État dont la compétence, établie par sa législation interne ou par tout autre moyen conformément aux dispositions conventionnelles, s'étend au crime concerné. Il serait souhaitable que la Commission donne une interprétation claire de cette expression, telle celle proposée plus haut.

Article I' (par. 2) [art. 23]

21. Le Japon appuie la procédure de « participation sélective » prévue dans la variante A de cet article parce qu'elle reflète le mieux la base consensuelle sur laquelle repose la compétence de la cour et traduit le mieux en une formule la souplesse caractéristique des principales propositions acceptées par la CDI à sa quarante-quatrième session.

Article 24 (par. 2)

22. Il faudrait supprimer le paragraphe 2 de l'article 24 pour les raisons suivantes :

a) De façon générale, il ressort de la pratique des États que, pour qu'un État exerce sa compétence en matière criminelle, il est inutile de demander le consentement d'autres États concernés (tels que l'État dont le suspect possède la nationalité ou l'État sur le territoire duquel le crime a été commis, selon le cas). De ce fait, et comme la cour exerce une compétence qui lui a été cédée par un État qui, initialement, était précisément compétent pour le crime considéré, il n'y a pas lieu d'imposer à la cour, pour lui permettre d'exercer sa compétence, des conditions supplémentaires, plus lourdes que celles exigées d'un État.

b) La cour verrait sa raison d'être sérieusement menacée, si elle ne pouvait être compétente, du fait que ces conditions ne seraient pas satisfaites.

c) L'intérêt pour un État de protéger ses ressortissants ne saurait être un motif suffisant pour empêcher la cour de devenir compétente (première formalité évoquée *supra* au paragraphe 15), pour la raison donnée à l'alinéa *a* ci-dessus. Si le suspect se trouve sur le territoire de l'État dont il possède la nationalité et que celui-ci n'a pas accepté la compétence de la cour, le succès ou l'échec de la procédure devant le tribunal dépend de la question de savoir non pas s'il est possible de faire valoir la compétence de la cour en l'espèce (première formalité), parce que l'exercice de sa compétence devrait être revendiqué en l'absence du consentement de l'État de la nationalité, mais s'il est possible d'obtenir de l'État dont l'accusé possède la nationalité le transfert de ce dernier devant la cour (troisième formalité visée *supra* au paragraphe 15). Le Japon pourrait revoir sa position sur ce paragraphe si la CDI ne prend pas en considération ses observations sur l'article 45 (voir *infra* par. 29).

Article X (art. 25)

23. Cet article est important car il permet au Conseil de sécurité de renvoyer une affaire devant le tribunal au lieu d'avoir à créer une instance ad hoc. Le Japon craint que l'expression « sur décision du Conseil de sécurité », utilisée dans cet article, ne manque de clarté. Comme le statut est fondé sur le principe de la cession de compétence, il serait logique de considérer que cet article prévoit le cas où le Conseil de sécurité, à la lumière des mesures prises en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, décide que la compétence d'un État donné devrait être cédée à la cour. Si la Commission tient à inclure dans cet article la possibilité pour la cour de tenir sa compétence de mesures prises par le Conseil de sécurité au titre du Chapitre VI de la Charte, le Japon invitera la Commission à s'interroger sérieusement sur le bien-fondé de cette idée et sur les rapports qui pourraient exister entre la compétence de la cour et celle des tribunaux internes en pareil cas.

24. Il y a aussi lieu de se demander qui, dans le cas prévu dans cet article, peut déposer la plainte conformément à l'article Y (art. 29). Faudrait-il ne reconnaître cette faculté qu'au Conseil de sécurité ou l'étendre aux autres États qualifiés ?

Article II (art. 26, par. 2, *a*)

25. Il faudrait étudier plus avant la définition de cette catégorie de crimes. Le principe de légalité veut que l'on définisse clairement les éléments des crimes et les sanctions qu'ils appellent. La Commission doit trouver une solution propre à assurer le respect de ce principe s'agissant de cette catégorie de crimes, en donnant par exemple dans le statut la liste des crimes éventuels qui relèveraient de cette catégorie. Par ailleurs, ces crimes ne pourront être sanctionnés que s'ils ont été commis après l'entrée en vigueur du statut.

Article 28

26. Afin que le principe de légalité soit scrupuleusement respecté, il faudrait définir clairement des notions telles que les éléments des crimes, les peines applicables, les voies de défense admissibles, les circonstances atténuantes, les règles en matière de prescription et la complicité. Si la Commission ne veut pas inclure ces définitions dans le statut lui-même, il faudrait avoir recours à cet effet au droit interne, car, parfois, le droit pénal international n'en fait pas mention. Le droit interne ne saurait être alors une simple source de droit subsidiaire, mais devrait être l'une des principales sources de droit applicable.

27. La Commission devrait aussi s'interroger sur la question de savoir quel est le droit interne applicable dans une situation ou un cas donné. Une solution serait d'appliquer le droit de l'État qui a renoncé à sa compétence au profit de la cour. Appliquer le droit interne de l'État sur le territoire duquel le crime a été commis mériterait aussi d'être envisagé.

Article 41

28. Se référant au texte figurant entre crochets à l'alinéa *a*, le Japon est d'avis que, même si un État partie à un traité n'adopte pas de loi destinée à donner effet aux dispositions dudit traité, il n'est en rien contraire au principe de légalité que la cour punisse un crime visé par le traité en question, une fois le traité promulgué suite au processus de ratification ou d'adhésion, pour autant que ses dispositions soient suffisamment claires pour être appliquées au lieu du droit interne.

Article 45

29. Un trait non négligeable du principe de la cession de compétence tient au fait que l'acquisition par la cour de la compétence à laquelle un certain État a renoncé ne porte en rien atteinte à la compétence que d'autres États possèdent en l'espèce. De ce point de vue, le paragraphe 1 de l'article 45 n'est pas satisfaisant, parce que si, à cause de cette disposition, les tribunaux des États qui n'ont pas renoncé à leur compétence au profit de la cour, sont empêchés de juger (d'exercer leur compétence sur) la personne qui a déjà été jugée en vertu du présent statut, cela revient au même que si ces États avaient renoncé à leur compétence au profit de la cour. C'est pourquoi ce paragraphe ne devrait s'appliquer qu'aux tribunaux des États qui ont cédé leur compétence à la cour et il serait bon que les autres tribunaux soient simplement obligés de tenir compte de la partie déjà accomplie de la peine à laquelle l'accusé a pu être condamné par la cour pour le fait considéré. De l'avis du Japon, une telle approche ne va pas à l'encontre du paragraphe 7 de l'article 14 du Pacte international relatif aux droit civils et politiques.

Article 53

30. S'agissant des peines applicables, il est très important que la cour applique le droit interne, à préciser, dans le cadre défini par les normes internationales (voir également *supra* au paragraphe 26 l'observation formulée par le Japon sur l'article 28).

Article 58

31. À la suite des exemples donnés aux articles 33 et 63, il faudrait faire concrètement référence à l'assistance judiciaire des États parties au statut qui n'ont pas accepté la compétence de la cour pour un crime et des États qui ne sont pas parties au statut. Surtout si ces États sont compétents pour le crime en question, en vertu du traité pertinent, il leur est possible de faire procéder à une enquête. Il est important de tout mettre en œuvre pour fournir au tribunal les informations et les preuves ainsi recueillies par les États en question. Il est aussi souhaitable que l'assistance judiciaire de ces États au tribunal et la remise de l'accusé au tribunal soient envisagées et se pratiquent dans toute la mesure possible au même titre qu'entre États.

Article 63

32. Pour ce qui est de l'alinéa *c* du paragraphe 3, il est important que les États parties s'efforcent d'étudier la demande de remise de l'accusé émanant du tribunal, conformément à leur législation pertinente, au moins comme s'il s'agissait d'une requête émanant d'un État. À cet égard, il serait utile d'indiquer dans le statut que, si un État partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité reçoit une demande d'extradition du tribunal avec lequel il n'a pas passé de traité d'extradition, il peut, s'il décide d'accorder l'extradition, fonder juridiquement sa décision sur le présent statut pour le crime considéré.

Koweït

[Original : arabe]
[3 août 1994]

OBSERVATIONS RELATIVES À CERTAINS ARTICLES

Article 2 (Lien du Tribunal avec l'Organisation des Nations Unies)

1. Deux variantes sont proposées pour l'article 2. D'après la première proposition, le tribunal serait un

organe de l'ONU, cependant que, aux termes de la seconde, le tribunal serait lié à l'Organisation selon les modalités prévues dans le statut. La première proposition requerrait de modifier la Charte des Nations Unies pour faire du tribunal un organe de l'Organisation tandis que, si l'on retenait la seconde, il suffirait d'établir un lien quelconque entre le tribunal et l'Organisation, par exemple sous la forme d'un traité de coopération sur le modèle de ceux qui lient l'ONU et ses institutions spécialisées ou d'un traité distinct prévoyant l'élection des juges par l'Assemblée générale. En tant qu'organe judiciaire de l'Organisation des Nations Unies, le tribunal acquerrait ainsi l'autorité et la permanence voulues. La seconde proposition devrait être retenue pour les motifs avancés et parce qu'elle accélérerait l'adoption du statut. La première, par contre, rendrait sans doute nécessaire la modification de la Charte, ce qui serait malaisé dans la pratique.

Article 9 (Indépendance des juges)

2. Aux termes de l'article 9, les juges sont indépendants et ne se livrent à aucune activité interférant avec leurs fonctions judiciaires ou qui risque d'altérer la confiance dans leur indépendance et, en cas de doute, la décision est prise par la cour. À l'évidence, on entend par là que la cour se prononcera sur la question de savoir si les juges élus du tribunal remplissent ces conditions. Il faudrait donc remplacer les mots « la Cour décide » par les mots « la Cour se prononce sur la question », de manière à préciser le sens de la disposition. Reste alors à savoir comment la cour déterminerait que les personnes nommées au tribunal remplissent les conditions susmentionnées au moment où leur candidature est présentée et avant que la cour ne soit instituée. La cour sera constituée par ces mêmes juges et, de ce fait, sa formation suivra leur nomination.

Article 11 (Récusation des juges)

3. Aux termes du paragraphe 1, les juges ne peuvent participer au règlement d'une 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. À l'évidence le terme « impartialité » résulte d'une inadvertance ou d'une simple erreur typographique, car on a entendu évoquer l'existence d'un soupçon de partialité de la part des juges et non le contraire. Le préfixe « im- » devrait donc être supprimé de manière à lever l'équivoque.

4. La récusation des juges à l'occasion de toute affaire dans laquelle ils sont antérieurement intervenus à quelque titre que ce soit ou dans laquelle leur impartialité pourrait être contestée pour un motif quelconque, apparent ou potentiel, joue aussi bien entendu en raison de toutes les opinions qu'ils ont précédemment émises sur l'affaire quelle qu'en soit la nature, alors qu'ils agissaient par exemple en qualité de procureur ou de procureur adjoint participant d'une manière ou d'une autre à l'instruction de l'affaire ou à tout autre titre ou encore en qualité d'avocat défenseur comparaissant en compagnie de l'accusé à l'occasion de toute enquête antérieure au procès.

5. Aux termes des paragraphes 3 et 4, l'accusé peut également récuser un juge en vertu du paragraphe 1 et 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 et le juge récusé ne participe pas à la décision.

6. Comme il se pourrait que l'organe ainsi constitué après l'exclusion du juge ou des juges récusés soit composé d'un nombre pair de juges, le paragraphe 4 de l'article devrait être modifié afin de stipuler que toute question concernant la récusation d'un juge est tranchée à la majorité absolue des membres de la chambre intéressée et que, en cas de partage égal des voix, le Président a voix prépondérante. Il faudrait ajouter à l'article un paragraphe 5 imposant une limite au nombre de juges que l'accusé pourrait récuser pour un motif quelconque — exception faite de la récusation pour motif d'intervention antérieure dans l'affaire à un titre quelconque — de manière à prévenir que l'abus par l'accusé du droit de récusation n'entraîne une situation où il y aurait un nombre insuffisant de juges habilités à statuer sur les chefs d'accusation portés contre lui, le procès se trouvant ainsi suspendu.

Article 13 (Composition, fonctions et pouvoirs du Parquet)

7. Le paragraphe 1 dispose que le parquet comprend le procureur qui en est le chef, un procureur adjoint et tout autre personnel qualifié qui peut être nécessaire. Autrement dit, bien que les autres membres du personnel fassent partie du parquet, le projet ne définit pas de procédure aux fins de leur nomination et ne précise pas davantage les garanties qui leur seront accordées dans l'exercice de leurs fonctions d'assistance au procureur et au procureur adjoint. Le projet de statut ne spécifie pas leurs attributions et reste muet sur la manière de déterminer celles-ci et sur la question de savoir si la restriction imposée au procureur au paragraphe 7 de l'article 13 joue vis-à-vis de ces membres du personnel, à savoir l'interdiction faite à celui-ci d'exercer ses fonctions à l'égard d'une plainte concernant une personne de la même nationalité que lui.

Article 15 (Perte de fonctions)

8. Le paragraphe 2 stipule que si, au jugement des deux tiers des juges de la cour, le procureur est reconnu coupable d'une faute avérée ou d'un manquement grave au statut, il est destitué de ses fonctions. On relève dans le paragraphe 2 du commentaire sur cet article qu'un membre du Groupe de travail jugeait étrange que le procureur puisse être relevé de ses fonctions par un organe différent de celui qui l'a élu et pensait que cela risquait de porter atteinte à son indépendance devant la cour. Le Koweït partage cette opinion et considère que le procureur ne doit pouvoir être démis de ses fonctions que par l'organe qui l'a élu et non par la cour. Selon le paragraphe 4 de l'article 16 (Privilèges et immunités), pour garantir son indépendance, la cour ne peut lever l'immunité du procureur. Comment peut-elle, dès lors, être autorisée à statuer sur sa destitution ?

Article 19 (Règlement du Tribunal)

9. Aux termes de l'article 19 la cour peut, par une décision prise à la majorité des juges et sur la recommandation du Bureau, déterminer les règles applicables à la conduite des enquêtes préparatoires, à la procédure à suivre et à l'administration de la preuve dans tout procès et à toute autre question nécessaire à l'application du statut. Or, il s'agit là d'actes de caractère strictement législatifs qui viennent compléter le statut et qui, dès lors, n'entrent pas dans les attributions des juges du tribunal. Ces dispositions devraient, par conséquent, être insérées dans le statut ou jointes en annexe à celui-ci, de manière à faire aux juges du tribunal obligation de les appliquer dans toutes les affaires dont ils seraient saisis, ce qui va à l'encontre du règlement du Tribunal. La cour pourrait toutefois arrêter son propre règlement intérieur.

Article 21 (Révision du Statut)

10. L'article 21 du statut n'est pas à sa place. À notre avis, il devrait figurer parmi les clauses finales.

Article 23 (Acceptation par les États de la compétence de la Cour pour les crimes énumérés à l'article 22)

11. L'article 23 propose trois variantes de formulation à l'égard de l'acceptation par les États parties de la compétence de la cour pour les crimes énumérés à l'article 22 (Liste de crimes définis par voie de traité). Le Koweït est d'avis que la variante B va dans le sens de la finalité du statut du futur tribunal, à savoir poursuivre les auteurs de crimes relevant de sa compétence à moins qu'un État partie ne déclare qu'il n'accepte pas la compétence de la cour pour l'un ou plusieurs des crimes visés à l'article 22. Ainsi que le paragraphe 3 de l'article 23 le stipule expressément, une telle déclaration serait sans effet sur les poursuites déjà engagées en vertu du statut. Elle n'empêcherait donc pas de mener celles-ci à terme, c'est-à-dire d'achever les enquêtes ou procès qui ont pu être ouverts à raison de tout chef d'accusation ou crime visé à l'article 22 et, partant, d'en connaître à l'occasion d'un procès et de rendre des verdicts, selon le cas. Autrement dit, cette déclaration n'aurait d'effet que sur les événements et chefs d'accusation postérieurs.

Article 25 (Affaires soumises à la Cour par le Conseil de sécurité)

12. Le Koweït souscrit aux dispositions de l'article 25. Cette formule permettrait au Conseil de sécurité de faire l'économie de la création de tribunaux spéciaux. L'Assemblée générale des Nations Unies devrait également avoir la faculté de renvoyer des affaires devant la cour, surtout dans les cas où le Conseil de sécurité serait incapable d'adopter une résolution du fait de l'exercice du droit de veto par l'un de ses cinq membres permanents.

Article 31 (Engagement des poursuites)

13. L'article 31 dispose qu'une personne peut être arrêtée ou mise en détention en vertu du statut, pour une période fixée dans chaque cas par la cour, mais n'établit pas la durée maximale de cette détention. Or, il s'agit là d'une mesure exceptionnelle qui doit obéir à des limites et ne doit pas avoir une durée telle qu'elle s'assimilerait à une peine.

Article 33 (Signification de l'acte d'accusation)

14. On a déjà fait valoir qu'il serait préférable de revêtir le statut du tribunal d'une force obligatoire. Tous les États qui y auraient adhéré au statut auraient, de ce fait, accepté la compétence de la cour et seraient, dès lors, liés par ses requêtes et décisions sous l'emprise des dispositions des articles 24, 26, 29 et du paragraphe 2 de l'article 33.

Article 37 (Constitution de chambres)

15. Le Koweït partage l'opinion exprimée dans le paragraphe 4 du commentaire sur l'article 37 selon laquelle la composition des chambres devrait être déterminée à l'avance sur une base annuelle afin d'écarter toute suspicion qu'un juge ait été choisi exprès pour connaître d'une affaire déterminée.

Article 38 (Contestation de la compétence)

16. L'article 38 inspire au Koweït les observations ci-après :

a) Seuls les États qui ont un intérêt direct dans telle affaire doivent être autorisés à contester la compétence de la cour, les critères de détermination d'un intérêt dans l'affaire et les procédures applicables aux recours et exceptions étant ceux qui sont en vigueur dans le droit interne;

b) La compétence est une question fondamentale à propos de laquelle le projet de statut fait obligation au tribunal de se convaincre de son bon droit ou de se déclarer incompétent si tel lui paraît être le cas. Puisque le projet de statut donne à l'accusé le droit de contester la compétence du tribunal à tout moment, le même droit devrait être conféré à l'État, par souci de symétrie et en raison des conséquences graves qu'une accusation pourrait avoir tant pour l'accusé que pour un État partie;

c) Il serait préférable de constituer une chambre qui serait chargée de connaître des recours et exceptions préjudicielles touchant le bien-fondé de l'acte d'accusation ou de la compétence. Puisque le Bureau de la cour connaît des renvois en tant que chambre d'accusation à ce stade, il pourrait statuer sur les recours dont il serait saisi. Le fait que le Bureau délivre l'acte d'accusation n'entame nullement la valeur de cette formule puisque celui-ci est avant tout un organe judiciaire qui, on présume, ne renvoie d'affaires devant le tribunal que s'il dispose d'éléments de preuve suffisants à l'appui de l'acte d'accusation.

Article 41 [Principe de légalité (nullum crimen sine lege)*]*

17. Le Koweït ne souscrit pas aux mots « et si ses dispositions avaient été rendues applicables à l'égard de

l'accusé » figurant entre crochets à l'alinéa *a* de l'article 41, en raison du principe qui veut que la responsabilité pénale soit individuelle quel que soit le droit interne ou que l'État partie ait honoré ou non l'engagement qu'il a souscrit de réprimer dans son droit interne les actes énumérés dans les traités internationaux.

Article 44 (Droits de l'accusé)

18. Le Koweït est favorable à l'idée d'un jugement par contumace dans le cas où l'accusé aura reçu notification de l'acte d'accusation mais aura choisi de ne pas comparaître devant la cour ou se sera évadé à la suite de son arrestation. Par conséquent, le Koweït souscrit à l'hypothèse *c* telle qu'elle est formulée dans le paragraphe 3 du commentaire sur l'article, pour les motifs valables qui y sont avancés et afin de faire du jugement par contumace un instrument de dissuasion aux mains de la communauté internationale, de promouvoir la justice et de réaffirmer la primauté du droit dans la vie internationale en châtiant quiconque est convaincu d'un crime international. Le Koweït partage l'idée que le jugement par contumace doit être cassé si l'accusé venait à être appréhendé par la suite et que celui-ci devrait être autorisé à présenter sa défense au nom de la justice.

Article 45 [Autorité de la chose jugée (non bis in idem)*]*

19. L'article 45 inspire les observations ci-après :

a) On présume que les États parties auront accepté la compétence de la cour et qu'ils s'engageront, par conséquent, à renoncer à intenter des poursuites pénales si la cour devait ouvrir des enquêtes, de manière à ce que l'accusé ne soit pas jugé simultanément par deux organes judiciaires. À cet égard, le projet de statut devrait régler un certain nombre de questions dont celles de savoir ce que les États parties devraient faire pour traduire l'accusé devant leurs tribunaux internes au cas où la cour aurait ouvert des enquêtes et s'ils sont dans l'impossibilité d'agir ou s'ils peuvent continuer leurs poursuites;

b) Le paragraphe 2 stipule, notamment, que 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 statut que si le fait en question était qualifié de crime ordinaire. Le principe est que nul ne peut être jugé à deux reprises pour le même crime même si celui-ci était qualifié autrement. Par suite, si un acte reçoit la qualification de violences graves, l'auteur ne peut être jugé de nouveau pour le même acte si celui-ci venait à être qualifié de torture ou traitement inhumain. Cela n'interdit pas de traduire en justice une personne qui aurait commis des actes constitutifs d'un crime international autres que ceux pour lesquels il aurait été jugé.

20. Du reste, l'alinéa *b* du paragraphe 2 règle cette question de manière satisfaisante en ce sens que, si l'on se trouve en présence d'une parodie de procès, il serait possible de traduire l'accusé devant la cour pour répondre du crime tel qu'il aurait été qualifié par le droit interne ou sous toute autre qualification.

21. Si, toutefois, l'accusé peut être jugé pour le même acte, si celui-ci est qualifié de crime international, on doit dès lors faire obligation au tribunal international de prendre en considération la peine qui aurait été prononcée par le tribunal interne.

Article 50 (Quorum et majorité requise pour les décisions)

22. L'article 37 prévoit que toute chambre est composée de cinq juges. Le Koweït est d'avis que tous ces juges doivent assister à toutes les phases de l'instance, y compris les audiences, les délibérations et le prononcé du jugement, de sorte que le nombre des membres de la chambre ne soit pas inférieur à celui stipulé par l'article 37 et que l'on ne soit pas en présence de cinq juges dans telle affaire et de quatre dans telle autre, ce qui violerait le principe de l'égalité des accusés devant la loi. De ce fait, l'article 50, qui requiert la présence de quatre juges seulement, va à l'encontre des principes susmentionnés.

Article 53 (Peines applicables)

23. Le Koweït estime que la détermination de la peine doit se faire en vertu du droit pénal international et non d'un quelconque code de procédure pénale, et qu'une peine doit être fixée pour chaque crime conformément aux dispositions relatives aux crimes et aux peines.

Article 55 (Appel d'un jugement ou d'une condamnation)

24. L'article 55 inspire les observations ci-après :

a) L'article ne définit pas de délai précis pour faire appel d'un jugement. Il en résulte qu'un jugement peut être attaqué à tout moment, ce qui remet en cause le caractère définitif des jugements rendus par le tribunal;

b) La chambre d'appel doit comporter plus de membres que la chambre de première instance, de préférence sept membres;

c) Il devrait être stipulé qu'un juge qui a participé au prononcé du jugement initial ne doit pas siéger en appel car il s'agit là d'une garantie fondamentale en matière de poursuites judiciaires.

25. De l'avis du Koweït, il ne devrait être constitué aucune chambre d'appel distincte pour des raisons d'économie et parce qu'il se pourrait que le nombre des appels ne justifie pas la création d'une telle chambre. On devrait plutôt en former une, selon que de besoin, qui regrouperait des juges autres que ceux qui auraient pris part au jugement en cause.

26. Bien que la plupart des constitutions interdisent d'extrader des citoyens ou des nationaux, lorsque les États parties acceptent la compétence de la cour, cette dernière partage sa compétence avec les tribunaux internes en connaissant des affaires dont elle est saisie. Cela implique l'obligation de lui remettre les citoyens ou nationaux accusés au cas où elle en ferait la demande.

Malte

[Original : anglais]
[29 juin 1994]

Observations générales

1. Le Gouvernement maltais prend acte et se félicite du rapport du Groupe de travail sur un projet de statut pour une cour criminelle internationale, qui contient un ensemble complet et cohérent de projets d'articles sur la question.

2. Le Gouvernement maltais souscrit à l'idée de la création d'une cour pénale internationale ainsi que le Vice-Premier Ministre et Ministre des affaires étrangères de Malte, M. Guido de Marco, l'a déjà affirmé à l'occasion de la Conférence internationale pour la protection des victimes de la guerre qui s'est tenue à Genève du 30 août au 1er septembre 1993 et lors du débat général à la quarante-huitième session de l'Assemblée générale des Nations Unies. Cette position a été réitérée lors de la réunion des chefs d'État du Commonwealth qui s'est tenue à Chypre en octobre 1993.

3. De l'avis du Gouvernement maltais, le lien entre le tribunal et l'Organisation des Nations Unies est essentiel tant pour la création de la cour que pour sa survie à long terme. C'est pourquoi il préférerait que le tribunal soit un organe de l'Organisation des Nations Unies. Toutefois, vu les difficultés d'ordre pratique et technique évoquées lors du débat sur ce sujet et, en particulier, la controverse sur la question de savoir si cette formule nécessiterait une modification de la Charte des Nations Unies, Malte est disposée à accepter que le tribunal soit créé par un statut qui prendrait la forme d'un traité conclu entre les États. Si l'on retenait cette seconde solution, il serait essentiel de tisser, par le biais d'accords appropriés, des liens de coopération étroits entre la cour et l'Organisation des Nations Unies, dans la mesure où ces liens contribueraient grandement à renforcer l'autorité et l'efficacité du tribunal ainsi que son audience universelle.

Observations relatives à certains articles

4. Aux termes de l'article 4 (Statut du Tribunal), le tribunal, au lieu d'être un organe permanent, siégerait lorsque cela serait nécessaire. Sans méconnaître le fait qu'une telle formule est moins onéreuse et, par conséquent, plus attrayante pour les éventuels parties au traité, le Gouvernement maltais est d'avis que l'affaiblissement et la perte d'indépendance et d'autorité qui résulteraient pour le tribunal du fait de l'absence de continuité risqueraient de remettre en cause sa survie. La possibilité que le Président de la cour puisse devenir membre à temps plein si les circonstances l'exigeaient ne résout guère le problème.

5. Les dispositions restantes de la première partie qui englobe les articles 1 à 21 ne soulèvent que peu de problèmes aux yeux de Malte.

6. Malte convient avec le Groupe de travail que les juges ne doivent pas être rééligibles. Elle estime cependant que le mandat de douze ans pourrait être raccourci.

7. La deuxième partie du projet (Compétence et droit applicable) tente sérieusement de régler une série de questions complexes. Malte souscrit à la démarche fondamentale que le Groupe de travail a suivi s'agissant de la compétence *ratione materiae* du tribunal. Une liste de crimes définis par voie de traités à l'exemple de ceux énumérés à l'article 22 pourrait constituer le siège de cette compétence. Dans ce contexte, la création d'une cour criminelle internationale compétente pour connaître des crimes contre l'humanité, des crimes de guerre, du terrorisme international et du trafic mondial de stupéfiants offrirait un mécanisme institutionnel permettant de faire face aux manifestations internationales de ces infractions.

8. En ce qui concerne l'article 23 (Acceptation par les États de la compétence de la Cour pour les crimes énumérés à l'article 22), Malte réitère sa position en faveur d'un régime juridictionnel souple, qui encouragerait un plus grand nombre d'États à devenir parties au statut. Les deux formules de « participation sélective » (variantes B et C) permettent d'atteindre l'objectif d'autoriser les États qui souhaitent devenir parties au statut de décider des crimes à raison desquels ils seraient disposés à accepter la compétence de la cour. La présomption initiale d'incompétence de la cour énoncée dans la variante A rendrait cette dernière sans doute moins contraignante pour les éventuels États parties.

9. Malte prend note du fait que le projet de statut n'établit pas de lien entre la création de la cour et l'entrée en vigueur du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Un tel lien pourrait se révéler préjudiciable à la création rapide de la cour et devrait donc être évité.

10. Tout en saisissant le sens du raisonnement que le Groupe de travail fait dans le commentaire sur l'article 25 (Affaires soumises à la Cour par le Conseil de sécurité), Malte estime que le libellé dudit article pourrait être amélioré à la lumière du paragraphe 2 du commentaire.

11. De l'avis du Gouvernement maltais, le paragraphe 2 de l'article 26 (Acceptation spéciale par des États de la compétence de la Cour dans des cas autres que ceux visés à l'article 22) qui donne à la cour compétence à raison de tous crimes au regard du droit international général pourrait susciter des incertitudes quant à la bonne application du principe *nullum crimen sine lege*, dans la mesure où on peut se demander si ces crimes sont définis avec suffisamment de précision pour constituer la base de la compétence pénale de la cour. Cette disposition pourrait être source de difficulté pour Malte eu égard au paragraphe 8 du chapitre 39 de la Constitution maltaise qui dispose ce qui suit :

> 8. Nul ne peut être déclaré coupable d'une infraction pénale à raison d'un acte ou d'une omission qui, au moment où il a été commis ne constituait pas une telle infraction, de même il ne peut être infligé aucune peine à raison d'une infraction pénale qui soit par nature plus sévère que la peine maximale qui aurait pu être imposée pour cette infraction à l'époque où elle avait été commise.

12. On voit que cette disposition est presque identique à l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui énonce le même principe presque textuellement et à l'article 11 de la Déclaration universelle des droits de l'homme qui consacre ce principe. Par ailleurs, la reconnaissance de la

compétence de la cour criminelle internationale pourrait impliquer l'adoption des modifications d'ordre constitutionnel, ainsi que la conclusion de traités d'extradition avec les États parties intéressés et l'Organisation des Nations Unies. Le tout implique forcément un nombre considérable de modifications dans les lois.

13. Malte souscrit largement aux dispositions des troisième à septième parties du projet de statut, qui traitent notamment de diverses questions de procédure d'importance primordiale. Elle note avec satisfaction que l'article 53 (Peines applicables) n'habilite pas la cour à prononcer une peine capitale. En revanche, la possibilité, quoique restreinte, de rendre des jugements par contumace ouverte à l'alinéa *h* du paragraphe 1 de l'article 44 (Droits de l'accusé) devrait être écartée à l'occasion de la révision du projet de statut car on ne gagne nullement à instituer une justice purement déclamatoire qui risquerait de porter atteinte aux droits de l'accusé.

Conclusion

14. Malte espère vivement que la Commission du droit international présentera rapidement une version révisée du projet de statut établi par le Groupe de travail de 1993. Le Gouvernement maltais pense que les travaux que la CDI entreprend sur cette matière contribueront de façon déterminante à répondre à la nécessité d'une cour criminelle internationale de plus en plus ressentie par la communauté internationale.

Mexique

[Original : espagnol]
[15 février 1994]

Observations générales

1. Le Gouvernement mexicain ne prétend pas faire un commentaire exhaustif du rapport du Groupe de travail de la Commission du droit international sur un projet de statut pour une cour criminelle internationale, car ses observations ne portent que sur les aspects de la question de la création d'un tribunal pénal international qui doivent, selon lui, être analysés avec le plus grand soin.

2. Le Mexique accueille avec satisfaction le rapport du Groupe de travail de 1993. Ce rapport, qui va au fond des choses, a, sans nul doute, fait avancer l'étude de la question, mais a aussi mis en lumière les divers problèmes complexes qui devront être résolus avant qu'un tel tribunal puisse être créé.

3. Il faut donc que le Groupe de travail analyse avec soin les observations faites par les divers États, tant lors des débats qui ont eu lieu à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, lors de sa quarante-huitième session, que dans les commentaires qu'ils ont pu présenter par la suite.

Observations particulières

4. Le tribunal proposé dans le projet de statut serait un organe qui ne fonctionnerait que lorsqu'il serait saisi d'une affaire. Ce type de mécanisme, de par son pragmatisme, devrait recevoir l'appui de l'ensemble de la communauté internationale.

5. Pour ce qui est des modalités de création, il est apparu à la dernière session de l'Assemblée générale que la majorité des États était favorable à la création d'un tribunal par voie d'accord international. Le Mexique, pour sa part, se prononce pour cette solution et estime que pour résoudre les problèmes de fond que pose la création d'une juridiction pénale internationale, il faut que le mécanisme envisagé soit défini dans un traité international par lequel chaque État s'obligerait comme il l'entend et qui garantirait pleinement le respect du principe *res inter alios acta*.

6. Le lien entre le tribunal et l'Organisation des Nations Unies est une question qui a été abordée de diverses manières. Si la majorité des États estime nécessaire que le tribunal soit relié au système des Nations Unies, le débat se poursuit quant à la façon d'y parvenir. Étant donné qu'il s'agit d'un mécanisme juridictionnel dont l'impartialité et l'indépendance sont des attributs essentiels, le Mexique estime que le lien avec l'Organisation doit se limiter à un accord de collaboration. Le tribunal ne doit pas être un organe de l'Organisation des Nations Unies, comme cela est proposé entre crochets dans l'article 2.

7. Les articles 19 et 20 du projet de statut donnent à la cour la faculté d'établir son règlement et ses procédures propres ainsi que les règles applicables à l'administration de la preuve et, en général, les règles applicables à toute question nécessaire à l'application du statut. Le Mexique estime que cette faculté est trop large. Dans l'intérêt de la sécurité juridique, il serait préférable que le statut pose, de la manière la plus claire possible, les règles appelées à régir le fonctionnement de la cour et que celle-ci ait uniquement la faculté de prendre les dispositions administratives.

8. Le respect du principe *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* oblige à accorder une attention particulière aux crimes auxquels s'étendra la compétence du tribunal. Le Mexique estime que seuls les crimes internationaux d'une gravité exceptionnelle devraient entrer dans le champ d'action du tribunal. Il importe donc que soit analysée avec le plus grand soin la liste figurant à l'article 22 (Liste de crimes définis par voie de traité), car il ne suffit pas qu'un crime tombe sous le coup des dispositions d'un traité international pour que cela confère compétence au tribunal.

9. D'autre part, les dispositions des articles 25 et 26, qui donneraient au Conseil de sécurité la faculté de soumettre des affaires au tribunal et conféreraient au tribunal compétence pour connaître des violations des normes impératives du droit international ainsi que des crimes d'une gravité exceptionnelle prévus dans les législations nationales, posent dans la pratique de sérieux problèmes de légalité. Il est donc indispensable de procéder, à la lumière de la nature juridique du droit pénal, à une étude approfondie de la portée de ces dispositions.

10. L'un des problèmes que pose la création d'un tribunal pénal international est sans nul doute celui du droit applicable. L'article 28 prévoit que, pour régler les affaires qui lui seront soumises, la cour appliquera le statut, les traités internationaux, les règles et principes généraux du droit international et, à titre subsidiaire, toute règle de droit national. Une disposition d'une aussi large portée, qui laisse à la cour toute latitude pour choisir la norme à appliquer, outre qu'elle ouvre la porte à l'insécurité juridique, fait entorse à un principe fondamental du droit pénal, le principe de légalité. Il faut donc tout d'abord faire progresser l'intégration des règles de fond du droit pénal international.

11. En matière de coopération internationale et d'assistance judiciaire, il faut que les mécanismes prévus pour la remise au tribunal des présumés auteurs tiennent toujours compte de la nécessité de respecter à tout moment les garanties de légalité que les législations nationales accordent, en général, aux personnes. L'appui qui sera obtenu de la communauté internationale sera fonction de la façon dont le statut répondra à cette préoccupation. Les jugements par défaut, les opinions dissidentes, la question de la double incrimination et celle de l'appel suscitent encore des préoccupations considérables chez les membres de la communauté internationale. Les problèmes que pose la création d'une juridiction pénale internationale sont légion. Le Mexique est, toutefois, convaincu que le Groupe de travail saura trouver des solutions satisfaisantes.

12. Seul un tribunal ayant pour objet de garantir vraiment le respect du droit et au sein duquel se conjuguent l'efficacité, la légalité et l'impartialité pourra obtenir l'appui de la communauté internationale.

Norvège

*[Voir **Pays nordiques**]*

Nouvelle-Zélande

[Original : anglais]
[23 février 1994]

1. En réponse à la demande formulée par l'Assemblée générale dans sa résolution 48/31 du 9 décembre 1993, le Gouvernement néo-zélandais soumet les observations ci-après sur le projet de statut d'un tribunal pénal international établi par la Commission du droit international.

Observations relatives à certains articles

Article 2 (Lien du Tribunal avec l'Organisation des Nations Unies)

2. La Nouvelle-Zélande est d'avis qu'un tribunal pénal international devrait être institué par un statut ayant la forme d'un traité entre États parties. Elle ne considère pas que la question de la forme que doit prendre le lien du tribunal avec l'Organisation des Nations Unies soit un point essentiel du projet de statut. L'objet du tribunal est d'administrer la justice criminelle pour le compte de la communauté internationale et il faut montrer l'importance de ce rôle en donnant au tribunal un statut judiciaire approprié au sein du système des Nations Unies, comme dans le cas de la Cour internationale de Justice. La Nouvelle-Zélande serait donc favorable à l'idée que le tribunal soit un organe de l'Organisation des Nations Unies, mais estime qu'il n'y a pas lieu d'examiner plus avant la question de savoir si cette formule est possible et facilement réalisable conformément à la Charte des Nations Unies.

Article 7 (Élection des juges)

3. La Nouvelle-Zélande n'ignore pas que le statut du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie a servi de modèle pour la procédure relative à la présentation des candidatures prévue au paragraphe 2 de l'article 7. Le tribunal, toutefois, sera un organe permanent et non un organe ad hoc. Une procédure comparable à celle qui est prévue à l'Article 4 du Statut de la Cour internationale de Justice, selon laquelle les candidats sont présentés par un organe indépendant et non par les États parties, pourrait rehausser la qualité de la composition de la cour.

4. L'article 7 du projet s'écarte du modèle fourni par le Statut de la CIJ à plusieurs égards. De l'avis de la Nouvelle-Zélande, la durée du mandat des juges devrait être ramenée de douze à neuf ans pour être alignée sur celui des juges de la CIJ (Article 13 du Statut de la CIJ).

5. Par ailleurs, la Nouvelle-Zélande n'est pas convaincue par les arguments avancés contre la réélection des juges. Aussi bien le Statut de la Cour internationale de Justice que le statut du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie prévoit la réélection des juges. Il conviendrait donc de réexaminer cette question en vue de prévoir un mandat plus court associé à la possibilité de réélection.

Article 19 (Règlement du Tribunal)

Article 20 (Règlement intérieur de la Cour)

6. Il est tout à fait justifié d'avoir fait une distinction entre le règlement du tribunal (art. 19) et le règlement intérieur de la cour (art. 20). De l'avis de la Nouvelle-Zélande, il est juste qu'il y ait un pouvoir réglementaire général et que les règles régissant la procédure à suivre et l'administration de la preuve soient publiées. L'article 20, tel qu'il est rédigé, prévoit simplement que la cour décide de sa propre procédure interne.

Article 21 (Révision du Statut)

7. La Nouvelle-Zélande appuie la disposition de l'article 21, qui prévoit la révision du statut au bout de cinq ans. Elle est en outre d'avis qu'il faudrait ajouter une disposition prévoyant qu'une conférence de révision aura lieu *tous* les cinq ans. La prévision est en effet importante, compte tenu des dispositions juridictionnelles prévues dans la deuxième partie du statut. La Nouvelle-Zélande convient que cet article serait peut-être plus à sa place dans les clauses finales du statut.

Article 22 (Liste de crimes définis par voie de traité)

8. La Nouvelle-Zélande appuie l'article 22 sous sa forme actuelle. Si l'on veut qu'il ait du crédit, il importe que le tribunal pénal international fasse l'objet dès le début d'un large consensus. Par conséquent, son pouvoir juridictionnel doit s'étendre aux seuls crimes considérés comme tels au regard du droit international à l'égard desquels la compétence du tribunal sera facilement acceptée par un grand nombre d'États. La Nouvelle-Zélande appuie la liste des crimes internationaux définis par voie de traité dressée par la CDI. Il faudrait aussi envisager d'ajouter d'autres crimes internationaux particulièrement graves et importants, en particulier l'agression et les crimes de guerre, qui ne constituent pas des « infractions graves » au sens de l'alinéa *b* de l'article 22.

9. La Nouvelle-Zélande approuve la distinction qui est faite entre les traités qui définissent des crimes comme « crimes internationaux » et ceux dans lesquels les crimes visés relèvent davantage du droit interne que du droit international. Elle est d'avis qu'il faudra tenir compte de cette distinction lorsqu'on envisagera d'ajouter de nouveaux crimes à ceux qui sont énumérés à l'article 22.

10. La Nouvelle-Zélande note qu'il y a eu des voix pour demander que certains crimes liés à la drogue — trafic illicite international, blanchiment de l'argent provenant de la drogue et activités des narco-terroristes qui compromettent la paix et la sécurité internationales — soient inclus dans l'article 22. Tout en reconnaissant pleinement la gravité de ces crimes, la Nouvelle-Zélande estime que la cour ne devrait être compétente à leur égard que dans les conditions prévues à l'article 26, c'est-à-dire sous réserve du consentement spécial des États.

11. La Nouvelle-Zélande note qu'il est difficile de décider si la torture (telle qu'elle est définie dans la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants) remplit aussi les conditions requises pour figurer dans la liste des crimes prévus à l'article 22. La Nouvelle-Zélande reconnaît qu'il faut tracer une limite entre les deux éléments de la compétence (ainsi que le souligne le commentaire sur l'article 22), mais estime qu'il faudrait examiner plus à fond la place à donner au crime qu'est la torture.

Article 23 (Acceptation par les États de la compétence de la Cour pour les crimes énumérés à l'article 22)

12. En théorie, la compétence de la cour devrait automatiquement être obligatoire pour tout État qui devient partie au statut du tribunal. La Nouvelle-Zélande reconnaît toutefois qu'en pratique il est peu probable, s'il en était ainsi, que le tribunal pénal international recueille l'adhésion du plus grand nombre possible d'États.

13. La Nouvelle-Zélande est d'avis que la souplesse qu'offre la variante A de l'article 23 risque de nuire au bon fonctionnement de la cour. Elle préfère la variante B, qui est un meilleur moyen d'assurer une base solide et sûre à la compétence de la cour pour les crimes prévus à l'article 22. Si la variante B est adoptée, la Nouvelle-Zélande suggère d'y incorporer aussi le paragraphe 4 de la variante A, où il est prévu que les États qui ne sont pas parties au statut peuvent reconnaître la compétence de la cour pour certains des crimes ou pour tous les crimes visés à l'article 22.

Article 24 (Compétence de la cour aux termes de l'article 22)

14. On ne voit pas clairement si le paragraphe 2 de l'article 24 est applicable dans le cas d'une affaire soumise par le Conseil de sécurité en vertu de l'article 25. La Nouvelle-Zélande est d'avis qu'il devrait l'être, à moins que des raisons impérieuses ne s'y opposent. S'il est juste que l'État intéressé doive accepter la compétence de la cour dans les conditions visées au paragraphe 2 de l'article 24, il semble juste qu'il doive aussi l'accepter pour une affaire soumise par le Conseil de sécurité plutôt que de laisser un État ayant compétence à l'égard du crime en cause juger l'affaire lui-même (art. 24, par. 1). Toutefois, il est clair que tel ne serait pas le cas si le Conseil de sécurité, en soumettant une affaire, agissait en vertu des pouvoirs qui lui sont dévolus au Chapitre VII de la Charte des Nations Unies.

Article 25 (Affaires soumises à la Cour par le Conseil de sécurité)

15. La question de la relation entre le tribunal pénal international et le Conseil de sécurité est d'une importance fondamentale. Comme la Charte des Nations Unies confère au Conseil de sécurité la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales, la Nouvelle-Zélande convient qu'il y a des raisons, en principe, de prévoir que le Conseil de sécurité peut soumettre des affaires à la cour. Il peut être d'autant plus nécessaire de lui reconnaître ce pouvoir qu'une information ne peut sinon, être ouverte que sur plainte des États.

16. Il semble être envisagé 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. De l'avis de la Nouvelle-Zélande, il devrait être clairement précisé que, en prévoyant que le Conseil de sécurité a le droit de soumettre des affaires à la cour, l'article 25 est subordonné aux pouvoirs qui sont dévolus au Conseil de sécurité par la Charte des Nations Unies et n'empiète aucunement sur l'étendue de ces pouvoirs.

17. La Nouvelle-Zélande doute qu'il soit possible d'étendre à l'Assemblée générale le pouvoir de saisir la cour, compte tenu du rôle et des pouvoirs différents dont la Charte des Nations Unies dote l'Assemblée générale.

Article 26 (Acceptation spéciale par des États de la compétence de la Cour dans des cas autres que ceux visés à l'article 22)

18. Il est évident que la compétence *ratione materiae* de la cour doit être limitée aux crimes ayant un caractère international. De tels crimes peuvent être identifiés par référence aux traités en vigueur. En outre, cependant, le Gouvernement néo-zélandais estime qu'il faut examiner la question également sous l'angle du droit coutumier.

19. Le Gouvernement néo-zélandais estime que, en principe, la cour devrait être compétente pour les crimes au regard du droit international coutumier. En principe, cependant, les actes constituant des crimes internationaux et relevant de la compétence d'une cour criminelle internationale doivent être définis avec le plus de clarté et de précision possible. La Nouvelle-Zélande souhaiterait que le libellé de l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 26 corresponde à ces critères.

Article 29 (Dépôt d'une plainte)

20. Le Gouvernement néo-zélandais est d'avis que le procureur devrait être habilité à ouvrir une information en l'absence de plainte, lorsqu'il s'agit d'un crime qui relève manifestement de la compétence de la cour mais dont le procureur a établi qu'aucun État n'était désireux ni en mesure de le poursuivre. Le Gouvernement néo-zélandais note que l'Article 99 de la Charte des Nations Unies donne des pouvoirs pratiquement équivalents au Secrétaire général de l'Organisation à l'effet de saisir le Conseil de sécurité. Il convient de noter également que le paragraphe 2 de l'article 32 (Acte d'accusation) et l'article 38 (Contestation de la compétence) doivent permettre d'éviter un élargissement indu des pouvoirs du procureur.

Article 30 (Information et établissement de l'acte d'accusation)

21. En ce qui concerne le paragraphe 1 de l'article, le Gouvernement néo-zélandais doute qu'il faille habiliter le Bureau à ordonner au procureur d'engager des poursuites lorsque celui-ci décide qu'il n'y a pas lieu de poursuivre; un tel ordre risque d'être interprété par la partie — ou l'État — lésée comme indiquant une prévention ou un préjugé et risque d'empiéter sur les attributions que le procureur doit pouvoir exercer en toute indépendance.

22. Le Gouvernement néo-zélandais se félicite que le paragraphe 4 de l'article prévoie une disposition garantissant les droits d'une personne durant la phase de l'instruction avant que cette personne ait été effectivement inculpée d'un crime.

Article 38 (Contestation de la compétence)

23. Le Gouvernement néo-zélandais, se fondant sur le fait que la cour a reçu un mandat collectif de tous les États parties, approuve que l'article donne à tout État partie le droit de contester la compétence de la cour, et pas seulement aux États qui ont un intérêt direct dans l'affaire.

Article 41 [Principe de légalité (nullum crimen sine lege)*]*

24. Le Gouvernement néo-zélandais est d'avis que le statut, au lieu de conserver le texte figurant entre crochets à l'alinéa *a* de l'article, devrait préciser si la disposition en question vise les traités généralement en vigueur ou l'État dont l'individu concerné est un ressortissant. Si, comme le Gouvernement néo-zélandais le croit, c'est cette dernière hypothèse qui est envisagée, il faudrait le préciser.

Article 44 (Droits de l'accusé)

25. Selon le Gouvernement néo-zélandais, l'alinéa *b du* paragraphe 1 de l'article devrait garantir le droit de l'accusé d'assurer lui-même sa défense ou de se faire assister par un défenseur, au lieu de se borner à garantir son droit d'être informé de l'existence de ces droits.

26. Sur le fond, il faudrait ajouter à l'alinéa *b* du paragraphe 1, après le mot « moyens », le mot « suffisants » pour éviter de donner l'impression que l'accusé doit avoir épuisé tous ses moyens avant de faire valoir son droit à l'assistance judiciaire. Il faudrait également préciser que cette assistance judiciaire doit être « adéquate » et « gratuite ».

27. Le Gouvernement néo-zélandais est opposé aux procès par contumace et n'approuve donc pas l'alinéa *h* du paragraphe 1 de l'article 44. Le droit de l'accusé d'être présent à son procès est un principe fondamental qui est consacré, comme la CDI elle-même le fait observer, par l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Le Gouvernement néo-zélandais rejoint pleinement les vues exprimées par le Secrétaire général dans son rapport concernant la création d'un tribunal international pour l'ex-Yougoslavie, présenté conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité :

> Il va sans dire que le Tribunal international doit respecter pleinement les normes internationalement reconnues touchant les droits de l'accusé à toutes les phases de l'instance. De l'avis du Secrétaire général, les normes internationalement reconnues sont également énumérées à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques[1].

On notera que l'article 21 du statut de ce tribunal interdit les procès par contumace.

28. Le Gouvernement néo-zélandais n'ignore pas qu'il peut être difficile, dans certains cas, de traduire un présumé auteur devant la cour en l'absence d'un appareil répressif international, mais il n'est pas convaincu par les arguments avancés pour déroger au principe selon lequel il ne devrait y avoir aucun procès par contumace. Un des incidents liés à la procédure criminelle qui peuvent se produire consiste précisément dans le fait qu'une personne accusée peut essayer de mettre des obstacles au déroulement de la justice. Le fait que la cour est appelée à connaître des crimes internationaux les plus graves ne justifie pas qu'on admette une exception à ce principe. On pourrait tout aussi bien soutenir que, plus le crime est grave, plus il faut s'attacher à préserver les droits et garanties fondamentaux.

[1] S/25704, par. 106.

29. Le Gouvernement néo-zélandais n'estime pas qu'une condamnation par contumace constituerait une sorte de « sanction morale ». Il est plus plausible qu'un jugement par contumace soit considéré comme ayant pour effet de mettre la cour internationale au-dessus de la loi et que cela compromette la crédibilité de la cour et sa capacité de se prononcer en toute impartialité dans le cadre des normes établies en matière de droits de l'homme. Par ailleurs, le Gouvernement néo-zélandais ne croit pas qu'il suffit, pour respecter le principe, de délimiter les cas où des exceptions peuvent être autorisées. Il faut s'en tenir strictement au principe, conformément à la législation internationale en vigueur en matière de droits de l'homme.

Article 45 [Autorité de la chose jugée (non bis in idem)*]*

30. En principe, le Gouvernement néo-zélandais est opposé à toute dérogation au principe *non bis in idem*. Il note que l'article a été libellé avec soin et qu'il confère à la cour un rôle qui s'apparente davantage à celui d'une instance d'appel ou de contrôle vis-à-vis des tribunaux nationaux. Il note également que l'article est calqué sur l'article 10 du Statut du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie et qu'il ne trouve à s'appliquer que dans des cas exceptionnels. Il faudrait cependant examiner de manière plus approfondie si l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article est approprié dans ce contexte, étant donné que la base juridictionnelle de la cour sera plus large que celle du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie.

Article 51 (Jugement)

31. En ce qui concerne le paragraphe 2 de l'article, le Gouvernement néo-zélandais estime qu'il faudrait autoriser des opinions dissidentes. On commettrait une erreur, en principe, en interdisant aux juges d'exprimer leurs vues et on leur réserverait un statut inférieur par rapport à celui que prévoient à cet égard la CIJ et le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie. Des opinions dissidentes ou individuelles peuvent également s'avérer très importantes pour la jurisprudence de la cour, ainsi que pour le défendeur qui déciderait de faire appel d'une condamnation et pour les chambres d'appel ayant à infirmer ou confirmer une condamnation.

Article 58 (Coopération internationale et assistance judiciaire)

32. Cet article est calqué pour l'essentiel sur l'article 29 du Statut du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie. Le Gouvernement néo-zélandais note que les États parties devront régler un certain nombre de points lorsqu'ils adapteront comme il se doit leur législation interne conformément à l'article. Il faudrait donc examiner d'autres points qui présentent une importance pour les pays du point de vue de leur législation interne, notamment : les motifs qui peuvent être invoqués pour refuser une demande d'assistance; qui supporte le coût d'une assistance qui s'avère onéreuse; et la manière dont les autorités nationales chargées de faire respecter la loi peuvent user d'un pouvoir de contrainte.

Article 61 (Communications et teneur de la documentation)

33. Au paragraphe 3 de l'article, on pourrait prévoir que la documentation doit comporter également les éléments suivants :

a) Des détails sur la forme que doivent éventuellement revêtir les renseignements sur les éléments de preuve pour pouvoir être invoqués ultérieurement devant la cour;

b) Une déclaration exposant, le cas échéant, les raisons pour lesquelles la cour exige le respect du secret;

c) Le délai dans lequel il devra être satisfait à la demande.

Article 63 (Remise de l'accusé au Tribunal)

34. Le Gouvernement néo-zélandais souhaiterait qu'au paragraphe 6 de l'article, on prévoie, en outre, qu'un État peut différer l'application du paragraphe 3 si l'accusé souffre de troubles psychiques ou est trop malade pour voyager et assister au procès.

CONCLUSION

35. Plusieurs dispositions du projet de statut ont trait à la corrélation qui existe en ce qui concerne les crimes visés entre, d'une part, les tribunaux nationaux et les procédures nationales et, d'autre part, le tribunal pénal international. Il faudrait envisager la possibilité d'appeler l'attention de manière appropriée, peut-être dans le préambule du statut, sur cette corrélation et sur les rôles respectifs et complémentaires des procédures nationales et des procédures internationales.

