ANNUAIRE DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

1998

Volume I

Comptes rendus analytiques
des séances
de la cinquantième session
20 avril-12 Juin 1998
27 Juillet-14 août 1998

NATIONS UNIES

A/CN.4/SER.A/1998

ANNUAIRE DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

1998

Volume I

Comptes rendus analytiques
des séances
de la cinquantième session
20 avril-12 Juin 1998
27 Juillet-14 août 1998

NATIONS UNIES

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... 1995*).

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.

*

* *

Le présent volume comprend les comptes rendus analytiques des séances de la cinquantième session de la Commission (A/CN.4/SR.2519 à A/CN.4/SR.2564), avec les rectifications communiquées par les membres de la Commission et toutes autres modifications exigées par les travaux d'édition.

A/CN.4/SER.A/1998

PUBLICATION DES NATIONS UNIES

Numéro de vente : F.00.V.10
ISBN 92-1-233349-4

Édition complète de deux volumes :
ISBN 92-1-233352-4

ISSN 0497-9877

TABLE DES MATIÈRES

Pages

Membres de la Commission ..... **vii**
Bureau ..... **vii**
Ordre du jour ..... **viii**
Abréviations et sigles ..... **ix**
Note concernant les citations ..... **ix**
Arrêts, avis consultatifs et ordonnances cités dans le présent volume ..... **x**
Instruments multilatéraux cités dans le présent volume ..... **xii**
Répertoire des documents de la cinquantième session ..... **xvii**

COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DES 2519e À 2564e SÉANCES

Comptes rendus analytiques des 2519e à 2548e séances tenues à Genève du 20 avril au 12 juin 1998

2519e séance

Lundi 20 avril 1998, à 15 h 5

Ouverture de la session 1
Déclaration du Président sortant 1
Élection du bureau 3
Adoption de l'ordre du jour 3
Organisation des travaux de la session 3

2520e séance

Mardi 28 avril 1998, à 10 h 5

Protection diplomatique
Rapport préliminaire du Rapporteur spécial 4

2521e séance

Mercredi 29 avril 1998, à 10 h 5

Protection diplomatique *(suite)*
Rapport préliminaire du Rapporteur spécial *(suite)* 12

2522e séance

Jeudi 30 avril 1998, à 10 h 5

Protection diplomatique *(suite)*
Rapport préliminaire du Rapporteur spécial *(suite)* 19

2523e séance

Vendredi 1er mai 1998, à 10 heures

Protection diplomatique *(suite)*
Rapport préliminaire du Rapporteur spécial *(fin)* 27

2524e séance

Mardi 5 mai 1998, à 10 heures

Actes unilatéraux des États
Premier rapport du Rapporteur spécial 33
Questions diverses 44

2525e séance

Mercredi 6 mai 1998, à 10 h 5

Actes unilatéraux des États *(suite)*
Premier rapport du Rapporteur spécial *(suite)* 44

Pages

2526e séance

Jeudi 7 mai 1998, à 10 heures

Actes unilatéraux des États *(suite)*
Premier rapport du Rapporteur spécial *(suite)* 51

2527e séance

Vendredi 8 mai 1998, à 10 heures

Actes unilatéraux des États *(suite)*
Premier rapport du Rapporteur spécial *(fin)* 61
Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses)
Premier rapport du Rapporteur spécial 64

2528e séance

Mardi 12 mai 1998, à 10 h 5

Hommage à la mémoire d'Endre Ustor, ancien membre de la Commission 68
Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses) *[suite]*
Premier rapport du Rapporteur spécial *(suite)* 68

2529e séance

Mercredi 13 mai 1998, à 10 h 10

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses) *[suite]*
Premier rapport du Rapporteur spécial *(suite)* 75

2530e séance

Jeudi 14 mai 1998, à 10 h 15

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses) *[suite]*
Premier rapport du Rapporteur spécial *(suite)* 82
Organisation des travaux de la session *(suite)* 89

2531e séance

Vendredi 15 mai 1998, à 10 h 10

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses) *[suite]*
Premier rapport du Rapporteur spécial *(fin)* 89

2532e séance

Mardi 19 mai 1998, à 10 h 5

Responsabilité des États
Premier rapport du Rapporteur spécial 92

2533e séance

Mercredi 20 mai 1998, à 10 h 10

Responsabilité des États *(suite)*
Premier rapport du Rapporteur spécial *(suite)* 104

Pages

2534e séance

Vendredi 22 mai 1998, à 10 h 10

Responsabilité des États *(suite)*
Premier rapport du Rapporteur spécial *(suite)* 111
Organisation des travaux de la session *(suite)*..... 123

2535e séance

Mardi 26 mai 1998, à 10 h 5

Responsabilité des États *(suite)*
Premier rapport du Rapporteur spécial *(suite)* 123

2536e séance

Mercredi 27 mai 1998, à 10 h 5

Responsabilité des États *(suite)*
Premier rapport du Rapporteur spécia *(suite)* 131

2537e séance

Jeudi 28 mai 1998, à 10 h 5

Coopération avec d'autres organismes
Déclaration de l'observateur du Comité consultatif juridique afro-asiatique 141
Responsabilité des États *(suite)*
Premier rapport du Rapporteur spécial *(suite)* 144

2538e séance

Vendredi 29 mai 1998, à 10 h 10

Responsabilité des États *(suite)*
Premier rapport du Rapporteur spécial *(suite)* 147
Coopération avec d'autres organismes *(suite)*
Visite du Président de la Cour internationale de Justice 153

2539e séance

Mardi 2 juin 1998, à 15 h 5

Responsabilité des États *(suite)*
Premier rapport du Rapporteur spécial *(suite)* 155

2540e séance

Mercredi 3 juin 1998, à 10 h 10

Responsabilité des États *(suite)*
Premier rapport du Rapporteur spécial *(suite)* 163

2541e séance

Jeudi 4 juin 1998, à 10 h 10

Les réserves aux traités
Troisième rapport du Rapporteur spécial 169

2542e séance

Vendredi 5 juin 1998, à 10 h 5

Les réserves aux traités *(suite)*
Troisième rapport du Rapporteur spécial *(suite)*..... 176
Guide de la pratique
Projet de directive 1.1.1..... 176
Projet de directive 1.1.2..... 180
Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses) *[suite]*
Proposition du Rapporteur spécial 180

2543e séance

Lundi 8 juin 1998, à 10 h 15

Actes unilatéraux des États *(fin)*
Rapport du Groupe de travail..... 184

Pages

2544e séance

Mardi 9 juin 1998, à 10 h 10

La nationalité en relation avec la succession d'États
Quatrième rapport du Rapporteur spécial et rapport du Groupe de travail 189
Protection diplomatique *(fin)*
Rapport du Groupe de travail 193

2545e séance

Mercredi 10 juin 1998, à 10 h 10

Les réserves aux traités *(suite)*
Troisième rapport du Rapporteur spécial *(suite)*
Guide de la pratique *(suite)*
Projet de directive 1.1.2 *(fin)*..... 195
Projets de directives 1.1.3 et 1.1.8..... 195

2546e séance

Jeudi 11 juin 1998, à 10 h 10

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquantième session 202
Chapitre IV. — Protection diplomatique
A. Introduction..... 202
B. Examen du sujet à la présente session 202
Chapitre V. — Actes unilatéraux des États
A. Introduction..... 203
B. Examen du sujet à la présente session 203
C. Rapport du Groupe de travail..... 204
Chapitre VI. — Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses)
A. Introduction..... 204
B. Examen du sujet à la présente session 204
Chapitre VIII. — La nationalité en relation avec la succession d'États
A. Introduction..... 204
B. Examen du sujet à la présente session 204
Responsabilité des États *(suite)*
Premier rapport du Rapporteur spécial *(suite)*..... 204

2547e séance

Jeudi 11 juin 1998, à 15 h 10

Responsabilité des États *(suite)*
Premier rapport du Rapporteur spécial *(suite)*..... 211

2548e séance

Vendredi 12 juin 1998, à 10 h 5

Les réserves aux traités *(suite)*
Troisième rapport du Rapporteur spécial *(suite)*
Guide de la pratique *(suite)*
Projet de directive 1.1.4..... 213
Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission
Recommandations du Groupe de planification à la Commission..... 219
A. Recommandations pour la présente session de la Commission..... 219
B. Recommandations pour les sessions futures de la Commission..... 219
Clôture de la première partie de la session..... 220

Comptes rendus analytiques des 2549e à 2564e séances, tenues à New York du 27 juillet au 14 août 1998

2549e séance

Lundi 27 juillet 1998, à 10 h 25

Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour pénale internationale..... 221
Les réserves aux traités *(suite)*
Troisième rapport du Rapporteur spécial *(suite)*

Pages

Guide de la pratique *(suite)* ... 221
Projets de directives 1.15 et 1.1.6 ... 221

2550e séance

Mardi 28 juillet 1998, à 10 h 15

Les réserves aux traités *(suite)*
Troisième rapport du Rapporteur spécial *(suite)*
Guide de la pratique *(suite)*
Projets de directives 1.1.5 et 1.1.6 *(fin)* ... 226
Projet de directive 1.1.7 ... 227

2551e séance

Mercredi 29 juillet 1998, à 10 h 10

Les réserves aux traités *(suite)*
Troisième rapport du Rapporteur spécial *(suite)*
Guide de la pratique *(suite)*
Projet de directive 1.1.7 *(fin)* ... 231

2552e séance

Mardi 30 juillet 1998, à 10 h 15

Les réserves aux traités *(suite)*
Troisième rapport du Rapporteur spécial *(fin)*
Guide de la pratique *(fin)*
Projet de directive 1.4 ... 238
Projets de directives 1.2 à 1.3.1 ... 240

2553e séance

Vendredi 31 juillet 1998, à 10 h 10

Responsabilité des États *(suite)*
Premier rapport du Rapporteur spécial *(suite)* ... 243
Articles 5 à 8 et 10 ... 243
Articles 5 et 6 ... 244
Article 7 ... 244
Article 8 ... 244
Article 10 ... 245

2554e séance

Lundi 3 août 1998, à 10 h 20

Coopération avec d'autres organismes *(suite)*
Déclaration de l'observateur pour le Comité juridique interaméricain ... 249
Responsabilité des États *(suite)*
Premier rapport du Rapporteur spécial *(suite)*
Articles 5 à 8 et 10 *(suite)* ... 251

2555e séance

Mardi 4 août 1998, à 12 h 10

Responsabilité des États *(suite)*
Premier rapport du Rapporteur spécial *(suite)*
Articles 5 à 8 et 10 *(fin)* ... 257
Articles 9 et 11 à 15 *bis* ... 262

2556e séance

Mercredi 5 août 1998, à 10 h 10

Responsabilité des États *(suite)*
Premier rapport du Rapporteur spécial *(suite)*
Articles 9 et 11 à 15 *bis (suite)* ... 265
Les réserves aux traités *(suite)*
Examen des projets de directives concernant le Guide de la pratique proposé par le Comité de rédaction à la cinquantième session ... 273

2557e séance

Jeudi 6 août 1998, à midi

Les réserves aux traités *(suite)*
Examen des projets de directives concernant le Guide de la pratique proposé par le Comité de rédaction à la cinquantième session *(suite)* ... 276

Pages

2558e séance

Vendredi 7 août 1998, à 10 h 15

Coopération avec d'autres organismes *(fin)*
Déclaration de l'observateur pour le Comité ad hoc des conseillers juridiques sur le droit international public ... 280
Les réserves aux traités *(fin)*
Examen des projets de directives concernant le Guide de la pratique proposé par le Comité de rédaction à la cinquantième session *(fin)* ... 284
Organisation des travaux de la session *(fin)* ... 284
Responsabilité des États *(suite)*
Premier rapport du Rapporteur spécial *(fin)*
Articles 9 et 11 à 15 *bis (fin)* ... 284

2559e séance

Mercredi 12 août 1998, à 12 h 15

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquantième session *(suite)*
Chapitre IX. — Les réserves aux traités
A. Introduction ... 286
B. Examen du sujet à la présente session ... 286

2560e séance

Mercredi 12 août 1998, à 15 h 10

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses) *[suite]*
Examen des projets d'articles 1 à 17 proposés par le Comité de rédaction à la cinquantième session ... 287
Article premier (Activités auxquelles s'appliquent les présents projets d'articles) ... 292
Article 2 (Expressions employées) ... 292
Article 3 (Prévention) ... 292
Article 4 (Coopération) ... 293
Article 5 (Mise en œuvre) ... 293
Composition de la Commission ... 294

2561e séance

Mardi 13 août 1998, à 10 h 15

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses) *[suite]*
Examen des projets d'articles 1 à 17 proposés par le Comité de rédaction à la cinquantième session *(suite)* ... 295
Article 6 (Relations avec d'autres règles du droit international) ... 295
Article 7 (Autorisation préalable) ... 295
Article 8 (Évaluation de l'impact) ... 295
Article 9 (Information du public) et
Article 10 (Notification et information) ... 295
Article 11 (Consultations sur les mesures préventives) ... 295
Article 12 (Facteurs d'un juste équilibre des intérêts) 297
Article 13 (Procédures en cas d'absence de notification) ... 299