Panama

[Original : espagnol]
[8 mars 1994]

1. Le Gouvernement panaméen estime que le trafic international de drogues et les violations systématiques des droits de l'homme ne doivent pas figurer dans le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, car ces crimes font déjà l'objet de conventions internationales et il existe des organismes spécialisés qui ont créé des commissions pour examiner ces sujets, comme c'est le cas du dispositif américain de protection des droits de l'homme créé par l'Organisation des États américains, ainsi que de la Commission interaméricaine des droits de l'homme et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme.

2. En ce qui concerne la création du tribunal pénal international, le Gouvernement panaméen estime que le projet d'articles ne répond pas pleinement aux espoirs placés par les États Membres de l'ONU dans un tribunal de cette nature, car il n'offre pas les garanties d'un tribunal supranational, il comporte des limitations du point de vue des langues de travail (voir art. 18) et il manque de clarté en ce qui concerne l'acceptation par les États de la compétence de la cour pour les crimes contre la paix et la sécu-

rité de l'humanité. Il n'envisage que l'assentiment de l'État lésé et non celui de l'État agresseur, et il rend l'application des sanctions illusoire, puisqu'il la fait dépendre de la ratification par l'État qui n'accepte pas la compétence de la cour.

3. Cela étant, compte tenu du travail accompli à ce jour par la CDI, le Gouvernement panaméen est convaincu qu'il se trouvera des mécanismes juridiques d'entente et de consensus permettant de surmonter les difficultés et d'éviter les écueils.

4. Le Gouvernement panaméen estime que l'élaboration de règles de cette nature doit se faire sur la base de consultations très larges avec les milieux scientifiques et politiques de manière à harmoniser le plus possible les points de vue des États Membres.

Pays nordiques

[Original : anglais]
[15 février 1994]

Observations générales

1. Comme on peut le lire dans la déclaration faite sur cette question par les pays nordiques au cours du débat à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, lors de sa quarante-huitième session[1], il faut féliciter la CDI pour avoir mené à bien l'élaboration de ce projet de statut d'un tribunal pénal international. La création d'un tel tribunal est un projet de la plus haute importance pour la communauté internationale. Il s'agit d'une tâche difficile et délicate, mais elle est réalisable. On ne peut qu'être encouragé par l'esprit de coopération qui s'est manifesté de la part des États lors de la récente discussion de la question.

2. Les pays nordiques exposent ci-après les observations qu'appellent de leur part les projets d'articles, ainsi que certains points mentionnés dans le commentaire des projets d'articles. À titre d'observation préliminaire générale, on notera que, en ce qui concerne les aspects du statut relatifs à la procédure, au lieu d'en rester à l'énoncé des principes généraux, il faudrait être aussi précis que possible.

Observations relatives à certains articles

Première partie. — Institution et composition du Tribunal

Article 2 (Lien du Tribunal avec l'Organisation des Nations Unies)

3. L'alternative présentée dans cet article n'a aucun rapport avec la question de l'indépendance du tribunal. Les pays nordiques ont une préférence marquée pour un tribunal qui serait un organe judiciaire de l'Organisation des Nations Unies. Le tribunal doit recevoir de l'Organisation un mandat non équivoque, qui garantisse sa permanence et sa légitimité. En outre, un tel mandat élargirait le champ d'acceptation du tribunal et permettrait de faire l'économie d'une bureaucratie distincte disposant, par exemple, d'un comité permanent. À cet égard, on pourrait s'inspirer, notamment, des arrangements qui ont permis la création du Tribunal administratif des Nations Unies.

4. Cependant, au cas où le tribunal ne deviendrait pas un organe de l'Organisation des Nations Unies, il faudrait néanmoins veiller à établir un lien officiel avec l'Organisation. On pourrait s'inspirer à cet égard du paragraphe 9 de la résolution 47/111 de l'Assemblée générale, en date du 16 décembre 1992, dans laquelle l'Assemblée a prévu des arrangements concernant les organes créés en vertu de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Article 5 (Organes du Tribunal)

5. Les pays nordiques tiennent à souligner la nécessité de garantir l'indépendance du parquet par rapport à la cour.

Article 8 (Sièges vacants)

6. Conformément à cet article, un juge élu en vue de pourvoir un siège vacant peut rester en fonction plus longtemps (seize ans) qu'un juge élu selon la procédure ordinaire. Cette disposition peut ne pas paraître souhaitable et devrait être réexaminée.

Article 10 (Élection et fonctions du Président et des Vice-Présidents)

7. Les fonctions confiées au Bureau devraient être de caractère essentiellement administratif, pour éviter tout risque de récusation. Le système tel qu'il est envisagé pourrait aboutir à un certain flottement dans la répartition des fonctions au sein de la cour. On notera, en outre, que, dans toutes les phases d'une affaire, la prise de décisions doit être le fait de la chambre compétente et jamais de celle du Bureau.

Article 11 (Récusation des juges)

8. Il est essentiel que la cour soit un exemple d'impartialité en toutes circonstances, ce qui explique l'importance que revêt cet article au regard de l'ensemble des règles régissant le tribunal. Il faudrait examiner la possibilité de préciser les types de situation qui peuvent donner lieu à récusation. On notera à cet égard que le paragraphe 4 de l'article 37 (Constitution de chambres) traite précisément de cette question à propos de personnes ayant la même nationalité.

9. Un problème risque de se poser lorsque le Président ou un vice-président font l'objet d'une demande de récusation. On ne voit pas pourquoi il faudrait exiger d'eux qu'ils participent à la décision en l'occurrence. Il faudrait exiger la participation des seuls membres de la chambre, ainsi que d'un membre du Bureau.

[1] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Sixième Commission*, 26e séance.

10. En principe, il n'est pas indiqué de limiter le droit qu'a l'accusé de récuser un juge. Il s'ensuit qu'il ne faudrait pas limiter le nombre de juges pouvant être récusés. Ceci est important si l'on veut que le tribunal apparaisse comme impartial et que sa légitimité soit absolument incontestable.

Article 13 (Composition, fonctions et pouvoirs du Parquet)

11. Les garanties d'une bonne justice exigent que l'on prévoie également des règles en matière de récusation du parquet. En outre, il faudrait prévoir une règle en vertu de laquelle le procureur et le procureur adjoint devraient être de nationalité différente.

Article 16 (Privilèges et immunités)

12. Il y aurait lieu de préciser si les différentes catégories de personnes visées dans cet article sont assujetties à l'impôt sur le revenu. La plupart de ces personnes exerçant des fonctions à temps partiel, on pourrait soutenir que l'exonération de cet impôt ne se justifie pas.

13. Au paragraphe 4, il importe de mettre sur le même pied, en ce qui concerne les privilèges et immunités, le procureur et le procureur adjoint. Il faudrait donc ajouter à la fin de la première phrase de ce paragraphe, après le mot « Procureur », les mots « et le Procureur adjoint ». En conséquence, les juges ne devraient pas pouvoir lever l'immunité du procureur adjoint.

Article 17 (Allocations et frais)

14. Il y aurait lieu de déterminer si le fait pour les juges de percevoir un traitement pour un poste autre que celui qu'ils occupent à la cour risque de compromettre leur indépendance.

Article 19 (Règlement du Tribunal)

15. Le présent statut devrait comporter des règles de base relatives à l'administration de la preuve et à la procédure à suivre auxquelles le tribunal devra se conformer lorsque, après sa mise en place, il adoptera des règles plus détaillées.

16. La proposition visant à permettre aux différentes chambres d'élaborer des règles de procédure est acceptable, dès lors que de telles règles n'ont pas déjà été adoptées par la cour ou par d'autres chambres. Il importe de veiller à l'uniformité des règles au sein des chambres.

DEUXIÈME PARTIE. — COMPÉTENCE ET DROIT APPLICABLE

17. Le fait de dépendre du consentement des États intéressés pendant les différentes phases de la procédure ne doit pas empêcher sans nécessité de traduire en justice les personnes ayant commis des crimes visés par le statut. Les pays nordiques éprouvent quelque hésitation face au système assez compliqué des éléments de compétence et aux différentes catégories de crimes énoncées dans les articles 23 à 26. Un tel système risque de susciter des difficultés du point de vue de la procédure. En outre, le statut doit absolument éviter que la compétence ne fasse l'objet d'un marchandage de la part des États.

18. Les pays nordiques ne sont pas favorables au second des « éléments » de compétence proposés (art. 26 et 27) et proposent de le supprimer. L'article 26 est particulièrement vague. De plus, il faudrait clarifier la présentation des règles complexes énoncées dans le premier élément (art. 22 à 24).

19. Au cas où la proposition formulée ci-dessus serait adoptée, il conviendrait d'insérer avant l'article 22 un article 21 *bis* ainsi libellé :

> « La cour a compétence en vertu du présent statut pour les crimes visés à l'article 22, à condition que sa compétence ait été acceptée conformément aux dispositions énoncées dans les articles 23 et 24. »

De ce fait, l'article 24 devrait être légèrement remanié.

Article 22 (Liste de crimes définis par voie de traité)

20. En donnant la priorité à des règles conventionnelles faisant partie dans la mesure du possible du droit international coutumier, on favorise la prévisibilité et l'on se donne les moyens d'évaluer la responsabilité de l'individu en cas de crimes graves, ce qui évite toute ambiguïté. Aussi les pays nordiques, qui ont toujours été d'avis que le tribunal ne devrait connaître que des crimes graves contre l'humanité, sont-ils satisfaits de l'énumération des crimes graves contenus dans cet article.

21. Certaines des règles gagneraient à être libellées d'une manière plus précise, la compétence du tribunal devant être limitée aux actes d'une gravité particulière. Il semble que la compétence qui lui est attribuée par cet article est trop large. Tous les crimes qui y figurent ne revêtent pas le degré de gravité requis. En outre, on peut se demander si la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ne devrait pas figurer aussi dans cette liste.

22. On peut préférer le libellé adopté aux articles 2 à 5 du Statut du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie.

Article 23 (Acceptation par les États de la compétence de la Cour pour les crimes énumérés à l'article 22)

23. Les pays nordiques se prononcent pour la variante B, qui établit une présomption de compétence de la cour, tout en prévoyant une procédure de retrait sélectif permettant à un État partie qui le souhaite de soustraire certains crimes à la compétence de la cour. Les autres variantes risqueraient de ne laisser à la cour qu'un champ de compétence des plus réduits, qui serait déterminé par les déclarations individuelles de chacun des États parties au statut, ce qui affaiblirait l'objectif général de celui-ci.

24. Il faudrait exiger de tout État qui souhaite devenir partie au statut de la cour en vertu de l'article 23 qu'il accepte de conférer à celle-ci une compétence minimale,

comme celle définie aux alinéas *a* et *b* de l'article 22, par exemple.

Article 24. Compétence de la Cour aux termes de l'article 22

25. En vertu du paragraphe 2 de cet article, l'acceptation de la compétence de la cour par l'État sur le territoire duquel se trouve le suspect est également requise. On peut préférer à cet égard le libellé de l'article correspondant du Statut du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie[2]. Il ne faudrait pas ajouter de conditions relatives au consentement autres que celles figurant déjà dans cet article.

26. Le libellé de l'alinéa *b* du paragraphe 1 est d'une complexité dont on ne voit pas la nécessité. On pourrait interpréter cette partie de l'article comme signifiant que le tribunal a compétence pour les cas de génocide dès lors qu'un État partie à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide a donné son consentement. Il importe que le libellé de cet alinéa corresponde aux observations faites lors de son élaboration.

27. La condition restrictive énoncée au paragraphe 2 n'est peut-être pas nécessaire. Il pourrait suffire que l'État du territoire soit partie au statut.

Article 25 (Affaires soumises à la Cour par le Conseil de sécurité)

28. Même si le pouvoir d'appréciation politique conféré par les articles 25 et 27 au Conseil de sécurité lorsqu'il souhaite soumettre des affaires à la cour est assez large et mal défini, les pays nordiques entendent permettre au Conseil de jouer le rôle prévu par ces articles, étant entendu que le Conseil ne devrait pas saisir la cour de plaintes contre des individus nommément désignés. Il faut s'assurer que le pouvoir d'appréciation donné au Conseil ne suscite pas de questions à propos de la crédibilité de la cour lorsque le Conseil entend lui soumettre des affaires. Le principe de légalité *(nullum crimen sine lege)* paraît exiger que les modalités et critères selon lesquels le Conseil exerce ses fonctions en vertu du statut soient définis avec plus de précision. Cela étant, il est tout à fait indiqué que le Conseil se voie accorder le pouvoir de saisir la cour de situations particulières en laissant à celle-ci le soin de décider s'il convient d'engager des poursuites.

Article 26 (Acceptation spéciale par des États de la compétence de la Cour dans des cas autres que ceux visés à l'article 22)

29. Au cas où cet article ne serait pas supprimé, les pays nordiques font les observations ci-après :

a) La formulation des deux catégories de crime faisant l'objet de l'article 26 est vague;

b) L'alinéa *a* du paragraphe 2 permet à la cour de juger conformément à des principes de droit international qui n'ont pas été promulgués, ce qui est contraire au principe de légalité en application duquel des poursuites pénales ne peuvent être engagées que sur la base d'une loi écrite *(nullum crimen sine lege)*. En bref, le champ d'application de cet article est trop large au regard du principe de légalité en droit pénal et l'article devrait être supprimé.

30. Les pays nordiques doutent que le présent statut soit le lieu indiqué pour traiter des crimes liés aux drogues, même s'ils partagent pleinement la conviction générale que la répression des crimes internationaux liés aux drogues exige une coopération internationale fondée sur des accords. On voit difficilement comment la cour pourrait être une instance appropriée pour connaître d'affaires de cette nature. On notera, en outre, qu'il ne suffit pas qu'un crime revête un caractère transfrontière pour que la cour soit une instance juridictionnelle appropriée.

Article 28 (Droit applicable)

31. Par souci de cohérence, il faudrait stipuler expressément que les décisions antérieures de la cour sont également une source de droit. En ce qui concerne l'alinéa *c*, il faut noter que le droit interne peut également fournir une source principale, et non seulement subsidiaire. Cela peut se révéler nécessaire, car les traités pertinents ne prévoient pas tous la peine applicable. Par exemple, l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 26 se fonde sur le droit interne.

TROISIÈME PARTIE. — INFORMATION ET ENGAGEMENT DES POURSUITES

Article 29 (Dépôt d'une plainte)

32. On pourrait soutenir que permettre à tout un chacun de déposer une plainte irait à l'encontre du but recherché. Cependant, outre les États qui ont le droit de déposer une plainte, le procureur devrait être habilité à ouvrir une information sans devoir attendre le dépôt d'une plainte. Il faudrait également déterminer s'il est possible d'engager une procédure sur la base d'informations fournies par des organisations humanitaires bénéficiant d'une reconnaissance internationale.

Article 30 (Information et établissement de l'acte d'accusation)

33. Comme indiqué précédemment, le Bureau devrait être chargé de tâches essentiellement administratives. On voit mal comment on pourrait lui donner le pouvoir de réexaminer une décision du parquet sans que cela ne suscite des doutes quant à l'impartialité. Une telle faculté paraît incompatible avec l'indépendance du procureur, tout comme avec le principe de la distinction entre les fonctions de la cour et celles du parquet.

34. On pourrait procéder autrement, peut-être en conférant le pouvoir de réexamen à une des chambres de la cour. La chambre en question ne serait pas amenée ultérieurement à statuer sur l'affaire.

[2] Voir le rapport concernant la création d'un tribunal international pour l'ex-Yougoslavie, présenté par le Secrétaire général conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité (S/25704), annexe, articles 1, 8 et 9.

Article 31 (Engagement des poursuites)

35. Après un certain temps, il faudrait prévoir un examen à l'effet de déterminer si le maintien de la détention se justifie. À cet égard, on pourrait utilement s'inspirer de la pratique suivie par la Cour européenne des droits de l'homme.

Article 32 (Acte d'accusation)

36. Il importe de souligner une fois encore que le Bureau devrait avoir des attributions de caractère essentiellement administratif. En premier lieu, il est inacceptable que l'on donne au Président et aux deux Vice-Présidents de la cour le pouvoir de statuer non seulement sur la validité de l'acte d'accusation, mais aussi sur l'affaire elle-même; en second lieu, il est inacceptable que le Bureau intervienne dans la délivrance d'ordonnances ou de mandats. En bref, il est inadmissible que le Bureau fasse office de « chambre d'accusation ».

37. Les pays nordiques suggèrent la suppression de l'article 32. Au cas où l'on retiendrait malgré tout cet article, il faudrait préciser ce qu'il advient lorsqu'il n'y a pas de motifs suffisants pour juger. Le suspect est-il déclaré non coupable ? Se trouve-t-on en présence d'une fin de non-recevoir ? Une nouvelle information est-elle ouverte automatiquement ?

Article 35 (Détention provisoire ou remise en liberté sous condition)

38. La notion de caution est inacceptable pour les pays nordiques et va, en outre, à l'encontre des traditions juridiques de beaucoup d'autres pays. Il ne faudrait donc pas l'introduire dans le statut. Selon toute vraisemblance, il ne serait pas réaliste en l'occurrence, compte tenu de la gravité des crimes visés, d'adopter la procédure de remise en liberté sous condition.

QUATRIÈME PARTIE. — LE PROCÈS

Article 37 (Constitution de chambres)

39. Les chambres devraient être constituées préalablement à l'adoption du règlement de la cour, comme cela a été le cas du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie. Il faudrait adopter un système de roulement pour les juges, plutôt que de confier au Bureau le soin de répartir les affaires entre les différents juges. On pourrait s'inspirer à cet égard de la procédure appliquée pour la création du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie. Enfin, il va de soi que la répartition des affaires doit se faire à l'aveugle.

40. Si la suggestion formulée ci-dessus était retenue, il semblerait naturel de déplacer le paragraphe 4 à l'article 11, puisque celui-ci traite de la récusation.

Article 38 (Contestation de la compétence)

41. Tous les États Membres doivent pouvoir exercer un certain contrôle sur la compétence de la cour, et pas seulement les pays ayant un intérêt direct dans l'affaire. Cela devrait être possible également avant le procès proprement dit. De plus, il ne serait pas nécessaire de se prononcer à nouveau sur le bien-fondé de l'acte d'accusation.

Article 40 (Caractère équitable du procès)

42. Il est essentiel que le procès soit public. Tout ce qui a trait au huis clos devrait être mieux défini et clairement réglementé. On pourrait s'inspirer à cet égard du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 14, par. 1).

Article 41. [Principe de légalité (nullum crimen sine lege)*]*

43. Le fait qu'un traité est entré en vigueur suffit pour que le principe de légalité s'applique. On peut faire valoir deux arguments à l'appui de cette affirmation : en premier lieu, tous les États ne rempliront pas au même moment leurs obligations ayant trait à un traité; en second lieu, on affaiblirait la base juridique du tribunal en exigeant que le traité ait été incorporé dans la législation interne ou que cette dernière ait été modifiée. Les différentes conventions devraient viser à définir les crimes. Elles devraient donc comporter une « loi écrite » ou un catalogue des comportements interdits.

44. Au cas où l'article 26 serait supprimé, il faudrait en bonne logique supprimer les alinéas *b* et *c* de l'article 41.

Article 42 (Égalité devant le Tribunal)

Article 43 (Présomption d'innocence)

45. Bien que ces articles énoncent les deux principes essentiels de l'égalité devant la loi et de l'innocence de l'accusé tant que sa culpabilité n'a pas été établie, il faudrait se prononcer ici sur le point de savoir s'il convient de préciser expressément que l'accusé jouit du bénéfice du doute.

Article 44 (Droits de l'accusé)

46. Du point de vue des garanties juridiques, les pays nordiques s'interrogent sur la question des procès par contumace. De tels procès risquent de donner lieu à des difficultés d'ordre politique et juridique. Il faudrait donc les éviter et exclure qu'un jugement puisse avoir lieu dans ces conditions.

47. Au cas où il serait néanmoins décidé que la possibilité de juger quelqu'un par contumace revêt une importance essentielle, il faut noter que de tels procès ne devraient avoir lieu que dans des cas très limités et devraient faire l'objet de dispositions beaucoup plus claires que ce n'est le cas dans le projet de statut tel qu'il est actuellement libellé.

48. En ce qui concerne le paragraphe 4 du commentaire du projet d'article, il est permis de s'interroger sur la raison d'être d'un quelconque procès, si un jugement rendu par contumace n'est en fait qu'un jugement provisoire.

Article 46 (Protection de l'accusé, des victimes et des témoins)

49. Il faudrait inclure dans cet article des dispositions concernant la protection et l'assistance à assurer aux victimes de crimes, conformément à certains principes fondamentaux énoncés dans la Déclaration des principes fondamentaux de justice relatifs aux victimes de la criminalité et aux victimes d'abus de pouvoir[3].

Article 48 (Dépositions)

50. Les règles relatives aux dépositions devraient être plus précises et il faudrait mentionner au début de cet article des principes comme ceux relatifs à la meilleure preuve et à la libre évaluation de la preuve.

51. Il ne devrait pas être possible de faire appel des décisions concernant les dépositions à l'audience proprement dite. Une telle possibilité aboutirait à fragmenter la procédure et pourrait être également utilisée par les parties comme une tactique dilatoire. Les parties qui ne sont pas satisfaites d'une décision de la cour à cet égard peuvent faire usage de la possibilité que leur offre l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 55.

Article 51 (Jugement)

52. Les opinions dissidentes permettent d'exprimer des vues de droit dans de nombreux systèmes juridiques. Elles devraient donc être permises. De telles vues ne nuiraient en rien au prestige ou à l'autorité de la cour. Il suffit de se reporter sur ce point à l'expérience de la Cour européenne des droits de l'homme, qui autorise les opinions dissidentes.

Article 53 (Peines applicables)

53. La cour devrait être une juridiction exclusivement pénale. En conséquence, il faudrait réexaminer la question des peines ayant une relation avec le droit civil, car on peut sérieusement mettre en doute l'opportunité d'inclure de telles règles. En effet, une affaire qui amènerait la cour à devoir se prononcer sur des dommages-intérêts soulèverait de difficiles points de droit. De plus, il se poserait la question de savoir comment exécuter un tel arrêt, et il n'y a pas à cet égard de réponse toute faite.

54. Il serait peut-être souhaitable de supprimer la faculté donnée à la cour d'imposer des amendes. Compte tenu de la gravité des crimes en question, on voit mal comment on pourrait imposer des amendes. En outre, c'est ici le lieu de noter que la peine de confiscation/saisie est la sanction d'une activité criminelle. Elle devrait donc être incluse dans le statut, car elle se rattache en fait à la peine criminelle. Cela devrait être possible de manière à indemniser les victimes de certains crimes, par exemple celles dont les biens ont été volés.

55. Les pays nordiques se félicitent que la peine de mort ne figure pas parmi les peines applicables.

Article 54 (Circonstances aggravantes ou atténuantes)

56. Il faudrait examiner le point de savoir s'il convient d'insérer dans cet article des questions comme l'état de nécessité, la légitime défense, la préméditation, etc., et décider, dans l'affirmative, si cela pourrait donner lieu à des conclusions antithétiques. Il faudrait décider si le statut doit comprendre des règles de fond allant de pair avec des règles de procédure ou si ces règles de fond doivent figurer dans un « code des crimes ».

CINQUIÈME PARTIE. — APPEL ET RÉVISION

Article 55 (Appel d'un jugement ou d'une condamnation)

57. Le procureur devrait, lui aussi, avoir le droit de faire appel d'une décision rendue par la cour. Il faudrait faire référence ici à l'article 31.

Article 56 (Procédure d'appel)

58. Il importe que les chambres de la cour soient créées dès le début et que leur composition ne soit pas arrêtée par le Bureau. Il serait indiqué d'établir un plan de roulement précisant quels juges auront à décider en appel. Compte tenu du fait que la cour aura probablement à statuer sur un nombre limité d'affaires, on peut s'interroger sur la nécessité de prévoir une chambre d'appel distincte.

59. Le libellé du statut pourrait être interprété comme signifiant que, lorsque le quorum de six juges est atteint et qu'il y a un vote avec partage égal des voix (trois à trois), la décision de la chambre de première instance est maintenue. Il faudrait exiger un vote à la majorité des voix pour qu'il y ait décision défavorable à l'accusé. En conséquence, un vote avec partage égal des voix infirmerait la culpabilité de l'accusé, conformément au principe que le doute doit en tout état de cause profiter à l'accusé.

Article 57 (Révision)

60. Le droit de demander d'examiner ou de réexaminer soigneusement un arrêt pour le rectifier ou l'améliorer est considéré comme important dans la plupart des systèmes juridiques. Le procureur devrait avoir, lui aussi, la possibilité de demander la révision d'un arrêt de la cour.

SIXIÈME PARTIE. — COOPÉRATION INTERNATIONALE ET ASSISTANCE JUDICIAIRE

Article 61 (Communications et teneur de la documentation)

61. Le mot « normalement » employé au paragraphe 1 n'est peut-être pas nécessaire et il conviendra de se prononcer sur ce point. Il convient également de préciser

[3] Résolution 40/34 de l'Assemblée générale, en date du 29 novembre 1985.

qu'au paragraphe 2 le mot « communications » s'entend d'une documentation écrite.

Article 63 (Remise de l'accusé au tribunal)

62. Une mise en accusation ne devrait pouvoir être décidée que par une chambre constituée. Il faudrait donc supprimer ici la mention du Bureau.

SEPTIÈME PARTIE. — EXÉCUTION DES PEINES

Article 66 (Exécution des peines)

63. La possibilité que la peine soit purgée dans le pays où la violation a été perpétrée devrait faire l'objet d'un examen très minutieux.

64. Au cas où l'on déciderait dans le projet définitif de conserver les amendes parmi les peines applicables, le statut devrait comporter des règles relatives à l'exécution d'un jugement condamnant l'accusé à une amende, et à l'affectation du montant de celle-ci. De plus, il faudrait prévoir des règles relatives à la confiscation/saisie et aux demandes de dommages-intérêts.

République tchèque

[Original : anglais]
[13 mai 1994]

STATUT DU TRIBUNAL ET LIEN AVEC L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES

1. Le statut du tribunal criminel international devrait être régi par un traité international multilatéral qui définirait en même temps le lien du tribunal avec le système des Nations Unies. Il ne serait pas pratique de faire du tribunal criminel international l'un des organes principaux de l'Organisation des Nations Unies car, en pareil cas, une modification de la Charte des Nations Unies semblerait s'imposer. À ce stade, où la création du tribunal criminel international est devenue un objectif réaliste, il ne serait pas sage d'exposer le fruit de longues années de travaux de codification aux risques que présenterait la révision de la Charte.

2. Le lien du tribunal avec l'Organisation des Nations Unies pourrait être analogue à celui qui existe entre l'Organisation et ses institutions spécialisées. Aussi la République tchèque préfère-t-elle la seconde variante de l'article 2.

COMPÉTENCE *RATIONE MATERIAE* DU TRIBUNAL

3. S'agissant de la compétence *ratione materiae* du tribunal, le projet de statut met tout particulièrement l'accent sur les crimes définis par des traités internationaux. Toutefois, après la seconde guerre mondiale, les crimes au regard du droit international coutumier général ont donné lieu à des poursuites devant des tribunaux internationaux, et leur répression est également envisagée dans le Statut du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie. L'article 26 du projet de statut du tribunal criminel international permanent étend la compétence de ce tribunal à cette catégorie de crimes également.

4. La République tchèque souscrit à cette conception. Toutefois, l'article 26 traite de deux questions différentes en même temps : la compétence *ratione materiae* dans le cas de crimes au regard du droit international général et les modalités d'acceptation de cette compétence. On ne voit pas pourquoi la question de la compétence *ratione materiae* ne pourrait pas être traitée de façon approfondie et détaillée dans un article unique du statut, l'article 22. Il serait préférable d'introduire l'idée exprimée à l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 26 dans un deuxième paragraphe de l'article 22.

5. La compétence du tribunal ne devrait en aucun cas s'étendre aux crimes au regard du droit interne. Aussi la République tchèque recommande-t-elle de supprimer l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 26.

6. Quant à la liste des traités sur la base desquels l'article 22 définit la compétence *ratione materiae*, elle paraît incomplète. Au cas où les critères retenus pour l'énumération des traités à l'article 22 seraient l'existence d'une définition précise du crime, l'entrée en vigueur du traité ainsi que son acceptation la plus large possible par la communauté internationale, on comprend difficilement pourquoi la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes n'apparaissent pas sur cette liste.

7. Un autre problème qui demande à être examiné attentivement est posé par le fait que tous les crimes définis par les traités susmentionnés ne revêtent pas nécessairement un caractère de gravité telle qu'il faille en saisir le tribunal. Il ne serait pas raisonnable de surcharger le tribunal d'affaires que les États sont eux-mêmes capables de sanctionner efficacement. Aussi un certain degré de gravité de la violation devrait-il également constituer une condition préalable de la compétence *ratione materiae*. Le mécanisme du tribunal devrait être réservé aux crimes internationaux les plus graves, notamment dans le cas où l'exercice de poursuites devant les tribunaux internes ne pourrait être garanti.

ACCEPTATION DE LA COMPÉTENCE DU TRIBUNAL

8. Parmi les variantes proposées par le Groupe de travail à l'article 23, la République tchèque accorde la préférence à la variante B.

9. Cependant, le statut devrait prévoir l'instauration d'une compétence obligatoire du tribunal qui serait acceptée ipso facto par l'adhésion de l'État au statut, au moins pour une catégorie restreinte de crimes.

10. Aussi faudrait-il étudier la possibilité d'associer la variante B à la notion de compétence ipso facto pour une catégorie relativement restreinte de crimes, incontestablement perçus par la communauté internationale comme constituant les crimes les plus graves, tels que ceux proscrits par les Conventions de Genève du 12 août 1949 rela-

tives à la protection des victimes de la guerre ou par la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Au regard de tous les autres crimes, la compétence du tribunal criminel international serait acceptée selon le système du « droit de retrait ».

11. Quelque noyau essentiel de la compétence *ratione materiae* serait ainsi créé et les États qui accéderaient au statut démontreraient d'une manière crédible leur détermination à mettre le mécanisme du tribunal en marche.

CONSEIL DE SÉCURITÉ

12. La République tchèque approuve la formule du projet de statut qui permet au Conseil de sécurité de soumettre des plaintes.

13. Malgré l'absence de dispositions expresses à cet effet, il serait raisonnable que le Conseil de sécurité n'ait le droit de saisir le tribunal d'une plainte que dans les cas où de prétendus crimes auraient été commis dans des situations envisagées au Chapitre VII de la Charte. Une telle réserve devrait être formulée clairement dans le statut.

14. Il faudrait aussi établir indiscutablement que la disposition générale qui exige que la compétence soit acceptée par les États ne s'applique pas et que le droit du Conseil de sécurité de soumettre des plaintes n'est pas fonction du consentement de l'État à la compétence du tribunal.

Roumanie

[Original : français]
[25 février 1994]

OBSERVATIONS RELATIVES À CERTAINS ARTICLES

Article premier

1. La dénomination de l'instance comme « Tribunal » est préférable à celle, initiale, de « Cour ».

Article 2

2. En ce qui concerne le lien entre le tribunal et l'Organisation des Nations Unies, la Roumanie opte plutôt pour la formule : « Le Tribunal est un organe judiciaire de l'Organisation des Nations Unies. »

Article 4

3. La Roumanie considère que la formulation retenue au paragraphe 1 de l'article 4 est optimale.

Article 5

4. La Roumanie est favorable également à l'option qui consiste à dire que le tribunal, en tant que système judiciaire international, comprend comme éléments constitutifs la « Cour », le « Greffe » et le « Parquet ».

Article 7

5. La Roumanie considère un peu exagérée la durée de douze ans pour ce qui est des mandats des juges. L'établissement d'un mandat de six ans — avec la possibilité de réélection des juges pour un seul autre mandat — lui semble être plus conforme aux nécessités, pour les raisons suivantes :

a) Une telle durée du mandat (douze ans) n'existe pas dans les statuts des autres instances judiciaires internationales, les mandats connus étant au maximum de neuf ans (tant à la Cour internationale de Justice qu'à la Cour européenne des droits de l'homme);

b) Un mandat de six ans (avec possibilité de prolongement une seule fois) serait, de l'avis de la Roumanie, plus proche de l'esprit du projet de statut soumis à l'examen, qui prévoit la possibilité de réélection des greffiers (art. 12) et procureurs (art. 13);

c) Si une telle formule était retenue (mandat de six ans), il faudrait alors aussi réduire la durée du mandat du greffier de sept à cinq ans (cinq ans qui représentent d'ailleurs aussi la durée du mandat du procureur).

Article 22

6. La Roumanie soutient la proposition selon laquelle il conviendrait d'inclure aussi, dans la liste des crimes définis par voie de traité, les faits incriminés tels quels par la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Article 23

7. Parmi les trois variantes de l'article 23, la Roumanie préfère la variante A.

Article 25

8. La Roumanie juge opportun l'élargissement de la catégorie des affaires qui peuvent être soumises à la cour, conformément à l'article 25, et d'attribuer aussi ce pouvoir à l'Assemblée générale, en évitant ainsi les éventuels blocages, en particulier dans les cas où un des membres du Conseil de sécurité userait du droit de veto.

Article 26

9. Pour ce qui est des discussions concernant l'acceptation spéciale par des États de la compétence de la cour, prévue à l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 26, relatif aux crimes qui ne sont pas définis tels quels dans les conventions internationales, telle l'agression ou en ce qui concerne le génocide — pour le cas des États qui ne sont pas parties à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide — la Roumanie considère que la proposition selon laquelle ce problème devrait être réglementé aussi par l'article 25 est justifiée. C'est ainsi

que le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale (tel que proposé *supra*) auront la compétence de soumettre à la cour 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. Ladite saisine implique naturellement le respect de la condition prévue à l'article 27 selon laquelle il faut avoir constaté, au préalable, que l'État concerné a commis l'acte d'agression qui fait l'objet de l'accusation.

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

[Original : anglais]
[23 février 1994]

Observations générales

1. Le Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord a manifesté son appui à l'élaboration en cours du statut d'un tribunal criminel international par la Commission du droit international. Bien qu'il ait tout à fait conscience des sérieux problèmes, d'ordre juridictionnel, procédural, institutionnel, financier et autres, qui doivent être résolus avant qu'un tel tribunal puisse être créé, le Gouvernement est convaincu qu'il vaut la peine d'essayer de résoudre les difficultés.

2. Le projet de statut dont la Sixième Commission de l'Assemblée générale était saisie l'an dernier, et qui fait l'objet des présents commentaires, est un excellent début pour cette difficile tâche. En raison des compétences et des méthodes de travail dont dispose la Commission, le Gouvernement britannique estime qu'il importe que celle-ci s'assure que tous les problèmes d'ordre juridique suscités par la création d'une juridiction pénale ont été résolus avant de soumettre un projet de statut dans le cadre plus politique d'une conférence intergouvernementale. Le Gouvernement estime en particulier que les règles de la preuve revêtent une telle importance pour le bon déroulement des poursuites et le bon fonctionnement du tribunal — importance qui va bien au-delà de la simple procédure — qu'il faut qu'elles figurent dans le projet de statut et qu'elles soient initialement élaborées par la Commission.

3. Le Gouvernement britannique considère que le tribunal criminel international envisagé devra posséder les plus hautes qualités juridiques et morales. Il estime nécessaire que les États prennent solennellement des engagements par voie de traité envers ce tribunal et qu'il soit accepté le plus largement possible. Le tribunal devrait entretenir des liens institutionnels étroits avec l'Organisation des Nations Unies de façon que son autorité soit universelle.

4. Enfin, le Gouvernement britannique souligne qu'il importe que la communauté internationale tire les leçons de l'expérience de l'autre tribunal international qui a récemment été créé, à savoir le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie.

Observations relatives à certains articles

Article 2 (Lien du Tribunal avec l'Organisation des Nations Unies)

5. Mise à part la question de savoir si c'est l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité qui serait compétent pour créer le tribunal en tant qu'organe subsidiaire conformément aux Articles 22 ou 29 de la Charte des Nations Unies, il serait tout à fait inapproprié que le tribunal dépende de l'un ou l'autre de ces deux organes. De plus, le statut imposera des obligations aux États, et il faudra qu'il le fasse d'une façon qui soit légalement valable. Dans la mesure où, contrairement au Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie, le nouveau tribunal ne s'inscrira pas dans le cadre des responsabilités du Conseil de sécurité en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales, il ne sera pas possible d'imposer aux États les obligations nécessaires par le biais d'une résolution du Conseil de sécurité, comme dans le cas du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie. Il faudra donc un traité pour établir ces obligations. Le Royaume-Uni suggère que le statut soit adopté par voie de traité international, et il pourrait être utile que la Commission élabore les dispositions conventionnelles nécessaires. Le traité pourrait être négocié et adopté sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies. Le Gouvernement britannique suggère également d'établir un lien institutionnel entre le tribunal et l'Organisation, sans toutefois aller aussi loin que la création du tribunal en tant qu'organe subsidiaire de l'un des principaux organes de l'Organisation.

Article 4 (Statut du Tribunal)

6. Le Gouvernement britannique se félicite de la disposition prévoyant que le tribunal ne se réunira que lorsque cela sera nécessaire pour l'examen d'une affaire portée devant lui.

7. La disposition énoncée au paragraphe 2 devra être repensée pour ce qui est du statut, de la capacité juridique et des personnes autorisées à négocier au nom du tribunal, une fois qu'une décision aura été prise concernant le lien entre le tribunal et l'Organisation des Nations Unies.

Article 5 (Organes du Tribunal)

8. Quelle que soit la terminologie utilisée dans les autres langues pour désigner l'organe chargé des poursuites, le terme *Procuracy* ne convient pas en anglais.

Article 6 (Qualités des juges)

9. Le tribunal sera un tribunal criminel. Il serait donc, de l'avis du Gouvernement britannique, tout à fait inapproprié que soient désignés pour y siéger des juges n'ayant aucune expérience judiciaire en matière pénale. Le Royaume-Uni suggère donc d'ajouter aux qualités énoncées dans la première phrase de l'article l'expérience judiciaire en matière pénale.

Article 7 (Élection des juges)

Article 8 (Sièges vacants)

10. Il faudrait envisager une disposition énonçant expressément ce qui est déjà implicite dans l'article 8, à savoir que des sièges peuvent devenir vacants en raison du décès ou de la démission d'un juge.

Article 11 (Récusation des juges)

11. Aux termes du paragraphe 3, l'accusé peut récuser un juge. Il faudrait ajouter une disposition prévoyant que, pour ce faire, il lui faudra invoquer l'un des motifs énoncés au paragraphe 1.

Article 13 (Composition, fonctions et pouvoirs du Parquet)

12. De l'avis du Gouvernement britannique, il faudrait soigneusement examiner les qualifications exigées du procureur et du procureur adjoint, en particulier pour ce qui est des points suivants :

a) S'il doit être interdit au procureur d'exercer ses fonctions à l'égard d'une plainte concernant une personne de la même nationalité, il faudrait poser comme règle que le procureur et le procureur adjoint doivent être de nationalité différente;

b) La disposition prévoyant que le procureur et le procureur adjoint doivent posséder au plus haut degré les compétences et l'expérience nécessaires à la fois pour diriger des enquêtes et des poursuites en matière criminelle risque de susciter des difficultés dans de nombreux pays de « common law » où ces fonctions sont exercées par des personnes différentes. Il faudrait disposer qu'ils doivent être qualifiés pour exercer l'une ou l'autre de ces fonctions. Il faudrait aussi préciser que soit le procureur soit le procureur adjoint doit être un juriste chevronné.

13. La Commission devrait réexaminer le libellé du paragraphe 3 qui n'est peut-être pas assez clair.

14. En ce qui concerne le paragraphe 4 du commentaire, le Gouvernement britannique estime que la consultation du Bureau pour la nomination du personnel du parquet par le procureur ne compromettrait pas l'indépendance du parquet, et qu'on pourrait donc tout à fait insérer une telle disposition.

Article 19 (Règlement du Tribunal)

15. Les règles de la preuve touchent à des questions d'une importance considérable ayant une incidence sur les droits de l'accusé. Il convient de noter qu'une ou deux dispositions fondamentales des règles de la preuve figurent à l'article 48 et ailleurs dans le statut. Le Gouvernement britannique estime, toutefois, que la Commission devrait examiner plus avant cet important sujet et élaborer des projets de disposition pour le règlement dans son ensemble, à inclure dans le projet de statut.

Article 21 (Révision du Statut)

16. Le Gouvernement britannique estime que cet article serait mieux à sa place parmi les dispositions finales du traité conclu pour l'adoption du statut. Il a des réserves quant à l'opportunité d'une référence au code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité telles que celles figurant dans le projet d'article. S'il est vrai qu'un code emportant l'adhésion générale ne pourrait manquer d'intéresser toute juridiction pénale internationale qui pourrait être créée, il est difficile de libeller de façon satisfaisante une référence à un instrument qui n'a pas encore été adopté, et il serait sans doute préférable de ne pas le mentionner du tout.

Article 22 (Liste de crimes définis par voie de traité)

17. Comme le Groupe de travail l'a fait observer, la deuxième partie du projet de statut en constitue le noyau. Les articles 22 à 26 prévoient deux types de compétence reposant sur la distinction entre les traités qui définissent des crimes comme des crimes internationaux et ceux qui prévoient seulement la répression de comportements indésirables qui constituent des crimes en droit interne. Pour ce qui est de l'article 22, le Gouvernement britannique comprend et partage les réserves qui ont été exprimées par certaines délégations à la Sixième Commission concernant l'opportunité de donner à un tribunal international compétence pour connaître de crimes qui ont été définis avec insuffisamment de précision dans les traités pertinents, traités dont on ignorait au moment de leur élaboration que les crimes tombant sous le coup de leurs dispositions pourraient être portés devant un tribunal criminel international et qui ne spécifiaient pas les peines devant correspondre à ces crimes. Le Gouvernement britannique estime néanmoins que, si un tribunal international doit être créé dans les conditions actuelles, une liste de crimes du genre de celle figurant à l'article 22 devrait constituer l'essentiel du champ de sa compétence. Il considère toutefois qu'il faudrait revoir la liste de crimes figurant à l'article 22 pour s'assurer que seuls sont inclus des traités très largement acceptés par la communauté internationale; le critère de l'entrée en vigueur n'est, à son avis, pas suffisant pour qu'un traité mérite d'être inclus dans la liste. Sans préjudice de cette réserve, néanmoins, il ne serait pas opposé à l'inclusion de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Article 23 (Acceptation par les États de la compétence de la Cour pour les crimes énumérés à l'article 22)

18. Le Gouvernement britannique partage l'avis exprimé au paragraphe 2 du commentaire selon lequel la solution retenue dans la variante A (la solution de la « participation sélective ») est celle qui reflète le mieux la base consensuelle sur laquelle repose la compétence de la Cour. Conférer compétence à un tribunal international suppose un certain abandon de compétence par les divers États; il est préférable que cet abandon de compétence se fasse en deux étapes, la première étant l'acceptation du statut et la seconde l'acceptation, dans une déclaration

séparée, de la compétence du tribunal pour connaître de crimes particuliers conformément à la variante A.

Article 24 (Compétence de la Cour aux termes de l'article 22)

19. De l'avis du Gouvernement britannique, la Commission devrait également envisager de poser comme condition l'acceptation de la compétence de la Cour par l'État sur le territoire duquel se trouve le présumé coupable. Sous son libellé actuel, l'alinéa *a* du paragraphe 1 n'exigerait pas toujours un tel consentement.

20. Il serait souhaitable que la Commission revienne sur le libellé des alinéas *a* et *b* du paragraphe 1. On ne voit pas bien si tous les États qui ont compétence en vertu d'un traité pour faire juger le suspect par leurs propres tribunaux doivent accepter la compétence de la Cour, ou si le consentement de l'un des États parties au traité est suffisant. Le Gouvernement britannique présume que cette dernière interprétation correspond à l'intention de la Commission, mais ne trouve pas cette solution acceptable, du moins pour ce qui est de l'alinéa *a*. Il serait souhaitable que la Commission réexamine le point de savoir si, en ce qui concerne l'alinéa *a*, le consentement de tous les États parties devrait être exigé.

Article 25 (Affaires soumises à la Cour par le Conseil de sécurité)

21. Le libellé de cet article n'indique pas clairement si le Conseil de sécurité peut renvoyer des affaires à la Cour lorsque les consentements exigés aux articles 24 ou 26 n'ont pas été obtenus ou si l'intention est que la Cour n'ait compétence à l'égard d'une affaire qui lui est renvoyée par le Conseil de sécurité que si les États concernés ont accepté sa juridiction. Si cet article doit être maintenu, le Gouvernement britannique préférerait cette dernière interprétation.

22. Le Gouvernement britannique n'est, toutefois, pas convaincu que l'intention du Groupe de travail exprimée dans la deuxième phrase du paragraphe 2 du commentaire soit correctement reflétée dans cette disposition. Il serait souhaitable que la Commission envisage de modifier les articles 25 et 29 pour faire en sorte que le Conseil de sécurité n'ait pas le pouvoir de saisir le tribunal de plaintes contre des individus nommément désignés, mais seulement celui de demander au procureur d'instruire tel ou tel dossier.

23. Il serait souhaitable que la Commission envisage d'inclure dans cette partie du statut une disposition stipulant que, lorsque le Conseil de sécurité est saisi d'un différend ou d'une situation, une affaire entrant dans le cadre de ce différend ou de cette situation ne peut être renvoyée devant le tribunal qu'avec l'assentiment du Conseil.

Article 26 (Acceptation spéciale par des États de la compétence de la Cour dans des cas autres que ceux visés à l'article 22)

24. Le Royaume-Uni a de sérieux doutes quant à l'opportunité de toutes les dispositions de cet article. Pour ce qui est de l'alinéa *a* du paragraphe 2, on ne saurait admettre qu'un tribunal criminel ait compétence pour connaître d'infractions non spécifiées, car c'est là un point qui ne souffre ni incertitude ni controverse. On ne saurait admettre non plus de laisser au tribunal lui-même le soin de déterminer s'il y a consensus international quant à l'existence de tels crimes : tout accusé a le droit, même durant les poursuites, à plus de certitude quant à ce dont il est accusé que ce que prévoit cet article; même si la Cour décide au bout du compte que le crime dont il est accusé n'enfreint pas une norme « acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble », il aura dû se soumettre aux poursuites même s'il n'est pas condamné.

25. Il serait souhaitable que la Commission examine s'il existe, au regard du droit international général, des crimes du type de ceux visés à l'alinéa *a* du paragraphe 2 et, dans l'affirmative, qu'elle les désigne expressément dans cet article.

26. Pour ce qui est de l'alinéa *b* du paragraphe 2, le Royaume-Uni n'est pas pour l'inclusion dans le statut de crimes au regard du droit national qui n'ont pas été définis avec précision dans un traité international, comme la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes. De plus, on voit mal comment la limitation de la compétence aux « crimes d'une gravité exceptionnelle » peut marcher dans la pratique : aucune définition de la « gravité exceptionnelle » n'a été donnée et il est peu probable que l'on parvienne à en élaborer une qui emporte l'adhésion générale.

Article 28 (Droit applicable)

27. La Commission est priée de réexaminer la définition du droit interne comme « source subsidiaire ». Même si, conformément au vœu du Royaume-Uni, l'on décidait de supprimer l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 26, la cour se trouverait souvent dans l'obligation de recourir au droit interne. Les éléments constitutifs de toute infraction (à l'exception du génocide), les faits justificatifs admissibles et les peines correspondantes (sous réserve des dispositions du statut) sont autant de questions qui relèvent du droit interne. Cela étant, il importe d'orienter la cour vers le droit interne idoine : de l'avis du Gouvernement britannique, ce droit est celui de l'État (ou de la juridiction au sein de l'État) sur le territoire duquel le crime a été commis.

Article 29 (Dépôt d'une plainte)

28. Il est demandé à la Commission de réfléchir à la question de savoir si l'on ne gagnerait pas à mieux définir les pièces à conviction qu'il devrait au moins être requis de fournir à l'appui de toute plainte.

Article 30 (Information et établissement de l'acte d'accusation)

29. La disposition ne précise pas ce que l'on entend, au paragraphe 1, par *a sufficient basis* (il y a lieu), sur la base de quoi le procureur déciderait d'engager des poursuites

dans telle ou telle espèce. Le paragraphe 5 du commentaire sur cet article et les dispositions de l'article 32 précisent que le critère à retenir en l'occurrence est l'existence d'un *prima facie* (commencement de preuve ou motifs suffisants). Le Gouvernement britannique doute qu'établir qu'il y a un commencement de preuve constitue un motif suffisant pour engager des poursuites. La Commission est invitée à examiner la pratique des États en matière d'engagement de poursuites devant les tribunaux internes : le Gouvernement britannique se demande si la norme régissant les poursuites devant un tribunal international devrait être inférieure à celle qui gouverne les poursuites devant les tribunaux internes. Au Royaume-Uni, par exemple, les poursuites ne sont engagées que si elles ont au moins des chances réalistes d'aboutir à une condamnation.

30. Aux termes du paragraphe 1, le Bureau pourra ordonner au procureur d'engager des poursuites. La Commission devrait se demander si un accusé poursuivi nonobstant l'avis contraire du procureur à la suite d'une information complète considérerait qu'il bénéficie d'un procès impartial et équitable.

31. Aux termes de l'alinéa *a* du paragraphe 4, toute personne faisant l'objet d'une enquête doit être informée de son droit de garder le silence sans que ce silence soit pris en considération pour déterminer sa culpabilité ou son innocence. Le Gouvernement britannique souscrit entièrement à l'opinion selon laquelle il ne saurait être question de condamner une personne sur la base de son seul silence, en l'absence d'autres éléments de preuve. Toutefois il ne considère pas comme un élément indispensable à un procès équitable la méconnaissance du fait qu'une personne accusée a gardé ou non le silence. Au Royaume-Uni, la Commission chargée de la révision du droit pénal a recommandé en 1972 qu'il soit permis dans certains cas soigneusement définis de déduire, à l'appui d'autres éléments de preuve, des conclusions du refus de tout accusé de répondre à des questions pertinentes; le Parlement britannique examine des textes de loi fondés sur les propositions de cette commission.

32. La Commission est priée de revoir le libellé des paragraphes 2 et 3 qui pourraient donner à penser que le procureur pourrait convoquer des suspects, des victimes et des témoins, rassembler des éléments de preuve et procéder à des investigations sur les lieux directement dans le territoire des États parties et d'autres États, sans demander la coopération des États concernés. De l'avis du Gouvernement britannique, de tels pouvoirs ne sont nécessaires et appropriés que dans le cas où un État faillirait à l'obligation de coopération qui lui est imposée ou dans le cas où son système de justice pénale aurait cessé d'exister. À l'évidence, à en juger par les recommandations antérieures de la Commission, les éléments de preuve devraient être rassemblés par le truchement de mécanismes de coopération reposant sur des accords internationaux d'entraide judiciaire (les motifs de refus de coopérer étant moins nombreux et aucune réciprocité n'étant bien entendu requise). Le projet de statut gagnerait à mettre à la charge des États parties dont le procureur ou la cour sollicite la coopération une obligation d'assistance judiciaire et à distinguer entre différents degrés d'acceptation, comme l'article 63 le fait s'agissant de la remise des suspects.

33. Il est par conséquent proposé de modifier les paragraphes 2 et 3 de l'article 30 de manière à y stipuler que le procureur a le pouvoir de requérir : *a*) la comparution des suspects, victimes et témoins aux fins d'interrogatoire; *b*) la communication et la production d'éléments de preuve, y compris toute pièce à conviction documentaire ou autre intéressant la plainte; et *c*) des investigations sur les lieux.

Article 31 (Engagement des poursuites)

34. Il y aurait lieu de réfléchir plus avant aux liens qui existent entre les articles 31 et l'alinéa *a* de l'article 62 d'une part, et l'article 33 d'autre part. Selon l'article 31, une personne peut être arrêtée ou mise en détention en vertu du statut sur la base d'un mandat ou autre ordonnance d'arrêt ou de mise en détention délivré par la cour (mandat d'arrêt provisoire) alors même que l'acte d'accusation est en cours d'établissement; l'alinéa *a* de l'article 62 dispose qu'en cas d'urgence la cour peut demander qu'il soit procédé à une arrestation provisoire. Or si l'on en croit l'article 33, l'obligation imposée aux États parties d'arrêter et de mettre en détention les personnes sous le coup des mandats en question ne prend naissance qu'une fois l'acte d'accusation signifié à l'accusé. Aucune disposition ne prévoit la coopération aux fins de l'arrestation ou de la mise en détention avant la signification de l'acte d'accusation. La Commission voudra peut-être examiner cette question. Toutefois, s'il y est pourvu, il ne serait pas bon, pour des motifs tenant aux droits de l'homme, de permettre qu'il s'écoule un laps de temps trop long entre l'exécution du mandat d'arrêt provisoire et la signification de l'acte d'accusation à l'accusé : la Convention européenne d'extradition, par exemple, impose une limite de quarante jours.

Article 32 (Acte d'accusation)

35. Pour le Gouvernement britannique il ne suffit pas de laisser au règlement de la cour le soin de régler les questions ayant trait par exemple à la définition des conditions que doivent satisfaire les « pièces à conviction nécessaires » que le Bureau doit examiner avant de confirmer l'acte d'accusation. Il présume que la formulation vise soit les éléments de preuve sous forme écrite soit un résumé de ceux-ci. La disposition devrait préciser l'étendue des éléments de preuve requis et la manière dont ils doivent être présentés à la Chambre. Il suppose que l'acte d'accusation proprement dit ne résumera pas les éléments de preuve.

Article 37 (Constitution de chambres)

36. Le Gouvernement britannique considère que cinq juges suffisent pour constituer une solide chambre de jugement. Il estime que le Bureau devrait régler la question de la constitution de chambres de la manière qu'il juge appropriée. Mieux vaut procéder ainsi que d'instituer des règles rigides.