2562e séance

Mardi 13 août 1998, à 15 h 10

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses) *[fin]*
Examen des projets d'articles 1 à 17 proposés par le Comité de rédaction à la cinquantième session *(fin)*
Article 14 (Échange d'information) ... 300
Article 15 (Sécurité nationale et secrets industriels) ... 300
Article 16 (Non-discrimination) ... 300
Article 17 (Règlement des différends) ... 300

Pages

Projet de rapport de la Commission sur les travaux des sa cinquantième session *(suite)*
Chapitre IX. — Les réserves aux traités *(fin)*
C. Textes des projets de directives concernant les réserves aux traités adoptés provisoirement par la Commission en première lecture 301
Chapitre VII. — Responsabilité des États
A. Introduction 302
B. Examen du sujet à la présente session 302
Responsabilité des États *(fin)*
Projets d'articles proposés par le Comité de rédaction en seconde lecture 304

2563e séance

Vendredi 14 août 1998, à 10 h 10

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquantième session *(suite)*
Chapitre III. — Points sur lesquels des observations présenteraient un intérêt particulier pour la Commission 309
Chapitre X. — Autres décisions et conclusions de la Commission 310
Chapitre VII. — Responsabilité des États *(fin)* .....
B. Examen du sujet à la présente session *(fin)* 310
Chapitre VI. — Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses) *[suite]*
B. Examen du sujet à la présente session *(suite)* 311
C. Texte des projets d'articles sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses) provisoirement adoptés par la Commission en première lecture
2. Textes des projets d'articles et commentaires y relatifs
Commentaire général 312
Commentaire de l'article premier 312
Commentaire de l'article 2 312
Commentaire de l'article 3 312

Pages

Commentaire de l'article 4 312
Commentaire de l'article 5 312
Commentaire de l'article 6 313
Commentaire de l'article 7 313
Commentaire de l'article 8 313
Commentaire de l'article 9 314
Commentaire de l'article 10 314
Commentaire de l'article 11 314
Commentaire de l'article 12 314
Hommage au secrétaire de la Commission 314

2564e séance

Vendredi 14 août 1998, à 15 h 15

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquantième session *(fin)*
Chapitre VI. — Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses) *[fin]*
C. Texte des projets d'articles sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses) provisoirement adoptés par la Commission en première lecture *(fin)*
2. Textes des projets d'articles et commentaires y relatifs *(fin)*
Commentaire de l'article 8 *(fin)* 315
Commentaire de l'article13 315
Commentaire de l'article 14 315
Commentaire de l'article 15 315
Commentaire de l'article 16 315
Commentaire de l'article 17 315
1. Texte des projets d'articles 315
B. Examen du sujet à la présente session *(fin)* 315
Chapitre Ier. — Organisation des travaux de la session 316
Chapitre II. — Résumé des travaux de la Commission à sa cinquantième session 316
Clôture de la session 316

MEMBRES DE LA COMMISSION
(et pays dont ils ont la nationalité)

M. Emmanuel Akwei ADDO	Ghana
M. Husain AL-BAHARNA	Bahreïn
M. Awn AL-KHASAWNEH	Jordanie
M. João Clemente BAENA SOARES	Brésil
M. Mohamed BENNOUNA	Maroc
M. Ian BROWNLIE	Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord
M. Enrique CANDIOTI	Argentine
M. James CRAWFORD	Australie
M. Christopher John Robert DUGARD	Afrique du Sud
M. Constantin ECONOMIDES	Grèce
M. Nabil ELARABY	Égypte
M. Luigi FERRARI BRAVO	Italie
M. Zdzislaw GALICKI	Pologne
M. Raul Ilustre GOCO	Philippines
M. Gerhard HAFNER	Autriche
M. Qizhi HE	Chine
M. Mauricio HERDOCIA SACASA	Nicaragua
M. Jorge ILLUECA	Panama
M. Peter KABATSI	Ouganda
M. James Lutabanzibwa KATEKA	République-Unie de Tanzanie
M. Mochtar KUSUMA-ATMADJA	Indonésie
M. Igor Ivanovich LUKASHUK	Fédération de Russie
M. Teodor Viorel MELESCANU	Roumanie
M. Václav MIKULKA	République tchèque
M. Didier OPERTTI BADAN	Uruguay
M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA	Gabon
M. Alain PELLET	France
M. Pemmaraju Sreenivasa RAO	Inde
M. Víctor RODRÍGUEZ CEDEÑO	Venezuela
M. Robert ROSENSTOCK	États-Unis d'Amérique
M. BERNARDO SEPÚLVEDA	MEXIQUE
M. Bruno SIMMA	Allemagne
M. Doudou THIAM	Sénégal
M. Chusei YAMADA	Japon

BUREAU

Président : M. João BAENA SOARES
Premier Vice-Président : M. Igor Ivanovich LUKASHUK
Second Vice-Président : M. Raul Ilustre GOCO
Président du Comité de rédaction : M. Bruno SIMMA
Rapporteur : M. Christopher John Robert DUGARD

M. Hans Corell, secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, conseiller juridique, a représenté le Secrétaire général, et M. Roy S. Lee, directeur de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques, a rempli les fonctions de secrétaire de la Commission et, en l'absence du Conseiller juridique, a représenté le Secrétaire général.

ORDRE DU JOUR

À sa 2519e séance, le 20 avril 1998, la Commission a adopté l'ordre du jour suivant :

1. Organisation des travaux de la session.
2. Responsabilité des États.
3. Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses).
4. Les réserves aux traités.
5. La nationalité en relation avec la succession d'États.
6. Protection diplomatique.
7. Actes unilatéraux des États.
8. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission.
9. Coopération avec d'autres organismes.
10. Date et lieu de la cinquante et unième session.
11. Questions diverses.