Article 38 (Contestation de la compétence)

37. Le Gouvernement britannique estime qu'il faudrait se prononcer sur l'opinion exprimée au paragraphe 5 du commentaire sur cet article selon laquelle il serait impératif que l'accusé soit autorisé à contester avant le procès la compétence de la cour, et que les seuls obstacles d'ordre institutionnel qui existeraient ne devraient pas empêcher de trouver une solution à la question. La chambre saisie devrait statuer sur la question et si la contestation est soulevée avant que l'acte d'accusation soit confirmé (peut-être après l'arrestation de la personne accusée), une chambre devrait être constituée à cette fin.

Article 44 (Droits de l'accusé)

38. La Commission est invitée à réfléchir de nouveau à la possibilité de distinguer différentes hypothèses pour décider si un procès devrait ou non se tenir en l'absence de l'accusé; le Gouvernement britannique est d'avis qu'il ne faudrait pas laisser à la cour le soin de statuer sur la question ainsi qu'il est prévu à l'alinéa *h* du paragraphe 1. Pour lui, aucun procès ne doit se tenir en l'absence de l'accusé à moins : *a*) qu'il ait été dûment notifié et qu'il ait choisi de ne pas comparaître en personne mais d'être représenté par un conseil et *b*) que l'accusé arrêté se soit évadé après l'ouverture et avant la clôture du procès.

39. Le paragraphe 3 traite des éléments d'information qui doivent être mis à la disposition de la défense. Ici aussi, la Commission est invitée à envisager d'insérer dans le statut d'autres dispositions consacrées au rôle du procureur et de la cour. On gagnerait sans doute à y insérer, en particulier, les explications fournies au paragraphe 8 du commentaire.

Article 45 [Autorité de la chose jugée (non bis in idem)*]*

40. La Commission est priée de réexaminer l'alinéa *a* du paragraphe 2 qui parle de « crime ordinaire ». Il s'agit là d'une notion très difficile à cerner et le mieux serait peut-être de supprimer purement et simplement cet alinéa.

Article 47 (Pouvoirs de la Cour)

41. Aux termes des alinéas *a* et *b* du paragraphe 1, la cour a le pouvoir d'ordonner la comparution des témoins et leur audition et d'ordonner la production d'éléments de preuve documentaires et autres pièces à conviction. À la lumière des observations formulées plus haut concernant l'article 30, à savoir que dans la pratique le moyen le plus acceptable et du reste le plus efficace d'obtenir aussi bien la comparution de personnes que la production d'éléments de preuve consiste à solliciter la coopération des États parties qui seraient tenus à une certaine obligation d'assistance, il serait préférable de conférer à la cour le pouvoir de délivrer des ordonnances aux fins de la comparution et de l'audition des témoins, de la production de documents, etc. On parle d'ailleurs d'« ordonnances » dans le commentaire sur l'article 30. La même observation vaut pour le paragraphe 1 de l'article 48.

Article 48 (Dépositions)

42. Le Gouvernement britannique renvoie aux observations qu'il a formulées *supra* au sujet de l'article 19 s'agissant de l'opportunité de consacrer dans le statut d'autres règles touchant les éléments de preuve. Il faudrait répondre à la question de savoir si tout témoin devrait jouir du privilège de ne pas s'incriminer lui-même devant le tribunal. Il se pose la question de savoir si tout témoin est en particulier tenu de répondre à des questions qui pourraient le mettre en état de violation du droit interne de son pays.

43. Quant à l'argument avancé au paragraphe 4 du commentaire, étant donné les difficultés de preuve que les tribunaux internes éprouveraient à l'occasion de poursuites contre le faux témoignage commis devant la cour, il serait préférable de régler dans le statut la question du faux témoignage devant la cour.

Article 53 (Peines applicables)

44. Le paragraphe 2 s'écarte des recommandations que la Commission a formulées antérieurement, à savoir que les peines devraient être fondées sur le droit interne applicable, la cour étant habilitée, à titre subsidiaire, à éditer des peines lorsque aucune peine n'est prévue ou lorsque la peine prescrite est étrangère aux normes internationales. Le Gouvernement britannique est d'avis de revenir aux recommandations antérieures. Les peines imposées par l'État sur le territoire duquel le crime a été commis doivent constituer la première référence et doivent être appliquées, sauf les réserves émises plus haut. Une telle démarche cadrerait avec le principe généralement reconnu qui veut que l'auteur de tout crime soit conscient de la peine encourue.

45. En ce qui concerne le paragraphe 4, la Commission est invitée à examiner la question de savoir s'il faudrait donner à la cour des directives touchant l'ordre dans lequel les amendes ou les produits des biens confisqués devraient être versés. En ce qui concerne l'alinéa *c*, il est discutable que les dispositions visées au paragraphe 4 du commentaire soient susceptibles d'être utilisées dans la pratique. Il est douteux qu'il faille créer un fonds et il faudrait peut-être habiliter le tribunal à verser des sommes d'argent directement aux victimes ou à l'État dont ces dernières sont ressortissantes pour leur profit exprès.

Article 55 (Appel d'un jugement ou d'une condamnation)

Article 56 (Procédure d'appel)

Article 57 (Révision)

46. Le Gouvernement britannique est favorable à l'idée de conférer un droit d'appel à toute personne reconnue coupable. Il estime cependant que sept juges est un nombre trop faible pour constituer une chambre d'appel, quand on sait que les juges d'une telle chambre sont censés avoir le même rang que les juges d'instance. À son avis, une chambre d'appel constituée d'au moins neuf juges serait mieux indiquée.

47. Quant à l'idée de ménager au procureur la faculté de faire appel, ce droit devrait être rigoureusement circonscrit aux hypothèses de l'appel fondé sur un point de droit ou de l'appel de la peine prononcée par le tribunal d'instance. Le procureur ne devrait pas avoir un droit d'appel général.

Article 58 (Coopération internationale et assistance judiciaire)

48. La Commission est priée de réfléchir aux « mesures conservatoires » qui pourraient être nécessaires.

Article 62 (Mesures conservatoires)

49. L'attention est appelée sur les observations formulées antérieurement touchant l'arrestation provisoire. S'agissant des mesures conservatoires de toute nature, toute requête émanant de la cour doit revêtir un caractère formel pour que les États puissent y donner suite. Les États ne pourront répondre que pour autant que leur droit interne les y autorise, leur intervention ne pouvant cependant consister, par exemple, à empêcher l'évasion d'un suspect à moins qu'un mandat d'arrêt provisoire ou un mandat d'arrêt n'ait été délivré. Le droit interne pourrait également imposer des conditions particulières à la recherche et la saisie d'éléments de preuve; ces restrictions sont consacrées par la plupart des accords internationaux d'entraide judiciaire.

Article 63 (Remise de l'accusé au Tribunal)

50. Le Gouvernement britannique relève que, en vertu de l'alinéa *a* du paragraphe 3, tout État partie qui a accepté la compétence de la cour en ce qui concerne le crime en question est tenu de prendre des mesures pour arrêter l'accusé et le remettre à la cour. Eu égard aux dispositions du paragraphe 4 de l'article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Gouvernement britannique estime que l'accusé doit avoir le droit de contester son arrestation et sa mise en détention sur le territoire de l'État requis, encore qu'il faille réduire à un minimum les motifs de contestation recevables. Il considère donc que tout État qui a pris immédiatement des mesures pour arrêter l'accusé se serait acquitté de ses obligations, même si le prévenu devait exercer avec succès son droit de contester son arrestation et sa mise en détention.

51. L'alinéa *b* du paragraphe 3 envisage le cas d'un État partie qui est également partie au traité définissant le crime en question mais qui n'aurait pas accepté la compétence de la cour pour ce crime. Le Gouvernement britannique s'interroge sur le bien-fondé de l'obligation de procéder à une arrestation faite à cet État. L'arrestation peut être prématurée si les autorités nationales ne sont pas prêtes à inculper immédiatement ou concluent, après avoir examiné l'affaire, que des poursuites seraient vraisemblablement infructueuses.

52. Le paragraphe 5 fait obligation aux États parties, autant que possible, de donner à une demande émanant de la cour priorité sur les demandes d'extradition émanant d'autres États. Cette prescription s'écarte de la recommandation que la Commission a faite antérieurement, selon laquelle il devrait être loisible aux États parties d'arrêter un choix en cas de demandes multiples, mais que l'on pourrait offrir à ces États, à titre indicatif, des directives pour opérer ce choix, par exemple en leur suggérant d'accorder une attention particulière aux demandes émanant de la cour. La prescription du paragraphe 5 de l'article 63 concerne également toute demande faite en vertu du paragraphe 2 : lors même qu'il se pourrait que l'État requis n'ait même pas accepté la compétence de la cour à raison du crime ou de la catégorie de crimes considéré. La Commission est invitée à réfléchir à l'idée de supprimer le paragraphe 5. Des directives non contraignantes, du genre initialement proposé, pourraient cependant avoir quelque utilité.

53. De l'avis du Gouvernement britannique, le paragraphe 6 de l'article 63 a son utilité de même que la règle de la spécialité consacrée à l'article 64.

54. L'attention a été appelée plus haut sur l'opportunité de consacrer un article supplémentaire à l'assistance judiciaire dans lequel on définirait notamment l'obligation mise à la charge des États parties de faire droit aux demandes qui leur sont présentées. Il reste à savoir s'il faudrait imposer des obligations ou une obligation du même degré aux États parties qui n'ont pas accepté la compétence de la cour à raison du crime ou de la catégorie de crimes en question. Il paraîtrait souhaitable d'énumérer dans le statut, ne serait-ce que de manière non limitative, les types d'assistance judiciaire qui pourraient être requis des États parties, à l'exemple du paragraphe 2 de l'article premier du Traité type d'entraide judiciaire en matière pénale.

Article 66 (Exécution des peines)

Article 67 (Grâce, liberté conditionnelle ou commutation de la peine)

55. La Commission est priée d'examiner la question de savoir si le statut devrait prévoir les procédures à suivre en cas d'évasion d'un prisonnier reconnu coupable et condamné par le tribunal.

Slovénie

[Original : anglais]
[28 février 1994]

1. La République de Slovénie est favorable à l'institution d'une cour criminelle internationale qui serait régie par les dispositions du statut, sans qu'il faille nécessairement prévoir à cet effet de modifier la Charte des Nations Unies. La cour devrait être liée à l'Organisation des Nations Unies, mais elle ne devrait pas être un organe de celle-ci. La République de Slovénie se prononce donc en faveur de la composition du tribunal telle qu'elle est envisagée dans le projet de statut, y compris la mise en place d'un parquet qui serait un organe distinct de la cour.

2. En ce qui concerne le règlement du tribunal dont dispose l'article 19 du projet de statut, la République de Slovénie estime, et cette position rejoint celle adoptée par certains membres du Groupe de travail, que les règles régissant l'administration de la preuve dans un procès devraient être fixées par le statut plutôt que par le règlement du tribunal. Le parquet devrait être régi par son

propre règlement intérieur, ce qui garantirait son indépendance complète par rapport à la cour.

3. Selon la République de Slovénie, la deuxième partie du projet de statut, consacrée à la compétence et au droit applicable, en est le noyau central. En principe, la République de Slovénie appuie l'approche adoptée à l'article 22, qui consiste à énumérer les traités et les crimes qu'ils définissent et à faire de cette énumération la base de la compétence *ratione materiae* de la cour. Il lui paraît que c'est la façon la plus appropriée d'appliquer le principe *nullum crimen sine lege*.

4. De surcroît, la République de Slovénie note avec satisfaction qu'au nombre des crimes visés par l'article 22 figurent les infractions graves au Protocole I additionnel aux Conventions de Genève, de 1949, relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux, du 8 juin 1977. S'il est vrai que les deux Protocoles additionnels de 1977 aux Conventions de Genève de 1949 n'ont pas été acceptés aussi universellement que les Conventions elles-mêmes, ils ont néanmoins été ratifiés à l'heure actuelle par deux tiers des États et ils pourraient bientôt, même si ce n'est pas encore le cas aujourd'hui, constituer une source coutumière du droit international humanitaire. Aussi la remarque figurant dans le commentaire du Groupe de travail selon laquelle le Protocole II (de 1977) additionnel aux Conventions de Genève de 1949 relatif aux conflits armés ne représentant pas un caractère international a été omis du champ d'application de l'article 22, parce qu'il ne prévoit pas de dispositions applicables aux infractions graves, n'emporte pas la conviction. On trouve dans le titre II du Protocole II des dispositions très claires concernant les actes qui sont et demeurent prohibés en tout temps et en tout lieu et que l'on peut qualifier a priori d'infractions graves au droit humanitaire. Les rédacteurs du projet de statut d'une cour criminelle internationale devraient avoir présent à l'esprit que les violations les plus brutales et les plus massives du droit humanitaire et des droits de l'homme sont l'un des traits les plus évidents des conflits armés non internationaux.

5. Le Groupe de travail a décidé d'inclure dans le premier élément de compétence *ratione materiae* de la cour les conventions ayant un caractère universel qui réprime le terrorisme et qualifient certains actes terroristes comme des infractions graves obligeant les États parties à agir conformément au principe *aut iudicare aut dedere*.

6. Sur ce point, la République de Slovénie souhaite que le Groupe de travail réexamine la question de savoir s'il convient de placer les crimes relevant du terrorisme international sur le même pied que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité en ce qui concerne le degré de gravité qu'ils revêtent. Sur le plan du droit, les deux catégories de crimes visées présentent des différences. Ainsi les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité les plus graves sont imprescriptibles, comme le prévoient les Principes du droit international consacrés dans le statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal[1] et la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Par ailleurs, il convient que la législation interne traite les crimes terroristes à l'égal de crimes classiques de droit commun, de manière qu'ils puissent faire l'objet des accords bilatéraux d'extradition existants. Enfin, les tribunaux nationaux doivent connaître des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité en vertu du principe de la compétence universelle.

7. Il faudrait compléter la liste des conventions réprimant le terrorisme en y ajoutant le Protocole pour la répression des actes illicites de violence dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale, complémentaire à la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, qui étend le champ d'application de ladite convention aux actes terroristes commis dans des aéroports civils internationaux.

8. La République de Slovénie convient, en principe, que les crimes liés aux drogues relèvent de la compétence d'une cour criminelle internationale, mais elle estime que le Groupe de travail devrait réexaminer le point de savoir si de tels crimes doivent figurer dans la catégorie des crimes pour lesquels l'article 26 prévoit une acceptation spéciale par les États de la compétence de la cour. En tant qu'État partie à la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, la République de Slovénie est d'accord avec ceux qui estiment que ladite convention doit figurer, elle aussi, parmi les traités relevant de la compétence d'une cour criminelle internationale. À supposer que les États acceptent la compétence de la cour pour les crimes énumérés à l'article 22, la République de Slovénie est favorable à la procédure dite de « participation sélective », selon laquelle le seul fait qu'un État devienne partie au statut ne confère pas automatiquement compétence à la cour, une déclaration spéciale s'imposant à cet effet.

9. Comme de nombreux autres États Membres de l'ONU, la République de Slovénie se doit de marquer des réserves en ce qui concerne la compétence *ratione loci* de la cour par rapport à ses propres nationaux, la Constitution slovène ne permettant pas que ceux-ci soient extradés pour être jugés en dehors du pays.

10. En ce qui concerne le deuxième élément de la compétence *ratione materiae* d'une cour criminelle internationale, tel qu'il est énoncé à l'article 26, qui prévoit une acceptation spéciale par les États, la République de Slovénie ne peut marquer son accord sur la position du Groupe de travail selon laquelle les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité qui ne sont pas énumérés dans la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ou qui ne tombent pas sous le coup des Conventions de Genève de 1949 et de leur Protocole I doivent être distingués des crimes envisagés dans lesdites conventions et requièrent une acceptation spéciale de compétence. Le Groupe de travail avait manifestement à l'esprit les crimes internationaux envisagés par le droit international coutumier, comme la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et les règlements y annexés, le statut du Tribunal militaire international de Nuremberg, annexé à l'Accord de Londres[2] et

[1] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12* (A/1316), p. 12 et suiv.; texte reproduit dans *Annuaire...1985*, vol. II (2e partie), p. 12, par. 45.

[2] 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; voir notamment p. 289).

l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève de 1949 relatif aux conflits armés ne présentant pas un caractère international. Sur ce point, la CDI devrait s'inspirer du Statut du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie, dont la compétence matérielle s'étend inconditionnellement auxdits crimes.

11. La République de Slovénie estime que la constatation préalable par le Conseil de sécurité de la commission d'un acte d'agression, telle qu'elle est envisagée à l'article 27 du projet de statut, contredit le principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire et que cette disposition devrait être réexaminée avec plus de soin par le Groupe de travail.

12. Selon la République de Slovénie, la disposition de l'article 28 relative au droit applicable n'offre pas une base suffisante pour se conformer au principe *nullum crimen sine lege* et devrait donc être réexaminée.

13. En ce qui concerne la compétence *ratione personae* de la future cour, celle-ci aura à juger des personnes physiques sur la base de la responsabilité criminelle individuelle. La République de Slovénie estime que le projet de statut devrait faire l'objet d'une élaboration plus poussée en ce qui concerne la responsabilité des dirigeants, les crimes commis sur l'ordre d'un supérieur et d'autres questions connexes.

14. La République de Slovénie considère que l'efficacité du système judiciaire international dépend avant tout du point de savoir comment le suspect ou l'auteur présumé d'un crime présumé sera traduit devant la cour. On notera à cet égard que la Constitution slovène n'autorise pas les jugements par contumace.

15. En attendant le procès, les garanties de procédure énoncées à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques doivent être respectées. La République de Slovénie estime qu'il faudrait se préoccuper davantage des victimes et des témoins cités à la barre.

16. En ce qui concerne les peines applicables, la République de Slovénie note avec satisfaction que la peine de mort n'est pas envisagée, car celle-ci est interdite par la Constitution. Le système judiciaire slovène ne prévoit pas non plus l'emprisonnement à vie; la République de Slovénie estime que cette peine devrait être remplacée par une peine incompressible dont la durée devrait être précisée.

17. L'âge de l'auteur d'un crime international ne doit pas être pris en compte uniquement en tant que circonstance aggravante ou atténuante. Le Groupe de travail devrait décider si les jeunes criminels présumés, par exemple âgés de moins de dix-huit ans selon les normes internationales bien établies, doivent être traduits devant une cour criminelle internationale.

18. La République de Slovénie ne s'oppose pas à ce que le procureur puisse, lui aussi, faire appel ou demander la révision d'un jugement rendu par une cour criminelle internationale. Mais, dans cette hypothèse, le statut de la cour devrait préciser les cas dans lesquels la condamnation peut être modifiée et si une condamnation plus sévère peut être prononcée, le cas échéant.

19. En conclusion, la République de Slovénie propose que la Commission du droit international poursuive sans retard l'élaboration du projet de statut d'une cour criminelle internationale.

Sri Lanka

[Original : anglais]
[15 mars 1994]

Observations générales

1. Le Gouvernement sri-lankais estime que, pour inspirer le plus de confiance possible et être le plus largement accepté au plan international, ce qui lui est nécessaire pour pouvoir s'acquitter des lourdes responsabilités qui seront les siennes, le tribunal criminel international dont la création est envisagée doit être une institution judiciaire impartiale résolue à défendre la primauté du droit et à administrer la justice en dehors de toutes considérations politiques. Le tribunal sera souvent appelé à se prononcer sur des questions juridiques complexes susceptibles de comporter des aspects politiques « sensibles » marqués. Il est essentiel que, dans l'exercice de ses fonctions, le tribunal tienne dûment compte des principes de souveraineté, d'intégrité territoriale et d'indépendance politique des États, tels que ceux-ci sont consacrés dans la Charte des Nations Unies.

2. Le Gouvernement sri-lankais tient à féliciter la Commission du droit international et les membres du Groupe de travail sur un projet de statut pour une cour criminelle internationale pour l'approche pragmatique et souple adoptée pour formuler les projets d'articles. Néanmoins, plusieurs questions soulèvent des difficultés politiques, juridiques et pratiques non négligeables auxquelles il faut apporter une solution satisfaisante si l'on veut que le statut soit largement accepté.

Observations relatives à certains articles

A. — Questions de fond

Article 2 (Lien du Tribunal avec l'Organisation des Nations Unies)

3. Le Gouvernement sri-lankais estime que créer une cour criminelle internationale en tant qu'organe principal ou subsidiaire de l'Organisation des Nations Unies ne serait pas une solution pratique. Une telle entreprise, considérable puisqu'elle nécessiterait un amendement de la Charte des Nations Unies, ne semble pas à l'heure actuelle recueillir suffisamment d'appui au sein de la communauté internationale. Néanmoins, le Gouvernement sri-lankais reconnaît qu'il est important que la juridiction qui sera mise en place ait des relations formelles avec l'Organisation des Nations Unies afin de pouvoir jouir de l'autorité nécessaire pour exercer une compétence pénale au niveau international et gagner la confiance de la communauté internationale. On pourrait parvenir à ce résultat au moyen d'un traité multilatéral conclu sous les auspices de l'Organisation. Ceci permettrait à la

cour de coopérer étroitement avec l'Organisation tout en conservant un statut distinct.

Article 5 (Organes du Tribunal)

4. On notera que le terme « Tribunal » est utilisé dans le projet de statut pour désigner la cour, le greffe et le parquet. Tout en comprenant le raisonnement du Groupe de travail selon lequel, pour des raisons théoriques, logistiques et autres, il fallait dans le projet de statut considérer ces trois organes comme constituant un système judiciaire international intégré, le Gouvernement sri-lankais tient à souligner combien il est important, dans tout système judiciaire international, de garantir l'indépendance qui doit nécessairement exister entre l'instance de jugement et l'instance chargée des poursuites.

5. En vertu du statut, le parquet sera chargé des enquêtes, du déclenchement de l'action publique et de la conduite des poursuites. Pour ce faire, il doit avoir des pouvoirs autonomes. Certes, le tribunal pourra le moment venu connaître des actes accomplis dans l'exercice de ces fonctions et statuer à cet égard, mais ne doit pas diriger l'exercice de ces fonctions.

Deuxième partie (art. 22 à 28) [Compétence et droit applicable]

6. Le Gouvernement sri-lankais estime que la deuxième partie du projet de statut, relative à la compétence et au droit applicable, qui contient les dispositions fondamentales du statut, soulève un certain nombre de questions d'ordre juridique qui appellent un examen plus poussé de la Commission.

7. La question se pose de savoir si la distinction qui existe actuellement entre les crimes visés à l'article 22 (Liste de crimes définis par voie de traité) et ceux visés à l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 26, c'est-à-dire la distinction entre éléments de compétence primaires et secondaires, est justifiée. Pour le Gouvernement sri-lankais, la compétence de la cour doit, tout au moins initialement, être limitée aux crimes définis dans les traités multilatéraux largement acceptés au niveau international. On notera, à cet égard, que la liste d'accords figurant à l'article 22 énumère ces traités internationaux et que ceux-ci définissent des actes précis qui doivent être considérés comme des crimes graves et créent en ce qui les concerne un régime du type « extrader ou poursuivre ».

8. S'agissant des crimes définis dans la Convention de Montréal pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (art. 22, *d*), il faudrait envisager d'étendre ces dispositions aux actes illicites dirigés contre les aéroports et installations servant à l'aviation civile (en tant qu'actes distincts des actes illicites dirigés contre les aéronefs) visés dans le Protocole de 1988 à la Convention de Montréal de 1971.

9. Le Gouvernement sri-lankais estime aussi que la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes devrait être visée à l'article 22. Dans de nombreuses régions du monde, les liens de plus en plus étroits entre le trafic de stupéfiants, le terrorisme et le trafic d'armes constituent une menace croissante contre la paix et la sécurité tant au niveau national qu'au niveau international. Il est impératif que la communauté internationale traite ces activités comme des crimes graves au regard du droit international.

10. En outre, les dispositions de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes, comme celles des conventions énumérées à l'article 22, créent pour les infractions liées aux drogues un régime du type « extrader ou poursuivre » et prévoient en ce qui les concerne l'exercice d'une compétence extraterritoriale, lorsque l'extradition n'est pas accordée. C'est pourquoi ladite Convention devrait être traitée de la même manière que les traités multilatéraux à l'article 22.

11. Pour ce qui est des « crimes au regard du droit international général » visés à l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 26, le Gouvernement sri-lankais pense que les dispositions en question n'ont ni l'exactitude ni la précision qui seraient nécessaires pour donner compétence à la cour. Il souhaite donc réaffirmer que, initialement, la compétence de la cour envisagée doit être limitée aux crimes définis dans les traités multilatéraux.

12. S'agissant de la compétence de la cour, le projet de statut tel qu'actuellement formulé est concurrent et non exclusif, préservant le droit inhérent de tout État partie soit de juger un accusé devant ses tribunaux nationaux, soit de le renvoyer devant la cour criminelle internationale. Le Gouvernement sri-lankais souscrit à cette approche, qui est un prolongement logique du régime de type « extrader ou poursuivre » prévu dans les traités énumérés à l'article 22. Un tel régime pourrait contribuer à remplir le vide juridictionnel qui risque d'exister lorsqu'un État requis refuse d'extrader ses propres nationaux et que l'État requérant n'a de toute évidence aucune confiance dans le système judiciaire de l'État requis.

13. En outre, la compétence concurrente de la cour est subordonnée au consentement des États, c'est-à-dire l'État sur le territoire duquel le crime a été commis et l'État dont le perpétrateur du crime est réputé être un ressortissant.

14. Le projet de statut prévoit dans son article 23 une acceptation expresse de la juridiction *ratione materiae* de la cour par chaque État partie au statut. Des deux variantes proposées, le Gouvernement sri-lankais préfère la procédure de « participation sélective », à savoir la variante A, qui est en accord avec la base consensuelle de la compétence de la cour.

15. L'article 25 du projet de statut, qui dispose que les affaires visées à l'article 22 ou à l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 26 peuvent être soumises à la cour « sur décision du Conseil de sécurité », doit être examiné plus avant.

16. Il est difficile de dire, comme les dispositions sont actuellement libellées, si la « décision » que le Conseil de sécurité est censé pouvoir prendre serait assujettie, pour ce qui est du consentement, aux mêmes conditions que la soumission d'une affaire à la cour par un État. Confier un tel pouvoir au seul Conseil de sécurité, sans le confier aussi à l'Assemblée générale, compromettra l'acceptabilité générale du statut et rendra difficile un accord sur cette question.

17. Le Gouvernement sri-lankais estime qu'il serait prudent, au moins dans la phase initiale, de limiter le droit de soumettre des affaires à la cour aux États parties au statut. Quoi qu'il en soit, on peut raisonnablement supposer que, si la cour doit être une institution viable pour l'exercice de la compétence criminelle internationale, le statut exigera l'adhésion la plus large possible des États. Ainsi une affaire pourra être soumise à la cour par un ou plusieurs État en application d'une décision prise par le Conseil de sécurité.

18. Les dispositions de l'article 24 et de l'article 26, qui exigent, avant qu'une affaire puisse être soumise au tribunal, que l'État dont les tribunaux sont compétents pour juger cette affaire ou l'accusé si celui-ci est présent sur son territoire doit consentir à cette soumission, semblent avoir pour objet de garantir la compatibilité entre, d'une part, les obligations qu'il est proposé de mettre à la charge des États en vertu du statut et, de l'autre, celles qui découlent de leur loi nationale et des traités auxquels ils sont parties. La validité d'un tel objectif n'est pas contestable.

19. Toutefois, les dispositions actuelles du projet de statut, qui sont quelque peu complexes, soulèvent plusieurs questions de fond qui doivent être examinées de manière plus approfondie. Les dispositions de l'article 63 sur la remise d'un accusé au tribunal constituent un exemple à cet égard.

20. L'article 63 exige d'un État partie qui a accepté la compétence de la cour en ce qui concerne un crime particulier qu'il prenne immédiatement des mesures pour arrêter l'accusé et le remettre à la cour. Un État partie qui est également partie au traité définissant le crime en question mais qui n'a pas accepté la compétence de la cour pour ce crime est tenu soit de remettre l'accusé à la cour soit d'engager des poursuites contre lui. En outre, cet article oblige les États parties à donner autant que possible aux demandes de la cour en vue de la remise d'un accusé la priorité sur les demandes d'extradition émanant d'autres États.

21. La question des obligations conventionnelles préexistantes d'extrader qui incombent à un État partie au statut vis-à-vis d'un État qui n'est pas partie au statut lorsque la cour a présenté une demande concurrente doit être examinée plus avant.

22. Les traités multilatéraux définissant les crimes visés à l'article 22 créent un régime de type « extrader ou poursuivre » entre les États parties à ces traités. Des difficultés considérables, tant juridiques que politiques, pourraient très bien exister dans le cas où un État partie à l'un de ces traités multilatéraux et qui n'est pas partie au statut du tribunal présente une demande d'extradition à un État qui est partie à la fois au statut et au traité multilatéral. Il convient également de noter que, mises à part 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, les traités multilatéraux visés aux articles 22 et 26 ne prévoient pas la saisine d'une juridiction pénale internationale. L'article 63 s'efforce d'étendre le régime « extrader ou poursuivre », par analogie, à la remise d'un accusé à la cour.

23. Il s'agit là d'une question qui doit être examinée de manière plus approfondie, compte dûment tenu des dispositions pertinentes de la Convention de Vienne sur le droit des traités (1969) relatives à la modification des traités. Il faudra aussi veiller à ce que les dispositions du statut ne portent pas atteinte au régime juridique créé par les traités d'extradition bilatéraux.

B. — Questions de procédure

Article 30 (Information et établissement de l'acte d'accusation)

24. Ce projet d'article vise la réception d'une plainte par le procureur. Il est souhaitable que les plaintes soient reçues par le parquet, qui décidera s'il convient ou non d'ouvrir une information. Cette situation est comparable à la réception par le parquet de renseignements concernant la commission d'un crime relevant de la cour.

25. Le pouvoir discrétionnaire accordé au procureur pour ce qui est de l'ouverture d'une information est conforme à l'exercice de ses fonctions. Toutefois, s'agissant de l'examen de la décision initiale du procureur, on devrait ordonner à celui-ci — si l'on constate qu'il y a lieu — d'ouvrir une enquête et non d'engager des poursuites.

26. À l'issue de cette enquête telle qu'ordonnée par le Bureau, il appartiendra au procureur de décider s'il y a lieu d'établir un acte d'accusation à l'encontre du suspect. Le plaignant peut interjeter appel d'une décision du procureur de ne pas poursuivre. Toutefois, il serait souhaitable que le Bureau mène une enquête préliminaire à laquelle les parties concernées ne participeraient pas, sous réserve d'une audience dans les cas exceptionnels. En l'absence de circonstances exceptionnelles, une décision du procureur de ne pas poursuivre ne devrait pas être susceptible d'appel, et ceci pour des raisons pratiques. À n'en pas douter, le procureur doit être extrêmement prudent lorsqu'il exerce son pouvoir de ne pas poursuivre. Le système ne fonctionnera pas de manière satisfaisante si l'on ordonne au procureur de poursuivre alors qu'il ne le souhaite pas.

Article 32 (Acte d'accusation)

27. L'article 32 prévoit un examen de l'acte d'accusation. Il semble porter atteinte à l'autorité du procureur. Il semble aussi prévoir une sorte d'enquête dans l'enquête. En outre, il ne cadre pas avec les dispositions antérieures permettant au Bureau d'ordonner au procureur d'engager des poursuites.

28. L'institution du parquet doit être organisée de manière à garantir qu'un acte d'accusation n'est établi que lorsque l'affaire le justifie.

Article 38 (Contestation de la compétence)

29. On pourrait prévoir que toute contestation de la compétence de la cour soit formulée avant et non après que l'accusé a exposé ses moyens de défense au fond. À tout autre stade, les contestations de la compétence

causent des pertes de temps et d'énergie inutiles. Seules les personnes ayant un intérêt direct dans l'affaire devraient avoir le droit de contester la compétence de la cour.

30. La question de la compétence, qui est une question fondamentale, devrait être tranchée à titre préliminaire par une chambre constituée pour connaître de l'affaire.

Article 48 (Dépositions)

31. Toute question touchant la pertinence, l'admissibilité et la valeur des éléments de preuve devrait être tranchée par la cour. Il existe des principes fondamentaux en ce qui concerne l'admissibilité des preuves. Pour déterminer si une preuve est admissible, il convient de tenir compte des moyens utilisés pour l'obtenir. Dans certaines situations, la cour peut admettre des éléments de preuve mais peut décider de ne pas en tenir compte. Il devrait appartenir à la cour, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de décider d'admettre ou de ne pas admettre tel ou tel élément de preuve.

Article 49 (Audiences)

32. La question des objections à la compétence de la cour est traitée dans cet article. Il semble que l'objection doive être formulée avant que l'accusé ne se soit défendu sur le fond. Ceci est conforme aux observations faites ci-dessus. La cour statuera sur l'objection avant de poursuivre le procès.

Article 51 (Jugement)

33. Les opinions dissidentes sont utiles et il ne faut pas les exclure. Une décision majoritaire de la cour sera la décision de la cour, mais les juges doivent être libres d'exprimer leur désaccord.

Article 55 (Appel d'un jugement ou d'une condamnation)

34. Un délai d'appel devrait être défini.

35. Il est admis que les décisions de la cour doivent pouvoir faire l'objet d'un appel. Néanmoins, le droit d'appel ne devrait pas pouvoir être exercé lorsque l'accusé a plaidé coupable.

36. L'on pourrait aussi envisager de conférer au procureur un droit d'appel fondé sur :

a) Un point de droit;

b) Un point de pur fait, ou, avec l'autorisation de la cour, un point à la fois de droit et de fait;

c) L'inadéquation ou l'illégalité de la condamnation prononcée.

Article 56 (Procédure d'appel)

37. La procédure selon laquelle les appels sont examinés n'est pas définie, mais peut-être le règlement de la cour contiendra-t-il les dispositions nécessaires. Il faudrait qu'au stade de l'appel la cour puisse recevoir de nouveaux éléments de preuve si elle le juge nécessaire.

38. Si nécessaire, une chambre d'appel pourra être constituée pour connaître des appels. Les éminents magistrats nommés à la cour seront compétents pour juger tant en première instance qu'en appel.

C. — Autres questions

39. Le statut ne peut prévoir toutes les situations en ce qui concerne l'enquête, l'engagement des poursuites, l'établissement de l'acte d'accusation, le procès, la condamnation, l'appel et la révision. Une disposition devrait donc être incluse concernant les cas qui ne sont pas prévus. Dans de telles situations, des procédures conformes à la justice et non incompatibles avec le statut pourront être adoptées.

40. La possibilité de juger un accusé par défaut pourrait également être prévue. Cette procédure pourrait être utilisée lorsqu'une personne ayant accepté un acte d'accusation s'abstient délibérément de comparaître ou s'abstient de comparaître pour se voir notifier l'acte d'accusation ou, ayant comparu, entrave délibérément la procédure ou n'est pas en mesure de comparaître pour des raisons de santé ou autres.

41. Il pourrait être souhaitable de disposer à tout le moins d'un exposé succinct des règles applicables devant la cour en ce qui concerne l'administration de la preuve, car ces règles tiendront une place centrale lors des procès.

42. L'on pourrait aussi conférer à la cour le pouvoir de relâcher un accusé à tout stade de la procédure si elle estime que la poursuite de celui-ci n'aboutira pas à une condamnation, à charge pour elle de consigner par écrit les motifs d'une telle décision.

43. Une disposition devrait aussi permettre à la cour de mettre fin à un procès une fois que l'accusation a fini d'exposer ses arguments, si elle estime que les éléments de preuve fournis n'établissent pas que l'accusé a commis l'infraction mise à sa charge. Si la cour considère qu'il y a lieu de poursuivre le procès, elle demande à l'accusé d'exposer ses moyens de défense.

D. — Ressources financières et autres

44. Au fur et à mesure que l'on élabore les dispositions du statut, il serait important de tenir compte des fonds et autres ressources qui seront nécessaires pour la création et le fonctionnement d'une institution telle que le tribunal.

45. Il conviendrait, bien entendu, de recenser rapidement les divers postes de dépenses, par exemple les besoins institutionnels et administratifs permanents et les autres facilités dont il faudra disposer selon le cas (notamment pour les enquêtes, les poursuites, le procès et l'incarcération).

46. Si le tribunal était créé en tant qu'organe principal ou subsidiaire de l'Organisation des Nations Unies, son mode de financement (budget ordinaire ou contributions

volontaires) sera bien entendu soigneusement examiné par les organes budgétaires de l'Assemblée générale.

47. Si le tribunal était créé par traité, les questions de financement seraient parmi les questions les plus importantes et devraient trouver une solution satisfaisante. Toutefois, qu'un tel tribunal soit établi en tant qu'organe principal ou subsidiaire de l'Organisation des Nations Unies ou soit créé par un traité, il serait essentiel (pour garantir son objectivité et son intégrité et la perception de celles-ci par le public), qu'il jouisse d'une certaine autonomie financière et qu'il puisse donc s'autofinancer sans être tributaire des contributions des gouvernements.

Suède

*[Voir **Pays nordiques**]*

Tunisie

[Original : français]
[25 février 1994]

A. — Lien du tribunal avec l'Organisation des Nations Unies

1. La Tunisie appuie l'option selon laquelle le tribunal serait un organe de l'Organisation des Nations Unies. Cette formule conférerait à cette juridiction l'autorité et la permanence voulues, et assurerait la reconnaissance internationale de sa compétence.

B. — Droit applicable

2. La Tunisie approuve la liste des accords et conventions internationaux énumérés à l'article 22 du projet devant constituer le support du droit applicable par la cour. Néanmoins, elle estime nécessaire de compléter cette liste par la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

3. Par ailleurs, il y a lieu de remarquer que seuls quelques traités, parmi ceux visés par l'article 22, définissent avec précision les actes qu'ils interdisent. Le droit international coutumier, qui complète ces traités, est également impuissant à définir correctement ces infractions. Cette situation pourrait constituer une source de difficultés quant à la précision, au niveau international, des éléments constitutifs d'une infraction internationale afin de pouvoir satisfaire au principe de légalité reconnu par tous les systèmes de justice pénale du monde. Aussi, serait-il opportun d'accélérer les travaux tendant à l'élaboration du code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

C. — La compétence

4. La Tunisie est d'avis que la compétence de la cour devrait se limiter aux individus et que, par conséquent, elle ne pourrait pas s'étendre aux États et aux organisations internationales, ce qui serait contraire au principe de la souveraineté ainsi qu'à celui de l'immunité juridictionnelle des États, objet du projet de convention élaboré à cet effet par la Commission du droit international[1].

5. Par ailleurs, et en attendant l'achèvement de l'élaboration d'un code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, la compétence matérielle *(ratione materiae)* de la cour pourrait être définie par des accords spéciaux entre les États parties au statut ou par acceptation individuelle. Ainsi seraient déterminées avec le plus de précision possible les infractions pour lesquelles un ou plusieurs États reconnaîtraient la compétence de la cour. Les accords ou actes unilatéraux évoqués plus haut pourraient être réalisés à tout moment.

6. En outre, la cour pourrait être compétente pour juger tout individu, à condition que l'État dont il est ressortissant et l'État sur le territoire duquel le crime a été commis aient accepté sa juridiction (cette solution rejoint celle du Rapporteur spécial).

7. Enfin, il y a lieu de prendre également en considération les droits de l'État dont les biens, situés sur un territoire autre que le sien, font l'objet d'actes criminels (Convention de Montréal pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile et Protocole y relatif).

D. — Nomination des juges

8. La Tunisie suggère que chaque État partie au statut présente la candidature d'un juge remplissant les conditions morales et de compétence requises. Par la suite, les juges à la cour seraient élus par l'Assemblée générale des Nations Unies. Cette formule est de nature à garantir leur indépendance et leur impartialité tout en renforçant les liens entre l'ONU et la cour.

E. — Structure de la cour

9. La Tunisie soutient la proposition du Rapporteur spécial relative à l'organisation structurelle de la cour :

a) La « cour » : organe de jugement;

b) Le « greffe » : organe administratif; et

c) Le « parquet » : organe de poursuite.

F. — Saisine de la cour

10. Contrairement à la proposition du Rapporteur spécial qui limite la saisine de la cour à la plainte des seuls États — qu'ils soient ou non parties au statut —, la Tunisie est d'avis qu'il faudrait étendre, également, ce droit aux organisations internationales. Cette solution permettrait une meilleure protection des droits de l'homme.

[1] Pour le texte du projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, voir *Annuaire... 1991*, vol. II (2e partie), p. 13 à 64.

G. — L'ACCUSATION

11. Elle devrait être soutenue par un ministère public (au lieu de l'État plaignant), soit la deuxième formule proposée par le Rapporteur spécial, et ce afin de garantir la neutralité et l'impartialité de la cour.

H. — L'ENQUÊTE

12. L'instruction devrait être conduite par la cour elle-même lors d'une audience. Si l'affaire est trop complexe, la cour pourrait constituer une commission spéciale d'enquête. Ce choix est dicté par le souci de garantir les droits de l'accusé et d'assurer l'objectivité de l'instruction.

I. — CARACTÈRE ÉQUITABLE DU PROCÈS

13. Concernant l'article 40 du projet, il serait indiqué d'énoncer un principe général à la faveur de l'accusé : la jouissance des droits fondamentaux établis par le droit international conventionnel et coutumier et reconnus par les principes généraux du droit.

J. — PRINCIPE DE LÉGALITÉ

14. À cet égard, deux remarques semblent s'imposer :

a) Le principe de légalité, tel que présenté dans l'article 41, ne mentionne pas clairement l'un de ses corollaires les plus importants, en l'occurrence la non-rétroactivité de la loi pénale internationale. Or, une telle référence apparaît fondamentale et suppose, par conséquent, la mise en œuvre de l'unique facteur d'atténuation à savoir l'application de la loi pénale internationale la plus favorable à l'accusé malgré le caractère grave des crimes réprimés;

b) Pour ce qui est de la question de la double incrimination internationale et nationale, il est bien évident qu'une juridiction pénale internationale aurait une action inefficace si elle ne pouvait poursuivre une personne, coupable d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, qu'à la condition que le droit national du pays, dont l'accusé est ressortissant, condamne ces faits. En effet, qu'en serait-il alors si des pays ne prévoient pas certains actes criminels dans leur ordre juridique interne ? Aussi conviendrait-il de dépasser le principe de la double incrimination à condition que le droit international conventionnel ou coutumier consacre de tels crimes.

K. — PEINES APPLICABLES

15. La Tunisie est favorable à la proposition du Rapporteur spécial laissant à la cour, en l'absence d'un code criminel international prescrivant des peines, la faculté de se référer soit à la loi de l'État de l'auteur du crime, soit à la loi de l'État plaignant (État victime), soit encore à la loi de l'État sur le territoire duquel le crime a été commis.

16. Cependant, l'éventualité d'un crime à la commission duquel ont participé plusieurs personnes de différentes nationalités n'a pas été prévu. Si la cour s'attache à se référer respectivement aux lois nationales des États dont est ressortissant chacun des inculpés, l'on pourrait aboutir à des jugements divers et à des peines différentes, ce qui constitue une discrimination dans les traitements de chacun des inculpés. Pour y remédier, il conviendrait de recourir à l'application d'une loi unique, de préférence la loi de l'État victime, ce qui est de nature à assurer une certaine homogénéité au jugement et à renforcer chez l'État victime le sentiment que justice lui a été pleinement rendue.

L. — RECOURS EN RÉVISION

17. L'inculpé devrait bénéficier du droit de recours en révision en cas de découverte d'un fait nouveau, inconnu au moment du procès ou de l'appel, et qui aurait pu avoir une influence décisive sur le jugement de la cour.

M. — LANGUE DE TRAVAIL

18. L'article 18 du projet stipule que les langues de travail de la cour sont l'anglais et le français. Cette disposition est restrictive. Il serait indiqué à ce sujet que les langues officielles de la cour soient celles de l'Organisation des Nations Unies.

Yougoslavie

[Original : anglais]
[10 mars 1994]

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Le Gouvernement de la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) tient à formuler certaines observations d'ordre général touchant la question même de la création d'une cour criminelle internationale et appelle l'attention du Secrétaire général sur l'opinion qu'il a déjà exprimée sur cette question.

2. Dans sa lettre datée du 19 mai 1993 (A/48/170-S/25801), le Ministre des affaires étrangères de la République fédérative de Yougoslavie, tout en souscrivant à l'idée de créer une cour criminelle internationale permanente, a réprouvé celle tendant à instituer un tribunal international spécial pour juger les seules personnes responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie. La République fédérative de Yougoslavie considère qu'il est dans l'intérêt de tous les membres de la communauté internationale d'élargir le système de droit international en vigueur à la faveur d'une telle cour, ce qui, d'une part, contribuerait au règlement des différends et, d'autre part, permettrait à la communauté internationale de mettre en œuvre avec succès toutes les mesures de prévention et de répression des actes de menace.

OBSERVATIONS RELATIVES À CERTAINS ARTICLES

Articles 1 à 4

3. Des trois solutions proposées aux fins de l'institution de la cour — par un amendement de la Charte des Nations Unies en vue de créer un nouvel organe, par la voie d'une résolution de l'Assemblée générale ou par une convention multilatérale —, il semble que la première soit la meilleure. Ce faisant, on devrait mettre à profit l'éventuelle procédure d'amendement de la Charte pour élargir le Conseil de sécurité par l'admission de nouveaux membres permanents de manière à créer une cour criminelle internationale par ce biais.

4. Le principal inconvénient d'une cour créée par la voie d'une résolution de l'Assemblée générale réside dans le fait que, en vertu de l'Article 22 de la Charte, cette cour ne serait qu'un organe subsidiaire de l'ONU et serait subordonnée à l'Assemblée générale, contrairement au principe de l'indépendance du pouvoir judiciaire qu'il serait fort malencontreux de violer dans le cas d'une cour aussi importante.

5. Il semblerait que, pour l'heure, la seule solution possible soit de créer la cour par la voie d'une convention multilatérale et de permettre ainsi à tous les États d'adhérer à son statut et de reconnaître sa compétence à raison de certains actes criminels, qu'ils aient ou non le statut d'États Membres de l'ONU. Toutefois, même si la cour était créée de cette manière, elle devrait être liée à l'ONU dans toute la mesure possible, à la faveur soit d'un accord de coopération soit d'une disposition conférant à l'Assemblée générale le pouvoir d'en nommer les juges et le procureur.

6. Quant à la disposition de l'article 4 selon laquelle le tribunal « se réunit lorsque cela est nécessaire pour l'examen d'une affaire dont il est saisi », le Gouvernement yougoslave tient à souligner que ce tribunal devrait être un organe permanent dont le statut permanent ne devrait pas forcément résider dans la tenue des sessions permanentes. Il suffirait de créer la cour, de la doter de juges élus, d'une compétence strictement définie et d'une organisation administrative.

Articles 5 à 11

7. La structure de la cour qui est proposée est incontournable; toutefois, les organes de jugement et les organes de poursuite devraient être rigoureusement distincts. Le Gouvernement yougoslave exprimera son opinion sur le parquet dans ses observations sur l'article 13.

8. Le soin d'élire les juges doit être laissé aux États parties à la convention portant création de la cour; si celle-ci est créée par la Charte des Nations Unies, l'Assemblée générale des Nations Unies devrait élire les juges. L'une ou l'autre solution contribuerait à renforcer l'indépendance et l'impartialité des juges et à établir un lien solide entre la cour et les États qui l'ont créée, c'est-à-dire les Nations Unies.

9. La cour devrait également être dotée d'une bonne organisation administrative, dans la mesure où elle ne siégera pas en permanence mais uniquement à l'occasion de telle ou telle affaire dont elle serait saisie. Le statut et la structure administrative devraient être réglés par le règlement intérieur de la cour.

10. Le principe de la récusation des juges revêt une grande importance. Aussi, tant le juge récusé que l'accusé doivent-ils exposer le motif de la récusation. Le nombre des juges dont la récusation peut être demandée ne devrait pas être limité et, en vertu des paragraphes 1 et 2 de l'article 11, les décisions devraient être prises de la même manière, le quorum étant identique.

Article 13

11. Les fonctions du parquet devraient être séparées de celles de la cour. Dans la mesure où le procureur est principalement responsable de la conduite des enquêtes et des poursuites, son statut doit être clairement défini et distingué de celui des autres parties qui pourraient intervenir devant la cour et de la cour proprement dite. En conséquence, les modalités de l'élection et les fonctions du procureur devraient être définies de manière plus détaillée.

12. Le procureur pourrait également être élu par l'Assemblée générale parmi les ressortissants de divers États qui présenteraient dans les mêmes conditions leur candidature aux fonctions de juge.

13. Par ailleurs, outre l'hypothèse de la demande d'un État concerné, le procureur pourrait engager des poursuites de son propre chef ou à l'initiative du Conseil de sécurité s'il existe une sérieuse présomption qu'un crime de guerre a été commis.

Articles 15 à 18

14. La perte de fonctions devrait être régie de la même manière que dans le Statut de la Cour internationale de Justice. Le Gouvernement yougoslave considère inacceptable que la perte de fonctions soit décidée par la cour, c'est-à-dire par deux tiers des juges. Il voit là une remise en cause de l'indépendance du parquet.

Article 19

15. Le Gouvernement yougoslave estime que cet article (ou un certain nombre d'articles) du projet de statut devrait énoncer des règles fondamentales et des principes généraux touchant la procédure et les preuves.

Articles 22 à 26

16. Le Gouvernement yougoslave est favorable à l'idée de conférer à la cour une compétence *ratione personae* pour juger les individus seulement.

17. La compétence *ratione materiae* de la cour à raison des cas visés à l'article 22 devrait s'imposer à tous les États parties au statut, sans qu'il soit loisible aux États de la contester ou d'y formuler de quelconques réserves.

18. Si la disposition contenue à l'article 23 est acceptée, le but et les fonctions de la cour criminelle internationale seraient contestés. Le Gouvernement yougoslave estime que, pour pouvoir fonctionner efficacement, la cour criminelle internationale devrait être habilitée à établir la responsabilité pénale et à appliquer des sanctions dans un nombre minimum de cas généralement acceptés, en gardant constamment à l'esprit la souveraineté des États. La liste des crimes figurant à l'article 22 et d'éventuelles additions (comme, par exemple, celles proposées dans le cas des mercenaires) représentent un maximum vu la structure et la gravité des crimes et leurs conséquences, pour lesquelles il faudrait obtenir le consentement de l'État quant à la compétence obligatoire de cette cour.

19. Dans ce contexte, la compétence de la cour à raison des crimes visés à l'article 22 ne devrait pas être subordonnée au consentement de l'État dont l'accusé est ressortissant ou de l'État sur le territoire duquel le crime a été commis, si ces États sont parties au statut.

20. Quant aux cas visés à l'article 26, le Gouvernement yougoslave est d'avis qu'en l'espèce la cour devrait avoir une compétence subsidiaire, c'est-à-dire que sa compétence devrait être subordonnée au consentement des États concernés.

21. Quant à l'idée qui veut que le Conseil de sécurité puisse, de son propre chef, saisir la cour d'une affaire, le Gouvernement yougoslave considère que le Conseil de sécurité ne pourrait pas, en pareil cas, faire office de procureur, c'est-à-dire identifier certaines personnes en tant qu'accusées. Dans le cadre de ses compétences en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales, le Conseil devrait être autorisé à appeler l'attention de la cour/du procureur sur les cas d'agression, ce dernier étant chargé de mener une enquête et d'engager des poursuites.

Article 29

22. Dans la mesure où le rôle du Conseil de sécurité dans l'engagement de poursuites devant la cour doit différer de celui du procureur, il faudrait établir une différence entre les demandes présentées par les États et l'acte initial du Conseil de sécurité. Si les demandes émanant des États doivent exposer les faits de nature à donner lieu à l'engagement de poursuites pénales (notamment identification de l'accusé, éléments de preuve valables, description des crimes), l'acte initial du Conseil de sécurité, sans devoir être étayé de la même manière, devrait établir l'existence d'une agression, c'est-à-dire fournir au procureur un indice qui lui permette d'ouvrir une enquête s'agissant des crimes visés à l'article 22 à raison desquels la cour devrait, de l'avis du Gouvernement yougoslave, avoir une compétence obligatoire.

Articles 30 à 32

23. De l'avis du Gouvernement yougoslave, le réexamen des affaires devrait être prévu au cas où le procureur déciderait de ne pas engager de poursuites; autrement dit, cette faculté ne devrait pas être concédée au Bureau de la cour.

24. L'arrestation et la délivrance d'un mandat avant l'établissement d'un acte d'accusation ne devraient être ordonnées que par une chambre de la cour et non par le Bureau. On serait également fondé à déterminer la durée de la mise en détention.

25. L'acte d'accusation établi par le procureur ne pourrait faire l'objet d'un examen que par une chambre de la cour, laquelle devrait déterminer l'existence ou l'absence de motifs suffisants.

26. Toutes ces considérations tendent à démontrer que, avant la signification d'un acte d'accusation par la cour, une chambre de la cour devrait être compétente à raison de tous ces actes.

Articles 37 et 38

27. Les chambres de la cour devraient être créées en vertu du règlement intérieur qui sera adopté par cette dernière et non sur la base de l'opinion des membres du Bureau.

28. Dans chaque espèce, la compétence de la cour ne doit pouvoir être contestée que par les États parties à un différend et non par tout État partie au statut, au nom du principe de la rationalité de l'instance. L'accusé ne devrait pas avoir la faculté de contester la compétence de la cour avant la signification de l'acte d'accusation par la cour ou le procès proprement dit, qui devrait être l'objet de la décision prise par la cour ou une chambre de celle-ci.

Article 44

29. De l'avis du Gouvernement yougoslave, l'alinéa *h* du paragraphe 1 de l'article 44 est contraire à l'alinéa *d* du paragraphe 3 de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, aux termes duquel toute personne accusée a le droit d'être présente au procès, ce qui constitue l'une des garanties du droit à un procès équitable. La faculté ménagée à la cour criminelle internationale de juger par contumace contrairement aux dispositions de l'une des principales conventions de droit international, remettrait en cause l'autorité de la cour, cependant que l'incapacité de faire exécuter la peine remettrait en question son efficacité. L'Assemblée générale et le Conseil de sécurité sont déjà en mesure d'arrêter une espèce de sanction morale sur la base des pouvoirs qui leur sont dévolus, de sorte qu'il est inutile qu'une cour le fasse.

Article 45

30. Le Gouvernement yougoslave juge inacceptable la possibilité ménagée à la cour de réexaminer une décision rendue par un tribunal interne en vertu de l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 45. S'il existe de sérieux motifs de douter de l'impartialité du tribunal interne, l'action en seconde instance pourrait être portée devant la cour criminelle internationale qui ferait alors office de cour d'appel.

Article 47

31. Les éléments de preuve recueillis en violation des dispositions pertinentes du droit international ne devraient pas être reçus et la cour ne devrait pas en apprécier la validité.

Articles 55 à 57

32. Il faudrait ménager au condamné et au procureur le droit de faire appel de toute décision de la chambre de la cour. Ce droit devrait être assorti d'une prescription pour les deux parties. Toutefois, ce droit conféré au procureur pourrait être limité (mais non entièrement exclu) en cas d'acquittement.

33. Le Gouvernement yougoslave estime que le Bureau, en examinant les articles 30 à 32, ne devrait pas constituer la chambre d'appel. Cette question devrait être réglée à l'avance.

34. La meilleure solution serait de faire statuer sur l'appel par tous les juges siégeant en séance plénière, à l'exception de ceux qui ont arrêté la décision en première instance.

35. Étant donné la disposition du paragraphe 7 de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le procureur ne devrait pas être autorisé à demander la révision du jugement au détriment du condamné, c'est-à-dire en cas d'acquittement (comme le dispose l'article 57).

Article 63

36. Une ordonnance aux fins de l'arrestation et de la remise de l'accusé ne doit être délivrée que par la chambre de la cour.

37. L'extradition de personnes accusées de crimes visés à l'article 22 devrait être également obligatoire, à condition que la compétence de la cour le soit également en l'espèce.

38. Dans les autres cas, l'extradition devrait dépendre de ce que l'État concerné a accepté ou non la compétence de la cour. En pareil cas, la solution proposée à l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 63 est acceptable.

II. — Observations reçues d'un État non membre

Suisse

[Original : français]
[8 février 1994]

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. On ne peut que féliciter la Commission du droit international, son rapporteur spécial, M. Doudou Thiam, et le Groupe de travail d'avoir su s'adapter si rapidement aux exigences sans cesse changeantes de la situation internationale en préparant, dans un laps de temps très bref, le projet de statut d'un tribunal criminel international qui fait l'objet des présentes observations. Il est vrai que la tâche du Groupe de travail et de la Commission a été facilitée, dans une certaine mesure, par le remarquable rapport du Secrétaire général des Nations Unies 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[1] (ci-après dénommé « Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie »).

2. Il est toutefois évident que l'établissement d'une juridiction internationale pénale de caractère permanent pose des problèmes plus difficiles encore que la création d'un tribunal dont la compétence est limitée aux crimes perpétrés dans l'ex-Yougoslavie. Dans ce dernier cas, le statut du tribunal est devenu immédiatement applicable à l'ensemble des États Membres de l'ONU sur la base de l'Article 25 de la Charte des Nations Unies, car il est joint à la résolution 827 (1993) prise par le Conseil de sécurité dans le cadre du Chapitre VII de la Charte.

3. Il faut bien se rendre compte que cette voie exceptionnelle ne peut être suivie pour la mise en place d'une cour internationale permanente. On sera donc obligé, cette fois, de passer par la voie conventionnelle. Ne deviendront parties à la future convention que les États qui le voudront bien; or, il faut craindre que ce seront les pays dont les ressortissants n'ont que peu ou rien à se reprocher qui s'engageront, tandis que les autres États se tiendront à l'écart, privant le nouvel instrument d'une partie de son utilité. C'est là une constatation et non une critique à l'adresse de la CDI; on voit mal, en effet, comment on pourrait agir autrement que par la voie conventionnelle.

4. Ainsi la future cour criminelle internationale sera une juridiction au service des États parties à la convention qui l'aura créée (art. 4) plutôt que de l'ensemble des États Membres de l'ONU. Cette situation se distingue de celle de la Cour internationale de Justice, « organe judiciaire principal des Nations Unies » (Art. 92 de la Charte) régi par un statut auquel tout État devient automatiquement partie en accédant à l'Organisation (Art. 93, par. 1, de la Charte). Cet automatisme fait défaut pour la nouvelle cour criminelle, qui ne saurait ainsi venir se ranger parmi les « organes judiciaires » de l'Organisation, comme le voudrait le texte placé entre crochets de l'article 2 du projet, ainsi qu'un certain nombre des représentants qui se sont exprimés sur ce point au sein de la Sixième Commission de l'Assemblée générale[2]. Le Gouvernement suisse pense qu'il conviendrait de s'orienter vers une autre formule, celle de l'indépendance de la cour qui, toutefois, devrait être liée aux Nations Unies par un accord de coopération.

[1] Rapport établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité et présenté le 3 mai 1993 (S/25704 et Corr.1 et Add.1).

[2] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Sixième Commission*, 17e à 28e séances.

OBSERVATIONS RELATIVES À CERTAINS ARTICLES

Première partie (art. 1 à 21)

5. La première partie du projet de la CDI porte sur l'organisation de la future juridiction internationale. La nouvelle cour comprendrait le tribunal, composé de dix-huit membres de différentes nationalités élus pour un mandat unique de douze ans, ainsi qu'un procureur et un greffier assistés par le personnel requis.

6. Ces trois composantes, y compris le parquet, paraissent tout à fait indispensables; on voit mal, en effet, comment la poursuite pourrait être assurée par des États plaignants. L'approbation générale ainsi donnée par le Gouvernement suisse à la première partie du texte ne signifie nullement qu'il souscrit à toutes les dispositions institutionnelles du projet. Il trouve exagéré le nombre de dix-huit juges (art. 5) — même la Cour internationale de Justice doit se contenter de quinze membres — et préférerait que l'on suive l'article 12 du statut du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie, qui prévoit onze juges (répartis sur deux chambres de jugement de trois membres et un organe d'appel composé de cinq juges). La clause évolutive figurant dans le projet (art. 21) permettrait d'ailleurs d'augmenter par la suite le nombre de membres du tribunal en fonction du volume de travail. Le Gouvernement suisse trouve également excessive la durée du mandat non renouvelable des juges, fixée à douze ans (art. 7, par. 6), et propose qu'elle soit ramenée à neuf ans.

Deuxième partie (art. 22 à 28)

7. La deuxième partie du projet, intitulée « Compétence et droit applicable », définit les crimes dont pourra connaître le tribunal et les limites de sa compétence. Elle établit une distinction entre les infractions qualifiées de crimes internationaux par les traités qui les répriment (art. 22) et les « comportements indésirables » sanctionnés par le droit international coutumier ou conventionnel. Même pour les infractions appartenant à la première catégorie, le tribunal n'est pas compétent sans autre; il faut que l'État concerné, identifié à l'aide des critères indiqués à l'article 24, ait accepté sa juridiction.

8. L'article 23 offre trois variantes quant aux modalités de cette acceptation. Le Gouvernement suisse préfère la variante B : acceptation présumée de la juridiction du tribunal pour les crimes internationaux couverts par l'article 22; nécessité d'une déclaration unilatérale d'acceptation pour les « comportements » visés à l'article 26.

Troisième partie (art. 29 à 35)

9. La troisième partie du projet porte essentiellement sur le déclenchement des poursuites et la mise en accusation. Parmi les plaignants potentiels qui peuvent saisir le procureur figure l'État, partie ou non à la future convention, qui a compétence à l'égard du crime en cause et qui a accepté la compétence du tribunal pour ce type de crime. S'y ajouterait le Conseil de sécurité des Nations Unies (art. 25) pour les crimes visés à l'article 22 et les « comportements » réprimés par le droit international général (art. 26, par. 2, *a*).

10. La portée précise de l'article 25 du projet n'est pas claire : ou bien cette disposition fait naître une compétence automatique du tribunal pour les cas portés devant lui par le Conseil de sécurité, ou bien elle laisse subsister l'exigence, posée aux articles 23 et 26, d'une acceptation de la compétence du tribunal par l'État concerné. Il est essentiel que le projet ou son commentaire lève tout doute à ce propos. Le Gouvernement suisse éprouverait de sérieuses difficultés à souscrire à la première interprétation si la Commission décidait de la retenir. Autrement dit, il estime que l'exigence du consentement de l'État intéressé doit valoir également pour les cas portés devant le tribunal par le Conseil de sécurité.

11. Toujours à propos du déclenchement des poursuites, on voit mal pourquoi la CDI refuse d'autoriser le parquet de la cour à ouvrir une information sur la base d'indications reçues, même s'il se peut que, au terme de l'information, il aboutisse à la conclusion que le tribunal est incompétent pour connaître de l'affaire. La solution retenue dans le projet d'articles diffère de celle admise par l'article 18 du statut du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie, qui a la préférence du Gouvernement suisse.

12. Une autre question surgit dans le cadre de la troisième partie : le commentaire de l'article 31 du projet donne à la cour une latitude à peu près totale en matière de détention préventive. S'il s'avère impossible de limiter la durée de la détention, il faudrait du moins, selon le Gouvernement suisse, établir un mécanisme permettant au détenu de demander sa mise en liberté provisoire.

Quatrième partie (art. 36 à 54)

13. La quatrième partie du projet règle le déroulement du procès. Un premier point à soulever dans ce contexte est l'invitation adressée par la CDI aux États, dans l'alinéa *b* de paragraphe 6 du commentaire de l'article 38, à répondre à la question de savoir si les accusés individuels devraient être habilités, comme le seront les États (art. 38, par. 3), à contester la compétence de la cour. Étant donné que le projet a précisément pour objet la mise en œuvre de la responsabilité pénale internationale des *individus*, il n'y a, d'après le Gouvernement suisse, pas la moindre raison de leur refuser cette faculté.

14. L'article 53 a trait aux peines applicables. Or, l'échelle des sanctions prévues par cet article est d'une extrême flexibilité, allant d'une peine privative de liberté minimum non spécifiée à l'emprisonnement à vie et autorisant des amendes « de n'importe quel montant ». Il est vrai qu'en fixant les peines, le tribunal *peut* « tenir compte » (art. 53, par. 2) des législations pénales de divers États et des circonstances aggravantes ou atténuantes (art. 54). Ces règles n'en paraissent pas moins trop vagues pour rendre justice au principe *nulla poena sine lege*. Elles gagneraient en précision si l'article 53 disposait que la chambre de jugement doit (plutôt que « peut ») tenir compte des peines prévues dans les lois nationales des pays concernés.

15. L'alinéa *h* du paragraphe 1 de l'article 44 exclut les jugements par contumace. D'après le commentaire consacré à cette disposition, cette possibilité a été écartée compte tenu notamment de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qui exige la présence de l'accusé au procès. On a ainsi suivi le précédent établi dans le cadre du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie[3], qui se voit refuser la possibilité de juger *in absentia* pour ce même motif. Ce dernier, toutefois, ne semble pas décisif, du moins dans la mesure où une procédure permet au condamné de relever le défaut. La question essentielle est celle de savoir si l'autorisation de juger et de condamner par contumace ne présenterait pas le danger de transformer la cour en un organisme privé de toute efficacité. Le Gouvernement suisse pense que ce danger est très réel et que, de ce fait, l'alinéa *h* du paragraphe 1 de l'article 44 devrait être remplacé par un texte interdisant les procédures par contumace.

Cinquième partie (art. 55 à 57)

16. La cinquième partie du projet, intitulée « Appel et révision », ouvre une voie de recours aux condamnés qui se prévalent d'erreurs fondamentales de fait ou de droit, ou d'une disproportion manifeste entre le crime et la punition (art. 55). Cette disposition doit être maintenue. Un problème, cependant, reste ouvert.

17. Les instruments internationaux relatifs à la protection des droits de l'homme (Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 9, par. 4; Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, art. 5, par. 4; Convention américaine des droits de l'homme, art. 7, par. 6) demandent aux législations nationales de prévoir un recours contre les arrestations arbitraires. Cela étant, il faudrait autoriser l'introduction d'une voie de recours interne contre les arrestations effectuées en vue de remettre des prévenus au tribunal, les motifs d'un tel recours devant toutefois être strictement limités et de caractère largement formel; de plus, les délais prévus devraient être des plus brefs.

[3] S/25704 (*supra* note 1), par. 101.

Sixième partie (art. 58 à 64)

18. La sixième partie du projet énonce d'importantes obligations en matière pénale pour les États parties au statut de la future cour, notamment dans cinq domaines : recherche de personnes; enregistrement de témoignages; production de moyens de preuve; arrestation et remise de personnes; application de mesures conservatoires (art. 58 à 63). La coopération ainsi prévue entre les autorités administratives et judiciaires nationales, d'une part, et le tribunal, d'autre part, semble en effet indispensable pour assurer le fonctionnement effectif de ce dernier. Dans ce contexte, le projet omet toutefois de se prononcer sur la remise des nationaux (cf. art. 63); ce silence signifie sans doute que la remise peut être exigée par le tribunal. Or, l'extradition des nationaux est refusée par certains pays. Ne serait-il pas préférable de régler le sort des nationaux de l'État requis en les soumettant à la règle *aut dedere aut judicare* ?

Conclusion

19. Les observations qui précèdent, résultant en partie des expériences faites lors de l'établissement du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie, en partie des problèmes que soulève actuellement l'application de son statut au niveau des ordres juridiques nationaux, sont loin d'être exhaustives. Elles ne doivent pas faire perdre de vue, cependant, que ce projet bien fait et utile arrive au bon moment; il a donc le soutien du Gouvernement suisse. Il s'agit, maintenant, de ne pas perdre l'élan et de mettre à profit le vif intérêt qu'ont manifesté les États et le public à l'endroit d'une juridiction pénale internationale de caractère permanent.

20. Il faut donc agir rapidement et avec détermination. Le Gouvernement suisse espère fermement que la Commission terminera ses travaux sur cette question au cours de sa quarante-sixième session (1994).

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

[Point 4 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/460*

Douzième rapport sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, par M. Doudou Thiam, rapporteur spécial

[Original : français]
[15 avril 1994]

TABLE DES MATIÈRES

		Pages
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport		104
	Paragraphes	
INTRODUCTION	1-5	105
LE PROJET D'ARTICLES	6-163	105
CHAPITRE PREMIER. — DÉFINITION ET QUALIFICATION		
Article premier (Définition)	6-12	105
a) Observations des gouvernements	7-8	105
b) Commentaires du Rapporteur spécial	9-12	105
Article 2 (Qualification)	13-22	106
a) Observations des gouvernements	14-18	106
b) Commentaires du Rapporteur spécial	19-22	106
CHAPITRE II. — PRINCIPES GÉNÉRAUX		
Article 3 (Responsabilité et sanction)	23-29	106
Commentaires du Rapporteur spécial		
1. Remarques explicatives	24-27	107
2. Proposition du Rapporteur spécial	28-29	107
Article 4 (Mobiles)	30-40	107
a) Observations des gouvernements	31-35	107
b) Commentaires du Rapporteur spécial		
1. Remarques explicatives	36-38	107
2. Proposition du Rapporteur spécial	39-40	108
Article 5 (Responsabilité des États)	41-48	108
a) Observations des gouvernements	42-45	108
b) Commentaires du Rapporteur spécial	46-48	108
Article 6 (Obligation de juger ou d'extrader)	49-69	108
a) Observations des gouvernements	50-61	108
b) Commentaires du Rapporteur spécial	62-69	109
Article 7 (Imprescriptibilité)	70-81	109
a) Observations des gouvernements	71-77	110
b) Commentaires du Rapporteur spécial		
1. Remarques explicatives	78-80	110
2. Proposition du Rapporteur spécial	81	110

* Incorporant le document A/CN.4/460/Corr.1.

	Paragraphes	*Pages*
Article 8 (Garanties judiciaires)	82-88	110
a) Observations des gouvernements	83-87	111
b) Commentaire du Rapporteur spécial	88	111
Article 9 *(Non bis in idem)*	89-110	111
a) Observations des gouvernements	90-96	111
b) Commentaires du Rapporteur spécial		
1. Commentaires de caractère général	97-99	112
2. Première hypothèse : existence d'un tribunal criminel international	100-104	112
a. Remarques explicatives	100-103	112
b. Nouveau texte d'article 9 proposé par le Rapporteur spécial	104	112
3. Deuxième hypothèse : il n'existe pas de tribunal criminel international	105-110	113
Article 10 (Non-rétroactivité)	111-116	113
a) Observations des gouvernements	112-114	113
b) Commentaires du Rapporteur spécial	115-116	113
Article 11 (Ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique)	117-124	114
a) Observations des gouvernements	118-122	114
b) Commentaires du Rapporteur spécial	123-124	114
Article 12 (Responsabilité du supérieur hiérarchique)	125-127	114
a) Observations des gouvernements	126	114
b) Commentaires du Rapporteur spécial	127	114
Article 13 (Qualité officielle et responsabilité)	128-134	115
a) Observations des gouvernements	129-132	115
b) Commentaires du Rapporteur spécial	133-134	115
Article 14 (Faits justificatifs et circonstances atténuantes)	135-160	115
a) Observations des gouvernements	136-154	115
b) Commentaires du Rapporteur spécial	155-160	117
1. Remarques explicatives	155-157	117
2. Nouveau texte proposé par le Rapporteur spécial	158	117
3. Commentaires au nouveau texte proposé pour l'article 14	159-160	118
Nouvel article 15 (Circonstances atténuantes)	161	118
Commentaires du Rapporteur spécial	162-163	118

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

	Sources
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 sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité (New York, 26 novembre 1968)	Ibid., vol. 754, p. 73.

Introduction

1. Le présent rapport, qui porte sur la seconde lecture du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, s'articulera, cette année, sur la partie générale de ce projet qui traite de la définition, de la qualification et des principes généraux.

2. La seconde partie du projet de code, relative aux crimes eux-mêmes fera l'objet du prochain rapport.

3. Le Rapporteur spécial a l'intention de limiter la liste de ces crimes aux seules infractions dont le caractère de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité est difficilement contestable.

4. Le présent rapport — qui porte sur la première partie du projet — reprend, article par article, le projet adopté en première lecture[1], chaque article étant suivi des observations des gouvernements, puis des commentaires du Rapporteur spécial. Les observations des gouvernements sont présentées parfois intégralement, parfois partiellement, suivant leur importance, mais le plus souvent elles sont présentées intégralement. À une ou deux exceptions près, toutes les observations sont relatées et, quand elles ne sont pas relatées, c'est que, de l'avis du Rapporteur spécial, ces observations ne semblaient avoir de rapport avec le sujet[2].

5. La plupart des questions soulevées dans les observations des gouvernements ayant, déjà, fait l'objet d'un long développement dans les précédents rapports du Rapporteur spécial, et d'un débat en séance plénière, le Rapporteur spécial n'a pas jugé utile de reprendre ces développements et ces débats en seconde lecture, se contentant de renvoyer aux rapports précédents et aux débats de la Commission.

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

[2] Les réponses des gouvernements sont reproduites *in extenso* dans le document A/CN.4/448 et Add.1 [*Annuaire... 1993*, vol. II (1re partie), p. 63 et suiv.]. Dans le présent rapport, les paragraphes indiqués entre parenthèses sont les paragraphes pertinents des observations des gouvernements, telles qu'elles figurent dans le document A/CN.4/448 et Add.1.

Le projet d'articles

CHAPITRE PREMIER. — DÉFINITION ET QUALIFICATION

Article premier

6. L'article premier adopté en première lecture se lit comme suit :

Article premier. — Définition

Les crimes [de droit international] définis dans le présent Code constituent des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

a) *Observations des gouvernements*

Belgique

7. Le Gouvernement belge signale (par. 9) :

Il n'y a pas à proprement parler d'option à prendre entre une définition conceptuelle et l'élaboration de la liste des crimes, les deux approches se complétant l'une l'autre. Il y a lieu de regretter l'absence d'une définition conceptuelle : quelle que soit la difficulté qu'implique la définition, il faut toutefois observer que la liste des crimes est nécessairement fonction de cette définition.

Bulgarie

8. La Bulgarie propose (par. 3) une définition générale suivie d'une énumération. Le texte se lirait comme suit :

« *Article premier. — Définition*

1. Aux fins du présent code, est un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité tout acte d'un individu ou toute omission de sa part qui représente en soi une menace grave et immédiate pour la paix et/ou la sécurité de l'humanité, ou a pour conséquence la violation de celles-ci.

2. En particulier les crimes définis dans le présent code constituent des crimes contre la paix et/ou la sécurité de l'humanité. »

b) *Commentaires du Rapporteur spécial*

9. Les observations des gouvernements sur cet article ont porté principalement sur le point de savoir si une définition par énumération suffisait ou s'il ne faudrait pas plutôt recourir à une définition générale.

10. Il ne résulte pas de ces observations qu'un accord se soit réalisé sur une méthode ou sur une autre.

11. La formule de compromis proposée par le Gouvernement bulgare pourrait, sous réserve d'une amélioration de rédaction, être adoptée. Beaucoup de codes pénaux ne comportent aucune définition générale de la notion de crime. Ils se bornent à énumérer les infractions considérées comme crimes, en se fondant sur le critère de gravité.

12. Un autre débat soulevé par l'article premier est relatif à l'expression « de droit international » placée entre crochets. Le Rapporteur spécial ne voit finalement aucun obstacle à sa suppression. Ce débat est purement théorique. À partir du moment où le code devient un instrument international, les crimes qui y sont définis relèvent du droit international pénal conventionnel.

Article 2

13. L'article 2 adopté en première lecture se lit comme suit :

Article 2. — Qualification

La qualification d'une action ou d'une omission comme crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est indépendante du droit interne. Le fait qu'une action ou une omission est ou non punissable par le droit interne est sans effet sur cette qualification.

a) *Observations des gouvernements*

Autriche

14. Le Gouvernement autrichien estime (par. 3) que l'idée exprimée par la seconde phrase n'est pas indispensable. Elle est « sous-entendue dans la première [phrase], qui précise que la qualification est indépendante du droit interne ».

Brésil

15. Selon le Gouvernement brésilien (par. 4), il semble y avoir une contradiction entre l'article 2 et l'article 3, du fait que l'article 2 vise une action ou une omission, alors que l'article 3 ne vise que la commission de l'acte et non l'omission.

Costa Rica

16. Le Gouvernement du Costa Rica craint que, en prévoyant l'autonomie complète du droit international par rapport au droit interne, le projet d'article n'ouvre la possibilité de poursuivre deux fois un accusé pour le même fait : une poursuite en vertu du droit interne et une autre en vertu du droit international (par. 12).

Pays nordiques

17. Les gouvernements des pays nordiques pensent qu'il faut rendre la disposition de l'article 2 moins catégorique, car le projet de code comprend aussi des crimes qui sont généralement punissables par le droit interne (par. 13).

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

18. Selon le Gouvernement du Royaume-Uni (par. 6),

On conçoit difficilement que des actes soient punissables en vertu d'un code international sans l'être d'une manière générale en droit pénal interne. On soupçonne que l'on essaie d'indiquer [...] que l'auteur d'une infraction visée par le code ne peut être absous du fait que l'acte ne tombe pas sous le coup de la loi du lieu où il a été commis au moment où il l'a été.

b) *Commentaires du Rapporteur spécial*

19. L'article 2 consacre l'autonomie du droit international pénal par rapport au droit interne.

20. Ainsi, le fait qu'un crime est qualifié d'assassinat par le droit interne d'un État n'empêche pas que le même acte puisse être qualifié de génocide sur la base du code, si les éléments constitutifs du génocide sont réunis.

21. Certains gouvernements, considérant que la seconde phrase de l'article 2 du projet est redondante, proposent sa suppression.

22. Le Rapporteur spécial ne voit aucun inconvénient à cette suppression.

CHAPITRE II. — PRINCIPES GÉNÉRAUX

Article 3

23. L'article 3 adopté en première lecture se lit comme suit :

Article 3. — Responsabilité et sanction

1. Tout individu qui commet un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est responsable de ce chef et passible de châtiment.

2. Tout individu qui fournit une aide, une assistance ou des moyens en vue de commettre un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, qui participe à une entente en vue de commettre un tel crime ou qui incite directement à le commettre est responsable de ce chef et passible de châtiment.

3. Tout individu qui commet un acte constituant une tentative de commettre un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité [visé aux articles ...] est responsable de ce chef et passible de châtiment. Par tentative, on entend tout commencement d'exécution d'un crime qui a manqué son effet ou qui n'a été suspendu qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur.

Commentaires du Rapporteur spécial

1. REMARQUES EXPLICATIVES

24. L'article 3 pose le principe de la responsabilité pénale internationale de l'individu, principe aujourd'hui admis en droit international pénal depuis le jugement du Tribunal de Nuremberg[3].

25. Le paragraphe 3 de l'article a fait l'objet de réserves de la part de certains membres de la Commission qui ont fait remarquer, non sans pertinence, que la tentative n'est pas applicable à tous les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. On imagine difficilement, par exemple, que la menace d'agression puisse faire l'objet de tentative.

26. Cependant, il existe des cas où la tentative est expressément prévue par des conventions existantes. Il en est ainsi, notamment, de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (art. III, par. *d*).

27. C'est pourquoi des membres de la Commission avaient proposé de déterminer, au cas par cas, les crimes visés qui peuvent faire l'objet de tentative. Un tel travail est impossible et inutile. Comme le fait remarquer le Gouvernement du Bélarus (par. 6) :

Il ne serait ni possible ni souhaitable d'examiner chaque crime dans le but d'établir s'il peut être qualifié de tentative : il faut accorder aux tribunaux compétents le droit de décider par eux-mêmes si cette notion est applicable aux affaires concrètes soumises à leur examen.

2. PROPOSITION DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

28. Le Rapporteur spécial est de cet avis. Il propose, toutefois, une nouvelle rédaction de la première phrase du paragraphe 3, en remplaçant l'expression « un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité » par les mots « un des actes définis dans le présent Code ». Ainsi, cette phrase se lirait comme suit :

> « Tout individu qui commet un acte constituant une tentative de commettre un des actes définis dans le présent Code est responsable de ce chef et passible de châtiment. »

29. De cette manière, l'acte n'est poursuivi que si le tribunal estime qu'en l'espèce il constitue, effectivement, une tentative.

Article 4

30. L'article 4 adopté en première lecture se lit comme suit :

[3] Nations Unies, *Le statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg. — Historique et analyse, mémorandum du Secrétaire général* (numéro de vente : 1949.V.7).

Article 4. — Mobiles

La responsabilité pour un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité n'est pas affectée par les mobiles étrangers à la définition de l'infraction qui pourraient être allégués par l'accusé.

a) ***Observations des gouvernements***

31. Pour certains gouvernements, il serait plus approprié d'insérer cette disposition dans l'article 14 qui traite des faits justificatifs et des circonstances atténuantes.

Autriche

32. Le Gouvernement autrichien pense (par. 7) que les mobiles doivent être pris en considération « en tant que circonstances soit aggravantes, soit atténuantes ».

Costa Rica

33. Selon le Gouvernement costa-ricien (par. 21), cette disposition va trop loin. « [L]e respect de la dignité et de la justice commence par le respect de l'inculpé. Les portes ne doivent pas se fermer devant la défense... ».

Pays-Bas

34. L'opinion du Gouvernement néerlandais (par. 35) est que cet article est inutile dans la mesure où les mesures envisagées sont déjà couvertes à l'article 14.

Royaume-Uni

35. Le Gouvernement du Royaume-Uni pense (par. 9) qu'il serait plus approprié d'insérer cette disposition à l'article 14.

b) ***Commentaires du Rapporteur spécial***

1. REMARQUES EXPLICATIVES

36. Cet article suscite beaucoup de réserves.

37. Pour certains gouvernements, il constitue une entrave aux droits de la défense, dans la mesure où il interdit à l'accusé d'invoquer ses propres mobiles comme moyen de défense. C'est l'avis du Gouvernement costa-ricien.

38. Pour le Gouvernement du Royaume-Uni, ce projet trouverait plutôt sa place dans le projet d'article relatif aux circonstances atténuantes. C'est aussi l'avis du Gouvernement néerlandais.

2. PROPOSITION DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

39. Le Rapporteur spécial pense que cet article devrait être supprimé. Il n'est pas clair. Parfois, le mobile fait partie de la définition de l'infraction, parfois il n'en fait pas partie. Dans le cas du génocide, par exemple, le mobile est un élément de l'infraction. En effet, le génocide est un crime dont l'auteur est animé par des mobiles d'ordre racial, politique ou religieux. Quand ces mobiles n'existent pas, l'infraction n'existe pas. Mais il y a des cas où le mobile n'est pas partie intégrante de la définition de l'infraction.

40. Selon le Rapporteur spécial, cet article devrait être purement et simplement supprimé.

Article 5

41. L'article 5 adopté en première lecture se lit comme suit :

Article 5. — Responsabilité des États

Les poursuites engagées contre un individu pour un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité n'excluent pas la responsabilité en droit international d'un État pour une action ou une omission qui lui est attribuable.

a) *Observations des gouvernements*

Belgique

42. Selon le Gouvernement belge (par. 15 et 16),

Il serait indiqué qu'un article du code règle la question de la responsabilité internationale de l'État. En effet, dans le crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, l'État comme tel est nécessairement en cause, soit directement comme agent actif et parfois exclusif, soit indirectement parce qu'il aura omis d'agir ou du fait de son imprévoyance. Il semble dès lors anormal que la responsabilité de l'État ne soit pas traitée dans le code. [...] la mention de la responsabilité de l'État dans le code permettrait de donner un fondement juridique solide à l'octroi de dommages-intérêts aux victimes des actes criminels et à leurs ayants droit.

En outre, rendre l'État responsable des crimes, indépendamment de la responsabilité des gouvernements et des agents de l'État, aurait comme conséquence que la collectivité nationale se sente elle-même concernée par les actes incriminés, ce qui, pour cette collectivité, rendrait difficile la possibilité de se décharger de toute responsabilité sur les seuls gouvernants auxquels la nation a confié le pouvoir politique.

Costa Rica

43. Le Gouvernement costa-ricien (par. 22) trouve ce projet nécessaire « en vue de la réparation des dommages causés par ce type d'infraction ».

Pays nordiques

44. Les pays nordiques opinent dans le même sens, en disant (par. 16) qu'il faut s'assurer « que les États ne puissent pas dégager leur responsabilité, par exemple celle qu'ils ont de réparer les dommages de guerre ».

Pologne

45. Tel est, également, l'avis du Gouvernement polonais (par. 28) :

La poursuite, la condamnation et le châtiment d'individus, en vertu des dispositions du code, du chef des crimes qui y sont décrits ne sauraient en aucune façon se substituer à la responsabilité de l'État.

b) *Commentaires du Rapporteur spécial*

46. L'article 5 pose le principe de la responsabilité internationale de l'État pour les préjudices causés par ses agents à la suite d'un acte criminel commis par eux. L'article n'a rencontré aucun commentaire défavorable. Tous les gouvernements s'accordent pour considérer qu'un État doit être tenu pour internationalement responsable du préjudice causé par leurs agents du fait d'un acte criminel dont ils sont les auteurs.

47. Un même fait criminel entraîne souvent une double conséquence : une conséquence pénale qui est la sanction infligée à son auteur et une conséquence civile qui est l'obligation de réparer le préjudice causé. Très souvent, dans les crimes qui sont ici en cause, les auteurs sont des agents de l'État, agissant dans l'exercice de leurs fonctions. La responsabilité de l'État doit, dans ce cas, être recherchée et cela d'autant plus que les dommages causés en raison de leur importance et de leur étendue dépassent largement les moyens dont disposent les agents de l'État, auteurs de ces crimes, pour faire face à leur réparation.

48. L'article 5 est donc opportun et doit être maintenu.

Article 6

49. L'article 6 adopté en première lecture se lit comme suit :

*Article 6. — Obligation de juger ou d'extrader**

1. Tout État sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est tenu soit de le juger soit de l'extrader.

2. Si l'extradition est demandée par plusieurs États, une considération particulière sera accordée à la demande de l'État sur le territoire duquel le crime a été commis.

3. Les dispositions des paragraphes 1 et 2 ne préjugent pas la création et la compétence d'un tribunal criminel international.

* Cet article sera revu si un tribunal criminel international est créé.

a) *Observations des gouvernements*

Australie

50. Le Gouvernement australien note (par. 9 et 10) que :

L'obligation « de juger [ou d']extrader » est prescrite par plusieurs conventions multilatérales relatives à des crimes internationaux et est essentielle à leur application. Elle doit sans conteste être reprise dans le code.

51. Le même Gouvernement se demande, cependant, s'il ne faudrait pas préciser les motifs de la demande d'extradition et établir les règles de procédure.

52. Ce gouvernement estime, également, que le projet ne résout pas le problème de l'ordre de priorité, en cas de pluralité de demandes d'extradition.

Brésil

53. Le Gouvernement brésilien insiste sur la nécessité de preuves suffisantes à l'appui de la demande d'extradition (par. 8).

Costa Rica

54. Le Gouvernement costa-ricien insiste, lui aussi, sur la nécessité de garanties suffisantes à l'appui de la demande d'extradition (par. 25).

Pays-Bas

55. Il en est de même du Gouvernement néerlandais, qui considère (par. 37) qu'il est essentiel de prévoir des garanties suffisantes pour que le suspect soit traité conformément aux dispositions de l'article 8 du code. À cette fin, le gouvernement indique que l'on pourrait soit ajouter une clause qui interdise expressément l'extradition si l'État requérant ne fournit pas les garanties décrites à l'article 8, soit en ajoutant à l'article 6 le membre de phrase « sous réserve des garanties prévues à l'article 8 ».

Royaume-Uni

56. Le Gouvernement du Royaume-Uni constate, lui aussi, que le principe du paragraphe 1 de l'article 6 est consacré par de nombreuses conventions internationales. Cependant, selon ce gouvernement, ce principe doit être limité aux seuls États parties au code (par. 12).

57. Enfin, relativement au paragraphe 2, le Gouvernement remarque la difficulté qu'a eue la Commission à établir une règle relative à l'ordre de priorité des demandes d'extradition. Selon ce gouvernement, la priorité est généralement donnée à l'État sur le territoire duquel le crime a été commis.

58. Toutefois, observe le même gouvernement,

il est hautement improbable qu'une quelconque disposition s'avère pratique lorsque l'on sollicite l'extradition de hautes personnalités civiles ou militaires auprès de l'État dans le territoire duquel celles-ci ont accompli leurs actes officiels.

59. Le Gouvernement britannique attire également l'attention sur le problème qui se pose lorsque la demande d'extradition est faite sans intention réelle d'engager des poursuites.

Suisse

60. Comme le Gouvernement britannique, le Gouvernement helvétique se préoccupe de la situation créée par une pluralité de demandes d'extradition (par. 8).

Uruguay

61. Le Gouvernement uruguayen lie l'application de l'article 6 à la création d'une juridiction criminelle internationale (par. 3).

b) *Commentaires du Rapporteur spécial*

62. Les gouvernements ne contestent pas le principe énoncé à l'article 6, mais se soucient plutôt des conditions de son application.

63. Une première observation a trait aux garanties à donner à l'accusé qui fait l'objet d'une demande d'extradition. Ce point a été traité avec soin dans le rapport de la Commission relatif à la création d'une juridiction criminelle internationale[4]. À cet égard, la formule adoptée dans le projet de création d'une cour criminelle internationale devrait être reprise dans le code.

64. Une deuxième observation porte sur le champ d'application de la règle énoncée à l'article 6. Selon certains États, cette règle ne devrait s'appliquer qu'aux États parties au code. Cette opinion mérite d'être retenue.

65. La troisième observation est relative à l'ordre de priorité à accorder aux demandes d'extradition en cas de pluralité des demandes.

66. Si le principe de la territorialité de la loi pénale est unanimement reconnu, et si, en conséquence, la demande de l'État du lieu du crime doit être prioritaire, il n'en demeure pas moins que cette règle ne doit pas être considérée comme absolue. Ainsi que l'ont fait observer certains gouvernements, notamment les Gouvernements britannique et helvétique, cette règle suscite des réserves lorsque l'État où le crime a été commis porte une responsabilité dans la commission de ce crime.

67. Cette règle pourrait, également, susciter des réserves dans l'hypothèse de l'existence d'une cour criminelle internationale.

68. La demande de l'État sur le territoire duquel le crime a été commis peut-elle avoir priorité sur une demande formulée par une juridiction criminelle internationale ?

69. La réponse devrait être négative.

Article 7

70. L'article 7 adopté en première lecture se lit comme suit :

[4] *Annuaire... 1993*, vol. II (2e partie), doc. A/48/10, annexe.

Article 7. — Imprescriptibilité

Le crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est imprescriptible.

a) *Observations des gouvernements*

Costa Rica

71. Selon le Gouvernement costa-ricien (par. 27 et 28), « la question de la prescription relève de la politique pénale et [...] les États n'observent pas de règles uniformes en la matière ». Si l'on peut « arguer de l'atrocité intrinsèque de ce type de crime pour justifier « moralement » l'imprescriptibilité des poursuites [...], la doctrine moderne est plutôt favorable à des délais de prescription courts ». Cependant, pour ce gouvernement, la solution devrait consister à « prévoir un délai de prescription à convenir avec les États sur la base du délai le plus long prévu dans le droit interne pour des infractions de droit commun ».

Paraguay

72. Le Gouvernement paraguayen propose, au lieu de l'imprescriptibilité, de prévoir un délai plus long que la prescription prévue pour les crimes de droit commun.

Pays-Bas

73. Pour le Gouvernement néerlandais, l'imprescriptibilité dépend largement des crimes visés dans le code; la règle de l'imprescriptibilité ne peut être acceptée que si les crimes visés sont suffisamment graves pour justifier l'imprescriptibilité (par. 39).

Pays nordiques

74. C'est également l'opinion des pays nordiques (par. 18), selon laquelle si l'imprescriptibilité se conçoit pour les crimes les plus graves, « elle est beaucoup plus discutable dans les cas où des législations pénales concurrentes prévoient qu'il y a prescription après un certain laps de temps ».

Pologne

75. Pour le Gouvernement polonais (par. 30),

La disposition qui stipule que la prescription n'est pas applicable aux crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité est une preuve directe du fait que ces crimes sont essentiellement des crimes de droit international, déterminés et qualifiés par ce droit.

Royaume-Uni

76. Pour le Gouvernement du Royaume-Uni, la règle proposée pourrait « entraver les tentatives de réconciliation nationale et l'amnistie des crimes » (par. 13).

Turquie

77. C'est aussi l'opinion du Gouvernement turc, qui propose « un délai de prescription — sans doute relativement long » (par. 5).

b) *Commentaires du Rapporteur spécial*

1. Remarques explicatives

78. Les observations ci-dessus montrent que la règle de l'imprescriptibilité n'est pas unanimement admise par les États.

79. Cette règle est d'apparition récente. C'est après la seconde guerre mondiale qu'elle a fait son apparition, notamment sous l'impulsion de l'Organisation des Nations Unies, avec la Convention sur l'imprescriptibilité des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité et la résolution 3074 (XXVIII) de l'Assemblée générale, relative aux principes de la coopération internationale en ce qui concerne le dépistage, l'arrestation, l'extradition et le châtiment des individus coupables de crimes de guerre et de crimes contre l'humanité, dont le paragraphe 1 précise que ces crimes doivent être poursuivis « quel que soit le moment où ils ont été commis ».

80. Ces instruments ont, cependant, une portée limitée, puisqu'ils ne visent que les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Il paraît difficile d'étendre cette règle à tous les autres crimes visés dans le code.

2. Proposition du Rapporteur spécial

81. Dans ces conditions, le Rapporteur spécial estime que l'article 7 du projet de code devrait être supprimé. On ne peut codifier que des règles générales applicables à l'ensemble des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. La règle énoncée à l'article 7 ne semble pas applicable à l'ensemble des crimes visés dans le code, du moins dans l'état actuel des conventions existantes.

Article 8

82. L'article 8 adopté en première lecture se lit comme suit :

Article 8. — Garanties judiciaires

Tout individu accusé d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité a droit, sans discrimination, aux garanties minimales reconnues à toute personne humaine tant en ce qui concerne le

droit qu'en ce qui concerne les faits. En particulier, il est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie et il a droit à :

***a*) ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, régulièrement établi par la loi ou par un traité et qui décidera du bien-fondé de toute accusation dirigée contre lui;**

***b*) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et de façon détaillée, de la nature et des motifs de l'accusation portée contre lui;**

***c*) disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense et communiquer avec le conseil de son choix;**

***d*) être jugé sans retard excessif;**

***e*) être présent au procès et se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix; s'il n'a pas de défenseur, être informé de son droit d'en avoir un et se voir attribuer d'office un défenseur, sans frais, s'il n'a pas les moyens de le rémunérer;**

***f*) 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;**

***g*) se faire assister gratuitement d'un interprète s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience;**

***h*) ne pas être forcé de témoigner contre lui-même ou de s'avouer coupable.**

a) *Observations des gouvernements*

Australie

83. Selon le Gouvernement australien, cet article « offre au criminel présumé le minimum de garanties nécessaire à un procès équitable » (par. 12).

Autriche

84. Le Gouvernement autrichien « souscrit à la teneur de cette disposition, qui correspond pour l'essentiel aux dispositions de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (par. 8).

Brésil

85. Le Gouvernement brésilien demande (par. 10) que soient remaniés

les alinéas *c* et *g* de l'article 8. En effet, tout individu accusé d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité a le droit de communiquer avec le conseil de son choix ou avec le défenseur qui lui est attribué d'office [...].

Costa Rica

86. Le Gouvernement costa-ricien, faisant allusion à la Convention américaine des droits de l'homme, déclare que même « en l'absence de l'article 8 du projet, le Costa Rica appliquerait ladite Convention et les règles constitutionnelles relatives aux garanties d'une procédure régulière » (par. 29).

Pays-Bas

87. Le Gouvernement néerlandais a aussi attaché une grande importance aux garanties prévues à l'article 8.

b) *Commentaire du Rapporteur spécial*

88. L'article 8 a rencontré une large unanimité. Il ne fait, d'ailleurs, que se conformer aux dispositions de la Déclaration universelle des droits de l'homme[5] et au Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Article 9

89. L'article 9 adopté en première lecture se lit comme suit :

***Article 9.* — Non bis in idem**

1. Nul ne peut être poursuivi ou puni en raison d'un crime prévu par le présent Code pour lequel il a déjà été condamné ou acquitté par un jugement définitif d'un tribunal criminel international*.

2. Sous réserve des paragraphes 3, 4 et 5, nul ne peut être poursuivi ou puni pour un crime prévu par le présent Code en raison d'un fait pour lequel il a déjà été condamné ou acquitté par un jugement définitif d'un tribunal national, à condition que, en cas de condamnation, la peine ait été subie ou soit en cours d'exécution.

3. Nonobstant les dispositions du paragraphe 2, un individu peut être poursuivi et puni par un tribunal criminel international ou par un tribunal national pour un crime prévu par le présent Code lorsque le fait qui a été poursuivi et jugé en tant que crime de droit commun relève d'une des qualifications prévues par le présent Code.

4. Nonobstant les dispositions du paragraphe 2, un individu peut être poursuivi et puni par un tribunal national d'un autre État pour un crime prévu par le présent Code :

***a*) Lorsque le fait visé par le jugement d'un tribunal étranger a eu lieu sur le territoire de cet État; ou**

***b*) Lorsque cet État en a été la principale victime.**

5. En cas de nouvelle condamnation en vertu du présent Code, le tribunal déduira, lors du prononcé de la sentence, toute peine déjà imposée et subie à la suite d'une condamnation antérieure pour le même fait.

* La référence à un tribunal criminel international ne préjuge pas la question de la création d'un tel tribunal.

a) *Observations des gouvernements*

Australie

90. Selon le Gouvernement australien (par. 14 à 16), le paragraphe 1 assure pleinement la protection contre toutes poursuites en raison d'un crime prévu par le code pour lequel l'intéressé a déjà été condamné ou acquitté par une cour pénale internationale.

[5] Résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale.

91. Le paragraphe 2 prévoit, cependant, une protection plus limitée contre la dualité des poursuites pour un même fait, dans le cas où l'intéressé a déjà été condamné ou acquitté par un jugement définitif d'un tribunal national. La protection offerte par le paragraphe 2 connaît, en effet, des exceptions, énoncées aux paragraphes 3 et 4.

92. Le paragraphe 3 prévoit qu'une personne peut être jugée pour un même fait en vertu du code et en vertu du droit pénal d'un État. Bien que de tels cas ne risquent guère d'être très fréquents, ils affaibliraient, à coup sûr, le principe *non bis in idem* qui est un principe fondamental du droit pénal de nombreux pays.

Costa Rica

93. Selon le Gouvernement costa-ricien (par. 32), le paragraphe 3 « porte directement atteinte au principe *non bis in idem* et devrait être supprimé sans plus ». En outre, « le paragraphe 5 devrait être également supprimé, car il admet que l'on peut punir une seconde fois des faits qui ont déjà été punis en tant que constitutifs d'un crime de droit commun » (par. 34).

Pays-Bas

94. Le Gouvernement néerlandais considère (par. 42) que le paragraphe 3 de l'article 9 est incompatible avec le principe *non bis in idem*.

95. Le gouvernement estime, en outre (par. 44), que

> les problèmes liés à la règle *non bis in idem* ne peuvent être évités qu'en reconnaissant une compétence exclusive à la juridiction pénale internationale [...] Dans toutes autres circonstances, cette règle susciterait des problèmes.

Royaume-Uni

96. Le Gouvernement du Royaume-Uni (par. 15) réserve sa position

> sur cette proposition qui, à première vue, va à l'encontre des dispositions correspondantes de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et de libertés fondamentales et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

b) *Commentaires du Rapporteur spécial*

1. COMMENTAIRES DE CARACTÈRE GÉNÉRAL

97. Il ressort des observations ci-dessus que l'article 9 soulève beaucoup de réserves de la part des gouvernements.

98. En raison des objections qu'il avait suscitées au sein du Comité de rédaction, l'article est le fruit d'un compromis entre deux tendances différentes.

99. Une tendance, favorable au principe *non bis in idem*, soutient son inclusion dans le projet de code. Une autre tendance est hostile à cette inclusion. On comprend, alors, que le principe énoncé au paragraphe 1 comporte de nombreuses exceptions. Deux hypothèses sont à envisager : *a*) la décision est rendue par une juridiction criminelle internationale; *b*) elle est rendue par une juridiction nationale.

2. PREMIÈRE HYPOTHÈSE : EXISTENCE D'UN TRIBUNAL CRIMINEL INTERNATIONAL

a) *Remarques explicatives*

100. L'hypothèse où le principe *non bis in idem* a le plus de chance d'être accepté est celle de l'existence d'un tribunal criminel international.

101. Dans le cas où cette juridiction aurait une compétence exclusive, le problème de l'applicabilité ou non du principe *non bis in idem* n'a pas sa raison d'être car, dans ce cas, *purement gratuit pour le moment*, toute autre juridiction serait incompétente pour connaître d'une affaire relevant de la compétence de la juridiction criminelle internationale.

102. Si, par contre, la juridiction internationale a une compétence concurrente avec celle des juridictions internes, le principe *non bis in idem* aurait sa raison d'être. La question pourrait se poser, en effet, de savoir si un tribunal national peut connaître d'une affaire déjà jugée par le tribunal criminel international.

103. La réponse doit être négative. Ce serait ruiner l'autorité de la juridiction internationale que de permettre aux juridictions internes de connaître d'une affaire dont cette juridiction internationale a déjà connu.

b) *Nouveau texte d'article 9 proposé par le Rapporteur spécial*

104. L'article 9 devrait, peut-être, s'inspirer du projet d'article 10 du statut du Tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire international commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991[6] et se lirait ainsi :

> « 1. Nul ne peut être traduit devant une juridiction nationale pour des faits constituant des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, s'il a déjà été jugé par un tribunal international pour ces mêmes faits.
>
> 2. Quiconque a été traduit devant une juridiction nationale pour des faits constituant des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ne peut subséquemment être traduit devant la Cour que si :
>
> *a*) Le fait pour lequel il a été jugé était qualifié de crime ordinaire au lieu de crime contre la paix et la sécurité de l'humanité;
>
> *b*) La juridiction nationale n'a pas statué de façon impartiale ou indépendante, la procédure engagée

[6] Doc. S/25704, annexe.

devant elle visait à soustraire l'accusé à sa responsabilité pénale internationale, ou la poursuite n'a pas été exercée avec diligence.

3. Pour décider de la peine à infliger à une personne condamnée pour un crime visé par le présent Code, la Cour tient compte de la mesure dans laquelle cette personne a déjà purgé toute peine qui pourrait lui avoir été infligée par une juridiction nationale pour le même fait. »

3. Deuxième hypothèse : il n'existe pas de tribunal criminel international

105. S'il n'existe pas de tribunal criminel international, l'application du principe *non bis in idem* aux jugements déjà rendus par une juridiction nationale est, par contre, beaucoup plus difficile. C'est pourquoi le paragraphe 2 apporte beaucoup d'exceptions à l'application du principe *non bis in idem*.

106. La première exception est prévue en cas de qualification inexacte. Cette exception n'est pas une hypothèse d'école. Un fait pourrait être qualifié de crime ordinaire — homicide par exemple — alors qu'il constituait, en réalité, un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, un génocide par exemple.

107. Cette fausse qualification peut être volontaire et inspirée par un sentiment de bienveillance à l'égard de l'auteur présumé du crime. Un tel cas pourrait se produire si un individu poursuivi se réfugie dans un État ami, ou dont il est politiquement proche. Cet État le juge par complaisance et le principe *non bis in idem* empêchera qu'il puisse être jugé par une autre juridiction nationale. L'application du principe ouvrirait, dans ce cas, la porte à des manœuvres et à des échappatoires qui rendraient difficile une application honnête et loyale dudit principe.

108. Mais ce sont surtout les exceptions prévues au paragraphe 4, en faveur de l'État sur le territoire duquel le crime a été commis ou en faveur de l'État victime ou dont les nationaux ont été les victimes, qui sont les plus importantes. Avec ces exceptions, il est à présumer que le champ d'application du principe *non bis in idem* risque de se rétrécir énormément. En plus, il n'est pas sûr que ces États feraient preuve de plus d'objectivité et d'impartialité que les États dont ils suspectent la décision.

109. L'opinion du Rapporteur spécial est que, si des exceptions doivent être prévues au profit de l'État sur le territoire duquel le crime a été commis ou de l'État dont les ressortissants ont été les victimes, ces États ne devraient pas être autorisés à faire juger par leurs propres tribunaux une affaire déjà jugée par un autre tribunal national. Dans une telle hypothèse, c'est le tribunal d'un État qui n'est pas concerné qui devrait être saisi à nouveau.

110. Cependant, cette solution serait difficile à mettre en œuvre. C'est pourquoi, le Rapporteur spécial pense que le principe *non bis in idem* ne semble applicable que dans la première hypothèse examinée ci-dessus, c'est-à-dire celle où il existerait un tribunal criminel international.

Article 10

111. L'article 10 adopté en première lecture se lit comme suit :

Article 10. — Non-rétroactivité

1. Nul ne peut être condamné, en vertu du présent Code, pour des actes commis avant son entrée en vigueur.

2. Rien dans le présent article ne s'oppose au jugement et à la condamnation de tout individu en raison d'actes qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels en vertu du droit international ou du droit national applicable en conformité avec le droit international.

a) *Observations des gouvernements*

Paraguay

112. Le Gouvernement paraguayen déclare (par. 10) que

> La non-rétroactivité est une règle cardinale du droit [...] et il est dangereux d'autoriser des exceptions. C'est pourquoi nous recommandons de supprimer le paragraphe 2 de l'article.

Le Gouvernement du Paraguay s'inquiète également du sens extrêmement large que le commentaire de l'article donne au mot « loi », lequel englobe non seulement la loi écrite, mais aussi la coutume et les principes généraux du droit.

Pays-Bas

113. Selon le Gouvernement néerlandais, l'expression « en conformité avec le droit international » devrait être supprimée (par. 45).

Turquie

114. Pour le Gouvernement turc, le paragraphe 2 énonce un principe qui compte « parmi les principes fondamentaux du droit pénal et doit être retenu dans le projet » (par. 6).

b) *Commentaires du Rapporteur spécial*

115. Le paragraphe 1 n'a soulevé aucune objection de la part des gouvernements. C'est la réaffirmation d'un principe fondamental du droit pénal.

116. Le paragraphe 2 n'a rencontré d'objection que d'un seul gouvernement. Il convient de rappeler que ce paragraphe 2 ne fait que reprendre l'article 11 de la Déclaration universelle des droits de l'homme et le paragraphe 2 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Il est souhaitable qu'il soit maintenu dans sa totalité.

Article 11

117. L'article 11 adopté en première lecture se lit comme suit :

Article 11. — Ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique

Le fait qu'un individu accusé d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité a agi sur ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne dégage pas sa responsabilité pénale s'il avait la possibilité de ne pas se conformer à cet ordre compte tenu des circonstances.

a) *Observations des gouvernements*

Autriche

118. Le Gouvernement autrichien propose (par. 13) d'insérer, après les mots « responsabilité pénale », le membre de phrase suivant : « s'il savait ou était censé savoir que l'ordre était illégal et ».

Bélarus

119. Le Gouvernement du Bélarus propose (par. 12) de remplacer le membre de phrase « s'il avait la possibilité de ne pas se conformer à cet ordre compte tenu des circonstances » par le membre de phrase : « s'il avait la possibilité effective dans la situation donnée de ne pas exécuter cet ordre ».

Costa Rica

120. Le Gouvernement costa-ricien constate (par. 37) que l'article

n'envisage une sanction éventuelle que dans le cas où un ordre manifestement illégal ou constituant une violation des droits de l'homme a été exécuté par un agent de l'État, obéissant à un supérieur hiérarchique.

Le gouvernement propose que le projet s'inspire du projet du code pénal espagnol (1992).