ABRÉVIATIONS ET SIGLES

AIEA	Agence internationale de l'énergie atomique
ALENA	Accord de libre-échange nord-américain
CCQAB	Comité consultatif pour les questions administratives et budgétaires
CDI	Commission du droit international
CEEA (Euratom)	Communauté européenne de l'énergie atomique
CICR	Comité international de la Croix-Rouge
CIJ	Cour internationale de Justice
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (BIRD)
CNUCED	Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement
CPJI	Cour permanente de justice internationale
FIDA	Fonds international de développement agricole
GATT	Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce *(General Agreement on Tariffs and Trade)*
HCR	Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés
ILA	Association de droit international
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OEA	Organisation des États américains
ONU	Organisation des Nations Unies
OSCE	Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe
OUA	Organisation de l'unité africaine
PNUE	Programme des Nations Unies pour l'environnement
SDN	Société des Nations
UICN	Union internationale pour la conservation de la nature et de ses ressources

*

* *

C.I.J. Recueil	CIJ, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*
C.P.J.I. série A	CPJI, *Recueil des arrêts* (n^{os} 1 à 24, jusqu'en 1930 inclus)
C.P.J.I. série A/B	CPJI, *Arrêts, ordonnances et avis consultatifs* (n^{os} 40 à 80, à partir de 1931)
ILM	*International Legal Materials*
RGDIP	*Revue générale de droit international public*

*

* *

Dans le présent volume, par « Tribunal pénal international pour le Rwanda », il faut entendre le Tribunal pénal international chargé de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994, et par « Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie », le 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.

*

* *

NOTE CONCERNANT LES CITATIONS

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

ARRÊTS, AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES CITÉS DANS LE PRÉSENT VOLUME

Titre abrégé de l'affaire	*Nature de la décision*
Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci	*(Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 14.
Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide	*(Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996*, p. 595.
Barcelona Traction	*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 3.
Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis	*Arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 76*, p. 4.
Concessions Mavrommatis en Palestine	*Arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2.*
Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis d'Amérique)	*Ordonnance du 9 avril 1998, C.I.J. Recueil 1998*, p. 266.
Détroit de Corfou	*Fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 4.
Différend frontalier	*(Burkina Faso/République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 554.
Essais nucléaires	*(Australie c. France), arrêt, C.I.J Recueil 1974*, p. 253.
	(Nouvelle-Zélande c. France), ibid., p. 457.
Fonderie de Trail (Trail Smelter)	Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1905 et suiv.
Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires	*Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996*, p. 226.
Loizidou c. Turquie	Cour européenne des droits de l'homme, arrêt Loizidou c. Turquie du 18 décembre 1996 *(fond), Recueil des arrêts et décisions* 1996-VI.
Namibie	*Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 16.
North American Dredging Company	Voir A. H. Feller, *The Mexican Claims Commissions, 1923-1934*, New York, The Macmillan Company, 1935.
Nottebohm	*Deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1955*, p. 4.
Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran	*Arrêt, C.I.J. Recueil 1980*, p. 3.
Projet Gab¼íkovo-Nagymaros	*(Hongrie/Slovaquie), arrêt, C.I.J. Recueil 1997*, p. 7.
Rainbow Warrior	Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIX, p. 197 et suiv.

Titre abrégé de l'affaire	*Nature de la décision*
Réparation des dommages subis au service des Nations Unies	*Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1949*, p. 174.
Statut international du Sud-Ouest africain	*Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 128.
Statut juridique du Groënland oriental	*Arrêt, 1933, C.P.J.I. série A/B n° 53*, p. 22.
Sud-Ouest africain	*(Éthiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962*, p. 319.
	(Éthiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud), deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966, p. 6.
Usine de Chorzów	*Fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A n° 17.*

INSTRUMENTS MULTILATÉRAUX CITÉS DANS LE PRÉSENT VOLUME

	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 (Convention européenne des droits de l'homme) [Rome, 4 novembre 1950]	Ibid., vol. 213, p. 221.
Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Paris, 20 mars 1952)	Ibid., p. 263.
Protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention (Strasbourg, 11 mai 1994)	Conseil de l'Europe, *Série des traités européens*, n° 155.
Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (New York, 21 décembre 1965)	Nations Unies, *Recueil des Traités,* vol. 660, p. 195.
Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 993, p. 3.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 999, p. 171.
Convention américaine relative aux droits de l'homme : « Pacte de San José de Costa Rica » (San José, 22 novembre 1969)	Ibid., vol. 1144, p. 123.
Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Nairobi, 27 juin 1981)	Ibid., vol. 1520, p. 243.
Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes (Belém, 9 juin 1994)	OEA, *Documents officiels*, OEA/Ser.A/55 (SEPF).
Environnement et ressources naturelles	
Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (Bâle, 22 mars 1989)	Nations Unies, *Bulletin du droit de la mer n° 14*, 1989, p. 39.
Convention de Bamako sur l'interdiction d'importer des déchets dangereux en Afrique et sur le contrôle des mouvements transfrontières et la gestion des déchets dangereux produits en Afrique (Bamako, 30 janvier 1991)	OUA, doc. A/46/390, annexe I, résolution 1356 (LIV).

Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (Espoo, 25 février 1991)	Doc. E/ECE/1250, 1991; voir également UICN, *Droit international de l'environnement. – Traités multilatéraux*, t. VII, Erich Schmidt, Berlin, p. 991:15/1.
Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (New York, 9 mai 1992)	*Revue générale de droit international public,* t. XCVI, Paris, Pédone, 1992, p. 925.
Convention sur la diversité biologique (Rio de Janeiro, 5 juin 1992)	Ibid., p. 952.
Protocole de 1996 à la Convention de 1972 sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion des déchets (Londres, 7 novembre 1996)	C. Dommen et P. Cullet, édit., *Droit international de l'environnement. –Textes de base et références*, Kluwer Law International, Londres, 1998, p. 67.
Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (New York, 21 mai 1997)	*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 49*, résolution 51/229, annexe.
Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires (Vienne, 12 septembre 1997)	AIEA, doc. GOV/INF/822-GC(41)/INF/13 et Corr. (N5-52 Circ.[Depositary Notification])

Nationalité et apatridie

Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité (La Haye, 12 avril 1930)	Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. CLXXIX, p. 89.
Convention européenne sur la nationalité (Strasbourg, 6 novembre 1997)	Conseil de l'Europe, *Série des traités européens*, n° 166.

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.
Convention de Vienne sur les relations consulaires (Vienne, 24 avril 1963)	Ibid., vol. 596, p. 261.

Droit de la mer

Convention destinée à garantir en tous temps et à toutes les Puissances le libre usage du canal maritime de Suez (Constantinople, 29 octobre 1888)	F. Stoerk, *Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international. – Continuation du grand recueil de G. Fr. de Martens*, 2e série, t. XV, Gœttingue, Librairie Dieterich, 1890, p. 557.
Conventions de Genève sur le droit de la mer (Genève, avril 1958)	
Convention sur le plateau continental (Genève, 29 avril 1958)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 499, p. 311.
Convention sur la mer territoriale et la zone contiguë (Genève, 29 avril 1958)	Ibid., vol. 516, p. 205.
Convention sur la haute mer (Genève, 29 avril 1958)	Ibid., vol. 450, p. 11.
Convention sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer (Genève, 29 avril 1958)	Ibid., vol. 559, p. 285.
Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982)	*Documents officiels de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer,* vol. XVII (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.84.V.3), doc. A/CONF.62/122.
Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs (New York, 4 décembre 1995)	Nations Unies, *Bulletin du droit de la mer n° 29*, 1995, p. 19.