Pays nordiques

121. Selon les pays nordiques (par. 21), il convient de définir plus clairement le terme « possibilité ».

Pologne

122. Le Gouvernement polonais s'interroge également (par. 36) sur le sens de l'expression « s'il avait la possibilité de ne pas se conformer à cet ordre compte tenu des circonstances ».

b) *Commentaires du Rapporteur spécial*

123. Ce principe est déjà affirmé dans les Principes du droit international consacrés dans le statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal (principe IV)[7]. La Commission a seulement remplacé l'expression « s'il a eu moralement la faculté de choisir » par l'expression « s'il avait la possibilité de ne pas se conformer à cet ordre compte tenu des circonstances ».

124. Il n'est pas indiqué, sans motif sérieux, de remettre en cause ce principe, élaboré par la CDI et adopté par l'Assemblée générale.

Article 12

125. Le projet d'article 12 adopté en première lecture se lit comme suit :

Article 12. — Responsabilité du supérieur hiérarchique

Le fait qu'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité a été commis par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs hiérarchiques de leur responsabilité pénale, s'ils savaient ou possédaient des informations leur permettant de conclure, dans les circonstances du moment, que ce subordonné commettait ou allait commettre un tel crime et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures en leur pouvoir, pratiquement possibles, pour empêcher ou réprimer ce crime.

a) *Observations des gouvernements*

Pays nordiques

126. Selon les pays nordiques (par. 22),

Cette disposition, qui concerne la responsabilité pénale d'un supérieur hiérarchique qui ne prend pas toutes les mesures pour empêcher un acte criminel, va trop loin sur cette voie [...]. En effet, pareille responsabilité n'est, en général, admise qu'à la condition que des dispositions de fond imposent une obligation d'agir à la personne qui a omis de le faire. En outre, il peut se révéler difficile de concilier cette disposition avec la définition de la responsabilité de l'individu énoncée à l'article 3.

b) *Commentaires du Rapporteur spécial*

127. L'article 12 établit une présomption de responsabilité qui pèse sur le supérieur hiérarchique pour les crimes commis par ses subordonnés. Cette présomption de responsabilité résulte d'une jurisprudence des tribunaux militaires internationaux installés après la seconde guerre mondiale pour connaître des crimes commis au cours de cette guerre, et que le Rapporteur spécial a abondamment cités dans son quatrième rapport[8]. Cette jurisprudence est

[7] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12* (A/1316), p. 12 et suiv. Texte reproduit dans *Annuaire... 1985*, vol. II (2e partie), p. 12, par. 45.

[8] Voir *Annuaire... 1986*, vol. II (1re partie), p. 53 et suiv., doc. A/CN.4/398.

fondée sur une présomption de responsabilité qui pèse sur le supérieur hiérarchique pour négligence ou défaut de surveillance ou consentement tacite, toutes fautes qui rendent le chef pénalement responsable des crimes commis par ses subordonnés[9].

Article 13

128. L'article 13 adopté en première lecture se lit comme suit :

Article 13. — Qualité officielle et responsabilité

La qualité officielle de l'auteur d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, et notamment le fait qu'il a agi en qualité de chef d'État ou de gouvernement, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale.

a) *Observations des gouvernements*

Costa Rica

129. Selon ce gouvernement (par. 39) :

Cet article semble exclure tout régime d'immunité. Cependant, il faut prévoir, du point de vue de la procédure pénale, les différents cas où les dirigeants visés peuvent être poursuivis, au lieu de vouloir poser un principe qui, comme tel, pourrait se révéler inapplicable.

Pays nordiques

130. De l'avis des pays nordiques (par. 23) :

Il faut considérer que même les chefs d'État ne peuvent pas être exonérés de leur responsabilité pénale du fait de leurs actes, lorsque ceux-ci constituent un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, même si la constitution d'un État particulier en dispose autrement.

Pologne

131. Du point de vue du Gouvernement polonais (par. 37) :

Les dispositions de cet article ne reconnaissent aucune immunité de quelque nature que ce soit à raison de la qualité officielle de l'auteur d'un crime, même s'il s'agit de chefs d'État ou de gouvernement. Il s'agit là d'une limitation sérieuse mais logique et raisonnable de la pleine immunité des chefs d'État. Cette immunité ne doit pas pouvoir être invoquée pour permettre aux intéressés de se soustraire à la responsabilité pénale qu'ils encourent s'ils commettent des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

Royaume-Uni

132. Selon ce gouvernement (par. 17) :

À l'évidence, il importe, pour l'application efficace du code, que les responsables, y compris les chefs d'État ou de gouvernement, ne soient pas déchargés de toute responsabilité pénale, en raison de leur qualité officielle. Cependant, la Commission n'a pas traité ici et à l'article 9 de l'immunité dont ces responsables pourraient jouir à l'égard des procédures judiciaires. Elle devrait examiner la question de l'immunité juridictionnelle à laquelle les responsables pourraient avoir droit, au regard du droit international, et celle de la relation entre le projet de code et les règles en vigueur en la matière.

b) *Commentaires du Rapporteur spécial*

133. L'opinion du Gouvernement costa-ricien ne semble pas acceptable.

134. Il est difficile de prévoir, dans les détails, les différents cas où les chefs d'État ou de gouvernement doivent être poursuivis. Ce que l'on peut dire, c'est que chaque fois qu'un chef d'État ou un chef de gouvernement commet un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, il doit être poursuivi. L'article 13 devrait être maintenu dans sa forme actuelle.

Article 14

135. L'article 14 adopté en première lecture se lit comme suit :

Article 14. — Faits justificatifs et circonstances atténuantes

1. Le tribunal compétent appréciera l'existence de faits justificatifs conformément aux principes généraux de droit, compte tenu du caractère de chaque crime.

2. En se prononçant sur la sentence, le tribunal tiendra compte, le cas échéant, de circonstances atténuantes.

a) *Observations des gouvernements*

Australie

136. Le Gouvernement australien estime que (par. 18) :

la référence aux « faits justificatifs conformément aux principes généraux de droit » figurant au paragraphe 1 [...] doit être précisée. À partir du moment où le code traite de questions essentielles comme les peines,

[9] Dans l'*Affaire Yamashita*, il est dit notamment :

« La question est donc de savoir si les lois de la guerre imposent à un commandant de corps d'armée le devoir de prendre des mesures appropriées qui sont en son pouvoir pour contrôler les troupes placées sous ses ordres afin d'empêcher les actes spécifiés qui constituent des violations des lois de la guerre [...]. »

[*Law Reports of Trials of War Criminals* (recueil de jurisprudence en 15 volumes, établi par la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre), Londres, H. M. Stationery Office, 1947-1949, vol. IV, p. 43.]

Dans l'*Affaire du Haut Commandement*, il est dit que la responsabilité d'un chef militaire n'est pas automatiquement engagée par tous les actes de ses subordonnés, il faut qu'il y ait eu un acte illégal de sa part ou un défaut de surveillance de ses subordonnés, constituant une négligence coupable de sa part. Le chef doit avoir eu connaissance de ces crimes et y avoir consenti ou participé ou avoir négligé de façon coupable de s'opposer à leur participation (ibid., vol. XV, p. 70).

On trouve, également, dans le jugement du Tribunal de Tokyo, un passage intéressant sur la responsabilité pour des crimes commis contre des prisonniers de guerre, et qui montre que le tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient voulait lui aussi poser, comme un principe, le devoir du supérieur hiérarchique de savoir que ses subordonnés commettent un crime :

« Il est du devoir de tous les responsables d'assurer le traitement convenable des prisonniers et d'empêcher que de mauvais traitements leur soient infligés, en établissant et en assurant le fonctionnement continu et efficace d'un système approprié pour atteindre ces fins. »

il ne doit pas laisser de côté d'autres questions essentielles comme les faits justificatifs. Dans les systèmes connaissant une protection constitutionnelle des garanties légales *(due process)*, l'article 14 risque d'être jugé inconstitutionnel parce que trop vague.

137. Le Gouvernement australien estime également (par. 19) que :

l'article 14 devrait être scindé en deux articles : l'un traitant des faits justificatifs et l'autre des circonstances atténuantes. Comme plusieurs membres de la Commission l'ont relevé, ce sont là deux notions différentes qui gagneraient à être traitées séparément.

Autriche

138. Le Gouvernement autrichien signale (par. 14) :

Cet article traite de deux notions de droit pénal distinctes, les faits exclusifs de responsabilité pénale (par. 1) et les circonstances atténuantes (par. 2). Les circonstances (tant atténuantes qu'aggravantes) permettent de moduler la peine dont est passible l'auteur d'un crime, mais elles sont étrangères à la question de la responsabilité pénale.

139. Le Gouvernement autrichien (par. 15 et 16)

ne partage pas la répugnance de certains membres de la Commission à admettre des excuses absolutoires, comme la démence, en matière de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

Il y a lieu de compléter le paragraphe 2, en y insérant la notion de circonstances aggravantes, car il faut également en tenir compte en fixant la durée de la peine. L'Autriche partage l'opinion de certains membres de la Commission qui souhaitent insérer ici une énumération détaillée des circonstances atténuantes (et aggravantes).

Bélarus

140. Le Gouvernement du Bélarus fait remarquer (par. 13) que :

Le texte russe [...] devrait parler de circonstances atténuant la responsabilité et non de circonstances atténuant la faute. Par ailleurs, il faudrait scinder cet article en deux articles distincts, dans la mesure où les paragraphes 1 et 2 traitent de deux notions juridiques différentes. Les motifs qui seront cités dans l'article portent sur les raisons de rendre un jugement tenant compte des faits justificatifs; ils devront être énoncés clairement et mentionner notamment la légitime défense, l'état de nécessité, la contrainte et l'erreur commise de bonne foi. Leur applicabilité à chaque type de crime pourra être laissée à l'appréciation du tribunal.

141. Le Gouvernement du Bélarus signale (par. 14 et 15) que :

La question des circonstances atténuantes peut être examinée en corrélation avec celle des sanctions. Il serait préférable d'élaborer un article général sur les peines applicables à tous les crimes qui fixerait une peine minimale et une peine maximale et énumérerait les circonstances atténuantes. Au lieu d'énoncer une échelle des sanctions, en cas d'application des dispositions du code par les tribunaux nationaux, on pourrait stipuler que les crimes seront punis en tenant compte de leur caractère de danger et de gravité extrêmes.

L'énumération des circonstances atténuantes pourra être donnée à titre d'exemple et comprendre, notamment, la perpétration d'un crime sous la menace ou sur ordre d'un supérieur hiérarchique, ainsi que le repentir et l'aveu de culpabilité.

142. Le Gouvernement du Bélarus se félicite (par. 16)

qu'on ait renoncé à faire une distinction dans le projet de code entre les crimes contre la paix, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. [...] il faut se garder d'introduire, au stade de l'élaboration des normes de droit, une division des crimes en fonction de la participation de l'État. Le critère de la participation de l'État jouera un rôle exceptionnellement important à un autre stade : celui de la mise en place du mécanisme d'application du code.

Belgique

143. Selon le Gouvernement belge (par. 17 et 18) :

La notion de faits justificatifs, telle que prévue à l'article 14 [...], paraît difficilement applicable aux crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

La question se pose dès lors de savoir s'il ne serait pas préférable de supprimer l'article 14. Le juge pourra, en toute hypothèse, faire appel aux principes généraux de droit pénal, telles les circonstances atténuantes, lorsqu'il aura à apprécier la situation dans laquelle l'acte *criminel** a été *perpétré**.

Brésil

144. Le Gouvernement brésilien fait remarquer (par. 12) que :

L'article 14 paraît un peu court lorsque, s'agissant des faits justificatifs et des circonstances atténuantes, il se réfère sans plus aux principes généraux de droit. L'article demeure dans le vague, tant il paraît difficile de déterminer, à l'aide des seuls « principes généraux de droit », les circonstances qui doivent être prises en considération. En fait, l'une des principales difficultés auxquelles la Commission semble se heurter dans sa tâche de codification tient au fait que nombre de dispositions sont d'une portée très générale. Or, de par sa nature et les valeurs sur lesquelles il se fonde, le droit pénal exige des définitions très précises et des normes très détaillées.

Costa Rica

145. Selon le Gouvernement costa-ricien (par. 40) :

Pour exprimer en des termes plus rigoureux l'idée qu'il appartient au juge d'apprécier ce type de circonstances, il faut énoncer une règle précisant les aspects à prendre en considération *pour moduler la peine, comme le fait l'article 71 du Code pénal costa-ricien**. En tout état de cause, et bien que cet article envisage à cet effet un grand nombre de circonstances aggravantes et atténuantes, les qualifications pénales peuvent tenir compte, en se fondant sur l'incrimination, de certains éléments qui peuvent avoir une incidence sur la peine, ce qui aura pour effet de réduire le pouvoir d'appréciation du juge. Il s'agit là d'une décision de politique pénale qui doit être mûrement pesée.

Paraguay

146. Le Gouvernement paraguayen constate (par. 11) que l'article 14 stipule en son paragraphe 1 :

Le tribunal compétent appréciera l'existence de circonstances atténuantes conformément aux principes généraux de droit, compte tenu du caractère de chaque crime.

147. De l'avis de ce gouvernement :

Concernant une question aussi importante sur le plan du droit pénal que celle des circonstances atténuantes (circonstances qui justifient ou qui entraînent la non-culpabilité et la non-imputabilité), il semble inapproprié d'attribuer au juge une trop grande liberté d'appréciation, comme cela résulte de la référence aux « principes généraux de droit ». Il serait plus prudent, si on ne veut pas énoncer ces circonstances atténuantes, de s'en remettre à la législation du pays où le crime a été commis.

Pays nordiques

148. De l'avis des pays nordiques (par. 24 à 26) :

Les paragraphes 1 et 2 devraient faire l'objet d'articles distincts, car il existe une différence fondamentale entre les circonstances qui exonèrent de sa responsabilité l'auteur d'une infraction et celles qui concernent le prononcé de la sentence.

L'article, tel qu'il est libellé, n'indique pas les circonstances dont il faut tenir compte lorsqu'on poursuit l'auteur d'un crime. Le tribunal a donc toute latitude pour interpréter cette disposition, ce qui s'accorde mal avec la primauté du droit. Selon les pays nordiques, il y aurait lieu de déterminer le rôle de la légitime défense et de l'état de nécessité. Le problème du consentement peut aussi se poser dans différents cas.

En outre, le projet de code comprend deux autres articles (art. 11 et 13), qui traitent de motifs susceptibles d'exonérer l'auteur d'un crime de sa responsabilité pénale et qu'il conviendrait de fusionner avec l'article 14. Il serait possible, par exemple, d'énumérer les faits qui exonèrent l'individu de sa responsabilité pénale et ceux qui ne l'en exonèrent pas. Les faits énoncés aux articles 11 et 13 du projet actuel feraient alors partie de ceux qui engagent la responsabilité de l'auteur dans tous les cas.

149. Les pays nordiques font remarquer (par. 27) :

Un autre problème auquel on se heurte est celui de l'absence de dispositions concernant les cas où l'auteur était dément ou irresponsable pour d'autres raisons au moment de la commission de l'acte.

150. Selon les pays nordiques (par. 28) :

Le paragraphe 2 de l'article 14 devrait aussi mentionner les circonstances aggravantes. En outre, il faudrait définir, à l'aide d'exemples, ce que l'on entend par les expressions « circonstances atténuantes » et « circonstances aggravantes », car la disposition, telle qu'elle est libellée, est tout sauf éclairante.

Pologne

151. En ce qui concerne le paragraphe 1, le Gouvernement polonais tient à souligner (par. 38) que :

ce paragraphe englobe les moyens de défense traditionnellement invoqués en droit pénal comme la légitime défense, la coercition, l'état de nécessité, la force majeure et l'erreur, autant d'éléments liés à l'existence ou à l'inexistence de la responsabilité. Les circonstances atténuantes, et peut-être d'autres types de circonstances, qui pourront être analysées par la Commission en deuxième lecture, n'influent que sur l'aggravation ou l'atténuation de la peine.

152. Le Gouvernement polonais considère (par. 39) que :

le paragraphe 2 pourrait être complété en y ajoutant le texte suivant : « , de circonstances aggravantes ainsi que des autres circonstances pertinentes, comme la personnalité de l'auteur du crime ou la gravité des effets du crime ».

Royaume-Uni

153. Le Gouvernement du Royaume-Uni fait remarquer (par. 18) :

Il est manifestement peu souhaitable qu'une disposition aussi essentielle, tant pour la définition du crime contre la paix et la sécurité de l'humanité que pour les droits de la défense, soit libellée en termes vagues. Plus le crime est grave, moins il y a de chances qu'un large éventail de faits justificatifs et de circonstances atténuantes soit recevable. Si, comme l'article 6 l'envisage actuellement, les tribunaux internes sont compétents en vertu du code, l'article 14 doit être reformulé. On ne saurait laisser à ces tribunaux le soin de définir les faits justificatifs et circonstances atténuantes admissibles sous l'empire du code. Ce serait sacrifier entièrement l'équité et la cohérence. Il est symptomatique de la hâte et de l'absence de précision qui ont présidé à la rédaction de ces articles que le paragraphe 1 laisse subsister la possibilité d'invoquer des faits justificatifs pour répondre à tel ou tel crime, sans aller jusqu'à les énumérer. On gagnerait davantage à procéder séparément à leur énumération; si certains faits justificatifs généraux pourront s'appliquer à tous les crimes, il est difficile de concevoir des faits justificatifs d'application universelle pouvant s'appliquer convenablement aux circonstances de chaque crime énuméré dans le titre II.

Suisse

154. Selon le Gouvernement suisse (par. 9) :

L'idée de réunir en un seul article deux notions fondamentales du droit pénal aussi étrangères l'une à l'autre que les faits justificatifs et les circonstances atténuantes semble contestable. Le fait justificatif a pour effet de priver l'acte de son caractère illicite, l'auteur n'ayant pas agi avec conscience et volonté. En somme, la responsabilité, condition de la répression, fait défaut. Les circonstances atténuantes n'ôtent en revanche pas à l'acte son caractère illicite. Elles en modèrent seulement les conséquences pénales. Il serait, dès lors, indiqué de prévoir deux dispositions distinctes.

b) *Commentaires du Rapporteur spécial*

1. Remarques explicatives

155. Le Rapporteur spécial est d'accord avec les gouvernements qui pensent que les notions de fait justificatifs et de circonstances atténuantes doivent être traitées séparément. En effet, elles ne se situent pas sur le même plan. Alors que les faits justificatifs enlèvent à un acte tout caractère délictuel, les circonstances atténuantes n'excluent pas ce caractère délictuel, mais allègent simplement la responsabilité pénale du délinquant. En d'autres termes, les faits justificatifs ont trait à l'existence ou à la non-existence d'un délit, les circonstances atténuantes ont rapport à la sanction.

156. Le Rapporteur spécial est également d'avis que les faits justificatifs, parce qu'ils excluent l'infraction, devraient être définis par le code, de la même manière que les infractions sont définies par le code en vertu du principe *nullum crimen sine lege*.

157. C'est pourquoi le Rapporteur spécial propose un nouvel article 14 qui traite des faits justificatifs, c'est-à-dire la *légitime défense*, la *contrainte* et l'*état de nécessité*.

2. Nouveau texte proposé par le Rapporteur spécial

158. Le Rapporteur spécial propose un nouveau texte pour l'article 14 qui se lit comme suit :

« *Article 14. — Légitime défense, contrainte et état de nécessité*

Il n'y a pas crime lorsque les faits commis étaient commandés par la légitime défense, par la contrainte ou par l'état de nécessité. »

3. Commentaires au nouveau texte proposé pour l'article 14

159. La légitime défense visée ici n'est pas celle relative à la responsabilité internationale de l'État prévue par l'Article 51 de la Charte des Nations Unies, qui écarte la responsabilité internationale de l'État pour un acte commis par celui-ci en réponse à une agression. Toutefois, parce qu'elle écarte la responsabilité internationale d'un État, la légitime défense écarte, du même coup, la responsabilité pénale internationale des dirigeants de cet État pour le même acte. Quant aux notions de contrainte et d'état de nécessité, la jurisprudence des tribunaux militaires internationaux institués par le statut du Tribunal de Nuremberg[10] et par la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié[11], avait admis ces notions sous les réserves et conditions suivantes :

a) La contrainte et l'état de nécessité doivent constituer une menace actuelle ou imminente[12];

b) L'accusé qui invoque la contrainte ou l'état de nécessité ne doit pas avoir contribué, par sa faute, à la survenance de la contrainte ou de l'état de nécessité[13];

c) Il ne devrait pas y avoir de disproportions entre ce qui a été préservé et ce qui a été sacrifié pour échapper à la menace[14].

160. Il convient enfin d'observer que cette jurisprudence, s'inspirant du droit anglo-américain, ne fait aucune distinction entre les notions de contrainte et d'état de nécessité[15].

Nouvel article 15

161. Le Rapporteur spécial propose un nouvel article 15 qui se lirait comme suit :

« *Article 15. — Circonstances atténuantes*

Dans le prononcé des peines applicables, des circonstances atténuantes peuvent être prises en considération par le tribunal saisi. »

Commentaires du Rapporteur spécial

162. Il est généralement admis en droit pénal que tout tribunal qui connaît d'une affaire criminelle a le pouvoir d'examiner les circonstances dans lesquelles une infraction a été commise et de rechercher s'il existe des circonstances qui atténuent la responsabilité du coupable.

163. D'autre part, le Rapporteur spécial n'a pas cru devoir traiter des circonstances aggravantes, s'agissant ici de crimes considérés comme étant les plus graves parmi les plus graves. Il appartient toutefois à la Commission de trancher.

[10] 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).

[11] Loi relative au châtiment des personnes coupables de crimes de guerre, de crimes contre la paix et de crimes contre l'humanité, édictées à Berlin le 20 décembre 1945 (*Journal officiel du Conseil de contrôle en Allemagne*, n° 3, 31 janvier 1946).

[12] La condition touchant le caractère imminent du péril a été affirmée par la Cour fédérale allemande en ces termes : « l'ordre d'un supérieur [hiérarchique] peut constituer l'état de contrainte morale [...] prévu par le paragraphe 52 [du Code pénal allemand], [mais cela] suppose [...] que l'agent ait été contraint à accomplir l'acte sous la menace d'un péril imminent [...]. Le sens du paragraphe 52 n'est point que tous ceux qui, sous le règne du national-socialisme, ont, durant des années, servi de plein gré le crime et la terreur, puissent se dérober à la responsabilité, simplement en invoquant qu'ils auraient eu à craindre pour leur intégrité physique ou leur vie s'ils avaient refusé de continuer à participer à des actes criminels » (Bundesgerichtshof, 14 octobre 1952, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1953, p. 112). Voir aussi H. Meyrowitz, *La répression par les tribunaux allemands des crimes contre l'humanité et de l'appartenance à une organisation criminelle, en application de la loi n° 10 du Conseil de contrôle allié*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1960, p. 405 et 406.

[13] La condition selon laquelle celui qui invoque l'excuse de contrainte ou de nécessité ne doit pas avoir participé, par sa faute, à la survenance de la contrainte ou de l'état de nécessité, a été soulignée dans l'*Affaire de la I. G. Farben*. Le tribunal militaire américain a déclaré : « L'excuse de nécessité ne saurait être admise quand l'accusé qui l'invoque a été lui-même responsable de l'existence ou de l'exécution d'un tel ordre [...] ou quand sa participation a été au-delà de ce qui était exigé ou était le résultat de sa propre initiative. » [Voir *Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10 (Nuernberg, October 1946-April 1949)*, Washington (D.C.), U. S. Government Printing Office, 1949-1953, affaire n° 6, vol. VIII, p. 1179.]

[14] La condition de proportionnalité entre le bien ou l'intérêt préservé et le bien ou l'intérêt sacrifié a été mise en lumière, notamment dans l'*Affaire Krupp*. Les accusés avaient, par crainte de se voir destitués de la direction de leur entreprise, dans le cas où ils ne suivraient pas les instructions générales y relatives, soumis des prisonniers à un régime de travail forcé. Cette crainte, dit le tribunal, ne saurait justifier un choix favorable pour eux-mêmes à l'encontre de victimes infortunées qui n'avaient, en l'occurrence, pas de choix du tout.

« Bien plus, on doit dire en toute justice, à la lumière des preuves que, dans un camp de concentration, les accusés ne se seraient pas trouvés dans une situation pire que les milliers de victimes sans défense qu'ils ont exposées journellement au danger de mort, à des souffrances physiques graves dues aux privations et aux implacables bombardements aériens des usines d'armements, sans parler de la servitude forcée et des autres outrages qu'elles avaient à subir. La disproportion entre le nombre des victimes effectives et celui des victimes éventuelles est également une idée choquante. » (Ibid., affaire n° 10, vol. IX, p. 1446.)

[15] H. Meyrowitz, *op. cit.*

DROIT RELATIF AUX UTILISATIONS DES COURS D'EAU INTERNATIONAUX À DES FINS AUTRES QUE LA NAVIGATION

[Point 5 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/462

Deuxième 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

[Original : anglais]
[21 avril 1994]

TABLE DES MATIÈRES

	Paragraphes	*Pages*
INTRODUCTION	1	120
Chapitres		
I. EAUX SOUTERRAINES	2-11	120
II. AUTRES MODIFICATIONS RECOMMANDÉES EN CE QUI CONCERNE LES ARTICLES 11 À 32	12-13	121
III. RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS	14-16	122
IV. TEXTE DES PROJETS D'ARTICLES AVEC LES MODIFICATIONS PROPOSÉES PAR LE RAPPORTEUR SPÉCIAL	17-41	122
Première partie. — Introduction	18-21	122
Article premier	18	122
Article 2	19	122
Article 3	20	123
Article 4	21	123
Deuxième partie. — Principes généraux	22-27	123
Article 5	22	123
Article 6	23	124
Article 7	24	124
Article 8	25	124
Article 9	26	124
Article 10	27	125
Troisième partie. — Mesures projetées	28-31	125
Article 11	28	125
Articles 12 à 15	29	125
Article 16	30	125
Articles 17 à 19	31	125
Quatrième partie. — Protection et préservation	32-35	126
Article 20	32	126
Article 21	33	126
Article 22	34	126
Article 23	35	126
Cinquième partie. — Conditions dommageables et cas d'urgence	36	127
Articles 24 et 25	36	127
Sixième partie. — Dispositions diverses	37-41	127
Article 26	37	127
Article 27	38	127
Article 28	39	128
Articles 29 à 32	40	128
Article 33	41	128
ANNEXE. — Droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. — Eaux souterraines captives « sans rapport avec le cours d'eau »		129

Introduction

1. Le Rapporteur spécial propose d'axer son second rapport sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation sur trois aspects :

a) Les conclusions — affirmatives — auxquelles il est arrivé quant à l'opportunité et l'utilité d'inclure les eaux souterraines captives sans rapport avec le cours d'eau dans le projet d'articles;

b) Des recommandations concernant les articles qu'il n'avait pas traités dans son premier rapport[1] (c'est-à-dire les articles 11 à 32);

c) Des dispositions relatives au règlement des différends.

[1] *Annuaire... 1993*, vol. II (1re partie), p. 193, doc. A/CN.4/451.

CHAPITRE PREMIER

Eaux souterraines

2. Dans son premier rapport[2], le Rapporteur spécial évoquait la possibilité d'inclure, dans le champ d'application du projet d'articles relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, les eaux souterraines captives « sans rapport avec le cours d'eau ». À la suite d'un échange de vues à sa quarante-cinquième session (1993), la Commission du droit international a estimé que davantage d'informations lui était nécessaire et elle a donc demandé au Rapporteur spécial d'entreprendre une étude concernant la question des « eaux souterraines captives » sans rapport avec le cours d'eau afin de déterminer s'il serait faisable de l'intégrer au sujet[3]. Le Rapporteur spécial a réalisé l'étude demandée par la Commission; elle figure en annexe au présent rapport.

3. Cette étude montre qu'il est souhaitable d'inclure les eaux souterraines captives sans rapport avec le cours d'eau dans le projet d'articles. La tendance récente en matière de gestion des ressources en eau est favorable aux approches intégrées. Inclure les eaux souterraines captives sans rapport avec le cours d'eau constitue un minimum s'agissant d'élaborer un système global intégré pour la gestion de toutes les ressources en eau[4].

4. Le Rapporteur spécial est convaincu que les principes et normes qui sont applicables, en vertu d'une convention-cadre ou de règles types, aux cours d'eau et aux eaux souterraines en rapport avec ceux-ci le sont également aux eaux souterraines captives sans rapport avec les cours d'eau. Il estime, en outre, que les modifications à apporter au projet d'articles adopté en première lecture[5] pour en étendre ainsi le champ d'application sont relativement peu nombreuses et simples à mettre en œuvre.

5. Il semblerait donc peu judicieux de conserver le champ d'application actuel excluant les eaux souterraines captives sans rapport avec le cours d'eau pour, ultérieurement, entreprendre l'élaboration d'un instrument analogue concernant ces eaux. Étant donné les circonstances, ceci retarderait l'achèvement des travaux sur le sujet jusqu'à ce que le prochain quinquennat des membres de la CDI soit déjà bien avancé.

6. Les modifications à apporter pour inclure les eaux souterraines captives sans rapport avec le cours d'eau ne sont pas compliquées. Une solution pourrait être, pour commencer, d'abandonner la condition relative à un « point d'arrivée commun ».

7. Le Rapporteur spécial demeure convaincu que le membre de phrase « et aboutissant à un point d'arrivée commun », qui figure à l'article 2 du projet, devrait être supprimé et que l'on peut procéder à cette suppression

[2] Ibid., par. 11.

[3] *Annuaire... 1993*, vol. II (2e partie), par. 371 et 441.

[4] ILA, « The International Law Commission's draft articles on the Law of the Non-Navigational Uses of International Watercourses: Comments by the Water Resources Committee of the International Law Association » (ce rapport peut être consulté auprès du Rapporteur spécial). Comme l'a noté le Comité sur le droit international relatif aux ressources en eau, de l'ILA, l'idée que les eaux d'un cours d'eau doivent dans tous les cas aboutir à un point d'arrivée commun ne saurait se justifier étant donné les connaissances dont on dispose aujourd'hui sur le comportement des eaux, en particulier sur la nature des aquifères et leurs relations avec les eaux de surface.

[5] Pour les articles adoptés provisoirement en première lecture, voir *Annuaire... 1991*, vol. II (2e partie), p. 68 à 72.

sans qu'il en résulte un élargissement ingérable du champ d'application de l'ensemble du projet d'articles. En faveur de cette suppression, le Comité sur le droit international relatif aux ressources en eau de l'Association de droit international a fait observer que ces mots semblent refléter la crainte qu'un cours d'eau national qui est artificiellement relié à un système de cours d'eau international soit considéré comme faisant partie de ce système. Pour le Comité, comme pour le Rapporteur spécial, on répondrait mieux à cette préoccupation par une déclaration expresse excluant une telle interprétation de l'expression « cours d'eau »[6]. L'argument avancé en faveur de l'inclusion de la notion exprimée par les mots « et aboutissant à un point d'arrivée commun » est spécieux. C'est ce que montre, par exemple, le cours des eaux du Danube : à certaines époques de l'année, les eaux du Danube se déversent dans le lac de Constance et dans le Rhin. Pourtant, nul ne considère le Rhin et le Danube comme faisant partie d'un seul et même système[7].

[6] Voir *supra* note 4.

[7] *Streitsache des Landes Württemberg und des Landes Preussen gegen das Land Baden, betreffend die Donauversinkung, Staatsgerichtshof* allemand, 18 juin 1927, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, Berlin, vol. 116, appendice, p. 18 et suiv. Le compte rendu de l'affaire se trouve dans *Annual Digest of Public International Law Cases, 1927 and 1928*, A. McNair et H. Lauterpacht, éd., Londres, Longmans, 1931, p. 128. L'affaire est analysée dans Lederle, «Die Donauversinkung», *Annalen des Deutschen Reichs, 1917*, Munich, 1917, p. 693. Voir aussi l'analyse de cette affaire dans J. A. Barberis, *Le statut des eaux souterraines en droit international*, FAO, Étude législative 40, 1987, p. 40 et 41. Voir aussi l'examen de l'affaire tel qu'il figure dans le septième rapport du précédent Rapporteur spécial, M. Stephen McCaffrey [*Annuaire... 1991*, vol. II (1re partie), p. 47 et suiv., doc. A/CN.4/436, notamment p. 58 à 60, par. 39 à 43].

8. Si la Commission souhaite supprimer la condition de « point d'arrivée commun », le Rapporteur spécial serait prêt à élargir la définition du terme « cours d'eau » sans recourir aux expressions « aquifère » ou « aquifère transfrontière ».

9. Si l'on ne peut se mettre d'accord sur la suppression de la condition de « point d'arrivée commun », il y a plusieurs moyens relativement simples d'inclure les eaux souterraines captives sans rapport avec le cours d'eau dans le champ d'application du projet d'articles.

10. Les modifications nécessaires à cette fin peuvent consister à définir le terme « cours d'eau » de telle manière qu'il englobe « les eaux souterraines captives sans rapport » avec le cours d'eau, ou à ajouter une référence aux « eaux souterraines » dans les divers articles, selon que de besoin. Le Rapporteur spécial penche légèrement en faveur de cette dernière solution, qui lui semble préférable à celle qui consisterait à retenir une définition quelque peu artificielle du terme « cours d'eau ».

11. Le Rapporteur spécial a remanié les projets d'article en partant de l'hypothèse que les eaux souterraines captives sans rapport avec le cours d'eau doivent être incluses et que la suppression du membre de phrase « et aboutissant à un point d'arrivée commun » n'a pas été acceptée ou, si elle l'a été, n'a pas été considérée comme indiquant de manière suffisamment claire que les eaux souterraines captives sans rapport avec le cours d'eau sont incluses dans le projet d'articles (pour le texte remanié, voir *infra* chap. IV).

CHAPITRE II

Autres modifications recommandées en ce qui concerne les articles 11 à 32[8]

Obligations de l'État auquel est adressée la notification (art. 16)

12. Le Rapporteur spécial estime qu'il convient de prévoir une sanction à l'encontre de l'État qui, ayant reçu notification, n'y répond pas dans le délai prescrit. Rien dans l'article 16 tel qu'il est actuellement libellé n'incite un État recevant une notification à y répondre. En outre, l'État auteur d'une notification qui engagerait des dépenses parce que l'État destinataire n'y a pas répondu en temps opportun n'est pas assez protégé. Peut-être plus grave encore, rien dans cet article n'incite l'État auquel la notification est adressée à rechercher, pour régler les problèmes que peuvent poser des utilisations conflictuelles, des solutions qui soient conformes au principe de l'utilisation optimale et équitable. Par contre, l'État auteur de la notification ne peut mettre en œuvre les mesures projetées pendant une période de six mois en attendant une réponse à sa notification. En l'absence de réponse, cet État aura perdu du temps dans la mise en œuvre des mesures qu'il projetait et il sera également privé de la possibilité de modifier lesdites mesures pour éviter toute atteinte aux droits d'autres États du cours d'eau[9].

13. Pour remédier à ces problèmes, le Rapporteur spécial a ajouté un nouveau paragraphe 2 à l'article 16 (voir *infra* chap. IV).

[8] Les seuls articles que le Rapporteur spécial propose de modifier (si on laisse de côté les modifications mineures requises par l'inclusion des eaux souterraines captives sans rapport avec le cours d'eau) sont l'article 16 et l'article 21, au paragraphe 3 duquel il est proposé d'ajouter les mots « ou énergies » après le mot « substances ».

[9] Pour un examen plus poussé de ce point, voir C. B. Bourne, « The International Law Commission's draft articles on the law of international watercourses: Principles and planned measures », *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* (Boulder), 1992, vol. 3, n° 1, p. 68 et 69. Voir également les observations du Comité sur le droit international relatif aux ressources en eau de l'Association de droit international (*supra* note 4) et les paragraphes 18 et 19 des commentaires et observations du Gouvernement néerlandais [*Annuaire... 1993*, vol. II (1re partie), p. 155, doc. A/CN.4/447 et Add.1 à 3].

CHAPITRE III

Règlement des différends

14. Faute de temps ou pour d'autres raisons, la Commission n'avait pas accepté les dispositions complexes et sophistiquées élaborées par les précédents rapporteurs spéciaux pour le règlement des différends. En outre, il s'agit en l'occurrence d'élaborer une convention-cadre.

15. Le Rapporteur spécial demeure convaincu qu'à tout le moins une disposition relative au règlement des différends adaptée et réduite à l'essentiel est un élément indispensable de toute convention que la Commission pourra présenter sur le sujet.

16. Le Rapporteur spécial serait certes plus que désireux de revenir *in toto*, si les membres de la Commission le souhaitaient, au système proposé par M. McCaffrey dans son sixième rapport (1990)[10], mais il souhaiterait vivement, à défaut et au minimum, que l'on envisage d'ajouter au corps du projet d'articles l'article simplifié reproduit ci-après (voir *infra* chap. IV).

[10] *Annuaire... 1990*, vol. II (1re partie), p. 41, doc. A/CN.4/427 et Add.1.

CHAPITRE IV

Texte des projets d'articles avec les modifications proposées par le Rapporteur spécial

17. Le texte des projets d'articles, avec les modifications proposées par le Rapporteur spécial (figurant en italiques), se lit comme suit :

PREMIÈRE PARTIE

INTRODUCTION

Article premier

18. Au paragraphe 1, il faudrait ajouter les mots « et aquifères transfrontières » après les mots « cours d'eau internationaux », et les mots « et aquifères » après les mots « ces cours d'eau »; l'article premier se lirait comme suit :

« *Article premier. — Champ d'application des présents articles*

1. Les présents articles s'appliquent aux utilisations des cours d'eau internationaux *et aquifères transfrontières* 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 aquifères* 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. »

Article 2

19. À l'alinéa *a*, il faudrait ajouter les mots « ou aquifère » après les mots « d'un cours d'eau »; à l'alinéa *b*, il faudrait supprimer le membre de phrase « et aboutissant à un point d'arrivée commun » et ajouter un nouvel alinéa *b* bis contenant la définition de l'expression « eaux souterraines captives » et de termes y relatifs; et à l'alinéa *c*, il faudrait ajouter les mots « ou aquifère transfrontière ». L'article 2 se lirait comme suit :

« *Article 2. — Expressions employées*

Aux fins des présents articles :

a) L'expression « cours d'eau international » s'entend d'un cours d'eau *ou aquifère* 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 d'eaux souterraines constituant du fait de leurs relations physiques un ensemble unitaire [et aboutissant à un point d'arrivée commun[11]];

[11] L'inclusion ou la suppression de ce membre de phrase n'est pas critique en ce qui concerne les articles relatifs aux eaux souterraines captives. Le Rapporteur spécial propose de le supprimer parce que, du point de vue hydrologique, il constitue une simplification inexacte qui n'est d'aucune utilité.

b bis) L'expression « eaux souterraines captives » s'entend des eaux des aquifères;

L'expression « eaux souterraines captives transfrontières » s'entend des eaux des aquifères transfrontières;

Le terme « aquifère » s'entend d'une formation géologique souterraine contenant de l'eau et de laquelle des quantités importantes d'eau peuvent être extraites; et des eaux que contient cette formation;

L'expression « aquifère transfrontière » s'entend d'un aquifère traversé par une frontière internationale[12];

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 *ou aquifère transfrontière.* »

Article 3

20. Il faudrait ajouter les mots « ou aquifère » et « ou aquifère transfrontière » avec l'article ou la préposition requis, le cas échéant, aux paragraphes 1, 2 et 3. L'article 3 se lirait donc comme suit :

« *Article 3. — Accords de cours d'eau* ou d'aquifère

1. Les États du cours d'eau peuvent conclure un ou plusieurs accords, ci-après dénommés « accords de cours d'eau *ou d'aquifère* », qui appliquent et adaptent les dispositions des présents articles aux caractéristiques et aux utilisations d'un cours d'eau international *ou aquifère transfrontière* particulier ou d'une partie d'un tel cours d'eau *ou aquifère.*

2. Lorsqu'un accord de cours d'eau *ou d'aquifère* 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 *ou aquifère transfrontière* tout entier, ou pour une partie quelconque d'un tel cours d'eau *ou aquifère*, 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 *ou de l'aquifère* 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 *ou d'un aquifère transfrontière* 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 *ou d'aquifère.* »

Article 4

21. Il faudrait ajouter dans tout le texte les mots « ou aquifère » et « ou aquifère transfrontière », avec l'article ou la préposition qui convient, le cas échéant, afin que l'article 4 se lise comme suit :

« *Article 4. — Parties aux accords de cours d'eau* ou d'aquifère

1. Tout État du cours d'eau a le droit de participer à la négociation de tout accord de cours d'eau *ou d'aquifère* qui s'applique au cours d'eau international *ou à l'aquifère transfrontière* 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 *ou de l'aquifère transfrontière* risque d'être affectée de façon sensible* par la mise en œuvre d'un éventuel accord de cours d'eau *ou d'aquifère* ne s'appliquant qu'à une partie du cours d'eau *ou de l'aquifère* 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. »

* Voir la note de l'article 3.

DEUXIÈME PARTIE

PRINCIPES GÉNÉRAUX

Article 5

22. Il faudrait ajouter les mots « ou aquifère transfrontière » et « ou aquifère » avec l'article ou la préposition qui convient, le cas échéant, afin que l'article 5 se lise comme suit :

« *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 *ou un aquifère transfrontière* de manière équitable et raisonnable. En particulier, un cours d'eau international *ou aquifère transfrontière* sera utilisé et mis en valeur par les États du cours d'eau en ayant en vue de parvenir à

* Conformément à la décision prise par le Comité de rédaction à la quarante-cinquième session (1993) de la CDI, le mot *significant* sera substitué au mot *appreciable* dans le texte anglais de l'ensemble du projet d'articles. Le Comité est convenu que le commentaire indiquerait qu'on avait substitué *significant* à *appreciable* pour éviter l'ambiguïté qui s'attache à ce dernier terme (il peut signifier soit « susceptible d'être mesuré » soit « significatif »), et non pour essayer de relever le seuil. Voir *Annuaire... 1993*, vol. I, 2322e séance, par. 4; et ibid., vol. II (2e partie), par. 374 à 389.

[12] Pour la source de ces définitions, voir R. D. Hayton et A. E. Utton, « Transboundary groundwaters: the Bellagio draft treaty », *Natural Resources Journal*, Albuquerque (N. M.), vol. 29, n° 3, 1989, p. 663 et suiv., plus particulièrement p. 677, article I (Définitions).

l'utilisation et aux avantages optimaux compatibles avec les exigences d'une protection adéquate du cours d'eau *ou de l'aquifère*.

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 *ou aquifère transfrontière* de manière équitable et raisonnable. Cette participation comporte à la fois le droit d'utiliser le cours d'eau *ou l'aquifère* et le devoir de coopérer à sa protection et à sa mise en valeur, comme prévu dans les présents articles. »

Article 6

23. Il faudrait ajouter les mots « ou aquifère transfrontière » et « ou aquifère » avec l'article ou la préposition qui convient, le cas échéant, afin que l'article 6 se lise comme suit :

« *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 *ou aquifère transfrontière*, 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 *ou de l'aquifère* 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 *ou de l'aquifère*;

e) La conservation, la protection, la mise en valeur et l'économie dans l'utilisation des ressources en eau du cours d'eau *ou de l'aquifère* et le coût 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. »

Article 7

24. Il faudrait insérer dans la version remaniée de l'article que le Rapporteur spécial a proposé dans son premier rapport[13] les mots « ou aquifère transfrontière » et « ou aquifère », de façon que l'article 7 se lise comme suit :

« *Article 7. — Obligation de ne pas causer de dommages sensibles*

Les États du cours d'eau font preuve de toute la diligence voulue pour utiliser le cours d'eau international *ou aquifère transfrontière* 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 *ou aquifère*. 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. »

* Voir la note de l'article 3.

Article 8

25. Il faudrait ajouter les mots « ou aquifère transfrontière » à la fin du texte, de façon que l'article 8 se lise comme suit :

« *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 *ou aquifère transfrontière*. »

Article 9

26. Il faudrait ajouter les mots « ou aquifère » au paragraphe 1, après les mots « cours d'eau », de sorte que l'article 9 se lise comme suit :

« *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 *ou aquifère*, 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

[13] A/CN.4/451 (*supra* note 1), par. 27.

faciliter leur utilisation par les autres États du cours d'eau auxquels elles sont communiquées. »

Article 10

27. Il faudrait insérer les mots « ou aquifère transfrontière » après les mots « cours d'eau international », de sorte que l'article 10 se lise comme suit :

« *Article 10. — Rapport entre différents types d'utilisation*

1. En l'absence d'accord ou de coutume à l'effet contraire, aucune utilisation d'un cours d'eau international *ou aquifère transfrontière* n'a priorité en soi sur d'autres utilisations.

2. En cas de conflit entre des utilisations d'un cours d'eau international *ou aquifère transfrontière*, 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. »

TROISIÈME PARTIE

MESURES PROJETÉES

Article 11

28. Il faudrait ajouter les mots « ou aquifère transfrontière » à la fin du texte, de façon que l'article 11 se lise comme suit :

« *Article 11. — Renseignements sur les mesures projetées*

Les États du cours d'eau échangent des renseignements et se consultent au sujet des effets éventuels des mesures projetées sur l'état d'un cours d'eau international *ou aquifère transfrontière.* »

Articles 12 à 15

29. Il n'est proposé aucune modification aux articles 12 à 15 qui se lisent comme suit :

Article 12. — Notification des mesures projetées pouvant avoir des effets négatifs

Avant qu'un État du cours d'eau ne mette en œuvre ou ne permette que soient mises en œuvre des mesures projetées pouvant avoir des effets négatifs appréciables pour les autres États du cours d'eau, il en donne notification à ces derniers en temps utile. La notification est accompagnée des données techniques et informations disponibles afin de mettre les États auxquels elle est adressée à même d'évaluer les effets éventuels des mesures projetées.

Article 13. — Délai de réponse à la notification

À moins qu'il n'en soit convenu autrement, tout État du cours d'eau qui donne notification en vertu de l'article 12 laisse aux États auxquels la notification est adressée un délai de six mois pour étudier et évaluer les effets éventuels des mesures projetées et pour lui communiquer leurs conclusions.

Article 14. — Obligations de l'État auteur de la notification durant le délai de réponse

Durant la période visée à l'article 13, l'État auteur de la notification coopère avec les États auxquels la notification a été adressée en leur fournissant, sur demande, toutes données et informations supplémentaires disponibles et nécessaires à une évaluation précise, et ne met pas en œuvre ou ne permet pas que soient mises en œuvre les mesures projetées sans le consentement des États auxquels la notification a été adressée.

Article 15. — Réponse à la notification

1. Tout État auquel la notification a été adressée communique ses conclusions à l'État qui en est l'auteur aussitôt que possible.

2. Si l'État auquel la notification a été adressée conclut que la mise en œuvre des mesures projetées serait incompatible avec les dispositions des articles 5 ou 7, il communique cette conclusion à l'État auteur de la notification dans le délai visé à l'article 13, accompagnée d'un exposé documenté expliquant les raisons de ladite conclusion.

Article 16

30. Il faudrait ajouter un paragraphe 2, de sorte que l'article 16 se lise comme suit :

« *Article 16. — Absence de réponse à la notification*

1. Si, dans le délai visé à l'article 13, l'État auteur de la notification ne reçoit aucune communication conformément au paragraphe 2 de l'article 15, il peut, sous réserve des obligations qui lui incombent en vertu des articles 5 et 7, procéder à la mise en œuvre des mesures projetées, conformément à la notification et à toutes autres données et informations fournies aux États auxquels la notification a été adressée.

2. Tout État qui n'a pas répondu à la notification qui lui a été adressée peut voir ses droits éteints en contrepartie des dépenses encourues par l'État auteur de la notification au titre des mesures entreprises après l'expiration du délai de réponse. Il n'est dû aucune réparation à raison des dommages subis entre la date d'expiration du délai dans lequel l'État auquel la notification a été adressée était tenu de répondre et un laps de temps suffisant après la réception de la plainte de l'État notifié tendant à ce que l'État auteur de la notification mette fin au comportement dommageable. »

Articles 17 à 19

31. Il n'est proposé aucune modification aux articles 17 à 19, qui se lisent comme suit :

Article 17. — Consultations et négociations concernant les mesures projetées

1. Si une communication est faite en vertu du paragraphe 2 de l'article 15, l'État auteur de la notification et l'État auteur de la communication engagent des consultations et des négociations en vue de résoudre la situation d'une manière équitable.

2. Les consultations et négociations se déroulent selon le principe que chaque État doit de bonne foi tenir raisonnablement compte des droits et des intérêts légitimes de l'autre État.

3. Au cours des consultations et des négociations, l'État auteur de la notification s'abstient, si l'État auquel la notification a été adressée le lui demande au moment où il fait la communication, de mettre en œuvre ou de permettre que soient mises en œuvre les mesures projetées pendant une période ne dépassant pas six mois.

Article 18. — Procédures en cas d'absence de notification

1. Si un État du cours d'eau a de sérieuses raisons de penser qu'un autre État du cours d'eau projette des mesures qui peuvent avoir des effets négatifs appréciables* pour lui, il peut demander à cet autre État d'appliquer les dispositions de l'article 12. La demande doit être accompagnée d'un exposé documenté expliquant les raisons de cette position.

2. Au cas où l'État qui projette ces mesures conclurait néanmoins qu'il n'est pas tenu de donner notification en vertu de l'article 12, il en informera l'autre État en lui adressant un exposé documenté expliquant les raisons de sa conclusion. Si cette conclusion ne satisfait pas l'autre État, les deux États doivent, à la demande de cet autre État, engager promptement des négociations et des consultations de la manière indiquée aux paragraphes 1 et 2 de l'article 17.

3. Au cours des consultations et des négociations, l'État qui projette les mesures s'abstient, si l'autre État le lui demande au moment de la demande d'ouverture de consultations et de négociations, de mettre en œuvre ou de permettre que soient mises en œuvre ces mesures pendant une période ne dépassant pas six mois.

* Voir la note de l'article 3.

Article 19. — Mise en œuvre d'urgence des mesures projetées

1. Au cas où la mise en œuvre des mesures projetées serait d'une extrême urgence pour la protection de la santé ou de la sécurité publiques, ou d'autres intérêts également importants, l'État qui projette ces mesures pourra, sous réserve des articles 5 et 7, procéder immédiatement à leur mise en œuvre, nonobstant les dispositions de l'article 14 et du paragraphe 3 de l'article 17.

2. En pareil cas, une déclaration formelle proclamant l'urgence des mesures considérées, accompagnée des données et informations pertinentes, est communiquée aux autres États du cours d'eau visés à l'article 12.

3. L'État qui projette les mesures engage promptement, à la demande de l'un quelconque des États visés au paragraphe 2, des consultations et des négociations avec lui, de la manière indiquée aux paragraphes 1 et 2 de l'article 17.

QUATRIÈME PARTIE

PROTECTION ET PRÉSERVATION

Article 20

32. Il faudrait ajouter les mots « ou aquifères transfrontières » à la fin du texte, de sorte que l'article 20 se lise comme suit :

« *Article 20. — Protection et préservation des écosystèmes*

Les États du cours d'eau, séparément ou conjointement, protègent et préservent les écosystèmes des cours d'eau internationaux *ou aquifères transfrontières*. »

Article 21

33. Il faudrait transférer le paragraphe 1 de l'article 21, qui définit la pollution, à l'article 2 (Expressions employées); il faudrait également insérer les mots « ou aquifère transfrontière » après l'expression « cours d'eau international » aux paragraphes 1, 2 et 3. Au paragraphe 3 également, l'expression « ou énergies » devrait être insérée après les mots « listes de substances ». L'article 21 se lirait comme suit, étant entendu que le paragraphe 1 serait transféré à l'article 2 :

« *Article 21. — Prévention, réduction et maîtrise de la pollution*

1. Aux fins des présents articles, on entend par « pollution d'un cours d'eau international *ou aquifère transfrontière* » toute modification préjudiciable de la composition ou de la qualité des eaux d'un cours d'eau international *ou aquifère transfrontière* résultant directement ou indirectement d'un comportement humain.

2. Les États du cours d'eau, séparément ou conjointement, préviennent, réduisent et maîtrisent la pollution d'un cours d'eau international *ou aquifère transfrontière* qui risque de causer un dommage appréciable à d'autres États du cours d'eau ou à leur environnement, y compris un dommage à la santé ou à la sécurité de l'homme, à l'utilisation de l'eau à des fins bénéfiques ou aux ressources vivantes du cours d'eau. Les États du cours d'eau prennent des mesures pour harmoniser leurs politiques à cet égard.

3. À la demande de l'un quelconque d'entre eux, les États du cours d'eau se consultent en vue d'établir des listes de substances *ou énergies* dont l'introduction dans les eaux d'un cours d'eau international *ou aquifère transfrontière* devrait être interdite, limitée, étudiée ou contrôlée. »

Article 22

34. Il faudrait insérer les mots « ou aquifère transfrontière » après l'expression « cours d'eau international » et ajouter l'expression « ou aquifère » après les mots « du cours d'eau », de sorte que l'article 22 se lise comme suit :

« *Article 22. — Introduction d'espèces étrangères ou nouvelles*

Les États du cours d'eau prennent toutes les mesures nécessaires pour prévenir l'introduction d'espèces

étrangères ou nouvelles dans un cours d'eau international *ou aquifère transfrontière*, qui risquent d'avoir des effets préjudiciables pour l'écosystème du cours d'eau *ou aquifère*, engendrant un dommage appréciable* pour d'autres États du cours d'eau. »

* Voir la note de l'article 3.

Article 23

35. Il n'est proposé aucune modification à l'article 23, qui se lit comme suit :

Article 23. — Protection et préservation du milieu marin

Les États du cours d'eau, séparément ou conjointement, prennent toutes les mesures se rapportant à un cours d'eau international qui sont nécessaires pour protéger et préserver le milieu marin, y compris les estuaires, en tenant compte des règles et normes internationales généralement acceptées.

CINQUIÈME PARTIE

CONDITIONS DOMMAGEABLES ET CAS D'URGENCE

Articles 24 et 25

36. Il n'est proposé aucune modification aux articles 24 et 25 qui se lisent comme suit :

Article 24. — Prévention et atténuation des conditions dommageables

Les États du cours d'eau, séparément ou conjointement, prennent toutes les mesures appropriées pour prévenir ou atténuer les conditions, résultant de causes naturelles ou de comportements humains, qui risquent d'être dommageables pour d'autres États du cours d'eau, telles que les conditions liées aux inondations ou aux glaces, les maladies à transmission hydrique, l'envasement, l'érosion, l'intrusion d'eaux salées, la sécheresse ou la désertification.

Article 25. — Cas d'urgence

1. Aux fins du présent article, le terme « urgence » s'entend des situations qui causent, ou menacent de façon imminente de causer, un dommage grave aux États du cours d'eau ou à d'autres États et qui sont brusquement provoquées par des causes naturelles, telles que les inondations, la débâcle, les éboulements ou les tremblements de terre, ou des comportements humains, comme par exemple en cas d'accidents industriels.

2. Tout État du cours d'eau informe sans délai et par les moyens les plus rapides disponibles les autres États qui risquent d'être touchés, ainsi que les organisations internationales compétentes, de toute situation d'urgence survenant sur son territoire.

3. Tout État du cours d'eau sur le territoire duquel survient une situation d'urgence prend immédiatement, en coopération avec les États qui risquent d'être touchés et, le cas échéant, les organisations internationales compétentes, toutes les mesures possibles en pratique dictées par les circonstances pour prévenir, atténuer et éliminer les conséquences dommageables de la situation d'urgence.

4. En cas de nécessité, les États du cours d'eau élaborent conjointement des plans d'urgence pour faire face aux situations d'urgence, en coopération, le cas échéant, avec les autres États qui risquent d'être touchés et les organisations internationales compétentes.

SIXIÈME PARTIE

DISPOSITIONS DIVERSES

Article 26

37. Au paragraphe 1 et à l'alinéa *a* du paragraphe 2, il faudrait insérer les mots « ou aquifère transfrontière » après les mots « cours d'eau international ». À l'alinéa *b* du paragraphe 2, il faudrait insérer les mots « ou aquifère » après l'expression « cours d'eau », de sorte que l'article 26 se lise comme suit :

« *Article 26. — Gestion*

1. Sur la demande de l'un quelconque d'entre eux, les États du cours d'eau entameront des consultations sur la gestion d'un cours d'eau international *ou aquifère transfrontière*, y compris éventuellement la création d'un mécanisme mixte de gestion.

2. Aux fins du présent article, on entend par « gestion », en particulier :

a) Le fait de planifier la mise en valeur durable d'un cours d'eau international *ou aquifère transfrontière* et le fait d'assurer l'exécution des plans qui auront pu être adoptés; et

b) Le fait de promouvoir de toute autre manière l'utilisation rationnelle et optimale, la protection et le contrôle du cours d'eau *ou aquifère*. »

Article 27

38. Il faudrait insérer, à la fin des paragraphes 1 et 3, les mots « ou aquifère transfrontière » après l'expression « cours d'eau international », de sorte que l'article 27 se lise comme suit :

« *Article 27. — Régularisation*

1. Les États du cours d'eau coopèrent selon que de besoin pour répondre à la nécessité ou se prévaloir des possibilités de réguler le débit des eaux d'un cours d'eau international *ou aquifère transfrontière*.

2. À moins qu'ils n'en soient convenus autrement, les États du cours d'eau participent sur une base équitable à la construction et à l'entretien ou au financement des ouvrages de régularisation qu'ils ont pu convenir d'entreprendre.

3. Aux fins du présent article, on entend par « régularisation » l'utilisation d'ouvrages hydrauliques ou toute autre mesure employée de façon continue

pour modifier, faire varier ou contrôler d'une autre manière le débit des eaux d'un cours d'eau international *ou aquifère transfrontière.* »

Article 28

39. Au paragraphe 1 et à l'alinéa *a* du paragraphe 2, il faudrait insérer, après l'expression « cours d'eau international », les mots « ou à un aquifère transfrontière ». L'article 28 se lirait donc comme suit :

« *Article 28. — Installations*

1. Les États du cours d'eau, à l'intérieur de leurs territoires respectifs, s'emploient au mieux de leurs moyens à assurer l'entretien et la protection des installations, aménagements et autres ouvrages liés à un cours d'eau international *ou à un aquifère transfrontière.*

2. Sur la demande de l'un quelconque d'entre eux qui est sérieusement fondé à croire qu'il risque de subir des effets négatifs appréciables*, les États du cours d'eau entameront des consultations concernant :

a) Le bon fonctionnement ou entretien des installations, aménagements ou autres ouvrages liés à un cours d'eau international *ou à un aquifère transfrontière*; ou

b) La protection des installations, aménagements ou autres ouvrages contre les actes intentionnels ou de négligence ou les forces de la nature. »

* Voir la note de l'article 3.

Articles 29 à 32

40. Sans pour autant préconiser de supprimer l'article 29, le Rapporteur spécial note que plusieurs États ont fait des déclarations ou des observations écrites dans ce sens et que l'article n'énonce aucune règle qui, au sens de l'article, n'existe déjà en tant qu'obligation contraignante. Il est proposé de conserver l'article tel quel. En outre, aucune modification n'est proposée pour les articles 30 à 32. Les articles 29 à 32 se lisent donc comme suit :

Article 29. — Cours d'eau internationaux et installations en période de conflit armé

Les cours d'eau internationaux et les installations, aménagements et autres ouvrages connexes bénéficieront de la protection accordée par les principes et règles du droit international applicables aux conflits armés internationaux et internes et ne seront pas utilisés en violation de ces principes et règles.

Article 30. — Procédures indirectes

Dans les cas où il existe des obstacles sérieux à l'établissement de contacts directs entre États du cours d'eau, les États concernés s'acquittent de leurs obligations de coopération prévues dans les présents articles, y compris échange de données et d'informations, notification, communication, consultations et négociations, par le biais de toute procédure indirecte acceptée par eux.

Article 31. — Données et informations vitales pour la défense ou la sécurité nationales

Aucune disposition des présents articles n'oblige un État du cours d'eau à fournir des données ou des informations vitales pour sa défense ou sa sécurité nationales. Néanmoins, cet État devra coopérer de bonne foi avec les autres États du cours d'eau en vue de fournir autant d'informations que possible eu égard aux circonstances.

Article 32. — Non-discrimination

Les États du cours d'eau ne feront pas de discrimination fondée sur la nationalité ou la résidence dans l'octroi de l'accès aux procédures juridictionnelles et autres, conformément à leur droit interne, à toute personne physique ou morale qui a subi un dommage appréciable* résultant d'une activité liée à un cours d'eau international ou qui est exposée à la menace d'un tel dommage.

* Voir la note de l'article 3.

Article 33

41. Le Rapporteur spécial propose la disposition ci-après concernant le règlement des différends :

« *Article 33. — Règlement des différends*

1. Les États du cours d'eau règlent leurs différends concernant les cours d'eau par des moyens pacifiques.

2. En l'absence d'un accord applicable entre les États concernant le règlement de tels différends, les différends se règlent selon ce qui est précisé ci-après :

a) Lorsqu'un différend surgit à propos d'une question de fait ou de l'interprétation ou de l'application des présents articles, les États concernés engagent promptement des consultations et des négociations en vue d'aboutir à un règlement équitable du différend;

b) Si les États concernés ne parviennent pas à régler le différend par voie de consultations et de négociations dans les six mois, ils ont recours à une enquête impartiale ou à la conciliation;

c) Si, douze mois après la demande initiale d'enquête ou de conciliation ou, lorsque les parties sont convenues de créer une commission d'enquête ou de conciliation, six mois après réception d'un rapport de la commission d'enquête ou de conciliation, le plus long de ces deux délais étant retenu, les parties n'ont pu régler le différend, chacune d'elles peut soumettre le différend à l'arbitrage contraignant de tout tribunal permanent ou spécial qui a été accepté par toutes les parties au différend. »

Annexe

DROIT RELATIF AUX UTILISATIONS DES COURS D'EAU INTERNATIONAUX À DES FINS AUTRES QUE LA NAVIGATION

EAUX SOUTERRAINES CAPTIVES « SANS RAPPORT AVEC LE COURS D'EAU »

A. — Eaux souterraines transfrontières

1. Il existe des eaux souterraines sur pratiquement tous les continents. C'est ainsi qu'il existe de vastes aquifères au nord-est, au centre-nord et au nord-ouest de l'Afrique[1].

2. L'aquifère du nord-est se trouve sous la Jamahiriya arabe libyenne, l'Égypte, le Tchad et le Soudan; celui de la péninsule arabe est partagé entre l'Arabie saoudite, le Bahreïn et peut-être le Qatar et les Émirats arabes unis; l'aquifère du bassin du Sahara septentrional se trouve sous l'Algérie, la Tunisie et la Jamahiriya arabe libyenne; l'aquifère du Tchad est commun au Tchad, au Niger, au Soudan, à la République centrafricaine, au Nigéria et au Cameroun; l'aquifère du bassin de Taoudeni est partagé par le Tchad, l'Égypte, la Jamahiriya arabe libyenne et le Soudan; et l'aquifère ou bassin maestrichtien est commun au Sénégal, à la Gambie, à la Guinée-Bissau et à la Mauritanie[2]. Une étude récente de l'aquifère gréseux de Nubie a montré que celui-ci s'étend sur de vastes zones sous le Tchad, l'Égypte, la Jamahiriya arabe libyenne et le Soudan, et qu'il est divisé en sous-bassins dont les eaux communiquent. On pourrait citer d'autres exemples en Amérique du Nord, en Asie et en Europe. On a fait observer que « mises à part les îles isolées, pratiquement tous les pays partagent un système d'eaux souterraines avec un ou plusieurs autres pays »[3].

3. Certaines eaux souterraines transfrontières ne sont pas en rapport avec des eaux de surface et n'aboutissent pas à un point d'arrivée commun, en particulier dans les régions arides[4]. Ces eaux souterraines captives sans rapport avec un cours d'eau sont complètement enfermées et l'eau ne peut s'échapper que par capillarité et évaporation, et elles peuvent être considérées, à toutes fins utiles, comme indépendantes de tout système intérieur d'eaux de surface. Elles peuvent se renouveler périodiquement sous l'effet de l'infiltration de la partie des précipitations qui ruissellent le long des ravins desséchés et au fond des cuvettes arides dans le désert[5]. Ces eaux souterraines captives se seraient accumulées du fait de l'imperméabilisation du sol qui les recouvre ou peut-être parce que le mouvement géologique de la terre a séparé les zones en surface qui, initialement, assuraient la recharge de la formation aquifère. En outre, des changements climatiques qui se seraient produits il y a longtemps peuvent avoir causé la disparition de fleuves et de lacs qui alimentaient jadis les aquifères. Dans de nombreux cas, ces aquifères sont rechargés par les précipitations ou la fonte des glaces ou de la neige, lorsqu'il y en a. Ainsi, à tous points de vue, ces aquifères sont des réservoirs « indépendants » et n'ont pas de relations significatives avec des eaux de surface existantes[6].

B. — Importance des eaux souterraines pour la vie humaine

4. Les eaux souterraines représentent la réserve la plus importante d'eau douce qui existe sur la planète. Alors que le volume total des lacs d'eau douce est d'environ 120 000 kilomètres cubes, on estime à quelque 4 millions de kilomètres cubes le volume des nappes d'eau souterraines situées au maximum à 800 mètres au-dessous de la surface du sol. En outre, on devrait trouver 14 millions de kilomètres cubes d'eau supplémentaires à des profondeurs variant entre un et trois kilomètres[7].

5. La majorité des habitants de la planète est tributaire des réserves souterraines pour son approvisionnement en eau. S'agissant des États membres de l'Union européenne, par exemple, les eaux souterraines représentent 70 % de l'eau potable consommée dans l'ensemble de

[1] ILA, *Report of the Sixty-second Conference, Seoul, 1986*, Londres, 1987, p. 231 et suiv. (ci-après dénommé rapport de Séoul), notamment p. 238.

[2] D. A. Caponera et D. Alhéritière, « Principles for international groundwater law », *Natural Resources Journal*, Albuquerque (N. M.), vol. 18, n° 3, 1978, p. 589 et suiv., notamment p. 590.

[3] Ibid., citant *Les eaux souterraines de l'Afrique* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.71.II.A.16); et *Les eaux souterraines de l'hémisphère occidental*, Ressources naturelles/Série Eau n° 4 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.76.II.A.5).

[4] ILA, rapport de Séoul, p. 256.

[5] Ibid., citant Margat, « Groundwater reservoirs, physical basis for their use », dans *Groundwater Seminar Granada*, rapport FAO/PNUD-Séminaire organisé par le Gouvernement espagnol (Role of groundwater in the optimal utilization of hydraulic resources), Grenade, 1971, document n° 18 de la FAO relatif à l'irrigation et aux systèmes hydrographiques (Rome, 1973).

[6] Ibid.

[7] *Emmagasinement souterrain des eaux et recharge artificielle*, Ressources naturelles/Série Eau n° 2 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.74.II.A.11), p. 1.

l'Union, un pourcentage beaucoup plus élevé en Allemagne et dans les pays du Bénélux, et 93 % en Italie[8]. Aux États-Unis, la moitié de la totalité de l'eau potable provient des eaux souterraines[9], dont 97 % sont utilisés par la population rurale. Selon l'OCDE, les eaux souterraines fournissent en Europe 75 % de la totalité de l'eau potable consommée. Dans certains pays, les eaux souterraines sont, pratiquement, la seule source d'eau potable; au Danemark, par exemple, elle représente 98 % de l'eau potable. Dans les régions arides et semi-arides, les eaux souterraines sont souvent la seule source d'approvisionnement en eau, et elles revêtent une importance fondamentale pour le développement économique et social. Avec l'accroissement constant de la population du globe et l'épuisement ou la contamination des eaux de surface, les eaux souterraines jouent un rôle primordial dans de nombreuses régions du monde. En Afrique, où loin des grands fleuves l'eau de surface est rare, la plus grande partie de l'eau consommée est extraite de puits. Récemment, l'utilisation des eaux souterraines s'est brutalement accrue du fait de l'entrée rapide de l'Afrique dans l'économie industrielle moderne.

6. En Amérique du Nord comme en Amérique du Sud, les eaux souterraines sont largement utilisées. Au Mexique en particulier, « où les régions désertiques, arides et semi-arides couvrent plus des deux tiers du territoire, les eaux souterraines sont une ressource inestimable ». Près de 12 milliards de mètres cubes d'eau sont chaque année extraits de puits pour des utilisations diverses[10]. De même, dans l'Est méditerranéen et en Asie occidentale, la demande d'eau a augmenté rapidement. Dans la plus grande partie de la région, les eaux souterraines constituent la seule source d'approvisionnement. Cette augmentation rapide de la demande est due au développement industriel et à l'urbanisation, notamment suite à la découverte de larges réserves de pétrole, et à la nécessité d'accroître la production agricole. Dans certains pays de la région, « la prospection et la mise en valeur des eaux souterraines [...] ont atteint des dimensions spectaculaires[11] ». D'une manière générale, les eaux souterraines sont devenues pour l'irrigation une source d'eau plus fiable et plus contrôlable que les eaux de surface[12]. Dans le monde entier, la tendance récente est à l'utilisation accrue des eaux souterraines[13].

[8] L. A. Teclaff et E. Teclaff, « Transboundary ground water pollution: Survey and trends in treaty law », *Natural Resources Journal*, Albuquerque (N. M.), vol. 19, n° 3, 1979, p. 629.

[9] Ibid., citant l'Office (fédéral américain) de protection de l'environnement (EPA), *Federal Register*, vol. 43, p. 58948 (1978).

[10] *Les eaux souterraines de l'hémisphère occidental* (voir *supra* note 3), p. 2.

[11] *Les eaux souterraines de l'Est méditerranéen et de l'Asie occidentale*, Ressources naturelles/Série Eau, n° 9 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.82.II.A.8), p. 4.

[12] E. Fano et M. Brewster, « Issues in ground water economics », dans Nations Unies, Département de la coopération technique pour le développement, *Ground Water Economics*, rapport d'un colloque international organisé par l'Organisation des Nations Unies en collaboration avec le Gouvernement espagnol, Barcelone (Espagne), 19-23 octobre 1987, doc. TCD/SEM.88/2, p. 35.

[13] R. D. Hayton, « The ground water legal regime as instrument of policy objectives and management requirements », *Natural Resources Journal*, Albuquerque (N. M.), vol. 22, n° 1, 1982, p. 119.

C. — Pollution des eaux souterraines

7. De nos jours, la principale préoccupation concernant toutes les ressources en eau, et les eaux souterraines en particulier, est l'accroissement de la pollution. Cette préoccupation s'est exprimée récemment dans la Charte pour la gestion des eaux souterraines adoptée par la CEE et dans laquelle il est dit :

> Les eaux souterraines, ressource naturelle ayant à la fois une valeur écologique et une valeur économique, sont d'une importance vitale en particulier pour le maintien de la vie et de la santé et la sauvegarde de l'intégrité des écosystèmes. Or, cette ressource est de plus en plus menacée par une surexploitation et les effets à long terme insidieux de la pollution de sources ponctuelles ou diffuses. Les risques potentiels ou les impacts effectifs de ces phénomènes sur l'environnement pourraient endommager de façon permanente les ressources en eaux souterraines et par là même avoir des implications de portée considérable et imprévisible, pour les générations présentes et à venir. Il est urgent d'agir...[14].

8. La pollution des aquifères transfrontières pourrait être catastrophique pour les pays qui s'en partagent les eaux[15]. La pollution des eaux souterraines, notamment captives, pourrait être encore plus grave que celle des eaux de surface du fait que les aquifères se déplaçant lentement, les polluants ont tendance à s'y emmagasiner[16]. Selon des experts, il pourrait falloir jusqu'à cent ans de recharge constante en eau propre, pour qu'un aquifère pollué soit de nouveau capable de fournir de l'eau potable, à condition en outre que le polluant soit dégradable[17]. D'autre part, il pourrait falloir un laps de temps indéfini pour l'élimination d'un polluant qui n'est pas facilement dégradable ou absorbable sous terre, « étant donné que le temps de résidence des eaux souterraines est de l'ordre de deux cents ans[18] ».

9. Les sources de pollution des eaux souterraines, que celles-ci soient en rapport ou sans rapport avec les eaux de surface, et des eaux de surface elles-mêmes, sont les engrais agricoles, les déchets animaux et les pesticides, les fosses septiques, les réservoirs souterrains, les décharges, les puits d'injection, les installations de confinement en surface, l'entreposage et le transport de matériaux, les écoulements urbains, les usines chimiques et autres installations de traitement, l'exploitation minière et l'intrusion d'eau salée[19]. La contamination peut aussi se produire lorsque les eaux souterraines sont épuisées, ce qui permet l'intrusion d'eau salée dans l'aquifère.

[14] CEE, *Charte pour la gestion des eaux souterraines* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.89.II.E.21), avant-propos.

[15] Voir A. E. Utton, «The development of international ground water law», *Natural Resources Journal*, Albuquerque (N. M.), vol. 22, n° 1, 1982, p. 109.

[16] Ibid., p. 108. Voir aussi Teclaff et Teclaff, *loc. cit.*, p. 632.

[17] M. C. Haase, «Interrelationship of ground and surface water: an enigma to western water law», *Southwestern University Law Review*, Los Angeles (Ca.), vol. 10, 1978, p. 2069, notamment p. 2079, cité dans Teclaff et Teclaff, *loc. cit.*, p. 632.

[18] Estimation de l'Office de protection de l'environnement (voir *supra* note 9); également cité dans Teclaff et Teclaff, *loc. cit.*, p. 632.

[19] OCDE, *Gestion des ressources en eau. — Politiques intégrées*, Paris, octobre 1989, p. 222.

D. — La pratique des États en matière d'eaux souterraines transfrontières

10. Dans le passé, les États se sont peu préoccupés de l'utilisation adéquate des eaux souterraines et de leur protection contre la pollution, parce que la connaissance qu'on avait du cycle hydrologique était sommaire et aussi parce que, contrairement aux eaux de surface, les eaux souterraines ne se voient pas et que leur pollution n'apparaît vraiment que beaucoup plus tard[20]. La pratique des États en matière d'eaux souterraines transfrontières, en particulier, est peu étoffée. Il n'est question des eaux souterraines que dans quelques traités relatifs au partage des ressources en eau, tels l'Accord de 1925 entre l'Égypte et l'Italie concernant le puits de Ramla[21], la Convention et le Protocole de 1927 entre l'Union soviétique et la Turquie concernant la jouissance des eaux limitrophes[22] et le Traité de paix de 1947 entre les puissances alliées et l'Italie où sont énoncées les garanties convenues entre l'Italie et la Yougoslavie concernant les sources se trouvant sur le territoire de la commune de Gorizia[23]. Certains traités abordent la question de la protection des eaux souterraines contre la pollution. C'est le cas de l'Accord de 1955 entre la Yougoslavie et la Hongrie[24], de l'Accord de 1956 entre la Yougoslavie et l'Albanie[25], de l'Accord de 1958 entre la Yougoslavie et la Bulgarie[26], de l'Accord de 1958 entre la Pologne et la Tchécoslovaquie[27], de l'Accord de 1964 entre la Pologne et l'Union soviétique[28], de l'Accord de 1971 entre la Finlande et la Suède relatif aux fleuves frontières[29], de la Convention de 1972 entre l'Italie et la Suisse concernant la protection des eaux italo-suisses contre la pollution[30] et de l'Accord de 1973 entre les États-Unis et le Mexique concernant les problèmes de salinité du Colorado[31].

11. Tous les traités en la matière mentionnent les « eaux souterraines » et visent pareillement les eaux souterraines captives non liées aux eaux de surface et celles qui aboutissent à un point d'arrivée commun. Ainsi les accords yougoslaves concernent « toutes les questions intéressant l'hydro-économie ». L'expression « système d'eaux » y désigne « tous les cours d'eau » (de surface ou souterrains, naturels ou artificiels).

12. Dans l'Accord de 1964 entre la Pologne et l'Union soviétique, les « eaux frontières » comprennent les eaux souterraines traversées par la ligne de la frontière d'État (art. 2, par. 3). Par cet accord, les parties ont prévu entre elles une coopération économique, scientifique et technique en matière d'hydro-économie des eaux frontières, en particulier dans le domaine de « la conservation des eaux de surface et des eaux souterraines et de la lutte contre la pollution » (art. 3, par. 7). L'Accord entre la Finlande et la Suède concerne, entre autres, « les mesures prises dans toutes les eaux qui risquent d'avoir un effet sur la nappe d'eau souterraine » (chap. 3, art. 1).

13. L'Accord de 1973 entre les États-Unis et le Mexique limite à 160 000 acres-pieds (197 558 mètres cubes) le volume des eaux souterraines pouvant être pompées dans chacun des pays à l'intérieur d'un périmètre de 5 miles (8 kilomètres) délimité à partir de la frontière Arizona-Sonora près de San Luis, en attendant la conclusion d'un accord plus détaillé sur les eaux souterraines. Chacun des deux pays est tenu de consulter l'autre avant d'entreprendre tout nouveau projet hydro-économique concernant les eaux de surface ou les eaux souterraines ou d'apporter des modifications substantielles à des projets en cours, sur son propre territoire dans la zone frontière, dès lors qu'il pourrait en résulter des conséquences dommageables pour l'autre pays. Ces mesures doivent garantir au Mexique, État riverain d'aval, un volume d'eau régulier en même temps que de l'eau salubre destinée à l'agriculture, à l'industrie et à la consommation humaine[32].

14. S'agissant de la Convention entre l'Italie et la Suisse, une commission mixte pour la lutte contre la pollution a été créée à l'effet d'entreprendre toutes les investigations requises concernant l'origine, la nature et l'ampleur de la pollution des eaux de surface et des eaux souterraines qui pourraient avoir une incidence sur la pollution du lac Majeur, du lac de Lugano et d'autres eaux[33].

E. — Gestion intégrée des ressources en eau

15. La pratique des États en matière de gestion des ressources en eaux souterraines semble inexistante. Par le passé, les États ont eu tendance à établir une distinction entre eaux souterraines et eaux de surface, et ce essentiellement parce qu'ils ne saisissaient pas tout à fait le lien qui existait entre eaux souterraines, eaux de surface et cycle hydrologique en particulier. Cette distinction :

[20] Voir Teclaff et Teclaff, *loc. cit.*, p. 636.

[21] Accord entre l'Égypte et l'Italie concernant l'établissement des frontières entre la Cyrénaïque et l'Égypte (Le Caire, 6 décembre 1925) [Nations Unies, *Textes législatifs...* [ST/LEG/SER.B/12], p. 99, traité n° 6].

[22] Ibid., p. 384, traité n° 106.

[23] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 49, p. 3 et suiv., notamment p. 13.

[24] Accord relatif au régime des eaux, avec en annexe le statut de la Commission yougoslavo-hongroise d'hydro-économie (Belgrade, 8 août 1955) [Nations Unies, *Textes législatifs*, traité n° 228, p. 830].

[25] Accord réglementant les questions d'hydro-économie, avec, en annexe, le statut de la Commission albano-yougoslave d'hydro-économie et avec le Protocole concernant la pêche dans les lacs et les cours d'eau limitrophes (Belgrade, 5 décembre 1956) [ibid., p. 441, traité n° 128].

[26] Accord (avec annexe) relatif aux questions de l'hydroéconomie (Sofia, 4 avril 1958) [Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 367, p. 89].

[27] Accord relatif à l'hydro-économie des eaux frontières (avec annexe) [Prague, 21 mars 1958] (ibid., vol. 538, p. 89).

[28] Accord relatif à l'hydro-économie des eaux frontières (Varsovie, 17 juillet 1964) [ibid., vol. 552, p. 175].

[29] Signé à Stockholm le 16 septembre 1971 (ibid., vol. 825, p. 191).

[30] Signé à Rome le 20 avril 1972 (ibid., vol. 957, p. 277).

[31] Échange de notes entre les États-Unis d'Amérique et le Mexique du 30 août 1973, confirmant le procès-verbal n° 242 de la Commission internationale des frontières et des eaux États-Unis/Mexique, relatif à la salinité des eaux du Colorado, Mexico et Tlatelolco, 30 août 1973 [Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 915, p. 203; *United States Treaties and Other International Agreements*, vol. 24 (2), 1973, Washington (D.C.), United States Government Printing Office, 1974, p. 1968].

[32] J. Barona Lobato, « Legal considerations, interpretations and protections of Minute 242 », *Natural Resources Journal*, Albuquerque (N. M.), vol. 15, 1975, p. 37.

[33] Article 2 de la Convention (voir *supra* note 30).

courante chez les hydrologues de même que chez le profane est consacrée dans des textes de loi sous la forme d'une division des compétences entre les organismes publics, en matière de mise en valeur et de régulation [...]. Toutes eaux tirées de puits dans des conditions d'équilibre sont nécessairement détournées dans l'aquifère à partir d'un autre lieu, voire d'autres aquifères, de rivières, lacs ou encore de terres humides — dans le meilleur des cas, mais non forcément, de lieux où elles ne présentaient d'utilité pour personne. Nombreux sont les exemples d'épuisement des eaux de rivières, du fait de la mise en valeur des eaux souterraines, et de pollution de ces eaux par des déchets déversés dans les eaux de surface, exemples qui attestent l'existence d'un lien étroit quoique variable entre eaux de surface et eaux souterraines[34].

16. Toutefois, on a récemment entrepris méthodiquement « d'utiliser de manière optimale les ressources en eau disponibles face à l'accroissement de la demande[35] ». On s'efforce maintenant de mieux comprendre le cycle hydrologique. La pollution des eaux a également « contribué à mettre davantage l'accent sur la solution des problèmes de gestion des ressources en eau dans le cadre de laquelle la mise en valeur, l'utilisation et la conservation rationnelles des eaux souterraines sont devenues des facteurs importants[36] ». On a fait valoir que le meilleur moyen de parvenir à une utilisation et à une gestion convenables des ressources en eau consiste à recourir à la gestion intégrée de toutes les ressources en eau, y compris en particulier les eaux souterraines.

17. Une série de recommandations et de résolutions touchant l'utilisation et la gestion rationnelles des ressources en eau ont été adoptées, notamment à l'occasion de la Conférence des Nations Unies sur l'eau, en 1977, au cours de laquelle il a été recommandé :

Chaque fois que cela est possible et utile, de prendre des mesures pour utiliser les nappes d'eau souterraines sous forme de réseaux collectifs et intégrés, en tenant compte de la régulation et de l'utilisation des ressources en eaux de surface. Ceci donnera la possibilité d'exploiter les nappes d'eau souterraines sur toute leur étendue naturelle et de protéger les sources et les eaux souterraines contre un puisage excessif et la salinité et aussi de faire en sorte que les ressources soient partagées de façon adéquate[37].

18. Lors de la Réunion interrégionale tenue à Dakar en 1981, il a également été préconisé de recourir à la mise en valeur et à la gestion intégrées des ressources en eau communes aux fins de leur utilisation, conservation et protection optimales en ces termes :

1. Dès lors qu'il s'agit d'un aquifère ou d'un bassin international partagé, une coopération technique en vue d'une mise en valeur intégrée s'impose.

2. Pour établir un modèle correct et assurer la saine gestion d'aquifères partagés, il faut évaluer leur potentiel, définir la source d'eau et sa reconstitution éventuelle et déterminer le mouvement de l'eau dans l'aquifère. Ces facteurs et bien d'autres encore, essentiels à une évaluation et à une gestion judicieuse de l'aquifère, ne peuvent véritablement être pris en considération qu'à la suite d'études menées de part et d'autre des frontières nationales des pays intéressés.

3. Une approche intégrée de la mise en valeur des eaux souterraines est souhaitable : intégration non seulement avec d'autres ressources en eau (fleuves, précipitations), mais avec d'autres éléments indispensables à une bonne utilisation de l'eau, en particulier des études pédologiques et la classification des terres[38].

19. Pour ce qui est de la mise en valeur intégrée des eaux souterraines, la Réunion interrégionale a notamment recommandé aux gouvernements de :

se préparer activement à entreprendre des études pour la mise en valeur des eaux souterraines, pour leur utilisation intégrée avec les eaux de surface et d'autres facteurs de production agricole, ainsi que pour l'évaluation économique et sociale des programmes de mise en valeur des eaux souterraines. [...]

Il importe de considérer la mise en valeur des eaux souterraines comme partie intégrante d'une mise en valeur globale des ressources en eaux; la mise en valeur des eaux souterraines doit donc être envisagée en relation avec celle des eaux de surface et avec une utilisation efficace des précipitations directes; elle ne doit être considérée isolément que dans les régions particulièrement arides[39].

20. Dans les conclusions et recommandations du projet concernant l'aquifère gréseux de Nubie, il a également été préconisé d'inscrire la mise en valeur des eaux souterraines de l'aquifère gréseux de Nubie dans le plan de mise en valeur intégrée de chaque zone[40].

21. En ce qui concerne la lutte contre la pollution des eaux souterraines, la Conférence des Nations Unies sur l'eau de 1977 a notamment recommandé aux États de :

a) Faire des études sur le niveau actuel de la pollution des eaux de surface et des eaux souterraines, et créer des réseaux de contrôle pour la détection de la pollution;

[...]

f) Faire des recherches sur la pollution des eaux de surface et des eaux souterraines par les engrais agricoles et les biocides et évaluer cette pollution, en vue de limiter l'effet défavorable de ces produits sur l'environnement;

[...]

m) Promouvoir l'emploi de techniques d'infiltration lorsque la nature des effluents et des terrains permet de le faire sans risque pour les ressources en eaux superficielles et souterraines;

[...]

o) Recourir à une planification judicieuse de l'utilisation des sols en tant qu'instrument permettant d'éviter la pollution des eaux, en particulier lorsqu'il s'agit d'eaux souterraines;

[...][41].

22. La Charte pour la gestion des eaux souterraines adoptée par la CEE formule également un certain nombre de recommandations sur les modalités de gestion de ces eaux. C'est ainsi que s'agissant de la politique en la matière, les gouvernements sont priés :

[d'] élaborer et adopter une politique à long terme qui vise à protéger les eaux souterraines en empêchant leur pollution et leur surexploitation. Cette politique devrait porter sur tous les aspects de la question et

[34] H. E. Thomas et L. B. Leopold, « Ground Water in North America », *Science*, Washington (D.C.), vol. 143, n° 3610, 1964, p. 1001 et suiv., notamment p. 1003.

[35] Hayton, « Institutional alternatives for Mexico-U.S. groundwater management », *International Groundwater Law*, New York, Oceana Publications, Inc., 1981, p. 135.

[36] Ibid.

[37] *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'eau, Mar del Plata, 14-25 mars 1977* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.77.II.A.12), première partie, chap. I[er], p. 11, par. 10.

[38] *Expérience de mise en valeur et de gestion de bassins de fleuves et de lacs internationaux*, Actes de la Réunion interrégionale des organisations fluviales internationales, Dakar, 5-14 mai 1981, Ressources naturelles/Série Eau n° 10 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.82.II.A.17, p. 334).

[39] Ibid., p. 332.

[40] Nations Unies, Département de la coopération technique pour le développement, *Projet transnational concernant le grand aquifère régional en Afrique du Nord-Est, en Égypte et au Soudan, conclusions et recommandations du projet* (DP/UN/RAB-82-013/1), 1988.

[41] *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'eau* (voir *supra* note 37), par. 39.

être appliquée à tous les niveaux appropriés. Elle devrait être compatible avec les autres politiques de gestion de l'eau et être dûment prise en considération dans les autres politiques sectorielles[42].

23. Quant aux stratégies à adopter en matière d'utilisation et de protection des eaux souterraines, la Charte recommande ce qui suit :

1. Comme les eaux souterraines devraient être reconnues comme étant une ressource naturelle à valeur économique et écologique, les stratégies en matière d'eaux souterraines devraient avoir pour but leur utilisation rationnelle et la préservation de leur qualité. Ces stratégies devraient avoir une certaine souplesse pour pouvoir être adaptées à des conditions changeantes et à des situations régionales et locales différentes.

2. La pollution des eaux souterraines est étroitement liée à la pollution d'autres milieux (eaux de surface, sols, atmosphère). La planification de la protection des eaux souterraines devrait être incorporée à la planification de la protection de l'environnement en général.

3. Les mesures de protection visant à prévenir la pollution et la surexploitation des eaux souterraines devraient être les instruments fondamentaux de la gestion des eaux souterraines. De telles mesures de protection consistent notamment à soumettre les eaux souterraines à une surveillance continue, à établir des cartes indiquant la vulnérabilité des aquifères, à réglementer les sites d'implantation industrielle et d'élimination des déchets en tenant dûment compte de considérations de protection des eaux souterraines, à effectuer une évaluation géoécologique de l'impact des activités industrielles et agricoles sur les eaux souterraines et à réaliser un zonage de la protection des eaux souterraines[43].

24. La Charte recommande une autre mesure pratique pour prévenir la pollution des eaux souterraines : que les responsables prennent spécifiquement en compte la vulnérabilité de l'aquifère concerné et les dispositions nécessaires à sa protection lorsqu'ils délivrent des autorisations pour réglementer le rejet, l'évacuation et éventuellement le stockage des déchets. Ces dispositions devraient, notamment, s'appliquer à la production, à la manutention, au commerce, au transport, au stockage et à l'utilisation de substances potentiellement dangereuses, surtout celles qui sont toxiques, bioaccumulatives et persistantes[44]. En ce qui concerne les centrales nucléaires ainsi que la manutention et le traitement des substances radioactives, il est recommandé d'adopter une réglementation pertinente dans laquelle figurent des dispositions relatives à la protection des eaux souterraines contre la pollution.

25. En vue de pourvoir à la régulation et à la distribution rationnelles des ressources en eau, la Conférence des Nations Unies sur l'eau a recommandé :

De procéder à des études sur le potentiel des bassins hydrologiques souterrains, l'utilisation des formations aquifères pour le stockage et la distribution de l'eau et l'utilisation conjointe des eaux de surface et des eaux souterraines en vue d'obtenir le maximum de rendement et d'efficacité[45].

26. En ce qui concerne la gestion des crises résultant de la sécheresse, il a été recommandé aux États :

D'étudier quel pourrait être l'effet de l'intégration des bassins dans leur phase d'écoulement en surface et dans leur phase souterraine, cette intégration consistant à utiliser les stocks d'eau souterraine pour maintenir un approvisionnement minimum en cas de sécheresse[46].

27. Il a par ailleurs été recommandé aux États d'encourager la recherche, notamment, sur la réalimentation artificielle des aquifères et la pollution des eaux souterraines[47].

28. La Conférence des Nations Unies sur la désertification a souligné la nécessité d'une gestion « sage et efficace des ressources hydrauliques partagées afin d'en assurer une utilisation rationnelle » et du « développement et [du] renforcement des activités régionales touchant l'évaluation des ressources en eaux de surface et souterraines[48] ».

29. La Charte pour la gestion des eaux souterraines met aussi fortement l'accent sur la gestion des eaux souterraines transfrontières. Elle recommande :

Il faudrait intensifier l'action concertée menée pour renforcer la coopération internationale visant à mettre en valeur harmonieusement, à utiliser équitablement et à préserver conjointement les ressources en eaux souterraines communes à plusieurs pays. À cette fin, il faudrait compléter, le cas échéant, les accords bilatéraux ou multilatéraux ou autres arrangements ayant force de loi existants, ou en conclure de nouveaux, afin que les efforts de coopération entrepris par les pays en vue de protéger ces ressources en eaux souterraines qui peuvent être affectées par les activités d'exploitation ou la pollution des pays voisins reposent sur des bases plus solides. Pour mener à bien ces activités concertées, il faudrait mettre en place des commissions mixtes ou d'autres organes intergouvernementaux. Les travaux des autres organisations internationales, en particulier sur l'harmonisation des données, devraient être pris en compte[49].

30. La Conférence internationale sur l'eau et l'environnement a estimé que les données quantitatives et qualitatives fiables sur l'état et l'évolution des ressources en eau d'un pays — eaux de surface, eaux dans les zones non saturées et eaux souterraines — étaient nécessaires à diverses fins : notamment pour évaluer la ressource et apprécier dans quelle mesure elle peut satisfaire à la demande actuelle et prévisible; pour protéger les personnes et les biens des risques liés à l'eau; pour planifier, concevoir et exécuter des projets hydrauliques[50].

31. En ce qui concerne la protection des eaux souterraines contre la pollution, la Conférence a souligné ce qui suit :

L'ampleur et la gravité de la contamination dans les zones non saturées et les aquifères ont longtemps été sous-estimées, étant donné la relative inaccessibilité des aquifères et le manque d'information. Une stratégie de protection des eaux souterraines doit viser à défendre les aquifères contre la contamination, et l'effort de prévention doit porter d'abord sur les activités liées à l'utilisation des sols et sur les sources ponctuelles et diffuses de pollution qui présentent un risque élevé. Il faut éviter que les eaux souterraines ne s'épuisent ou que leur qualité ne se dégrade du fait de leur exploitation. D'ici l'an 2000, tous les pays devraient avoir entrepris l'évaluation de leurs aquifères et des risques de contamination encourus, répertorié les sources potentielles de pollution des eaux souterraines et élaboré un plan antipollution. Cet effort devrait être proportionné aux capacités, moyens financiers et besoins de chaque pays, et bénéficier, le cas échéant, d'un soutien extérieur[51].

[42] *Charte pour la gestion des eaux souterraines* (voir supra note 14), p. 1.

[43] Ibid.

[44] Ibid., p. 7.

[45] *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'eau* (voir *supra* note 37), par. 10, al. *b*.

[46] Ibid., par. 68, al. *n*.

[47] Ibid., par. 82, al. *g*.

[48] *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur la désertification*, Nairobi, 29 août-9 septembre 1977 (A/CONF.74/36), par. 33.

[49] *Charte pour la gestion des eaux souterraines* (voir *supra* note 14), p. 29.

[50] Rapport de la Conférence internationale sur l'eau et l'environnement. — Le développement dans la perspective du XXI[e] siècle, Dublin, 26-31 janvier 1992 (A/CONF.151/PC/112, annexe II), par. 3.9.

32. La Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement a également examiné la question des eaux douces. Elle a constaté la rareté généralisée des ressources en eau douce, leur destruction progressive et leur pollution croissante dans de nombreuses régions du monde, ainsi que l'intrusion graduelle d'activités incompatibles, autant de facteurs qui, de l'avis de la Conférence, exigent une intégration de la planification et de la gestion des ressources en eau, cette opération devant couvrir toutes les étendues d'eau douce interdépendantes, notamment les eaux de surface et les eaux souterraines[52]. La Conférence a également encouragé l'exploitation combinée des eaux superficielles et souterraines, y compris l'établissement de bilans hydrologiques[53].

Déplacement des eaux souterraines

33. Selon les experts, le déplacement des eaux qui finissent par constituer des lacs et courants souterrains obéit à un certain schéma :

[...] une certaine quantité de l'eau qui se trouve dans les flaques ou dans les lacs, ou qui coule dans les cours d'eau, pénètre dans la terre et filtre lentement jusqu'à ce qu'elle atteigne le niveau hydrostatique, niveau naturel des eaux souterraines libres qui forment la nappe phréatique. Ces eaux, qu'une couche géologique imperméable empêche de filtrer plus profondément, tendent alors à se déplacer horizontalement à travers le sous-sol jusqu'à ce qu'elles retrouvent la surface à plus basse altitude, où elles réapparaîtront sous forme de sources ou de puits artésiens, à moins qu'elles ne s'écoulent sous la surface jusque dans un lac ou même dans la mer. Lorsque les eaux souterraines réapparaissent en surface, elles forment de nouveaux cours d'eau, et l'eau recommence son périple en surface vers la mer[54].

34. Certaines eaux souterraines se déplacent constamment, passant des couches supérieures aux couches inférieures de la terre. Comme certains experts l'ont observé :

L'eau ne reste généralement pas stationnaire dans les aquifères; elle s'écoule des zones d'alimentation soit vers des émergences naturelles — sources, marais, étangs et lacs — soit vers des puits. [...] On sait que l'eau peut parcourir 500 kilomètres ou plus dans ces couches souterraines, mais en général la distance parcourue est plutôt de 10 à 150 kilomètres[55].

35. Se fondant sur les observations qui précèdent, un des précédents rapporteurs spéciaux a résumé la question des eaux souterraines, et en particulier leur contribution aux cours d'eau, comme suit :

Bien qu'il soit difficile de collecter des données sur les eaux souterraines dans des conditions géologiques et hydrologiques différentes, il ne fait aucun doute que les eaux souterraines sont une partie intégrante et vitale du cycle ininterrompu par le jeu duquel la réserve d'eau douce est continuellement renouvelée. Si, pour une raison quelconque, les eaux souterraines cessaient de circuler, la quantité d'eau que contiennent les cours d'eau s'en trouverait considérablement réduite. De nombreux cours d'eau permanents deviendraient intermittents, ou même s'assécheraient complètement. Il faut donc tenir compte du rôle que jouent les eaux souterraines dans l'alimentation des cours d'eau pour élaborer les principes devant régir les utilisations des voies d'eau. À un niveau élémentaire, la quantité d'eaux souterraines qui alimente une voie d'eau internationale doit être prise en compte dans le calcul du volume total de l'écoulement de celle-ci. Au niveau de la gestion des ressources hydrauliques, il est indispensable, pour élaborer des principes d'utilisation de l'eau, de prendre en considération les effets d'un apport d'eaux souterraines à une voie d'eau. Il est nécessaire de tenir compte aussi des effets de l'existence de réserves disponibles d'eaux souterraines et de la contribution des voies d'eau au volume des eaux souterraines[56].

Conclusion

36. Dans l'examen qui précède, le Rapporteur spécial a établi le rôle essentiel que jouent les eaux souterraines, qu'elles soient captives ou non, dans l'alimentation en eau douce destinée à la consommation humaine ou utilisée à des fins industrielles ou agricoles. Il s'est fait également l'écho des préoccupations exprimées dans différentes enceintes et a indiqué les mesures importantes qu'il fallait prendre pour éviter l'épuisement, la pollution et la contamination des eaux souterraines. En outre, la remarque a été faite à plusieurs reprises qu'une utilisation et conservation optimales de l'eau passaient nécessairement par l'intégration des ressources provenant tant des eaux de surface que des eaux souterraines.

37. On notera que le Rapporteur spécial s'est efforcé de traiter la question des eaux souterraines transfrontières sans établir de distinction entre celles qui sont captives et celles qui sont liées aux eaux de surface, dès lors qu'elles alimentent un système aboutissant à un point d'arrivée commun.

38. Selon le Rapporteur spécial, il convient d'insérer dans le projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation des dispositions concernant les eaux souterraines captives, c'est-à-dire les eaux qui ne sont pas liées aux eaux de surface, afin d'encourager leur gestion rationnelle et de prévenir les risques d'épuisement et de pollution. On notera, comme cela est indiqué dans le commentaire de l'article premier des règles relatives aux eaux souterraines internationales adoptées par l'Association de droit international à sa soixante-deuxième Conférence, que :

Il est nécessaire de traiter dans lesdites règles les cas dans lesquels un aquifère partagé constituant un ensemble indépendant de ressources en eau ne fournit pas d'eaux aboutissant à un « point d'arrivée commun » par l'intermédiaire d'un système de cours d'eau ou reçoit de grandes quantités d'eau provenant d'un ensemble d'eaux de surface. Un aquifère partagé, coupé des courants ou lacs permanents, peut difficilement être qualifié de « bassin de drainage » souterrain international; l'hydrologue serait plutôt porté à utiliser indifféremment les expressions « bassin d'eaux souterraines », « réservoir d'eaux souterraines » ou « aquifère »[57].

[51] Ibid., par. 4.12.

[52] *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992* [A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I, Vol.I/Corr.1, Vol. II, Vol. III et Vol. III/Corr.1)] (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatifs), vol. I : *Résolutions adoptées par la Conférence*, résolution 1, annexe II (Action 21), par. 18.3. Voir également par. 18.12, al. *k*.

[53] Ibid., par. 18.76, al. *c*, iii.

[54] M. Overman, *Water: Solutions to a Problem of Supply and Demand*, Doubleday, Garden City (N. Y.), 1969, p. 33 et 34. Voir aussi *Annuaire... 1979*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/320, p. 155, par. 12.

[55] J. H. Hirshleifer, J. C. DeHaven et J. W. Williman, *Water Supply*, University of Chicago Press, Chicago (Ill.), 1960, p. 10. Voir aussi *Annuaire... 1979*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/320, p. 157, par. 19.

[56] Premier rapport sur le droit relatif aux utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation, par M. Stephen M. Schwebel, rapporteur spécial, *Annuaire... 1979*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/320, p. 157 et 158, par. 21.

[57] ILA, *Report of the Sixty-second Conference* (voir *supra* note 1), p. 256.

39. Au moment où de nombreuses voix se font entendre sur le plan international pour préconiser une gestion intégrée de toutes les ressources en eau douce, y compris les eaux souterraines, le Rapporteur spécial espère que la Commission du droit international consentira au moins à inclure les eaux souterraines transfrontières dans le champ d'application du sujet. En excluant du champ d'application du présent projet d'articles les eaux souterraines captives non liées aux eaux de surface, il y aurait une lacune ou un vide dans la gestion des ressources en eau transfrontières, sans compter qu'on ignorerait l'évolution et les tendances qui se font jour à cet égard sur le plan international.

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

[Point 6 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/459

Dixième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, par M. Julio Barboza, rapporteur spécial

[Original : anglais/espagnol/français]
[4 avril 1994]

TABLE DES MATIÈRES

		Pages
Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport		138
	Paragraphes	
INTRODUCTION	1-6	139
A. La prévention	1-3	139
B. La responsabilité	4-6	139
Chapitres		
I. LES MESURES DE LUTTE	7-22	140
A. La prévention *ex post*	7-12	140
B. Nouvel examen de la pratique internationale	13-18	140
C. Mesures « de lutte »	19-21	141
D. Texte proposé	22	142
II. LA RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT	23-41	142
A. La responsabilité en général	23	142
B. Relation entre la responsabilité de l'État et la responsabilité civile	24-30	142
1. Commentaires explicatifs	24-29	142
2. Texte proposé (variantes A et B)	30	144
C. La responsabilité de l'État pour fait illicite	31-41	144
1. Commentaires explicatifs	31-40	144
2. Texte proposé	41	146
III. LA RESPONSABILITÉ CIVILE	42-83	146
A. La responsabilité civile	42	146
B. Caractéristiques générales du régime	43- 45	147
C. Les parties responsables : « canalisation » de la responsabilité	46-57	147
1. Commentaires explicatifs	46-54	147
2. Textes proposés	55-57	148
D. Obligation de souscrire une assurance	58-61	148
1. Commentaires explicatifs	58-60	148
2. Textes proposés	61	149
E. Tribunal compétent	62-64	149
1. Commentaires explicatifs	62-63	149
2. Texte proposé	64	150
F. Application de la loi nationale sans discrimination	65-67	150
1. Commentaires explicatifs	65-66	150
2. Textes proposés	67	150

		Paragraphes	*Pages*
G.	Causalité	68-70	151
1.	Commentaires explicatifs	68-69	151
2.	Texte proposé	70	151
H.	Force exécutoire du jugement	71-76	151
1.	Commentaires explicatifs	71-75	151
2.	Texte proposé	76	152
I.	Exonérations de responsabilité	77-83	152
1.	Commentaires explicatifs	77-82	152
2.	Texte proposé	83	153
IV.	DISPOSITION COMMUNE SUR LA RESPONSABILITÉ DES ÉTATS ET LA RESPONSABILITÉ CIVILE	84-88	154
A.	Commentaires explicatifs	84-87	154
B.	Texte proposé	88	155
V.	VOIES DE PROCÉDURE	89-109	155
A.	Introduction	89	155
B.	Examen des voies de procédure	90-109	155
1.	État affecté contre État d'origine	91-100	155
2.	Particuliers lésés contre État d'origine	101-104	157
3.	État affecté contre particuliers	105-108	157
4.	Particuliers affectés contre particuliers responsables	109	158

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

	Sources
Convention relative aux dommages causés aux tiers à la surface par des aéronefs étrangers (Rome, 7 octobre 1952)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 310, p. 181.
Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire (Paris, 29 juillet 1960)	Ibid., vol. 956, p. 251.
et Protocole additionnel (Paris, 28 janvier 1964)	Ibid., p. 325.
Convention relative à la responsabilité des exploitants de navires nucléaires (Bruxelles, 25 mai 1962)	AIEA, *Conventions internationales relatives à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires*, Collection juridique n° 4, éd. rév., Vienne, 1976, p. 93.
Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires (Vienne, 21 mai 1963)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1063, p. 265.
Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles, 27 septembre 1968)	*Journal officiel des Communautés européennes*, n° L 299, 31 décembre 1972, et n° L 304, 30 octobre 1978
Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux (Londres, Moscou, Washington, 29 mars 1972)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 961, p. 187.
Convention sur la responsabilité civile pour les dommages de pollution par les hydrocarbures résultant de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales du sous-sol marin (Londres, 1er mai 1977)	PNUE, *Recueil des traités multilatéraux relatifs à la protection de l'environnement*, Série références 3, Nairobi, 1982, p. 49.
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.
Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique (Wellington, 2 juin 1988)	*Revue générale de droit international public* (Paris), 1989, t. 93, p. 102.
Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Lugano, 16 septembre 1988)	*Journal officiel des Communautés européennes*, n° L 319, 25 novembre 1988.

	Sources
Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (Bâle, 22 mars 1989)	PNUE, *Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment*, Cambridge (Royaume-Uni), 1991, vol. 2, p. 449.
Convention sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport de marchandises dangereuses par route, rail et bateaux de navigation intérieure (CRTD) [Genève, 10 octobre 1989]	Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.90.II.E.39.
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 les effets transfrontières des accidents industriels (Helsinki, 17 mars 1992)	*International Legal Materials*, Washington (D.C.), vol. 31, n° 6, novembre 1992, p. 1335.
Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement (Lugano, 21 juin 1993)	Conseil de l'Europe, *Série des Traités européens*, n° 150.

Introduction

A. — La prévention

1. La manière dont la prévention était traitée dans le neuvième rapport[1] a fait l'objet d'une double observation lors du débat à la quarante-cinquième session de la Commission du droit international. Il a été dit que le Rapporteur spécial ne donnait pas une idée globale de l'obligation de prévention, ce qui aurait requis deux précisions :

a) l'énoncé de quelques 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 renvoyées au Comité de rédaction[2].

et *b*) 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[3].

2. Le Rapporteur spécial estime que ce qu'il indique à l'alinéa *a* ci-dessus devrait retenir l'attention du Comité de rédaction lorsqu'il examinera les dispositions visées : le matériau existe et aucune lacune importante n'y a été relevée. Le Rapporteur spécial reviendra, dans le chapitre II du présent rapport, sur l'observation que relève l'alinéa *b* ci-dessus, car cette responsabilité découle de la non-exécution des obligations de prévention.

3. La question de ce qu'il est convenu d'appeler la prévention *ex post* est restée en suspens. Elle fera l'objet du chapitre premier.

[1] *Annuaire... 1993*, vol. II (1re partie), p. 201, doc. A/CN.4/450.

[2] Ibid., vol. II (2e partie), par. 130.

[3] Ibid., par. 131.

B. — La responsabilité

4. La CDI a adopté, à sa quarante-quatrième session certaines décisions concernant la portée du sujet[4]. La CDI, après avoir dit que, « au stade actuel, il s'agit pour la Commission d'élaborer des projets d'article régissant les activités qui risquent de causer un dommage transfrontière », poursuit :

ces projets d'article devraient envisager d'abord les mesures préventives qu'exigent ces activités à risque, puis les remèdes qui s'imposent quand lesdites activités ont effectivement causé un dommage transfrontière. Ce n'est qu'une fois que la Commission aura achevé l'examen des projets d'article proposés sur ces deux aspects des activités à risque qu'elle prendra une décision pour la poursuite de ses travaux[5].

5. Le sujet de la prévention ayant été complété par les mesures de lutte qui seront examinées dans le chapitre premier et qui, quel que soit le nom retenu, ne seraient en aucune façon, comme le Rapporteur spécial s'attachera à le démontrer, des mesures de réparation du dommage transfrontière, il faudra examiner les deux formes de responsabilités découlant des articles : la responsabilité de l'État du fait de la violation des obligations de prévention, qui est une responsabilité découlant d'un fait illicite, et la responsabilité objective incombant en principe à l'exploitant privé.