Droit applicable aux conflits armés

Convention pour l'adaptation à la guerre maritime des principes de la Convention de Genève (La Haye, 18 octobre 1907)	J.B. Scott, édit., *Les Conventions et Déclarations de La Haye de 1899 et 1907*, New York, Oxford University Press, 1918, p. 163.
Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Allemagne (Traité de Versailles) [Versailles, 28 juin 1919]	H. Triepel, *Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international. – Continuation du grand recueil de G. Fr. de Martens,* 3e série, t. XI, Leipzig, Theodor Weicher, 1922, p. 323.

Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Genève, 12 août 1949)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, p. 31 et suiv.
Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne	Ibid., p. 31.
Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer	Ibid., p. 85.
Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre	Ibid., p. 135.
Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre	Ibid., p. 287.
Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) et Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) [Genève, 8 juin 1977]	Ibid., vol. 1125, p. 3 et 609.

Droit des traités

Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, p. 331.
Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités (Vienne, 23 août 1978)	*Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la succession d'États en matière de traités, Vienne, 4 avril-6 mai 1977 et 31 juillet-23 août 1978*, vol. III (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.79.V.10).
Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État (Vienne, 8 avril 1983)	Nations Unies, *Annuaire juridique 1983* (numéro de vente : F.90.V.1), p. 162.
Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Vienne, 21 mars 1986)	Doc. A/CONF.129/15.

Commerce international et développement

Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (Genève, 30 octobre 1947)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 55, p. 187.
Protocole portant modification de certaines dispositions de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (La Havane, 24 mars 1948)	Ibid., vol. 62, p. 31.

Accord portant création du Fonds international de développement agricole (avec annexes) [Rome, 13 juin 1976]	Ibid., vol. 1059, p. 191.

Désarmement

Traité visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine (avec, en annexe, les Protocoles additionnels I et II) [Mexico, District fédéral, 14 février 1967)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 634, p. 281.
Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (Londres, Moscou et Washington, 1er juillet 1968)	Ibid., vol. 729, p. 161.
Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles (New York, 10 décembre 1976)	Ibid., vol. 1108, p. 151.
Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction (Paris, 13 janvier 1993)	*État des accords multilatéraux en matière de désarmement et de contrôle des armements*, 4e éd. (1992), vol. 2 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.IX.11 [Vol. 2]), p. 79.

Espace extra-atmosphérique

Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes (Moscou, Londres et Washington, 27 janvier 1967)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 610, p. 205.

Droit international général

Traité sur l'Antarctique (Washington, 1er décembre 1959)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 402, p. 71.
Convention relative à l'aide alimentaire de 1971 (ouverte à la signature à Washington du 29 mars 1971 au 3 mai 1971)	Ibid., vol. 800, p. 161.
Convention sur l'assistance en cas d'accident nucléaire ou de situation d'urgence radiologique (Vienne, 26 septembre 1986)	Ibid., vol. 1457, p. 133.
Traité sur l'Union européenne (Traité de Maastricht) [Maastricht, 7 février 1992]	Ibid., vol. 1757, p. 3.
Convention interaméricaine contre la corruption (Caracas, 29 mars 1996)	Doc. E/1996/99.
Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (Paris, 17 décembre 1997)	OCDE, doc. DAFFE/IME/BR(97)20.

RÉPERTOIRE DES DOCUMENTS DE LA CINQUANTIÈME SESSION

Cotes	*Titres*	*Observations et références*
A/CN.4/483	Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus à la Sixième Commission sur le rapport de la CDI durant la cinquante-deuxième session de l'Assemblée générale	Reprographié.
A/CN.4/484 [et Corr.1]	Rapport préliminaire sur la protection diplomatique, par M. Mohamed Bennouna, rapporteur spécial	Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).
A/CN.4/485 [et Corr.1]	Ordre du jour provisoire	Reprographié. Pour l'ordre du jour adopté, voir *supra* p. viii.
A/CN.4/486	Premier rapport sur les actes unilatéraux des États, par M. Víctor Rodríguez Cedeño, rapporteur spécial	Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).
A/CN.4/487 et Add.1	Premier rapport sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, par M. Pemmaraju Sreenivasa Rao, rapporteur spécial	*Idem.*
A/CN.488 et Add.1 à 3	Responsabilité des États. — Commentaires et observations reçus des gouvernements	*Idem.*
A/CN.4/489 [et Corr.1]	Quatrième rapport sur la nationalité en relation avec la succession d'États, par M. Václav Mikulka, rapporteur spécial	*Idem.*
A/CN.4/490 et Add.1, Add.2/Rev.1, Add.3 et 4 [et Corr.1] et Add.5, 6 et 7 [et Corr.1)	Premier rapport sur la responsabilité des États, par M. James Crawford, rapporteur spécial	*Idem.*
A/CN.4/491 et Add.1 à 2 [et Corr.1], Add.3 [et Corr.1], Add.4 [et Corr.1] et Add.5 et 6 [et Corr.1]	Troisième rapport sur les réserves aux traités, par M. Alain Pellet, rapporteur spécial	*Idem.*
A/CN.4/L.552 et Add.1	Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquantième session : chapitre IV (Protection diplomatique)	Reprographié. Pour le texte adopté, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 10* (A/53/10). Le texte définitif figure dans *Annuaire... 1998*, vol. II (2e partie).
A/CN.4/L.553	Rapport du Groupe de travail sur la protection diplomatique	Reprographié.
A/CN.4/L.554 [et Corr.1 et 2] et Add.1 [et Corr.1 et 2] et Add.2 [et Corr.1]	Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquantième session : chapitre VI (Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international [prévention des dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses])	*Idem*. Pour le texte adopté, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 10* (A/53/10). Le texte définitif figure dans *Annuaire... 1998*, vol. II (2e partie).
A/CN.4/L.555 et Add.1	*Idem :* chapitre V (Actes unilatéraux des États)	*Idem*.
A/CN.4/L.556	Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses). — Proposition du Rapporteur spécial	Reprographié.

Cotes	*Titres*	*Observations et références*
A/CN.4/L.557 et Corr.1 et 2	Rapport du Groupe de travail sur la nationalité en relation avec la succession d'États	*Idem.*
A/CN.4/L.558	Rapport du Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États	*Idem.*
A/CN.4/L.559 [et Corr.1]	Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquantième session : chapitre VIII (La nationalité en relation avec la succession d'États)	*Idem.* Pour le texte adopté, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 10* (A/53/10). Le texte définitif figure dans *Annuaire... 1998*, vol. II (2e partie).
A/CN.4/L.560	Recommandations du Groupe de planification à la Commission	Reprographié.
A/CN.4/L.561 et Add.1 à 6	Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquantième session : chapitre VII (Responsabilité des États)	*Idem.* Pour le texte adopté, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 10* (A/53/10). Le texte définitif figure dans *Annuaire... 1998*, vol. II (2e partie).
A/CN.4/L.562 [et Corr.1] et Add.1 et 2	*Idem :* chapitre IX (Les réserves aux traités)	*Idem.*
A/CN.4/L.563 et Corr.1 et 2	Les réserves aux traités. — Titres et textes des projets de directives concernant le Guide de la pratique proposé par le Comité de rédaction à la cinquantième session de la Commission	Reprographié.
A/CN.4/L.564	Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquantième session : chapitre IX (Les réserves aux traités). — Textes des projets de directives du Guide de la pratique sur les réserves aux traités accompagnés des commentaires	*Idem*. Pour le texte adopté, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 10* (A/53/10). Le texte définitif figure dans *Annuaire... 1998*, vol. II (2e partie).
A/CN.4/L.565	Responsabilité des États. — Projets d'articles provisoirement adoptés par le Comité de rédaction : première partie, chapitre Ier (art. 1, 2 [3] et 3 [4])	Reprographié.
A/CN.4/L.566	Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquantième session : chapitre Ier (Organisation des travaux de la session)	*Idem*. Pour le texte adopté, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 10* (A/53/10). Le texte définitif figure dans *Annuaire... 1998*, vol. II (2e partie).
A/CN.4/L.567	*Idem :* chapitre X (Autres décisions et conclusions de la Commission)	*Idem.*
A/CN.4/L.568	Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses). — Titre et texte des projets d'articles 1 à 17 proposés par le Comité de rédaction	Reprographié.
A/CN.4/L.569	Responsabilité des États. — Projets d'articles provisoirement adoptés par le Comité de rédaction : première partie, chapitre Ier (art. 1, 3 et 4) et chapitre II (art. 5, 7, 8, 8 *bis*, 9, 10, 15, 15 *bis* et A)	Voir compte rendu analytique de la 2562e séance.

Cotes	*Titres*	*Observations et références*
A/CN.4/L.570	Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquantième session : chapitre III (Points sur lesquels des observations présenteraient un intérêt particulier pour la Commission)	Reprographié. Pour le texte adopté, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Supplément n° 10* (A/53/10). Le texte définitif figure dans *Annuaire... 1998*, vol. II (2e partie).
A/CN.4/L.571	*Idem :* chapitre II (Résumé des travaux de la Commission à sa cinquantième session)	*Idem.*
A/CN.4/SR.2519 à A/CN.4/SR.2564	Comptes rendus analytiques provisoires des 2519e à 2564e séances	Reprographié. Le texte définitif figure dans le présent volume.

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DES SÉANCES DE LA CINQUANTIÈME SESSION

Tenues à Genève du 20 avril au 12 juin 1998

2519e SÉANCE

Lundi 20 avril 1998, à 15 h 5

Président sortant : M. Alain PELLET

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Al-Khasawneh, M. Bennouna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Dugard, M. Economides, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Kabatsi, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Thiam.

Ouverture de la session

1. Le PRÉSIDENT SORTANT déclare ouverte la cinquantième session de la Commission du droit international, et souhaite la bienvenue à ses membres. Cette session aura un caractère exceptionnel à un triple égard : d'abord parce que le cinquantième anniversaire sera dignement marqué par un séminaire de deux jours, dès les 21 et 22 avril, ensuite parce que, pour la première fois depuis longtemps, la CDI va expérimenter une session scindée en deux parties, la première à Genève et la seconde à New York, enfin parce que la CDI aura un ordre du jour chargé mais passionnant puisqu'elle entamera l'examen de deux nouveaux sujets et reprendra celui de deux sujets anciens.

Déclaration du Président sortant

2. Le PRÉSIDENT SORTANT dit que, conformément à l'usage, il a présenté le rapport de la CDI sur les travaux de sa quarante-neuvième session[1] à la Sixième Commission. À cette occasion, il s'est attaché à faire quelques commentaires sur le fonctionnement de la CDI et sur ses relations avec la Sixième Commission, insistant notamment sur le souhait de la première de bénéficier de directives détaillées de la part des États et d'obtenir des réactions plus précises, plus claires et moins stéréotypées de la part de la Sixième Commission. Soulignant la nécessité d'améliorer le dialogue entre les deux parties prenantes au processus de codification, il a fait observer que, la CDI ayant pour sa part entrepris une réforme en profondeur de son mode de fonctionnement, il incombait à la Sixième Commission de prendre elle aussi des initiatives à cette fin. Ces propos ont été reçus avec bienveillance et compréhension, et la Sixième Commission a d'ailleurs accepté deux innovations dont le Président sortant avait pris l'initiative et qui ont eu à son avis un effet positif. Tout d'abord, une demi-journée a été consacrée à des échanges de vue informels entre des représentants des États à la Sixième Commission et des membres de la CDI présents à New York, ce qui a permis aux uns et aux autres de s'exprimer plus librement qu'en séance publique et d'instaurer un dialogue réel. De l'avis du Président sortant, cette expérience fructueuse mérite d'être renouvelée. En second lieu, et contrairement aux usages, le Président sortant avait prié le Rapporteur spécial sur le sujet de la nationalité en relation avec la succession d'États, présent en cette qualité à la tribune de la Sixième Commission, de réagir aux observations formulées par des représentants des États sur le chapitre IV du rapport de la CDI sur les travaux de sa quarante-neuvième session. Cette expérience devrait elle aussi être renouvelée et approfondie dans deux directions : d'une part, il semble légitime que le Rapporteur spécial désigné par la CDI présente lui-même, plutôt que le Président, la partie du rapport relative à son sujet; d'autre part, même s'il paraît illusoire d'espérer que l'ONU accepte de financer le voyage et le séjour de chacun des Rapporteurs spéciaux, ceux d'entre eux

[1] *Annuaire... 1997*, vol. II (2e partie).

présents à New York lors de l'examen par la Sixième Commission du rapport de la CDI devraient être invités à se livrer au même exercice.