6. Il faudra ensuite examiner la relation existant entre ces deux types de responsabilité et les dispositions qui leur sont communes; enfin, le rapport examinera la question des voies de recours disponibles pour donner effet à la responsabilité, sans proposer à ce stade des articles; et le Rapporteur spécial s'efforcera de recueillir l'opinion des membres de la Commission sur ce qui pourrait constituer les grandes lignes de ces mesures.

[4] *Annuaire... 1992*, vol. I, 2282e séance.

[5] Ibid., vol. II (2e partie), par. 346.

CHAPITRE PREMIER

Les mesures de lutte

A. — La prévention *ex post*

7. Lors du débat à la quarante-cinquième session de la CDI, plusieurs membres de la CDI se sont opposés avec force à l'idée d'inclure dans le chapitre sur la prévention proprement dite ce qu'il est convenu d'appeler la prévention *ex post*, c'est-à-dire celle qui concerne les mesures à adopter *après* qu'un incident se soit produit, afin de réduire au minimum ou maîtriser ses conséquences et éviter de la sorte un dommage plus grave, voire éviter complètement — comme nous allons le voir — un dommage transfrontière qui n'aurait pas manqué de se produire en l'absence de pareilles mesures. Le Comité de rédaction a suivi les tenants de cette opinion et, de ce fait, l'article 14 proposé n'envisage que la prévention *ex ante*, c'est-à-dire les mesures destinées à empêcher les accidents.

8. Selon le Rapporteur spécial, si la notion de prévention ne recouvre que les mesures antérieures à l'accident, ce que l'on désigne sous le vocable de prévention *ex post* ne représente cependant pas encore la réparation. On commettrait donc une erreur méthodologique en incluant la prévention *ex post* dans le chapitre consacré à la réparation.

9. Ainsi que l'analyse le montre, les accidents — comme ceux qui entrent dans le cadre de notre sujet — se situent en réalité au début d'une chaîne de causes et d'effets, au bout de laquelle on trouve le dommage. L'accident produit certains effets dans le monde de la nature, et ces effets entraînent à leur tour d'autres effets; les uns et les autres sont du domaine de la causalité naturelle. Toutefois, il apparaît à un maillon donné de cette chaîne causale certains effets qui relèvent du droit. Ils constituent le dommage et appellent une réparation. Le dommage est une notion juridique, même s'il renvoie à des données concrètes.

10. Pour illustrer ce qui précède, le Rapporteur spécial pose le cas d'un accident qui survient au cours d'une activité industrielle et qui entraîne la pollution d'un cours d'eau international. La pollution comme telle ne constitue pas encore le dommage transfrontière. À ce stade, il est encore possible de maîtriser l'enchaînement causal activité-pollution, et le dommage transfrontière ne se produira pas si la pollution n'atteint pas la frontière, ou il sera atténué et maîtrisé, si l'on agit sur la pollution à l'intérieur des frontières. Cette action est de nature préventive, car elle vise à éviter ou à limiter le dommage, lequel ne s'est pas encore produit, même si l'accident a déjà eu lieu. Comme on le voit, des mesures que l'un pourrait aller jusqu'à assimiler à des mesures de remise en état dans l'État d'origine peuvent revêtir un caractère préventif par rapport au dommage transfrontière, dès lors qu'elles tendent à empêcher celui-ci ou à le circonscrire. Or, ce qui présente de l'intérêt du point de vue du sujet examiné, c'est le dommage *transfrontière*.

11. Une chose est donc claire : la notion de prévention vise tout autant l'activité tendant à empêcher les accidents susceptibles de causer des dommages transfrontières que l'activité tendant à éviter que les forces libérées par l'accident ne produisent tous leurs effets. Tout bien considéré, la prévention des accidents ou prévention *ex ante* n'est qu'un aspect de la prévention en général, où devrait figurer également la prévention *ex post*, puisque moins il y a d'accidents, moins il y aura de dommages. Aussi ne peut-on, d'un point de vue méthodologique, inclure dans le chapitre de la réparation les mesures prises *ex post* afin de prévenir le dommage.

12. De leur côté, les instruments internationaux qui traitent de ce type de mesures les qualifient en tout état de cause de préventives, tandis que les instruments qui ne s'occupent que de la *responsabilité* les envisagent du point de vue de *l'indemnisation* des coûts exposés à la suite de leur adoption.

B. — Nouvel examen de la pratique internationale

13. En passant rapidement en revue les instruments internationaux en la matière, on peut noter que le paragraphe 9 de l'article 2 de la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, du Conseil de l'Europe (ci-après dénommée Convention de Lugano), définit les « mesures de sauvegarde » comme étant « toute mesure raisonnable prise par toute personne, *après la survenance d'un événement**, pour prévenir ou atténuer la perte ou le dommage visés au paragraphe 7 alinéas *a* à *c* », de l'article 2. Les alinéas cités énoncent les trois éléments qui composent la notion de « dommage » dans ladite Convention. Quant à l'alinéa *d* du même article 2, il inclut dans la notion de « dommage » donnant lieu à réparation « le coût des mesures de sauvegarde », et il ne peut s'agir que du coût des mesures prises *après la survenance de l'accident*, tel qu'il est visé au paragraphe 9 de la Convention citée.

14. Dans un projet d'amendement à apporter à la Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire (ci-après dénommée Convention de Paris) et à la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires (ci-après dénommée Convention de Vienne), projet élaboré par le comité de rédaction du Comité permanent sur la responsabilité pour les dommages nucléaires de l'AIEA et présenté dans un appendice II.A, il est proposé d'ajouter un alinéa *m* au paragraphe 1 de l'article premier ainsi conçu :

* Par « mesures de sauvegarde » on entend toute mesure raisonnable prise par toute personne, après la survenance d'un accident nucléaire, pour prévenir ou atténuer le dommage visé aux sous-alinéas i à iv de l'alinéa *k* plus haut.

D'autre part, le projet ajoute à l'alinéa *k* du paragraphe 1 de l'article premier un sous-alinéa v qui inclut, dans la notion préalablement définie de « dommage nucléaire », « le coût des mesures de sauvegarde ». Et dans le projet identifié comme l'appendice II.B (projet de « mise en commun »), l'article 3 contient un paragraphe 2, figurant entre crochets, ainsi conçu :

Le dommage visé plus haut au paragraphe 1 comprend le coût des mesures de sauvegarde, où qu'elles aient été prises, destinées à prévenir ou à atténuer ce dommage et les pertes et dommages ultérieurs causés par ces mesures.

15. La Convention sur la responsabilité civile pour les dommages de pollution par les hydrocarbures résultant de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales du sous-sol marin dispose ce qui suit au paragraphe 6 de son article premier :

« Dommage par pollution » signifie toute perte ou tout dommage causé à l'extérieur de l'installation par une contamination résultant d'une fuite ou de rejet d'hydrocarbures provenant de l'installation et comprend le coût des mesures de sauvegarde [...]

Le paragraphe 7 précise :

« Mesures de sauvegarde » signifie toutes mesures raisonnables prises par toute personne en rapport *avec un événement donné** pour prévenir ou limiter le dommage par pollution [...]

16. La Convention sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport de marchandises dangereuses par route, rail et bateaux de navigation intérieure (CRTD) adopte une formulation analogue en incluant au paragraphes 10 de l'article premier, qui a trait à la notion de dommage, le coût des mesures de sauvegarde (par. 10, *d*) qui sont définies exactement comme dans les instruments visés plus haut (« mesures raisonnables prises par toute personne *après la survenance d'un événement** pour éviter ou réduire le dommage »).

17. Les instruments qui traitent principalement de la prévention des dommages transfrontières englobent, eux aussi, la prévention non seulement des accidents, mais aussi des dommages et ils utilisent des expressions comme « prévenir, réduire et maîtriser » pour désigner la prévention au sens large. La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer utilise cette expression tout au long de la douzième partie (Protection et préservation du milieu marin) à de si nombreuses reprises qu'il serait fastidieux de citer les textes correspondants. Il ne fait pas de doute que ces termes décrivent la même réalité que l'expression « mesures de sauvegarde » utilisée dans les instruments susmentionnés sur la responsabilité et qu'ils ne visent absolument pas la responsabilité, sujet dont la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer traite dans un article distinct (art. 235).

18. La Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, dont nous avons vu dans le neuvième rapport qu'elle ne traite que de la prévention et non de la responsabilité[6], oblige les parties à prendre toutes mesures appropriées et efficaces à l'effet de « prévenir, réduire et combattre » tout impact transfrontière préjudiciable important des activités proposées sur l'environnement. Enfin, la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels, bien qu'elle ait pour objet principal la prévention des accidents industriels, illustre la relativité de la notion de prévention lorsqu'elle définit au paragraphe 1 de son article 3 l'objet de la Convention comme étant de

[...] protéger les êtres humains et l'environnement contre les accidents industriels en *prévenant ces accidents dans toute la mesure du possible**, en en réduisant la fréquence et la gravité et *en en atténuant les effets**. À cette fin, des mesures préventives, des mesures de préparation et des *mesures de lutte**, y compris des mesures de remise en état, sont appliquées.

C. — Mesures « de lutte »

19. L'expression « mesures de lutte » utilisée dans l'article précité se retrouve dans d'autres conventions, en particulier dans la Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique, laquelle, se référant à de telles mesures au paragraphe 1 de son article 8, fait obligation à

[...] l'opérateur entreprenant une quelconque activité relative aux ressources minérales de l'Antarctique [...] de prendre en temps utile les mesures de réaction nécessaires, y compris les mesures de prévention, de limitation, de nettoyage et d'enlèvement, si l'activité entraîne ou menace d'entraîner des dommages à l'environnement de l'Antarctique ou aux écosystèmes dépendants ou associés.

De toute évidence, le mot « prévention » est utilisé ici dans le sens de la prévention *ex post, mais certains types de mesures qui ne relèvent pas de la prévention* ex post *sont considérés comme des mesures de lutte*, comme c'est le cas des mesures de nettoyage et d'enlèvement qui n'ont pas pour objet de limiter ou d'atténuer le dommage transfrontière.

20. Si, pour désigner ces mesures *ex post*, nous entendons continuer d'utiliser une expression *différente de celle utilisée dans toutes les conventions pertinentes (mesures de sauvegarde), tout en reconnaissant* que ces mesures ne relèvent pas de la réparation, il nous faut trouver une expression différente. On pourrait songer à utiliser le vocable de *mesures de lutte* — vocable qui devra être défini à l'article 2 du projet (Expressions employées)[7] comme ne s'appliquant qu'à ce que nous avons appelé *la prévention* ex post — en réservant cette notion aux mesures prises à la suite d'un accident afin d'en limiter ou d'en atténuer les effets préjudiciables et le dommage transfrontière consécutif. Quelques exemples ont déjà été donnés. Peut-être faudrait-il ajouter que les mesures de lutte comprennent des mesures de nature strictement préventive — comme abattre des arbres et ménager une clairière pour éviter qu'un incendie ne se propage à un pays voisin — et d'autres mesures qui pourraient constituer une remise en état pour l'État d'origine et, en même temps, revêtir un aspect de prévention pour l'État affecté : par exemple, pour prendre le cas d'un cours d'eau international, on rétablit les conditions qui prévalaient avant un accident, et l'on évite du même coup que le courant ne continue de charrier vers le pays limitrophe les restes de la pollution ainsi causée. Il suffirait de préci-

[6] Doc. A/CN.4/450 (*supra* note 1), par. 2 et 22 à 24.

[7] Pour le texte des projets d'articles présentés par le Rapporteur spécial à la quarantième session de la CDI, voir *Annuaire... 1988*, vol. II (2e partie), p. 9.

ser que cette notion vise à limiter ou atténuer le dommage transfrontière après que l'accident s'est produit.

21. Ces mesures peuvent être prises par l'État lui-même dans certaines circonstances ou par des particuliers. Dans certains cas, l'État fera appel, le cas échéant, aux pompiers ou à l'armée pour circonscrire les conséquences d'un accident qui risquent de se propager à un État limitrophe, comme ce serait le cas d'un incendie de forêt consécutif à un accident industriel ou de la pollution sur une grande échelle d'un cours d'eau consécutive à un accident survenu pendant que se déroulait une activité visée à l'article premier du projet (Champ d'application des présents articles)[8]. Il est possible également que l'État affecté prenne des mesures identiques sur son propre territoire de manière à limiter les dégâts ou que des particuliers, dans l'un ou l'autre des deux États, prennent des mesures de leur propre initiative. Dans ces cas, la partie qui assume la responsabilité en dernière analyse et qui est tenue de réparer les dommages devra également supporter le coût de ces mesures que l'on qualifiera de mesures « de lutte », dès lors que leur adoption se justifiait.

[8] Ibid.

D. — Texte proposé

22. Compte tenu de ce qui précède, le Rapporteur spécial propose d'ajouter à l'article 2 deux nouveaux alinéas se lisant comme suit :

> « L'expression « mesures de lutte » s'entend des mesures raisonnables prises par toute personne en rapport avec un événement particulier afin de prévenir ou d'atténuer le dommage transfrontière.
>
> « Le dommage visé à l'alinéa [...] comprend le coût des mesures de lutte, où qu'elles aient été prises, ainsi que les autres dommages que pareilles mesures auraient pu causer. »

CHAPITRE II

La responsabilité de l'État

A. — La responsabilité en général

23. Est ainsi terminé l'examen de la prévention et de ses deux aspects, à savoir la prévention des accidents et les mesures de lutte de caractère préventif prises après la survenance de l'accident afin de prévenir ou de réduire au minimum le dommage consécutif à celui-ci. Le contenu de la responsabilité elle-même sera précisé après que la notion de dommage aura été circonscrite dans les articles. Dans le domaine des dommages causés à l'environnement, domaine tout neuf et en pleine évolution, il peut y avoir d'autres « mesures correctives »[9] (*cette expression rend bien l'idée qu'il peut y avoir d'autres mesures de réparation que l'indemnisation en espèces, comme c'est le cas de certaines mesures de remise en état de l'environnement* examinées actuellement dans différentes enceintes. Toutefois, pour l'instant, les chapitres consacrés à la responsabilité ne traitent que de son attribution, *quel que soit son contenu*, en cas de manquement aux obligations de prévention (c'est l'objet du présent chapitre) et en cas d'accidents causés par l'inactivité, tels qu'ils sont visés à l'article premier (ce sera l'objet du chapitre III).

B. — Relation entre la responsabilité de l'État et la responsabilité civile

1. COMMENTAIRES EXPLICATIFS

24. Avant d'établir la responsabilité propre de l'État, il faut signaler que la responsabilité de l'État pour fait illicite (violation des obligations de prévention) coexiste dans nos articles avec la responsabilité civile incombant à une ou plusieurs personnes privées (indemnisation d'un dommage transfrontière), dite aussi objective, qui s'applique même en l'absence de manquement à une obligation.

25. La coexistence de ces deux types de responsabilité se retrouve aussi dans d'autres conventions, mais il nous faut distinguer deux situations très différentes en matière de responsabilité de l'État :

a) *Les situations où il n'a pas responsabilité de l'État pour fait illicite.* En général, les conventions qui traitent de la responsabilité en cas de dommage causé par des activités dangereuses n'énoncent pas d'obligations de prévention du type de celles envisagées dans nos articles; en conséquence, ou bien la responsabilité de l'État n'est nullement envisagée, comme c'est le cas dans la Convention de Lugano, ou bien il s'agit d'une responsabilité objective et exclusive, comme dans la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, ou bien l'État a une responsabilité subsidiaire par rapport à celle d'un particulier, en ce qui concerne le versement d'indemnités suite à des accidents causés par les activités envisagées. C'est le cas des Convention de Paris et Convention de Vienne, dans lesquelles, selon le Rapporteur spécial, la responsabilité de l'État est à la fois subsidiaire et objective;

b) *Les situations où il y a responsabilité de l'État pour fait illicite.* Les instruments pertinents imposent certaines obligations à l'État, et on se trouve en présence d'une responsabilité subsidiaire par rapport à la responsabilité civile (objective) de l'exploitant privé et subordonnée à l'existence d'un lien de causalité *indirecte* entre le manquement à l'obligation de l'État et la survenance du dommage.

[9] C'est l'expression utilisée par la CDI lorsqu'elle a pris la décision (voir *supra* note 4) d'examiner le sujet par étapes (voir *Annuaire... 1992*, vol. II (2e partie), par. 345.

26. Examinons de plus près ce qui précède :

a) Situations où il n'y a pas responsabilité de l'État pour fait illicite. De nombreuses conventions relatives à la responsabilité civile du fait d'activités dangereuses se différencient de notre projet d'articles en ce qu'elles n'imposent pas d'obligations de prévention à l'État. Il n'y a donc pas responsabilité pour manquement à une obligation. Ces mêmes conventions ne prévoient pas une responsabilité de l'État qui serait subsidiaire par rapport à celle de l'exploitant pour le versement d'indemnités dans certaines circonstances : l'État n'est pas impliqué. C'est le cas de la Convention de Lugano;

b) Situations où il y a responsabilité exclusive de l'État, responsabilité qui est à la fois objective et pour fait illicite. C'est le cas de la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux. On y trouve, côte à côte, la responsabilité pour fait illicite et la responsabilité objective, mais, dans les deux cas, il s'agit de la responsabilité de l'État de lancement, État dont le comportement sera soumis à l'un ou à l'autre des régimes en fonction de l'endroit où se produit le dommage : lorsque le dommage se produit à la surface de la terre ou dans un aéronef en vol, la responsabilité est « absolue »[10]; lorsque le dommage est causé à l'objet spatial d'un autre État de lancement, il y a responsabilité pour faute (voir les articles II, III et IV de la Convention);

c) Situations où il y a responsabilité objective de l'État, cette responsabilité étant cependant subsidiaire par rapport à la responsabilité civile, objective elle aussi, de l'exploitant en ce qui concerne le versement d'indemnités suite à des accidents causés par l'activité dangereuse. On ne se trouve pas ici en présence d'une responsabilité de l'État pour fait illicite. La Convention de Paris, la Convention de Vienne et la Convention relative à la responsabilité des exploitants de navires nucléaires, qui n'imposent pas à l'État, elles non plus, d'obligations de prévention, lui imposent en revanche, dans certains cas, une responsabilité subsidiaire par rapport à celle de l'exploitant en ce qui concerne le versement d'indemnités suite à des accidents nucléaires. La responsabilité primaire incombe à l'exploitant privé, mais l'État est tenu de la partie de l'indemnité qui n'est pas couverte par l'assurance de l'exploitant. Selon le Rapporteur spécial, cette responsabilité de l'État est une responsabilité *objective*, car les montants dont celui-ci est responsable découlent de la responsabilité, objective elle aussi, de l'exploitant qui n'a pas rempli ses obligations à cet égard : l'État n'a aucune ligne de défense particulière, il se trouve tout simplement dans la situation du responsable primaire, mais à titre subsidiaire;

d) Situations où il y a responsabilité de l'État pour fait illicite, cette responsabilité étant subsidiaire par rapport à la responsabilité civile de l'exploitant suite aux dommages causés par l'activité dangereuse. Le paragraphe 2 de l'article 8 de la Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique définit certains types de dommages qui engagent la responsabilité objective de l'exploitant. L'alinéa *a* du paragraphe 3 précise cependant :

> *a)* Les types de dommage visés au paragraphe 2 [...] qui ne se serait pas produits ou n'auraient pas persisté si l'État parrain avait rempli ses obligations aux termes de la présente Convention envers son opérateur, engagent, conformément au droit international, la responsabilité dudit État parrain. Ladite responsabilité est limitée à la part de responsabilité qui n'est satisfaite ni par l'opérateur ni d'aucune autre manière.

Cette responsabilité se fonde sur un « lien substantiel et authentique » entre l'exploitant et l'État parrain (État commanditaire), ainsi que cela est indiqué au paragraphe 12 de l'article premier et décrit aux paragraphes 11 et 12 du même article. En outre, les obligations de l'État commanditaire sont contractées vis-à-vis de l'exploitant. Dans le projet de protocole se rapportant à la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination[11], l'indemnisation se fonde également sur la responsabilité objective du particulier ou du Fonds international et sur la responsabilité de l'État pour fait illicite, encore que les obligations de l'État ne soient pas nécessairement contractées vis-à-vis de son exploitant et constituent plutôt des obligations générales. La responsabilité subsidiaire de l'État est subordonnée à deux conditions : premièrement, l'État doit avoir failli à une de ses obligations, de telle manière que le dommage ne se serait pas produit en l'absence d'inexécution d'une obligation (causalité indirecte)[12]; et, deuxièmement, il faut que l'exploitant ou son assurance (ou le fonds d'indemnisation, s'il en existe un) ne soient pas en mesure de verser l'intégralité de l'indemnité.

27. Les situations couvertes par l'alinéa *a* du paragraphe 26 *supra* ne s'appliquent pas à notre projet, puisque celui-ci prévoit des obligations de prévention. Les situations couvertes par l'alinéa *b*, où toute la responsabilité est à la charge de l'État, ne peuvent s'appliquer qu'aux instruments du type de la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, qui rejette sur les États de lancement la responsabilité exclusive pour les conséquences de ce genre d'activité. Les situations précisées à l'alinéa *c*, c'est-à-dire la responsabilité objective mais subsidiaire de l'État, correspondent à la responsabilité liée aux activités à risque et peuvent trouver à s'appliquer lorsqu'on se trouve en présence d'un dommage transfrontière d'une

[10] L'expression « responsabilité absolue » est traduite littéralement de l'anglais. Elle n'est pas courante en français. Elle désigne une responsabilité objective très stricte et ne souffrant guère d'exception.

[11] UNEP/CHW.1/WG.1/1/5, annexe.

[12] Au paragraphe 5 de la note du Secrétariat (UNEP/CHW.1/WG.1/1/3), on peut lire :

> « Compte tenu du fait que ce sont les États parties qui sont visés par les objectifs et les obligations de la Convention de Bâle dans la mesure où il leur appartient au premier chef de contrôler tous les mouvements transfrontières des déchets dangereux et leur élimination, il est proposé de considérer lesdits États comme responsables en cas de dommages mais seulement dans la mesure où il est établi que les dommages ont pour cause un manquement aux obligations contractées par les États aux termes de la Convention de Bâle. En conséquence, contrairement à ce qui se passe dans le cas de la responsabilité civile proposée, la responsabilité des États devrait être fondée sur un manquement et non sur la responsabilité stricte. »

Au paragraphe 7 du même document, il est proposé de compléter l'article 9 sur la responsabilité des États par le texte ci-après :

> « *a)* Les dommages qui n'auraient pas eu lieu si l'État d'exportation s'était acquitté des obligations qu'il a contractées au titre de la Convention en ce qui concerne les mouvements transfrontières et l'élimination des déchets dangereux entraînent la responsabilité de l'État d'exportation. Cette responsabilité est limitée à la partie du dommage qui n'est couverte ni par la responsabilité civile ni par les dispositions du Fonds prévu au titre du protocole. »

ampleur catastrophique et que les assurances ne sont pas en mesure de couvrir le montant énorme des indemnités qui pourraient être exigées; mais cette responsabilité risque de se heurter à la résistance de ceux qui se refusent à assigner à l'État un type de responsabilité qui, selon eux, n'est pas fermement établi en droit international. La responsabilité subsidiaire peut trouver à s'appliquer dans d'autres cas encore. C'est ainsi qu'un comité permanent chargé de proposer des modifications aux Conventions de Vienne et de Paris[13] envisage des solutions qui ne manquent pas d'intérêt, comme l'intervention à certains niveaux d'un consortium composé de *tous les États membres* ou d'un consortium composé de *tous les responsables privés de tous les États membres*. Cette forme de *socialisation* des dommages est conforme à la philosophie qui sous-tend toutes les activités dangereuses, mais autorisées parce qu'elles sont utiles à la société (nationale ou internationale, selon le cas), une fois pesés leurs avantages et leurs inconvénients. Personne, pas même l'exploitant, ne devrait supporter le coût des dommages causés par des accidents inhérents à ces activités; c'est l'ensemble de la société qui bénéficie de cette activité qui devrait supporter ces coûts. Selon les auteurs qui ont étudié cette question, l'avantage de la solution consistant à faire converger la responsabilité vers l'exploitant est que celui-ci est le mieux placé pour répercuter le coût du risque créé sur le prix de ses produits ou services.

28. Quant aux situations couvertes par l'alinéa *d* du paragraphe 26 *supra*, qui prévoient la responsabilité subsidiaire de l'État pour fait illicite, on est en droit de se demander si la mise en œuvre de cette responsabilité pour compléter les indemnités versées et assurer une meilleure réparation du dommage ne va pas dans une certaine mesure à l'encontre du but recherché, qui est d'instaurer un régime intégré pour éviter que les victimes innocentes se retrouvent sans protection. En effet, la responsabilité pour fait illicite oblige les personnes lésées à administrer certaines preuves qu'il n'est pas facile de réunir. C'est précisément pour cette raison que le droit interne et, plus récemment, la pratique internationale ont tendance à mettre la réparation à la charge du particulier reconnu responsable ou de son assurance. Si l'on entend faciliter l'indemnisation de la victime, pourquoi lui imposerait-on le fardeau de la preuve[14] ?

29. Aucune des situations examinées plus haut ne paraît donc correspondre entièrement à notre objectif, même si celles décrites dans l'alinéa *d* pourraient être étudiées. Il serait plus simple, cependant, de n'assigner à l'État aucune forme de responsabilité objective et d'établir une distinction très nette entre la responsabilité de l'État pour inexécution des obligations qui lui incombent en propre (responsabilité pour fait illicite) et la responsabilité objective pour les dommages causés par les accidents et qui découlent du risque inhérent à l'activité considérée. Cette dernière responsabilité incomberait de toute façon au particulier tenu de l'obligation de réparer et, le cas échéant, si l'on retient les idées exprimées, à un groupe de parties tenues de réparer[15]. Un tel système offrirait l'avantage de simplifier la relation existant entre la responsabilité de l'État et la responsabilité des particuliers et peut-être de rendre le projet plus acceptable pour les États. Ce système simplifierait aussi la procédure, comme nous le verrons au chapitre V, puisque seuls les tribunaux nationaux seraient compétents et que l'on ferait l'économie de difficultés comme la comparution d'un État devant un tribunal face à un particulier, surtout s'il s'agit du tribunal d'un autre État.

2. TEXTE PROPOSÉ (variantes A et B)

30. Nous proposons donc à la Commission le choix entre deux systèmes représentés par les deux variantes suivantes pour l'article 21 :

« *Article 21. — Responsabilité subsidiaire de l'État pour manquement à une obligation*

Variante A

La responsabilité de l'État d'origine est engagée du fait d'un dommage qui ne se serait pas produit s'il avait exécuté ses obligations en matière de prévention par rapport aux activités visées à l'article premier. Cette responsabilité se limite à la partie de l'indemnisation qui ne peut être couverte en vertu des dispositions sur la responsabilité civile contenues dans les présents articles.

Variante B

L'État d'origine ne peut être en aucun cas tenu responsable du versement des indemnités dues pour des dommages causés par des accidents consécutifs aux activités visées à l'article premier. »

C. — La responsabilité de l'État pour fait illicite

1. COMMENTAIRES EXPLICATIFS

31. Ayant posé dans le neuvième rapport[16] que l'État avait des obligations en matière de prévention, il faut à présent examiner les conséquences d'un manquement à ces obligations. Il s'agit, normalement, des obligations

[13] Voir *supra* par. 14.

[14] Peut-être le Rapporteur spécial devrait-il, dans un prochain rapport, aborder certaines notions corrélées, comme la création d'un fonds d'indemnisation qui ferait intervenir également un consortium de particuliers tenus par l'obligation de réparer. Le fonctionnement de pareilles institutions présente des difficultés dans un système intégré englobant toutes les activités dangereuses, et toute tentative dans ce sens serait vaine. On pourrait envisager de créer un organe permanent chargé de promouvoir l'adoption de protocoles et de surveiller l'application des articles. La Convention de Lugano prévoit un comité permanent, qui est chargé d'examiner les questions générales en matière d'interprétation et d'application de cet instrument et de proposer des amendements à la Convention, ainsi qu'à ses annexes. On observe cette tendance actuellement dans les conventions ayant trait à la protection de l'environnement; bien que notre projet ne concerne pas *exclusivement* la protection de l'environnement, la notion de responsabilité pour atteinte à l'environnement a été bien accueillie par la Commission et par l'Assemblée générale; nous voici donc au cœur de la protection de l'environnement, que nous le voulions ou non.

[15] Voir notamment le paragraphe 4 du commentaire de l'article 23 adopté par la Commission à sa trentième session [*Annuaire... 1978*, vol. II (2e partie), p. 92 et 93].

[16] Voir *supra* note 1.

visées dans les articles de la deuxième partie du projet d'articles sur la responsabilité des États adoptés par la Commission à titre provisoire à sa quarante-cinquième session, à savoir : cessation du comportement illicite, restitution en nature, indemnisation, satisfaction, et assurances et garanties de non-répétition[17].

32. Il faut rappeler que, dans nos articles, les relations qui se nouent du fait de l'inexécution des obligations en matière de prévention sont des relations d'État à État. Il n'est pas question ici de particuliers; nous nous situons sur le plan international. Il convient d'établir une nette distinction sur le plan conceptuel entre cette responsabilité et la responsabilité consécutive à un accident survenu au cours d'une activité visée à l'article premier d'où a résulté un dommage transfrontière qui engage la responsabilité civile, c'est-à-dire la responsabilité d'un particulier.

33. En premier lieu, l'État d'origine sera tenu de faire cesser le comportement constitutif d'un fait illicite revêtant un caractère continu. Ce fait continu consiste normalement pour l'État à omettre d'adopter les mesures requises par notre projet[18], et la cessation de ce fait s'inscrirait dans la logique d'une opinion exprimée lors du débat selon laquelle une activité dangereuse exécutée en l'absence des mesures de précaution appropriées cesse d'être une activité licite au regard du droit international. Il va de soi que le fait illicite en question doit être dûment établi et que l'État lésé ne peut donc s'opposer à une activité licite de l'État d'origine.

34. L'État lésé par la violation peut exiger la réparation sous toutes les formes prévues dans le libellé actuel des articles 7, 8, 10 et 10 *bis* de la deuxième partie du projet d'articles sur la responsabilité des États[19]. En outre, l'État lésé dispose des recours prévus en cas de violation d'une obligation. Autrement dit, il a le droit de prendre toutes contre-mesures appropriées en respectant les conditions générales au respect desquelles le droit international subordonne la licéité des contre-mesures.

35. Il faut rappeler que les obligations de prévention que nous avons mises à la charge des États dans le chapitre pertinent ne sont pas des obligations de résultat. Tout ce que nous exigeons d'eux, c'est qu'ils *s'efforcent* de prévenir les accidents et les dommages. Il faut donc établir une distinction entre la violation de ces obligations et la survenance d'un dommage à la suite d'un accident qui se produit pendant l'activité en question. Pareil dommage donne aussitôt lieu à la responsabilité objective, qui sera celle d'un particulier dans le cas de notre projet d'articles.

36. Par exemple, l'État d'origine qui laisse s'exercer une activité visée à l'article premier sans qu'elle fasse l'objet d'une autorisation préalable — autrement dit, sans que l'exploitant sollicite cette autorisation et, à cet effet, explique les caractéristiques de l'activité et procède à l'évaluation du risque requise par l'article 12[20] — n'exécute pas l'obligation qui lui incombe. La survenance d'un accident engagera automatiquement la responsabilité objective de l'exploitant, mais l'État continuera d'assumer la responsabilité de la violation proprement dite. Cela signifie que l'État lésé peut faire des représentations diplomatiques et prendre les mesures requises — par exemple, des contre-mesures — pour obliger l'État d'origine à exécuter cette obligation en cessant l'acte illicite, sous peine que l'activité soit éventuellement déclarée illicite.

37. Si l'accident comme le dommage transfrontière ne se produisent pas, l'État lésé peut faire les mêmes représentations et prendre les mêmes mesures, avec les mêmes résultats.

38. Une brève digression va nous permettre de mieux étayer ce qui vient d'être dit. Dans le neuvième rapport, nous avons écrit que les obligations de prévention sont des obligations de « diligence due »[21], et ceci ne manquera pas d'avoir des conséquences. Avant tout, il faut établir une distinction entre ces obligations et les obligations de résultat visées à l'article 23 de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des États[22], c'est-à-dire des *obligations imposant de prévenir un événement donné.*

39. Dans le cas des obligations imposant d'éviter un événement donné, il est nécessaire, pour qu'il y ait violation, que l'événement en question se produise. C'est ce qui ressort du commentaire relatif à l'article 23 :

> L'État auquel une obligation de cette espèce incombe ne peut pas prétendre avoir assuré le résultat requis en alléguant la mise sur pied d'un système parfait de prévention si dans les faits ce système se révèle inefficace et permet à l'événement de se produire. Et, à l'inverse, l'État intéressé à l'exécution de l'obligation ne peut pas prétendre que cette obligation ait été violée du seul fait que le système de prévention mis sur pied par l'État obligé lui paraît décidément insuffisant, ou inefficace, tant que l'événement dont il devrait prévenir la survenance n'est pas survenu[23].

La Commission précise :

> Les obligations exigeant de prévenir des événements donnés *ne s'identifient donc pas avec celles qu'on désigne parfois par le terme global d'« obligations de vigilance »**. La réalisation de la violation de celles-ci se résume souvent en une activité de l'État, et n'est pas nécessairement affectée par le fait qu'un événement extérieur se produit ou ne se produit pas[24].

Il y a lieu d'expliquer que le mot *vigilancia* dans le texte espagnol correspond à l'expression « diligence due » dans le texte français. La principale différence entre les obligations de résultat et les obligations de diligence due envisagées dans le système de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des États tient en ceci : dans le cas des obligations de résultat, pour qu'il y ait violation, il faut que le résultat, qu'il soit positif ou négatif,

[17] *Annuaire... 1993*, vol. II (2e partie), par. 335.

[18] Il paraît douteux à l'auteur qu'une omission puisse donner lieu à une violation continue d'une obligation. Selon lui, lorsqu'une obligation de faire a été violée, cette obligation primaire est aussitôt remplacée par une obligation secondaire d'une teneur analogue, mais pas nécessairement identique. Elle peut, par exemple, comporter également une obligation de payer des intérêts ou d'indemniser d'une autre façon le préjudice causé par l'inexécution, dans le délai fixé, de l'obligation primaire ou, le cas échéant, le manque à gagner. Cependant, la Commission a estimé, lorsqu'elle a examiné le sujet de la responsabilité des États, que les omissions pouvaient donner lieu à des violations de caractère continu.

[19] Voir *supra* note 17.

[20] *Annuaire... 1993*, vol. II (2e partie), par. 142 à 147.

[21] Ibid., vol. II (1re partie), p. 203, doc. A/CN.4/450, par. 7.

[22] Pour le texte de l'article 23 et du commentaire y relatif adoptés par la Commission à sa trentième session, voir *Annuaire... 1978*, vol. II (2e partie), p. 91 à 97.

[23] Ibid., p. 93, par. 4 du commentaire.

[24] Ibid., note 397.

n'ait pas été atteint, alors que dans le cas des obligations de diligence due, cette condition n'est pas requise et l'on passe directement à l'examen des moyens employés pour déterminer s'ils correspondent à ceux qui auraient dû raisonnablement l'être pour obtenir le résultat requis par l'obligation.

40. On peut même concevoir que l'État d'origine doive indemniser l'État exposé, alors qu'aucun accident ne s'est produit et que la responsabilité objective du particulier intéressé n'est pas engagée. On peut supposer que l'État d'origine a omis d'exiger l'adoption de certaines mesures de prévention par les exploitants qui réalisent une activité dangereuse sur son territoire et que, du fait de cette omission, l'État exposé ou les personnes qui y résident ont dû prendre sur le territoire dudit État des mesures pour prévenir ou réduire au minimum le dommage qu'aurait pu leur causer un accident survenant pendant le déroulement de cette activité. Cette hypothèse, parfaitement concevable, signifierait que l'État exposé a dû engager certains frais en raison (causalité indirecte) de l'omission de l'État d'origine. L'indemnité due par ce dernier serait un exemple de réparation par équivalent.

2. Texte proposé

41. Les considérations qui viennent d'être émises pourraient se refléter dans un article qui serait inséré à la suite du dernier article consacré à la prévention et examiné actuellement par le Comité de rédaction. Le texte de cet article pourrait nous renvoyer tout simplement au droit international en vigueur, même si pareille référence peut paraître inutile à certains : point n'est besoin de faire appel à une disposition contractuelle pour faire jouer les règles de droit coutumier applicables aux conséquences de pareilles violations. Aussi nous paraît-il préférable soit de ne pas faire mention des conséquences de la violation des dispositions de l'article, soit de nous en remettre tout simplement au droit international. En effet, si nous devions reprendre dans notre projet les articles applicables à la responsabilité des États, quitte à en adapter le libellé, nous adopterions des textes qui ne sont pas définitifs et qui risquent d'être modifiés lors de la deuxième lecture du projet à la CDI et lors de l'éventuelle conférence de codification. C'est pourquoi, si la Commission décide de s'en remettre tout simplement au droit international, le texte suivant pourrait être proposé :

« *Article X. — Responsabilité internationale de l'État*

L'inexécution par l'État d'origine des obligations de prévention édictées par les présents articles aura les conséquences que le droit international prévoit en cas de violation des obligations internationales. »

Chapitre III

La responsabilité civile

A. — La responsabilité objective

42. Les activités à risque appellent une responsabilité objective, qui est celle généralement prévue par le droit interne pour des raisons connues, dont notamment la nécessité de disposer d'une procédure rapide qui ne repose pas sur la preuve de l'inexécution de l'obligation ou de la faute. Dans l'ordre international, les mêmes arguments ont conduit à poser le principe de la responsabilité civile des particuliers dans les conventions auxquelles le Rapporteur spécial s'est référé à maintes reprises. Un projet de directive de la Commission des Communautés européennes sur la responsabilité civile pour les dommages causés par les déchets[25], qui date de quelques années déjà, présente, en son paragraphe 4, des arguments convaincants en faveur de la responsabilité objective :

La responsabilité sans faute

Par l'automaticité de la responsabilité qu'il implique, ce principe est de nature à assurer une indemnisation des victimes, une réparation de l'environnement et une responsabilisation des acteurs économiques, propres à assurer l'application des objectifs visés par la présente directive.

La responsabilité sans faute en matière de risques environnementaux gagne partout du terrain. Rappelons, pour commencer, que dans un domaine avoisinant (et comparable), celui des produits défectueux, la directive du Conseil du 25 juillet 1985 (85/374/CEE) suit ce principe, que l'on retrouve également dans un nombre croissant de conventions internationales (énergie nucléaire, pollution maritime causée par les hydrocarbures). Enfin, le projet de convention concernant les dommages causés pendant le transport de marchandises dangereuses par route, par voie ferrée et par navigation intérieure, élaboré par UNIDROIT et actuellement en voie de négociation au sein de la Commission économique pour l'Europe des Nations Unies, est basé sur le même principe.

De même, le communiqué final de la huitième Conférence des ministres sur la protection du Rhin contre la pollution, tenue à Strasbourg le 1er octobre 1987, à laquelle la Commission des Communautés européennes participait, demande une harmonisation de la législation en matière de responsabilité civile pour les dommages causés par les substances dangereuses, basée sur le principe de la responsabilité sans faute.

Sur le plan des législations nationales, cette même tendance commence à prendre beaucoup d'ampleur. Les législations allemande et belge ont déjà introduit le principe de la responsabilité sans faute. En France, ce principe est bien établi par la jurisprudence. Aux Pays-Bas, la jurisprudence s'en rapproche et une proposition de loi est en cours d'élaboration afin d'introduire ce principe dans le nouveau Code civil. En Espagne, le principe est introduit dans le domaine de la gestion des déchets.

Le principe de la responsabilité objective a finalement été adopté dans les projets d'instruments internationaux mentionnés dans les paragraphes qui précèdent.

[25] Doc. COM(89)282 final-SYN 217, 15 septembre 1989.

B. — Caractéristiques générales du régime

43. L'examen de la pratique internationale permet de dégager des traits communs aux diverses conventions de responsabilité civile. Certains sont résumés dans le Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières[26], instrument qui présente un intérêt pour nous, parce que, à l'égal de notre projet, il traite des activités à risque qui entraînent accidentellement des dommages transfrontières (par pollution dans le cas considéré). Le paragraphe 4 de l'article XV résume fort bien la démarche à suivre en la matière :

> 4. Afin d'assurer une compensation prompte et adéquate pour les dégâts causés par une pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières, les pays devraient, conformément à leur système juridique national, *identifier la (ou les) personne(s) physique(s) ou juridique(s) responsable(s) des dommages résultat d'activités dangereuses**. Sauf disposition contraire, l'exploitant devrait être considéré comme responsable; et dans les cas où plus d'une organisation ou d'une personne est retenue responsable, cette *responsabilité devrait être conjointe et solidaire**.

Le paragraphe 5 dispose que :

> Les pays devraient prévoir une *responsabilité objective** pour les dommages dus à la pollution provoqués par les accidents qui mettent en jeu des activités dangereuses [...]

et le paragraphe 6 que : « lorsque l'incident qui a provoqué le dommage ne peut être identifié [...] les pays devraient notamment envisager la création de *fonds de compensation**. »

44. Cet instrument prévoit donc la responsabilité objective de l'exploitant, lequel doit être identifié conformément à la législation interne ou à la Convention, une responsabilité conjointe et solidaire lorsque plusieurs exploitants sont tenus pour responsables, et la constitution de fonds d'indemnisation lorsque faire se peut. En outre, cependant, *a*) l'exploitant est invariablement tenu de souscrire une assurance ou d'offrir une autre garantie financière pour couvrir soit une somme égale au plafond de l'indemnisation, le cas échéant, soit une somme à déterminer par l'autorité nationale; *b*) pour que ce régime puisse fonctionner, le principe de la non-discrimination doit être respecté, c'est-à-dire que les tribunaux de l'État d'origine doivent traiter de la même manière les résidents et les non-résidents; *c*) les États parties doivent prévoir dans leur droit interne un recours permettant d'obtenir une indemnisation rapide et adéquate ou toute autre réparation des dommages transfrontières résultant [de la pollution], comme le prévoit l'article 235 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer; *d*) dans toutes les matières qui ne sont pas régies directement par la Convention, la législation nationale de la juridiction compétente doit être appliquée, pour autant qu'elle soit compatible avec les dispositions de la Convention; *e*) les jugements exécutoires doivent, sauf disposition contraire, être également exécutoires dans toutes les juridictions; *f*) les sommes accordées par jugement par le tribunal d'un État doivent pouvoir être transférées librement à tout autre État dans une monnaie convenant au bénéficiaire de l'indemnité.

45. Les limites que constituent les dérogations et les délais de prescription doivent s'appliquer également aux cas de responsabilité de l'État et de responsabilité civile.

C. — Les parties responsables : « canalisation » de la responsabilité

1. Commentaires explicatifs

46. Comme nous l'avons vu, il y a lieu d'établir la partie qui, dans l'État d'origine, est en principe responsable du dommage transfrontière causé afin de faciliter l'introduction d'une instance par les victimes. Cette procédure se retrouve dans toutes les conventions sur la responsabilité civile où la responsabilité est « canalisée », ou « assignée » à certaines personnes : les victimes doivent intenter des poursuites contre l'exploitant responsable ou contre son assureur ou garant financier, mais contre nul autre. L'exploitant peut normalement se retourner contre tout tiers contre lequel il possède un recours légal (par exemple contre le fournisseur qui lui a vendu un matériel défectueux, cause de l'accident), sauf dans le cas de la Convention de Paris, la Convention de Vienne et la Convention relative à la responsabilité des exploitants de navires nucléaires, ainsi que de la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages de pollution par les hydrocarbures résultant de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales du sous-sol marin où, en raison peut-être de l'ampleur des risques et du montant des primes d'assurance correspondantes, l'exploitant se voit refuser cette possibilité et demeure seule partie astreinte à s'assurer.

47. Habituellement, c'est la partie qui contrôle l'activité au moment où se produit l'incident qui est tenue pour responsable. C'est l'exploitant qui, couramment, exerce ce contrôle. Quelques conventions établissent une présomption, à savoir que le contrôle est exercé par la personne dont le nom figure dans les registres publics de l'État d'origine en tant que propriétaire de l'installation, du navire ou du bien considéré et, en l'absence de tels registres, ces conventions disposent que la responsabilité est directement imputée au propriétaire [Convention relative aux dommages causés aux tiers à la surface par des aéronefs étrangers, art. 2, par. 1 à 3; Convention sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport de marchandises dangereuses par route, rail et bateaux de navigation intérieure (CRTD), art. 1, par. 8].

48. Certains instruments envisagent également le cas où le dommage est causé par un fait continu ou par une succession de faits ayant la même origine (Convention de Lugano, art. 6, par. 1 à 4; Convention sur la responsabilité civile pour les dommages de pollution par les hydrocarbures résultant de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales du sous-sol marin, art. 3).

49. L'instrument dont nous pouvons le mieux nous inspirer pour déterminer la partie responsable est indéniablement la Convention de Lugano, puisqu'elle vise, comme notre projet, à couvrir toutes les activités dangereuses.

50. Ce texte établit dès le préambule, un régime de responsabilité objective tenant compte du principe

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

« pollueur-payeur » et rappelle le principe 13 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, aux termes duquel

> Les États doivent élaborer une législation nationale concernant la responsabilité de la pollution et d'autres dommages à l'environnement et l'indemnisation de leurs victimes. Ils doivent aussi coopérer diligemment et plus résolument pour développer davantage le droit international concernant la responsabilité et l'indemnisation en cas d'effets néfastes de dommages causés à l'environnement dans des régions situées au-delà des limites de leur juridiction par des activités menées dans les limites de leur juridiction compétence ou sous leur contrôle[27].

51. L'article 2 de la Convention de Lugano (Définitions) dispose que « Exploitant » signifie la personne qui exerce le contrôle d'une activité dangereuse ». À l'article 6 (Responsabilité à l'égard des substances, des organismes et de certaines installations ou sites de déchets), les paragraphes 1 à 3 présentent un intérêt pour notre objet. Ils se lisent comme suit :

> 1. L'exploitant d'une activité dangereuse visée à l'article 2, paragraphe 1, alinéas *a* à *c*, est responsable des dommages causés par cette activité, résultant d'événements survenus au moment ou pendant la période où il exerçait le contrôle de celle-ci.
>
> 2. Si un événement consiste en un fait continu, tous les exploitants ayant exercé successivement le contrôle de l'activité dangereuse pendant la durée de cet événement sont solidairement responsables. Toutefois, si un exploitant prouve que le fait survenu pendant la période où il exerçait le contrôle de l'activité dangereuse n'a causé qu'une partie du dommage, il n'est responsable que de cette partie du dommage.
>
> 3. Si un événement consiste en une succession de faits ayant la même origine, les exploitants ayant exercé le contrôle de l'activité dangereuse au moment où s'est produit l'un quelconque de ces faits sont solidairement responsables. Toutefois, si un exploitant prouve que le fait survenu au moment où il exerçait le contrôle de l'activité dangereuse n'a causé qu'une partie du dommage, il n'est responsable que de cette partie du dommage.

52. Le paragraphe 4 s'applique à une activité dangereuse qui apparaît après la cessation définitive de toute activité de ce type dans une installation ou un site déterminé. En pareil cas, s'il se produit un dommage imputable à l'activité, le dernier exploitant est tenu pour responsable, à moins que lui-même ou la victime ne prouve que tout ou partie du dommage a été causé par un événement survenu avant qu'il ne soit devenu l'exploitant, auquel cas les dispositions des paragraphes 1 à 3 sont applicables.

53. L'article 7 a trait à la responsabilité à l'égard des sites de stockage permanent des déchets. Ces points sont inclus à juste titre dans la Convention précitée parce que la définition de l'« activité dangereuse » pour l'environnement figurant à l'article 2 fait expressément mention, à l'alinéa *c* du paragraphe 1, de « l'exploitation d'une installation ou d'un site d'incinération, de traitement, de manipulation ou de recyclage de déchets » et, à l'alinéa *d*, de « l'exploitation d'un site de stockage permanent des déchets ». Dans le cas de notre projet, comme nous n'avons pas encore entrepris de recenser les activités qu'il englobera, (nous nous en sommes jusqu'ici tenus à la notion de « risque significatif »), l'examen de la notion couverte par ces deux points devra être différé.

54. Le paragraphe 4 de l'article 7 présente lui aussi un intérêt de notre point de vue. Il se lit :

> Aucune disposition de la présente Convention ne porte atteinte aux droits de recours de l'exploitant contre toute tierce personne.

Ce libellé montre clairement qu'il appartient à la législation nationale d'aménager ce recours et, en outre, que les auteurs de cette convention ont choisi une autre voie que ceux des conventions nucléaires où les pertes restent à la charge de l'exploitant ou de son assureur.

2. Textes proposés

55. Pour les raisons exposées ci-dessus, le Rapporteur spécial propose les textes ci-après.

56. À l'article 2 (Expressions employées), il faudrait ajouter un alinéa ainsi libellé :

> « Le terme « exploitant » s'entend d'une personne qui exerce le contrôle d'une activité visée à l'article premier. »

57. Il faudrait ajouter les articles qui suivent, dont la numérotation serait celle adoptée par le Comité de rédaction dans le texte définitif :

« Article A. — Responsabilité de l'exploitant

L'exploitant d'une activité visée à l'article premier est responsable de tout dommage transfrontière important causé par cette activité pendant la période où il exerçait le contrôle de celle-ci.

a) Si un événement consiste en un fait continu, ou en une série de faits ayant la même origine, les exploitants responsables au sens du paragraphe qui précède sont solidairement responsables;

b) Si l'exploitant prouve que, pendant la durée du fait continu dont il est responsable, une partie seulement du dommage a été causée, il est responsable de cette partie du dommage;

c) Si l'exploitant prouve que le fait s'inscrivant dans une série d'événements de même origine dont il est responsable n'a causé qu'une partie du dommage, il est responsable de cette partie du dommage.

Article B. — Recours contre des tiers

Aucune disposition des présents articles ne porte atteinte au droit de recours que la loi appliquée par le tribunal compétent confère à l'exploitant contre toute tierce personne. »

D. — Obligation de souscrire une assurance

1. Commentaires explicatifs

58. Comme nous l'avons déjà vu, dans tous les instruments portant sur la responsabilité civile, l'exploitant est

[27] *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992* [A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I, Vol.I/Corr.1, Vol. II, Vol. III et Vol. III/Corr.1)] (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatifs), vol. I : *Résolutions adoptées par la Conférence*, résolution 1, annexe I, p. 4.

tenu de souscrire une assurance pour payer les dommages. Certains instruments déterminent le montant de l'assurance par rapport à la limite fixée en matière d'indemnisation, limite que les autorités nationales peuvent réduire, dans certains cas, après évaluation du danger que présente l'activité en question. Dans un instrument comme le nôtre, qui prétend couvrir toutes les activités dangereuses, il serait difficile d'établir de telles limites vu que celles-ci varient d'une activité à l'autre. La Convention de Lugano qui, comme nous l'avons vu, a également un caractère général, ne le fait pas.

59. En outre, les autorités nationales devraient être libres de fixer le montant minimum de l'assurance ou de la garantie financière, en se basant sur leur appréciation du risque inhérent aux activités dangereuses, conformément au projet d'article 12[28].

60. Le commentaire de l'article 12 de la Convention de Lugano figurant dans le rapport explicatif annexé à la Convention[29] est libellé comme suit :

La Convention fait obligation aux Parties, dans les cas appropriés, de s'assurer dans leur droit interne que les exploitants ont une garantie financière pour couvrir la responsabilité prévue par la Convention et d'en déterminer le champ d'application, les conditions et les caractéristiques. En particulier, la garantie financière peut être cantonnée dans une certaine limite.

La disposition invite les Parties contractantes à prendre en considération, dans la détermination des activités soumises à l'obligation de garantie financière, les risques de l'activité.

Lors de la mise en œuvre de cet article, les considérations suivantes peuvent être prises en compte. La première tient au fait que certaines activités présentent, par elles-mêmes, des risques accrus de provoquer des dommages, la seconde est relative à la capacité financière de certaines entreprises qui peut ne pas leur permettre de faire face au paiement des indemnités allouées aux victimes sans le secours d'une garantie financière, et la troisième tend à éviter que l'obligation ne soit inapplicable par suite de l'impossibilité de prévoir le risque et d'établir une garantie financière pour couvrir ce risque.

Le plan de sécurité financière ou la garantie financière, prévus dans cet article, peuvent exister sous des formes différentes, par exemple un contrat d'assurance ou une coopération financière entre exploitants d'un certain type d'activités dangereuses afin de couvrir les risques occasionnés par ces activités. De tels plans financiers auront pour fonction de garantir la réparation du dommage causé par une activité dangereuse exercée par l'un de ces exploitants.

Il sera aussi possible de couvrir les risques concernés par un contrat d'assurance. Une autre possibilité serait qu'un exploitant ait lui-même des ressources financières suffisantes pour couvrir les risques des activités dangereuses qu'il exerce.

Il est vraisemblable qu'après l'entrée en vigueur de la Convention, le marché de l'assurance dans le domaine des dommages à l'environnement se développera dans la mesure où les risques et la responsabilité pour la pollution seront mieux connus, et les plans de sécurité financière seront graduellement remplacés par des contrats d'assurance.

2. Textes proposés

61. Compte tenu de ce qui précède, le Rapporteur spécial propose les articles ci-après :

« Article C. — Garanties financières ou assurance

Pour couvrir la responsabilité visée par les présents articles, les États d'origine devront, dans les cas appropriés, exiger des exploitants qui exercent une activité dangereuse sur leur territoire ou, d'une manière ou d'une autre, sous leur juridiction ou contrôle, qu'ils participent à un régime de sécurité financière ou fournissent toute autre garantie financière dans les limites que fixeront les autorités desdits États en fonction de l'évaluation du risque lié à l'activité en question et dans les conditions fixées par le droit interne.