3. S'agissant de l'examen proprement dit, à la Sixième Commission, du rapport de la CDI sur les travaux de sa quarante-neuvième session, le Président sortant renvoie pour l'essentiel à l'excellent résumé thématique établi par le secrétariat (A/CN.4/483). Il note que le rapport a été dans l'ensemble bien accueilli, notamment en raison de sa brièveté et de sa relative concision, ce qui constitue une leçon à retenir pour l'avenir.

4. Le projet d'articles sur la nationalité en relation avec la succession d'États et le Rapporteur spécial sur le sujet ont recueilli, à juste titre, toutes les louanges. À quelques réserves près, l'approche générale retenue par la Commission a été approuvée, en particulier « l'angle d'attaque » retenu, à savoir la protection des droits de l'homme et le souci d'éviter l'apatridie. Dans sa résolution 52/156, l'Assemblée générale a prié les États d'exprimer leurs vues sur le projet et l'on peut déduire des débats, même si la résolution finale n'en dit rien, que la Commission est appelée à continuer ses travaux sur ce point, y compris en ce qui concerne les effets d'une succession d'États sur le statut juridique des personnes morales.

5. Sur le sujet des réserves aux traités, les Conclusions préliminaires concernant les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme adoptées par la CDI[2] n'ont pas suscité l'opposition à laquelle on pouvait s'attendre même si certaines dispositions ont été critiquées. Une majorité a considéré que la Commission avait trouvé un équilibre satisfaisant, et l'idée d'adresser les conclusions préliminaires aux organes conventionnels compétents dans le domaine des droits de l'homme a été approuvée, étant toutefois entendu qu'au paragraphe 4 de la résolution 52/156 de l'Assemblée générale, il est demandé que cette consultation soit élargie aux autres organes institués par des traités multilatéraux normatifs. À très peu de nuances près, les délégations qui se sont exprimées sur ce sujet ont approuvé la démarche générale de la CDI consistant à partir du « régime de Vienne » en tentant de le clarifier et de le compléter le cas échéant (A/CN.4/483, sect. B)[3]. Conséquence logique de ce consensus, une très grande majorité de délégations s'est prononcée en faveur de l'unité du régime des réserves et de l'établissement d'un guide de la pratique, ce que la Commission a en principe arrêté à sa quarante-neuvième session[4].

6. S'agissant du sujet de la responsabilité des États, le Président sortant constate tout d'abord qu'il semble exister au sein de la Sixième Commission un large accord pour que la CDI « en finisse » avec ce sujet et que la deuxième lecture du projet soit achevée au plus tard à la fin du quinquennat en cours (A/CN.4/483, sect. C), ce qui est aussi l'intention de la CDI; ensuite, les délégations qui se sont exprimées sur le sujet ont, à l'instar de la CDI, observé que les trois aspects les plus « problématiques » étaient les crimes, les contre-mesures et le règlement des différends; enfin, certaines délégations ont fait des observations détaillées sur plusieurs aspects du projet, lequel a été jugé à la fois trop précis sur certains points et trop superficiel sur d'autres.

7. Pour ce qui est du sujet de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international *(« liability »)*, le Président sortant note que les passions plus ou moins contenues demeurent malgré tout très vivaces plus de vingt ans après son inscription à l'ordre du jour de la CDI; il relève toutefois avec satisfaction qu'aucune délégation n'a contesté la décision de la CDI de terminer d'abord l'examen de l'aspect de la prévention. Il a toutefois attiré l'attention de la Sixième Commission sur le fait que, pour le reste, des directives précises des États et de la Sixième Commission seraient indispensables et devraient intervenir dans un délai de deux ans, faute de quoi la CDI ne serait pas en mesure de sortir des impasses où elle est enfermée depuis vingt ans.

8. En ce qui concerne les nouveaux sujets que sont les actes unilatéraux des États et la protection diplomatique, à une seule exception près, aucun des États qui se sont exprimés à la Sixième Commission n'a remis en cause l'opportunité de les traiter.

9. Le Président sortant rend compte enfin des autres activités qui ont marqué la fin de l'exercice de son mandat de président de la quarante-neuvième session de la CDI. Tout d'abord, à la suite de l'émoi qu'avait suscité parmi les membres de la CDI la « discrétion » du Secrétaire général, dans son rapport intitulé « Rénover l'Organisation des Nations Unies : un programme de réformes »[5] sur les activités juridiques de l'Organisation, il a écrit le 6 octobre 1997 une lettre au Secrétaire général. La réponse, en date du 9 décembre 1997, de M. Kofi Annan, bien qu'exprimée en termes aimables, constitue une fin de non-recevoir. Le Président sortant regrette par ailleurs que le Secrétaire général n'ait pas cru bon de le recevoir lors de son séjour à New York comme il lui en avait fait la demande : le calendrier du Secrétaire général est sans doute extrêmement chargé, mais le Président sortant ne peut s'empêcher de penser que ce refus de sa part ne témoigne pas d'une très grande considération pour la Commission elle-même.

10. S'agissant des relations traditionnelles de coopération avec d'autres organismes, le Président sortant n'a reçu quasiment aucune nouvelle du Comité juridique interaméricain. En revanche, le Comité consultatif juridique afro-asiatique a organisé un séminaire sur l'application extraterritoriale des législations nationales, notamment les sanctions imposées à des tiers, qui s'est tenu à Téhéran les 24 et 25 janvier 1998, et auquel M. Crawford a participé. M. Yamada a pour sa part accepté de représenter la Commission à la trente-septième session du Comité consultatif juridique afro-asiatique qui s'est tenue à New Delhi du 13 au 18 avril 1998 et dont M. Sreenivasa Rao a été élu président. En ce qui concerne le Conseil de l'Europe, M. Ferrari Bravo a représenté la Commission à la session du Comité ad hoc des conseillers juridiques sur le droit international public, qui a eu lieu en février 1998 et au cours de laquelle ont été examinés un certain nombre

[2] Ibid., par. 157, p. 57.

[3] Pour une explication du « régime de Vienne », voir *Annuaire... 1996*, vol. I, 2460e séance, par. 9.

[4] *Annuaire... 1997*, vol. II (2e partie), par. 63, p. 46.

[5] A/51/950 et Add.1 à 7.

de problèmes liés au rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-neuvième session, et le Président sortant a été invité, en sa qualité de rapporteur spécial sur le sujet des réserves aux traités, à participer sur ce thème à la première réunion du Groupe de spécialistes sur les réserves aux traités internationaux, tenue à Paris les 26 et 27 février 1998.