Article D. — Action engagée directement contre l'assureur ou le garant

Toute action en réparation pourra être dirigée directement contre l'assureur ou toute autre personne ayant fourni les garanties financières visées à l'article qui précède. »

E. — Tribunal compétent

1. Commentaires explicatifs

62. Les conventions existantes diffèrent au sujet du choix offert à la victime en matière de juridiction. La Convention de Paris (art. 13) et la Convention de Vienne (art. 11) limitent ce choix au tribunal compétent de l'État où est située l'installation nucléaire. Le projet de protocole sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommage résultant des mouvements transfrontières et de l'élimination des déchets dangereux[30], mis au point par le Groupe de travail spécial constitué d'experts juridiques et techniques nommé par la Conférence des parties à la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination, fixe, à l'article 10, trois bases de compétence : *a*) le lieu où le dommage a été subi; *b*) le lieu où le dommage causé a son origine; et *c*) le lieu où le responsable présumé a sa résidence, son domicile ou son établissement principal. Le projet de protocole exige également de chaque partie contractante qu'elle veille à ce que ses tribunaux aient compétence pour connaître des demandes d'indemnisation en question. L'article 19 de la Convention de Lugano fixe pratiquement les mêmes bases de compétence que le projet de protocole, à cette seule différence que, à l'alinéa *c*, la compétence est limitée au lieu où le défendeur a sa « résidence habituelle ». Dans son article 19, la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport de marchandises dangereuses par route, rail et bateaux de navigation intérieure (CRTD) définit quatre bases de compétence : *a*) le lieu où le dommage a été subi; *b*) le lieu où l'incident s'est produit; *c*) le lieu où ont été prises les mesures destinées à prévenir ou minimiser le dommage (ce que nous appelons ici les « mesures de lutte »); et *d*) le lieu où le transporteur a sa résidence habituelle. Étant donné que le lieu où le dommage a son origine (base *b* dans le projet de protocole) est généralement le lieu où l'incident s'est produit (base *b* dans la CRTD) et comme, dans ce dernier cas, le transporteur est le « responsable présumé » du projet de protocole, l'élément nouveau introduit par la CRTD est la juridiction du tribunal du lieu où les mesures préventives ont été prises. L'article 20 de la Convention relative aux

[28] Voir *supra* note 20.

[29] Voir supplément à CDCJ(92)50, par. 67.

[30] Voir *supra* note 11.

dommages causés aux tiers à la surface par des aéronefs étrangers ne mentionne que les tribunaux de l'État où le dommage s'est produit, à moins qu'il n'en soit convenu autrement. L'article 11 de la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages de pollution par les hydrocarbures résultant de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales du sous-sol marin stipule que les tribunaux compétents sont : *a*) les tribunaux de l'État partie où le dommage causé par l'incident a été subi; ou *b*) les tribunaux de l'État qui exerce le contrôle, celui-ci étant défini au paragraphe 4 de l'article premier comme l'État partie qui exerce des droits souverains en matière de recherche ou d'exploitation des ressources des fonds marins et de leur sous-sol dans la zone dans laquelle ou sur laquelle est située l'installation. Dans ce contexte, l'État qui « exerce le contrôle » semble correspondre à l'État d'« origine » de notre projet d'articles, puisque c'est celui où est située l'installation responsable de l'activité polluante.

63. Nous pensons que le demandeur devrait pouvoir choisir entre différentes juridictions, selon l'importance que revêt tel ou tel avantage : *a*) les tribunaux de l'État d'origine; ce choix est préférable si l'intérêt de la victime est d'obtenir des preuves concernant l'incident lui-même; *b*) l'État affecté; là, il est plus facile de rassembler des preuves du dommage causé, outre le fait que, si elle réside effectivement dans cet État, la victime est sans doute plus familiarisée avec la procédure à suivre. Le demandeur devrait être mieux à même de faire valoir ses droits s'il n'est pas obligé d'engager une procédure loin de son lieu de résidence, avec toutes les dépenses et les incertitudes que cela implique. Une troisième possibilité serait le lieu où le demandeur a sa résidence habituelle, son domicile ou son établissement principal, et ce pour les raisons indiquées ci-dessus à propos de la deuxième possibilité. En revanche, il ne semble pas justifié d'envisager, comme quatrième option, les tribunaux du lieu où les mesures de lutte ont été prises; tout indique en effet que, dans la grande majorité des cas, ces mesures doivent être prises sur le territoire de l'État d'origine ou de l'État affecté, de sorte que la possibilité assez lointaine où ces mesures seraient adoptées dans un pays tiers ne vaut pas la peine d'être prise en considération.

2. Texte proposé

64. Compte tenu de ce qui précède, le Rapporteur spécial propose l'article suivant :

« *Article E. — Tribunal compétent*

Les actions en réparation de dommages impliquant la responsabilité civile de l'exploitant ne peuvent être introduites que devant les tribunaux compétents d'un État partie qui est l'État affecté, l'État d'origine ou l'État où l'exploitant responsable a son domicile, sa résidence ou son établissement principal. »

F. — Application de la loi nationale sans discrimination

1. Commentaires explicatifs

65. La loi nationale doit permettre de compléter le projet d'articles dans les domaines non traités par ces derniers, et ce, naturellement, d'une manière qui soit fidèle à la lettre, à l'esprit et au but dudit projet. La loi nationale s'entend ici de la loi appliquée par le tribunal ayant compétence pour connaître de l'affaire dont il s'agit.

66. Le principe de la non-discrimination énoncé à l'article 10 du projet[31] est conçu comme suit :

« 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 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**. »

La deuxième phrase semble s'appliquer pleinement au chapitre relatif à la responsabilité civile et trouve un précédent, notamment à l'alinéa *c* de l'article 14 de la Convention de Paris, qui dispose : « Le droit et la législation nationale doivent être appliqués sans aucune discrimination fondée sur la nationalité, le domicile ou la résidence. » Dans le sixième rapport, à l'article 30 relatif à l'application du droit national, nous avons introduit une phrase libellée selon le texte de la Convention de Paris, qui stipulait que le droit et la législation nationale devaient s'appliquer sans discrimination fondée sur la nationalité, le domicile ou la résidence. Nous reconnaissons cependant que, si l'article 10 est accepté sous la forme proposée, il sera inutile de répéter la seconde phrase de cet article dans le chapitre relatif à la responsabilité.

2. Textes proposés

67. Compte tenu de ce qui précède, le Rapporteur spécial propose les articles suivants :

« *Article F. — Recours internes*

Les Parties prévoient dans leur législation interne les recours judiciaires qui permettent l'indemnisation prompte et adéquate ou autre réparation pour les dommages causés par les activités visées à l'article premier.

Article G. — Application de la législation nationale

Les tribunaux compétents appliquent leur législation nationale à toutes les questions de fond et de procédure qui ne sont pas spécifiquement traitées dans les présents articles. »

[31] L'article 10 avait été présenté par le Rapporteur spécial dans son sixième rapport [*Annuaire... 1990*, vol. II (1re partie), p. 87 et suiv., doc. A/CN.4/428 et Add.1, notamment p. 96, 97 et 113].

G. — Causalité

1. Commentaires explicatifs

68. La Convention de Lugano, à son article 10, prévoit une disposition qui se lit comme suit :

> Lorsqu'il apprécie la preuve du lien de causalité entre l'événement et le dommage ou, dans le cadre d'une activité dangereuse définie à l'article 2, paragraphe 1, alinéa *d*, entre cette activité et le dommage, le juge tient dûment compte du risque accru de provoquer le dommage inhérent à l'activité dangereuse.

Cette disposition est analogue à celle que l'on trouve dans la législation interne de certains pays. Selon le rapport explicatif qui accompagnait ce document :

> Cet article tient à inciter le juge, lorsqu'il apprécie la preuve du lien de causalité entre l'événement et le dommage ou, en ce qui concerne les sites de stockage permanent des déchets, entre l'activité et le dommage, à prendre en compte l'aggravation des risques de dommage que peut entraîner une activité dangereuse spécifique. Pour favoriser l'obtention d'une compensation, cet article prend en compte les risques spécifiques que présentent certaines activités dangereuses de provoquer un dommage. La Convention ne pose pas une véritable présomption de lien de causalité. La disposition en cause complète la responsabilité sans faute. Elle s'inscrit ainsi dans l'ensemble des règles destinées à faciliter à la victime la preuve d'un lien de causalité, qui, en pratique, pourrait s'avérer difficile[32].

69. Dans le Livre vert sur la réparation des dommages causés à l'environnement adressé par la Commission des Communautés européennes au Conseil et Parlement européen et au Comité économique et social, on trouve une disposition qui porte sur les problèmes liés à la preuve du lien de causalité :

> Pour être indemnisée, la victime doit prouver que le dommage résulte d'un acte de la partie incriminée ou d'un accident relevant de la responsabilité de cette dernière. Les dommages à l'environnement posent des problèmes particuliers à cet égard. Comme l'indique le passage consacré à la pollution chronique, l'établissement d'un lien de causalité peut s'avérer impossible si le dommage est la conséquence de l'activité de plusieurs parties. Des difficultés se posent également si l'atteinte ne se manifeste qu'après un certain laps de temps. Enfin, en l'état actuel, la science ne se prononce pas de façon certaine quant au lien de causalité entre une exposition à une pollution et un dommage. La partie responsable en puissance peut tenter de réfuter les preuves de causalité apportées par la victime en produisant d'autres explications scientifiques du dommage[33].

2. Texte proposé

70. Nous estimons qu'une disposition analogue pourrait être proposée à la Commission en tant qu'article H, car elle serait conforme à l'esprit de nos articles, qui visent à faciliter l'action en justice intentée par une victime innocente pour obtenir réparation des dommages qu'elle a subis. Comme nous n'avons pas encore décidé si une activité impliquant un site de stockage permanent des déchets devait ou non faire spécifiquement partie de la définition des activités dangereuses, le libellé ne devrait pas pour le moment couvrir cette possibilité. Il sera néanmoins extrêmement important de souligner, peut-être dans le commentaire, qu'un tel article n'établit pas de présomption de causalité entre l'événement et le dommage.

[32] Voir doc. CDCJ(92)50 (*supra* note 28), par. 63.

[33] Doc. COM(93)47 final, Bruxelles, 14 mai 1993, p. 10 et 11, par. 2.1.8.

« *Article H*

Lorsqu'il apprécie la preuve du lien de causalité entre l'événement et le dommage, le tribunal tient dûment compte du risque accru de provoquer ce dommage inhérent à l'activité dangereuse. »

H. — Force exécutoire du jugement

1. Commentaires explicatifs

71. Les conventions sur la responsabilité civile comprennent normalement une disposition sur la force exécutoire du jugement, et nous estimons qu'il faudrait aussi inclure une telle disposition dans nos articles dans la mesure où leur portée est à la fois générale (ils cherchent à couvrir toutes les activités dangereuses susceptibles de provoquer des risques importants) et mondiale (par opposition à régionale). En fait, ces caractéristiques obligent à tenir compte des divergences considérables entre les conceptions de l'ordre public dans les différents pays auxquels l'article s'appliquerait, et entre les autres possibilités que couvre l'article que nous proposons.

72. La Convention de Paris (art. 13, al. *e*) stipule :

> Lorsque les jugements prononcés contradictoirement ou par défaut par le tribunal compétent en vertu des dispositions du présent article sont exécutoires d'après les lois appliquées par ce tribunal, ils deviennent exécutoires sur le territoire de toute autre Partie contractante dès l'accomplissement des formalités prescrites par la Partie contractante intéressée. Aucun nouvel examen du fond de l'affaire n'est admis. Cette disposition ne s'applique pas aux jugements qui ne sont exécutoires que provisoirement.

73. De son côté, la Convention de Vienne (art. XII) stipule :

> 1. Tout jugement définitif prononcé par un tribunal ayant la compétence juridictionnelle en vertu de l'article XI doit être reconnu sur le territoire de toute autre Partie contractante, à moins que :
>
> *a*) Le jugement n'ait été obtenu par dol;
>
> *b*) La personne contre laquelle le jugement a été prononcé n'ait pas eu la possibilité de présenter sa cause dans des conditions équitables;
>
> *c*) Le jugement ne soit contraire à l'ordre public de la Partie contractante où il doit être reconnu ou ne soit pas conforme aux normes fondamentales de la justice;
>
> 2. Tout jugement définitif qui est reconnu et dont l'exécution est demandée dans la forme requise par le droit de la Partie contractante où cette exécution est recherchée, est exécutoire comme s'il s'agissait d'un jugement d'un tribunal de cette Partie contractante.
>
> 3. Toute affaire sur laquelle un jugement a été rendu ne peut faire l'objet d'un nouvel examen au fond.

74. De même, la CRTD (art. 20) stipule :

> 1. Tout jugement rendu par un tribunal compétent en vertu de l'article 19, exécutoire dans l'État d'origine où il ne peut plus faire l'objet d'un recours ordinaire, est reconnu dans tout autre État partie, sauf :
>
> *a*) Si le jugement a été obtenu frauduleusement; ou
>
> *b*) Si le défendeur n'a pas été averti dans des délais raisonnables et mis en mesure de présenter sa défense; ou
>
> *c*) Si le jugement est inconciliable avec un jugement antérieur, fondé sur les mêmes motifs et rendu entre les mêmes parties, prononcé dans l'État où la reconnaissance est demandée ou prononcé dans un autre État partie, compétent selon l'article 19 et reconnu déjà dans l'État où la reconnaissance est demandée.

2. Tout jugement qui est reconnu en vertu du paragraphe précédent est exécutoire dans chaque État partie dès que les procédures exigées dans ledit État ont été remplies. Ces procédures ne sauraient autoriser une révision au fond de la demande.

Ce texte ne comporte pas le motif de l'ordre public, mais inclut par contre, à l'alinéa *c* du paragraphe 1, celui de l'inconciliabilité avec un jugement antérieur contraire si celui-ci a été prononcé dans l'État où la reconnaissance est demandée et est fondé sur les mêmes motifs et rendu entre les mêmes parties. Le rapport explicatif à la CRTD ne présente pas de bonne raison expliquant ce changement, sauf que l'on avait essayé de limiter le plus possible le nombre de motifs[34].

75. La Convention de Lugano contient une disposition similaire (art. 23), qui reprend le motif de l'ordre public, omet celui du dol et ajoute celui de l'inconciliabilité avec « une décision rendue entre les mêmes parties dans la Partie requise », et aussi avec une décision rendue antérieurement *dans un autre État* membre lorsque cette dernière décision « réunit les conditions nécessaires à sa reconnaissance dans la Partie requise ». Le rapport explicatif[35] indique que les règles sont fondées sur les Conventions de Bruxelles (1968) et de Lugano (1988) concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

2. Texte proposé

76. Compte tenu de ce qui précède, le Rapporteur spécial propose l'article suivant :

« *Article I. — Force exécutoire du jugement*

1. Tout jugement définitif prononcé par le tribunal compétent est exécutoire en vertu de la législation appliquée par ce tribunal et doit être reconnu dans le territoire de toute autre partie contractante, sauf si :

a) Le jugement a été obtenu frauduleusement;

b) Le défendeur n'a pas été averti dans des délais raisonnables et mis en mesure de présenter sa défense dans des conditions appropriées;

c) Le jugement est contraire à l'ordre public de la partie contractante où il doit être reconnu ou n'est pas conforme aux normes fondamentales de la justice;

d) Le jugement est inconciliable avec un jugement antérieur rendu dans l'État où la reconnaissance est demandée dans un litige ayant le même objet et entre les mêmes parties.

2. Tout jugement reconnu en vertu du paragraphe 1 est exécutoire dans chaque État membre, dès que les formalités exigées par l'État membre dans lequel l'exécution est demandée ont été remplies. Aucun nouvel examen du fond de l'affaire n'est admis. »

I. — Exonérations de responsabilité

1. Commentaires explicatifs

77. Dans le sixième rapport, nous disions[36] :

La majeure partie des conventions traitant de la responsabilité du chef de dommages causés par des activités spécifiques prévoient des cas exceptionnels où, dans des circonstances déterminées, la responsabilité n'est pas mise en jeu ou n'est pas imputée à certaines personnes, que ces conventions traitent de responsabilité civile ou de responsabilité de l'État, même quand la responsabilité est objective. Ainsi, la Convention de 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, qui établit la responsabilité de l'État du chef desdits dommages, prévoit au paragraphe 1 de l'article VI, que

> [...] un État de lancement est exonéré de la responsabilité absolue dans la mesure où il établit que le dommage résulte, en totalité ou en partie, d'une faute lourde ou d'un acte ou d'une omission commis dans l'intention de provoquer un dommage, de la part d'un État demandeur ou des personnes physiques ou morales que cet État représente.

Cette disposition est la seule cause d'exonération de la responsabilité prévue dans la Convention en question.

Les autres conventions prévoient des causes supplémentaires d'exonération. Le principe est de « canaliser » la responsabilité objective et de la faire porter par l'exploitant, considéré comme seul responsable des dommages. [...] La Convention de Vienne de 1963 relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires prévoit, au paragraphe 2 de l'article IV, une exception analogue à celle citée précédemment en cas de « négligence grave » ou d'action ou d'omission dolosive de la part de la victime apparente, mais en laissant toute liberté d'appréciation au tribunal et à condition que la législation nationale aille dans le même sens. En revanche, cette convention n'oppose, au paragraphe 3 du même article IV, aucune restriction à l'exception prévue en cas de dommage nucléaire causé par un accident nucléaire *a*) résultant directement « d'actes de conflit armé, d'hostilités, de guerre civile ou d'insurrection », ou *b*) « d'un cataclysme naturel de caractère exceptionnel ».

Sauf dans les cas où la législation nationale en dispose autrement.

78. Le rapport continue comme suit :

La Convention de Wellington de 1988 [sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique] stipule, au paragraphe 4 de l'article 8, que :

> La responsabilité d'un opérateur n'est pas engagée [...] si ledit opérateur apporte la preuve que les dommages ont été causés directement par [...] :
>
> *a*) un événement constituant, au vu des circonstances de l'Antarctique, une catastrophe naturelle de caractère exceptionnel qu'il aurait été impossible de prévoir raisonnablement; ou
>
> *b*) un conflit armé, au cas où il se produirait nonobstant le Traité sur l'Antarctique, ou un acte de terrorisme dirigé contre les activités de l'opérateur, contre lequel aucune mesure de précaution raisonnable n'aurait pu être efficace.

et ajoute au paragraphe 6 :

> Si un opérateur apporte la preuve que les dommages ont été causés, en totalité ou en partie, par un acte ou une omission volontaire ou une négligence grave de la partie demandant réparation, cet opérateur peut être exonéré, totalement ou partiellement, de son obligation de payer une indemnité au titre des dommages subis par [ladite] partie.

[34] CEE, *Convention sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport de marchandises dangereuses par route, rail et bateaux de navigation intérieure. — Rapport explicatif* (ECE/TRANS/84) [publication des Nations Unies, numéro de vente : F.90.II.E.39], p. 58, par. 126.

[35] Voir *supra* note 29.

[36] Doc. A/CN.4/428 et Add.1 (voir *supra* note 31), par. 56 à 59.

Plusieurs projets importants, en cours d'examen dans divers organismes, consacrent eux aussi le principe de telles exceptions. Ainsi, dans le projet de règles du Conseil de l'Europe sur la réparation des dommages causés à l'environnement [établi à l'attention du Comité européen de coopération juridique par le Comité d'experts sur l'indemnisation des dommages causés à l'environnement], la règle 3, qui traite de la responsabilité de l'exploitant, prévoit, au paragraphe 4, que :

> L'exploitant n'est pas responsable s'il prouve :
>
> *a*) que le dommage résulte exclusivement d'un acte de guerre, d'hostilités, d'une guerre civile, d'une insurrection ou d'un phénomène naturel de caractère exceptionnel, inévitable et irrésistible;
>
> *b*) que le dommage résulte exclusivement du fait qu'un tiers a agi dans l'intention de causer un dommage, en dépit des mesures de sécurité adaptées au type d'activité dangereuse en cause;
>
> *c*) que le dommage résulte exclusivement d'un acte effectué en exécution d'un commandement ou d'une disposition expresse d'une autorité publique.

79. Enfin, le rapport indique que, aux termes des paragraphes 4 et 5 de l'article 5 de la CRTD :

> Le transporteur n'est pas responsable s'il prouve :
>
> *a*) que le dommage résulte d'un acte de guerre, d'hostilités, d'une guerre civile, d'une insurrection ou d'un phénomène naturel de caractère exceptionnel, inévitable et irrésistible; ou
>
> *b*) que le dommage résulte en totalité du fait qu'un tiers a agi ou omis d'agir dans l'intention de causer un dommage; [...]
>
> [...]
>
> Si le transporteur prouve que le dommage résulte en totalité ou en partie soit du fait que la personne qui l'a subi a agi ou omis d'agir dans l'intention de causer un dommage, soit de la négligence de cette personne, le transporteur peut être exonéré de tout ou partie de sa responsabilité envers ladite personne.

80. En ce qui concerne les instruments mentionnés dans le sixième rapport, il conviendrait d'ajouter que la Convention de Lugano, maintes fois citée dans le présent rapport, inclut dans son texte final ces trois motifs d'exonération de responsabilité, et en ajoute deux autres touchant les cas dans lesquels le dommage résulte d'une pollution d'un niveau acceptable eu égard aux circonstances locales pertinentes (al. *d*) ou résulte d'une activité dangereuse menée licitement dans l'intérêt de la victime, dans la mesure où il était raisonnable de l'exposer aux risques de cette activité dangereuse (al. *e*). La CRTD, elle aussi maintes fois citée dans le présent rapport, reproduit textuellement, au paragraphe 4 de l'article 5, les motifs mentionnés et ajoute un alinéa *c*, propre à un instrument sur les transports :

> [Le transporteur n'est pas responsable s'il prouve] que l'expéditeur ou toute autre personne ne s'est pas acquitté de son obligation de l'informer de la nature dangereuse des marchandises, et que ni lui ni ses préposés ou mandataires n'avaient connaissance ou n'auraient dû avoir connaissance de leur nature.

Le paragraphe 5 de l'article 5 demeure inchangé.

81. Les tentatives les plus récentes suivent les mêmes lignes générales que les conventions que nous venons d'examiner. Le projet de protocole à la Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination[37], comporte à l'article 4 un paragraphe 4 qui se lit comme suit :

> La responsabilité n'est pas engagée si le dommage résulte :
>
> *a*) D'un acte *imprévisible** de conflit armé, d'hostilités, de guerre civile ou d'insurrection;
>
> *b*) D'un phénomène naturel imprévisible de caractère exceptionnel, inévitable et irrésistible;
>
> *c*) D'un acte commis par une tierce partie dans l'intention de causer un dommage et qui est la raison exclusive du dommage, toutes les mesures de sûreté raisonnables ayant par ailleurs été prises pour prévenir les conséquences d'un tel acte;
>
> *d*) De l'exécution d'un ordre spécifique ou de mesures obligatoires d'une autorité publique.

Et le paragraphe 5 se lit comme suit :

> Il peut y avoir exonération partielle [ou totale] de l'obligation d'indemnisation si la personne qui a subi le dommage ou une personne dont elle est responsable en vertu de la législation nationale a, de par sa propre faute, contribué au [ou est la cause exclusive du] dommage compte tenu de toutes les circonstances.

Comme on peut le voir, les motifs d'exonération de responsabilité sont définis un peu plus strictement dans ce texte. Il reste toutefois à voir si cette tendance se confirmera dans le texte définitif.

82. Si la responsabilité de l'État en matière d'indemnisation est engagée à la suite d'un acte dolosif, ce sont les motifs pertinents d'exonération pour cause de dol énoncés dans la première partie du projet de la Commission qui sont applicables[38]. Si l'on suit le régime des conventions sur les dommages nucléaires, la responsabilité de l'État serait de même nature que celle de la partie privée dont elle est dérivée, et dans ce cas les mêmes motifs d'exonération s'appliqueraient à l'État et à l'exploitant, et la responsabilité de l'État pour les montants dus serait traitée de la même manière que celle de l'exploitant. Enfin, si c'est la troisième solution avancée qui l'emporte, c'est à dire la non-responsabilité de la part de l'État du chef des événements, la relation s'établirait d'État à État, comme nous l'avons vu, et ce sont les motifs d'exonération pour cause de dol qui s'appliqueraient.

2. Texte proposé

83. Compte tenu de ce qui précède, le Rapporteur spécial propose l'article suivant :

« *Article J. — Exonération*

1. L'exploitant n'est pas responsable :

a) Si le dommage est directement attribuable à un acte de guerre, des hostilités, une guerre civile, une insurrection, ou à un phénomène naturel de caractère exceptionnel, inévitable et irrésistible; ou

b) Si le dommage résulte en totalité du fait qu'un tiers a agi ou omis d'agir dans l'intention de causer un dommage.

2. Si l'exploitant prouve que le dommage résulte en totalité ou en partie, soit du fait que la personne qui l'a subi a agi ou omis d'agir dans l'intention de causer un dommage, soit de la négligence de cette personne, il peut être exonéré de tout ou partie de sa responsabilité envers ladite personne. »

[37] Voir *supra* note 11.

[38] Pour le texte des articles pertinents de la première partie du projet sur la responsabilité des États, voir *Annuaire... 1980*, vol. II (2e partie), par. 34.

CHAPITRE IV

Disposition commune sur la responsabilité des États et la responsabilité civile

A. — Commentaires explicatifs

84. Le délai de prescription de l'action en responsabilité devrait s'appliquer dans une égale mesure à la responsabilité délictuelle et à la responsabilité objective. Dans notre sixième rapport[39], nous disions ce qui suit à l'appui du texte d'article 27 qui y était proposé :

La plupart des conventions prévoient aussi un délai d'échéance ou d'extinction de l'action en responsabilité. Les conventions déjà citées à l'appui de l'article 26 peuvent également servir d'exemple dans le cas présent. La Convention de 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux établit, à l'article X, le principe de la prescription comme suit :

Article X

1. La demande en réparation peut être présentée à l'État de lancement dans un délai d'un an à compter de la date à laquelle s'est produit le dommage ou à compter de l'identification de l'État de lancement qui est responsable.

2. Si toutefois un État n'a pas connaissance du fait que le dommage s'est produit ou n'a pas pu identifier l'État de lancement qui est responsable, sa demande est recevable dans l'année qui suit la date à laquelle il prend connaissance des faits susmentionnés; toutefois, le délai ne saurait en aucun cas dépasser une année à compter de la date à laquelle l'État, agissant avec toute diligence, pouvait raisonnablement être censé avoir eu connaissance des faits.

[...]

La Convention de Paris de 1960 et la Convention de Vienne de 1963 sur la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires prévoient, respectivement à l'article 8 et à l'article VI, un délai de dix ans à compter de la date de l'accident nucléaire. Le projet de règles du Conseil de l'Europe fixe, dans la règle 9, à trois ou à cinq ans (le chiffre n'a pas encore été arrêté) le délai qui court à compter du moment où l'acteur a eu connaissance, ou aurait raisonnablement dû avoir connaissance, du dommage et de l'identité de l'exploitant. Dans tous les cas, les actions se prescrivent par trente ans à compter de la date de l'accident. La Convention CRTD de 1989 fixe, dans l'article 18, à trois ans le délai qui court à compter de la date où la victime a eu connaissance ou aurait dû avoir connaissance du dommage et de l'identité du transporteur.

85. Il convient d'ajouter que le projet de texte cité est devenu la Convention de Lugano, qui aborde la question à l'article 17, dont le paragraphe 1 fixe à trois ans le délai qui court

à compter de la date à laquelle le demandeur a eu connaissance, ou aurait raisonnablement dû avoir connaissance, du dommage ainsi que de l'identité de l'exploitant. Le droit des Parties régissant la suspension ou l'interruption des délais s'applique au délai prescrit dans le présent paragraphe.

Le paragraphe 2 ajoute :

Néanmoins, aucune action en réparation ne peut être intentée après un délai de trente ans à compter de la date à laquelle s'est produit l'événement qui a causé le dommage. Lorsque l'événement consiste en un fait continu, le délai de trente ans court à partir de la fin de ce fait. Lorsque l'événement consiste en une succession de faits ayant la même origine, le délai de trente ans court à partir du dernier de ces faits. [...]

La CRTD fixe le délai d'échéance ou d'extinction à trois ans à compter de la date à laquelle la personne victime du dommage a eu connaissance, ou aurait raisonnablement dû avoir connaissance, du dommage ainsi que de l'identité du transporteur. Ce délai peut être étendu en cas d'accord entre les parties après l'événement. Dans tous les cas, les actions se prescrivent par dix ans à compter de la date de l'événement qui a causé le dommage. Lorsque l'événement consiste en une succession de faits, ces délais courent à compter de la date du dernier de ces faits.

86. Le commentaire figurant dans le rapport explicatif[40] s'appuie notamment sur le précédent du paragraphe 2 de l'article 10 de la directive européenne de 1985 sur la responsabilité du fait des produits défectueux :

Il y eut toutefois un certain désaccord concernant la détermination au *paragraphe 2* d'un second délai de prescription, courant à compter de la date de l'événement qui a causé le dommage. Tandis qu'un certain soutien fut exprimé pour qu'aucune limite ne soit prescrite, comme c'est le cas dans la directive européenne précitée, une majorité de délégations gouvernementales se prononça en faveur de l'introduction d'une telle limite, fixée en définitive à dix ans, durée qui fut considérée comme suffisante pour garantir une protection adéquate aux victimes, sans créer les difficultés que rencontreraient les assureurs si le délai était trop long, puisqu'ils devraient constituer les réserves nécessaires pour faire face à leur responsabilité éventuelle, et les personnes chargées de la distribution du fonds de limitation si des demandes devaient être formées de nombreuses années après l'événement.

Le rapport explicatif indique encore que l'interruption ou la suspension de la prescription est régie par les dispositions applicables du droit interne, solution retenue au paragraphe 2 de l'article 10 de la directive européenne susmentionnée.

87. Un délai des prescriptions de trois ans pour l'application de la « règle de la découverte » est raisonnable. Dans le domaine nucléaire, toutefois, ce délai est de dix ans car certains dommages, causés par exemple par les radiations, ne se manifestent qu'après un temps relativement long. Pour ce qui est du dernier délai de présentation des demandes en réparation, il semble que dix ans soient un délai approprié lorsqu'il s'agit d'appliquer des instruments tels que la CRTD, mais trop court dans le cas de situations prévues par d'autres instruments, tels que les conventions nucléaires, qui stipulent un délai de trente ans. Comme nous l'avons vu, la Convention de Lugano fixe le même délai en ce qui concerne toutes les activités dangereuses pour l'environnement. Ce délai semble approprié dans le cas de nos articles, qui traitent aussi d'activités dangereuses en général.

[39] Doc. A/CN.4/428 et Add.1 (voir *supra* note 31), par. 60 et 61.

[40] ECE/TRANS/84 (voir *supra* note 34), par. 119 et 120.

B. — Texte proposé

88. Compte tenu de ce qui précède, le Rapporteur spécial propose l'article suivant :

« *Article K. — Délais*

L'action en responsabilité aux termes des présents articles se prescrit dans un délai de trois ans à compter de la date à laquelle le demandeur a eu connaissance, ou aurait raisonnablement dû avoir connaissance, du dommage ainsi que de l'identité de l'exploitant ou de l'État d'origine, en cas de responsabilité d'État. Aucune action ne peut être intentée après un délai de trente ans à compter de la date à laquelle s'est produit l'événement qui a causé le dommage. Lorsque l'événement consiste en un fait continu, les délais en question courent à partir du début de ce fait. Lorsque l'événement consiste en une série de faits ayant la même origine, les délais en question courent à partir du dernier de ces faits. »

CHAPITRE V

Voies de procédure

A. — Introduction

89. Bien que le présent rapport ne propose pas d'articles précis sur les procédures destinées à donner effet à la responsabilité dont il est ici question, le Rapporteur spécial juge utile d'examiner le sujet afin de connaître les réactions des membres de la Commission et d'être mieux en état de proposer d'éventuels articles. De plus, les avantages et inconvénients que présente chacune des voies de procédure possibles peuvent être un facteur important dans l'acceptation par les États des régimes de responsabilité que nous avons examinés auparavant. Dans le cadre de l'indemnisation pour dommages causés par des incidents, par exemple, la responsabilité subsidiaire de l'État pour fait illicite, prévue par le projet de protocole à la Convention de Bâle[41], peut entraîner des complications de procédure plus grandes que les avantages qu'elle offre par ailleurs, parce qu'elle met l'État en face de particuliers.

B. — Examen des voies de procédure

90. Nous essaierons d'examiner les diverses possibilités qui se présentent.

1. ÉTAT AFFECTÉ CONTRE ÉTAT D'ORIGINE

91. La voie d'État à État peut présenter deux variantes selon que l'État agit comme titulaire exclusif de l'action parce qu'il a subi un dommage immédiat, ou qu'il agit au nom et pour le compte de ses nationaux qui sont les personnes immédiatement lésées. Dans ce dernier cas, la solution consistant à ouvrir aux particuliers la voie de la protection diplomatique de leur État présente des inconvénients. En droit international, la réclamation dépend exclusivement de la volonté de l'État en question : on introduit par là un élément perturbateur puisque, pour des raisons liées aux circonstances ou à la politique extérieure, l'État peut ne pas juger bon de présenter une réclamation. Par conséquent, la voie diplomatique pourrait priver les personnes lésées des garanties d'une procédure régulière devant un tribunal régulier, et leur indemnisation dépendrait de négociations entre États et d'éventuelles transactions dictées par des mobiles pouvant être étrangers à la notion de *restitutio in integrum*.

92. En outre, la protection diplomatique est accordée lorsque les personnes lésées n'ont pas d'autre option parce qu'elles sont sujettes à la juridiction de l'État contre lequel la protection est demandée et qu'elles ont épuisé les recours internes. Notre projet, en revanche, se place à un moment antérieur et leur ouvre la principale voie d'action pour qu'elles obtiennent leur indemnisation par le biais de la responsabilité civile. Envisageons, par conséquent, la possibilité d'exclure du système de nos articles, à un premier stade, la protection diplomatique, par l'État, de ses nationaux lésés. S'il en était ainsi, la voie d'État à État serait ouverte lorsque l'État affecté est titulaire de l'action et lorsque l'État d'origine est directement responsable. La première situation se présenterait quand l'État affecté est atteint *immédiatement* dans ses biens ou dans son environnement. La seconde situation se présenterait dans deux cas : premièrement, quand il y a responsabilité de l'État pour manquement à ses obligations de prévention et, deuxièmement, quand l'État est responsable subsidiairement, soit à raison d'un fait illicite, soit en vertu de la responsabilité objective.

[41] Voir *supra* note 11.

93. Développons les possibilités de la voie d'État à État.

a) *Indemnisation pour incidents résultant d'activités dangereuses*

94. Examinons en premier lieu le cas où c'est l'État affecté, lésé *immédiatement* dans ses propres biens, qui, comme titulaire de l'action, porte celle-ci contre l'autre État. Il en est ainsi, par exemple, lorsque le dommage atteint l'environnement lui-même[42]. Cette notion de dommage à l'environnement appelle quelques observations supplémentaires. On considère que l'État est titulaire de l'action parce que l'environnement n'appartient à personne en particulier mais à tous, à la société, à la communauté nationale que l'État personnifie. Dans la proposition présentée par la Commission des Communautés européennes en vue de l'élaboration d'une directive du Conseil[43] sur la responsabilité civile pour dommages causés par les déchets, il est dit au point 6 que le régime de responsabilité introduit couvre le dommage causé à l'environnement; ce dommage doit figurer dans une nouvelle catégorie distincte des précédentes; le dommage à l'environnement intéresse la société plus que l'individu. De son côté, la délégation française, dans un document informel sur la notion de dommage nucléaire, qu'elle a distribué lors d'une réunion du Groupe de travail sur la responsabilité pour dommages nucléaires, de l'AIEA, tenue en 1989, dit qu'il s'agit de dommages à des choses non susceptibles d'appropriation, qui sont des choses communes, n'appartenant à personne, mais susceptibles d'un usage commun à tous : l'air, l'eau, l'espace. Ce type de dommages n'est pas spécifique à l'énergie nucléaire mais est commun dans les industries qui peuvent générer des pollutions accidentelles entraînant des coûts nécessités par le nettoyage et la restauration des lieux en leur état primitif. *Ces mesures sont, la plupart du temps, assumées par les pouvoirs publics qui interviennent pour protéger les personnes et les biens.*

95. Si le dommage dont nous traitons a été causé par des exploitants privés, l'État demandeur n'aura en face de lui que l'État d'origine si celui-ci est responsable à titre subsidiaire — dans l'une des deux variantes examinées plus haut : *a*) directement, pour les sommes non couvertes par l'exploitant ou son assureur (système adopté pour les conventions nucléaires), ou *b*) pour les mêmes sommes, mais seulement dans le cas où le dommage ne serait pas arrivé si l'État d'origine n'avait pas manqué à ses obligations (système adopté pour le projet de protocole à la Convention de Bâle). Bien entendu, l'hypothèse de l'État défendeur ne s'applique pas si l'on accepte la troisième possibilité présentée plus haut selon laquelle, en aucun cas, l'État d'origine ne serait responsable des dommages causés par des incidents résultant d'activités de personnes privées se trouvant sur son territoire ou relevant par ailleurs de sa juridiction ou de son contrôle.

96. Dans la variante *a*, il semblerait que le jugement du tribunal qui a condamné l'exploitant privé à payer une certaine somme permette au même tribunal, une fois qu'il s'est avéré que la somme ne peut être payée, de déclarer que la dette incombe à l'État. En principe, la comparution de l'État, comme souverain territorial, devant un tribunal interne ne poserait pas de problème : le système est analogue à celui qui oppose des particuliers à des particuliers puisque la responsabilité subsidiaire de l'État pour certaines sommes non payées par l'exploitant responsable ou par son assureur est, selon nous, de même nature que la responsabilité du particulier auquel l'État vient suppléer; les conventions ne prévoient aucune exception ou moyen de défense spécial pour l'État. Comme le jugement contre le particulier est intervenu conformément au principe de la responsabilité objective, il n'y a pas été question de faute ni de manquement à des obligations. Le jugement rendu par le tribunal devient applicable à l'État, qui doit se conformer, le cas échéant, à la partie du jugement qui lui incombe. Bien entendu, à moins d'adopter une solution différente, le jugement ne pourra être exécuté par les voies judiciaires à l'encontre de l'État responsable si nous tenons à rester dans les lignes générales de l'immunité de juridiction des États.

97. La variante *b*, en revanche, présente de plus grandes difficultés. Comme nous l'avons déjà fait observer, l'État est également responsable, à titre subsidiaire, pour les mêmes sommes que dans les Conventions de Paris et de Vienne, mais seulement si le dommage est dû à un manquement de l'État à ses obligations de prévention. C'est un cas de responsabilité pour fait illicite et il est donc nécessaire de prouver, au cours de l'instance, à la fois *a*) que l'État a manqué à certaines de ses obligations et *b*) qu'il y a un lien de *causalité indirecte*, c'est-à-dire que le dommage est dû au fait que l'État a manqué à ses obligations.

98. Mais l'État semble avoir agi comme souverain territorial, *jure imperii*, dans plusieurs cas de ce genre, par exemple lorsqu'il a omis de promulguer une loi qui aurait imposé à l'exploitant l'adoption de certaines mesures préventives qui auraient empêché la réalisation du dommage. Comme nous l'avons vu, les États répugnent à se soumettre à des tribunaux de droit interne ou, en tout cas, à renoncer à leurs immunités, ce qui pose ici un problème[44].

99. Des dommages aux personnes privées ou à leurs biens, par exemple, des atteintes à la santé ou d'autres formes de *damnum emergens*, peuvent aussi survenir à la suite du dommage causé à l'environnement; les titulaires de l'action seraient ces personnes lésées puisqu'il s'agit d'un dommage commun distinct du dommage causé à l'environnement, et elles pourraient porter l'action devant un tribunal de l'État d'origine contre l'exploitant responsable. Si le dommage a été causé par l'État en tant qu'exploitant de l'activité en question, le cas doit être assimilé à celui de l'État affecté contre des exploitants privés, parce que l'État exploitant agissait *jure gestionis*.

[42] Il est important de distinguer ce dommage à l'environnement lui-même du dommage qui pourrait frapper les personnes ou les biens des particuliers *par le biais* d'un dommage à l'environnement. Tel serait le cas du *damnum emergens* créé par une contamination de l'eau, par exemple, qui intoxiquerait les personnes qui la boivent, ou du *lucrum cessans* qu'un hôtelier subit du fait de l'absence de clients due au fait que l'air de la région a été contaminé.

[43] Voir *supra* note 25.

[44] Le Comité permanent chargé d'étudier la modification des Conventions de Paris et de Vienne sur les dommages nucléaires s'est heurté à la même difficulté et sa conclusion a été identique à la nôtre.

b) *Questions n'ayant pas trait à l'indemnisation pour dommages causés par des incidents*

100. Ce chapitre traiterait de la responsabilité de l'État d'origine pour manquement à ses obligations de prévention, indépendamment de l'indemnisation due à raison d'incidents causés par les activités à risque. Peut être comprise, comme nous l'avons vu plus haut (par. 40), l'indemnisation de mesures de précaution raisonnables que l'État exposé a dû prendre à la suite du risque créé et du fait que l'État d'origine n'a pas adopté les mesures de prévention imposées dans les articles. Ce sont des obligations que l'État d'origine a assumées sur le plan international vis-à-vis des autres États participant au régime établi dans nos articles et, par conséquent, les actions correspondantes doivent s'exercer d'État à État par la voie diplomatique. La plupart des actions viseraient peut-être, par exemple, à obliger l'État d'origine à adopter une loi appropriée imposant aux exploitants l'adoption de certaines mesures préventives, ou à faire appliquer correctement une loi en vigueur, ou encore à faire pratiquer l'évaluation, prescrite à l'article 12, des risques d'une certaine activité, etc. Si des différends internationaux surgissaient, ils seraient réglés de la manière qui sera finalement proposée dans le chapitre correspondant des mêmes articles.

2. PARTICULIERS LÉSÉS CONTRE ÉTAT D'ORIGINE

101. Si l'État est responsable parce que l'incident qui a causé le dommage résulte d'une activité à risque exercée par l'État lui-même agissant *jure gestionis* ou par une entreprise de l'État, le cas est analogue à celui où un particulier est opposé à un autre particulier.

102. L'hypothèse où l'État défendeur se trouve en face de particuliers lésés ne se présente pas si l'on accepte le système selon lequel l'État d'origine n'est responsable en aucun cas des dommages causés par des incidents découlant d'activités exercées sur son territoire ou relevant par ailleurs de sa juridiction ou de son contrôle; en effet, comme nous l'avons vu, la responsabilité de l'État à raison d'un manquement à ses obligations de prévention s'aménage sur un plan distinct, c'est-à-dire par la voie diplomatique.

103. Il ne resterait donc que la responsabilité subsidiaire de l'État, avec ses deux variantes, celle de la responsabilité pour fait illicite et celle de la responsabilité objective.

104. La possibilité de la responsabilité subsidiaire de l'État pour fait illicite nous ramène au cas où l'État comparaît devant des tribunaux internes. Si les tribunaux de droit interne compétents constituaient en pareil cas la voie appropriée, il faudrait stipuler dans les articles que l'État ne peut opposer son immunité de juridiction, faute de quoi le système ne pourrait fonctionner. Nous avons vu, en revanche, que la responsabilité subsidiaire et objective de l'État ne soulève pas le problème de la mise en jugement de la conduite de l'État.

3. ÉTAT AFFECTÉ CONTRE PARTICULIERS

105. C'est seulement dans le cas d'un dommage causé immédiatement à l'État — dans ses biens ou dans son environnement — que nos articles pourraient prescrire à l'État affecté d'intenter une action contre les particuliers responsables du dommage au lieu de le faire contre l'État d'origine. En pareilles circonstances, l'État affecté pourrait se voir dans la nécessité de plaider devant des tribunaux de droit interne, éventuellement ceux de l'État d'origine. Quand l'État est partie à la procédure, il est difficile d'utiliser les tribunaux nationaux, qui pourtant fonctionnent de manière satisfaisante lorsque les demandeurs comme les défendeurs sont des personnes privées. La Convention de Lugano établit la compétence des tribunaux de droit interne pour tous les cas d'actions en réparation. Elle ne fait aucune distinction selon que le demandeur ou le défendeur est une personne privée ou un État. Mais il convient de rappeler que cette convention s'applique dans le cadre de l'Union européenne, entre des États de grande homogénéité politique et sociale entre lesquels il est possible de se soumettre à cette égalité de traitement. Par contre, lorsque la question s'est posée dans le domaine nucléaire (Convention de Paris ou Convention de Vienne) ou à propos de la Convention de Bâle, il y a eu des réserves quant à l'acceptabilité d'une solution analogue par les États. À l'encontre d'une telle solution, on a en outre fait valoir que les tribunaux nationaux peuvent se heurter à des difficultés quand il s'agit de questions comme celles qui ont trait au dommage causé à l'environnement; c'est pour cette raison que le projet de protocole à la Convention de Bâle susmentionnée propose qu'une approche internationale soit adoptée pour l'évaluation des frais de nettoyage et de remise en état ainsi que pour l'appréciation du dommage causé à l'environnement, par exemple, que les tribunaux internes soient assistés par un organe consultatif technique international qui serait consulté à titre facultatif ou obligatoire (art. X, par. 28, *a*)[45].

106. S'agissant du recours aux tribunaux internes lorsque le demandeur est un État, le Rapporteur spécial voit deux possibilités : *a*) établir dans les articles la compétence des tribunaux de droit interne, assistés ou non comme il est dit à la fin du paragraphe précédent; *b*) ou créer une instance unique pour tous les différends, qu'il s'agisse de différends entre États, entre particuliers et États ou entre particuliers : une commission de réclamations du genre de celle que les Pays-Bas ont proposée au Comité permanent de l'AIEA. La proposition néerlandaise examine les diverses manières d'obtenir l'indemnisation pour dommage nucléaire ayant son origine à l'extérieur et elle traite de la responsabilité civile de l'exploitant d'une installation nucléaire, responsabilité invoquée *a*) par des particuliers ou des États, pour dommages subis par eux, ou *b*) par un État agissant au nom ou pour le compte de particuliers, pour dommages subis par ces derniers. Les avantages que présenterait une instance unique constituée par un tribunal analogue à une commission internationale de réclamations seraient les suivants :

[45] Groupe de travail constitué d'experts juridiques et techniques chargés d'élaborer les éléments à insérer dans un Protocole sur la responsabilité et l'indemnisation en cas de dommages causés par les mouvements transfrontières et l'élimination de déchets dangereux et d'autres déchets, Nairobi, 9 mars 1991 (UNEP/CHW.1/WG.1/2/3, annexe).

a) L'enregistrement de toutes les réclamations en un même endroit, ce qui permettrait d'en avoir une vue d'ensemble;

b) L'utilisation de la même notion d'« incident » et de « dommage nucléaire » pouvant donner lieu à indemnisation;

c) Les mêmes délais dans lesquels les demandes d'indemnisation doivent être présentées;

d) Les mêmes motifs d'exonération;

e) Les mêmes formes d'indemnisation, provenant des mêmes sources jusqu'à un certain plafond, dans le cadre d'un système équitable de distribution.

107. Selon cette proposition, qui a trait à la responsabilité pour dommages nucléaires, le tribunal serait constitué après la survenance d'un incident et serait composé d'un certain nombre d'arbitres désignés par l'État de l'installation, d'un nombre égal d'arbitres désignés par l'État demandeur ou les États demandeurs et d'un certain nombre d'arbitres désignés par accord entre l'État de l'installation et l'État demandeur ou les États demandeurs. Il connaîtrait des réclamations présentées par des particuliers et/ou des États contre l'exploitant ou des réclamations présentées par des États lésés contre l'État de l'installation. Le mécanisme proposé permettrait d'utiliser les deux régimes : la responsabilité civile et la responsabilité objective de l'État. Les États dont la responsabilité serait susceptible d'être engagée pourraient déclarer (par exemple, au moment de la signature ou de la ratification de l'instrument international correspondant) qu'ils reconnaîtront la compétence du tribunal à l'égard des réclamations portées contre l'État défendeur (et non contre l'exploitant soit par l'État demandeur (ou les États demandeurs) *seulement*, soit par des particuliers également. Le caractère *international et judiciaire* du tribunal permettrait un règlement juste et impartial des réclamations, même entre États.

108. Conscient de la résistance que cette proposition a rencontrée parmi les États membres du Comité permanent de l'AIEA du fait que les États répugnent à devoir soumettre leurs différends à une instance de ce genre, le Groupe de travail chargé d'élaborer un protocole sur la responsabilité pour la Convention de Bâle a suggéré de reprendre dans son projet l'idée d'une commission de réclamations, mais avec une variante : donner à l'État d'origine, c'est-à-dire à l'État éventuellement *défendeur*, l'option de demander, après la survenance d'un incident, l'établissement de la Commission de réclamations à titre d'instance unique.

4. Particuliers affectés contre particuliers responsables

109. C'est le cas de la responsabilité civile, pour lequel les tribunaux nationaux sont pleinement compétents.

RÉPERTOIRE DES DOCUMENTS DE LA QUARANTE-SIXIÈME SESSION

Cotes	*Titres*	*Observations et références*
A/CN.4/455	Ordre du jour provisoire	Reprographié. Pour l'ordre du jour adopté, voir *Annuaire... 1994*, vol. II (2e partie), chap. Ier, par. 14.
A/CN.4/456	Nomination à des sièges devenus vacants : note du secrétariat	Reproduit dans le présent volume.
A/CN.4/456/Add.1 à 3	*Idem :* additifs à la note du secrétariat. — Liste de candidats et *curriculum vitae*	Reprographié
A/CN.4/457	Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus à la Sixième Commission sur le rapport de la CDI durant la quarante-huitième session de l'Assemblée générale	*Idem.*
A/CN.4/458 et Add.1 à 8	Observations des gouvernements sur le rapport du Groupe de travail sur un projet de statut pour une cour criminelle internationale	Reproduit dans le présent volume.
A/CN.4/459	Dixième 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.4/460 [et Corr.1]	Douzième 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.4/461 et Add.1, Add.2 [et Corr.1] et Add.3	Sixième rapport sur la responsabilité des États, par M. Gaetano Arangio-Ruiz, rapporteur spécial	*Idem.*
A/CN.4/462	Deuxième 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/L.491 [et Corr.1] et Rev.1 et 2 [et Rev.2/Corr.1] et Rev.2/Add.1 à 3	Rapport du Groupe de travail sur un projet de statut pour une cour criminelle internationale	Reprographié.
A/CN.4/L.492 [et Corr.1 et 2]	Projet d'article 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 33	Texte reproduit dans *Annuaire... 1994*, vol. I, compte rendu analytique de la 2353e séance (par. 46).
A/CN.4/L.492/Add.1	*Idem :* projet de résolution adopté par le Comité de rédaction	Ibid., compte rendu analytique de la 2356e séance (par. 38).
A/CN.4/L.493 et Add.1 et 2	Projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation et commentaires y relatifs, adoptés par la Commission en deuxième lecture : articles 1 à 33	Reproduit dans *Annuaire... 1994*, vol. II (2e partie), par. 222.
A/CN.4/L.494 [et Corr.1]	Projet d'articles sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international. — Titres et textes adoptés par le Comité de rédaction aux quarante-cinquième et quarante-sixième sessions de la Commission : articles 1, 2 (al. *a*, *b* et *c*), 11 à 14 *bis* [20 *bis*], 15 à 16 *bis* et 17 à 20	Texte reproduit dans *Annuaire... 1994*, vol. I, comptes rendus analytiques des 2362e à 2365e séances.
A/CN.4/L.495 et Rev.1	Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-sixième session : chapitre Ier (Organisation des travaux de la session)	Reprographié. Pour le texte adopté, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 10* (A/49/10). Le texte définitif figure dans *Annuaire... 1994*, vol. II (2e partie).

Cotes	*Titres*	*Observations et références*
A/CN.4/L.496 et Add.1	*Idem :* chapitre II (Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité)	*Idem.*
A/CN.4/L.497 et Add.1	*Idem :* chapitre IV (Responsabilité des États)	*Idem.*
A/CN.4/L.498 et Add.1 et 2	*Idem :* chapitre V (Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international)	*Idem.*
A/CN.4/L.499	*[Cote non utilisée.]*	
A/CN.4/L.500	*Idem :* chapitre III (Droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation)	Reprographié. Pour le texte adopté, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 10* (A/49/10). Le texte définitif figure dans *Annuaire... 1994*, vol. II (2e partie).
A/CN.4/L.501	Projet d'articles sur la responsabilité des États. — Titres et textes des articles adoptés par le Comité de rédaction aux quarante-cinquième et quarante-sixième sessions de la Commission	Texte reproduit dans *Annuaire... 1994*, vol. I, compte rendu analytique de la 2366e séance (par. 1).
A/CN.4/L.502	Rapport du Groupe de planification. — Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission	Reprographié.
A/CN.4/L.503 et Add.1 et 2	Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international. — Textes et commentaires des projets d'articles provisoirement adoptés par la Commission à sa quarante-sixième session : articles 1, 2 (al. *a*, *b* et *c*), 11 à 14 *bis* [20 *bis*], 15 à 16 *bis* et 17 à 20	Texte reproduit dans *Annuaire... 1994*, vol. II (2e partie).
A/CN.4/L.504	Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-sixième session : chapitre VI (Autres décisions et recommandations de la Commission)	Reprographié. Pour le texte adopté, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 10* (A/49/10). Le texte définitif figure dans *Annuaire... 1994*, vol. II (2e partie).
A/CN.4/SR.2328-A/CN.4/SR.2377	Comptes rendus analytiques provisoires des 2328e à 2377e séances	Reprographié. Le texte définitif figure dans *Annuaire... 1994*, vol. I.

كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم. استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب إلى: الأمم المتحدة، قسم البيع في نيويورك أو 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.99-66716
June 2000–765

Complete set of two volumes: ISBN 92-1-233293-5

United Nations publication
Sales No. F.96.V.2 (Part 1)
ISBN 92-1-233291-9

ISSN 0497-9877