11. En conclusion, le Président sortant remercie le secrétariat pour l'organisation de deux manifestations destinées à célébrer le cinquantième anniversaire de la CDI. Il espère que le séminaire des 21 et 22 avril 1998 sera aussi réussi que le Colloque des Nations Unies sur le développement progressif et la codification du droit international, qui a eu lieu à New York les 28 et 29 octobre 1997[6]. Ce dernier a ouvert de nombreuses pistes de réflexion qui devraient être explorées dès la cinquantième session par le Groupe de planification.

12. M. CORELL (Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique) dit que, si le Secrétaire général n'a pu ni ouvrir le Colloque de New York ni recevoir le Président de la CDI, c'est en raison d'un calendrier très chargé à ce moment-là et certainement pas par manque d'intérêt pour le droit international. Le Secrétaire général est venu rendre visite à la CDI durant sa quarante-neuvième session[7], et son rapport sur la rénovation de l'ONU insiste fortement, à deux reprises, sur l'importance de ce sujet, en particulier à propos de la création d'une cour criminelle internationale, projet qui est à l'origine une œuvre de la CDI. Cela étant, comme le Secrétaire général l'indique dans sa lettre du 9 décembre 1997 au Président de la CDI, ledit rapport « traite des réformes de caractère urgent devant avoir lieu au sein du Secrétariat pour que l'Organisation s'acquitte mieux de ses fonctions. Par comparaison avec d'autres domaines, les mécanismes du droit international, s'adaptant toujours aux besoins de la communauté internationale, ne semblent pas nécessiter une restructuration immédiate. En outre, le développement du droit international est un processus continu et dialectique qui se déroule au sein de plusieurs forums, dont la CDI elle-même, qui a un rôle important à jouer relatif à tout éventuel projet de réforme dans ce domaine. La diligence avec laquelle elle s'est penchée sur ses méthodes de travail et son programme constitue un excellent augure pour l'avenir ».

Élection du bureau

M. Baena Soares est élu président par acclamation.

M. Baena Soares prend la présidence.

13. Le PRÉSIDENT remercie les membres de la CDI de l'honneur qu'ils lui ont fait en l'élisant au poste de président et espère qu'il sera digne de la confiance mise en lui. Il s'attachera en tout état de cause à assumer ses fonctions dans un esprit d'ouverture et à poursuivre les innovations introduites par le Président sortant, qui ont amélioré les méthodes de travail de la CDI et encouragé la réflexion en son sein.

14. Le Président suggère ensuite de suspendre la séance de manière à donner aux membres le temps de procéder à des consultations sur la composition du bureau.

La séance est suspendue à 15 h 45; elle est reprise à 16 heures.

M. Lukashuk est élu premier vice-président par acclamation.

M. Goco est élu second vice-président par acclamation.

M. Simma est élu président du Comité de rédaction par acclamation.

M. Dugard est élu rapporteur par acclamation.

Adoption de l'ordre du jour (A/CN.4/485)

15. Le PRÉSIDENT invite la CDI à adopter l'ordre du jour provisoire (A/CN.4/485) étant entendu que cette décision ne préjuge en rien l'ordre dans lequel les points seront examinés.

16 M. MIKULKA fait remarquer que le libellé du point 5 de l'ordre du jour correspond à l'intitulé initial du sujet dont il est le rapporteur spécial. Ce libellé doit être remplacé par celui adopté depuis sa quarante-huitième session, à savoir « La nationalité en relation avec la succession d'États »[8].

L'ordre du jour, ainsi modifié, est adopté.

Organisation des travaux de la session

[Point 1 de l'ordre du jour]

17. Le PRÉSIDENT suggère que, conformément à la pratique établie, le bureau élargi se réunisse immédiatement pour examiner l'organisation des travaux de la session.

La séance est levée à 16 h 15.

[6] Voir *Actes du Colloque des Nations Unies sur le développement progressif et la codification du droit international.— Pour un meilleur droit international : la Commission du droit international à 50 ans* (publication des Nations Unies, numéro de vente : E/F.98.V.5).

[7] Voir *Annuaire... 1997*, vol. I, 2506e séance.

[8] *Annuaire... 1996*, vol. II (2e partie), p. 81, doc. A/51/10, par. 88.

2520e SÉANCE

Mardi 28 avril 1998, à 10 h 5

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Al-Khasawneh, M. Bennouna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Dugard, M. Economides, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Kabatsi, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Thiam.

Protection diplomatique (A/CN.4/483, sect. E, A/CN.4/484[1], A/CN.4/L.553)

[Point 6 de l'ordre du jour]

RAPPORT PRÉLIMINAIRE DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

1. Le PRÉSIDENT rappelle que, comme il est dit au paragraphe 233 du rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-neuvième session[2], la première partie de la session en cours doit être consacrée à l'examen des divers rapports et la seconde, qui doit se tenir à New York, à l'adoption des projets d'articles accompagnés de leurs commentaires ainsi que du rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquantième session. Il invite donc celle-ci à commencer l'examen du sujet de la protection diplomatique et propose que le rapport préliminaire sur le sujet (A/CN.4/484) soit examiné question par question, méthode qui a donné de bons résultats à la session précédente. Les membres de la Commission devraient aussi étudier quelles mesures celle-ci pourrait prendre pour la suite de ses travaux sur le sujet.

2. La Commission pourrait également envisager de reconstituer le Groupe de travail sur la protection diplomatique établi lors de sa quarante-neuvième session[3] après le débat général, afin d'aider le Rapporteur spécial à mieux cerner les éléments qui doivent être inclus dans son second rapport.

3. M. BENNOUNA (Rapporteur spécial) rappelle qu'en le nommant rapporteur spécial, la Commission a recommandé qu'il présente un rapport préliminaire à la session en cours et a décidé qu'elle s'efforcerait d'achever l'examen du sujet de la protection diplomatique en première lecture à la fin du quinquennat. Il se peut toutefois que ce dernier objectif soit revu. Les préliminaires sont indispensables pour la réussite de toute entreprise humaine. De ce fait, un rapport préliminaire ouvre la voie à l'étude approfondie du sujet et à l'éventuelle incorporation à un traité ou autre instrument de ce qui est devenu une pratique attestée. Dès les tout débuts de l'examen du rapport du Groupe de travail sur le sujet[4], des membres de la Commission ont fait valoir qu'une analyse préliminaire était indispensable avant toute tentative d'étude approfondie de la protection diplomatique. M. Lukashuk, par exemple, a estimé que le Rapporteur spécial devra se pencher sur la notion même de protection diplomatique, qui est de plus en plus axée en droit contemporain sur les droits de l'individu; considérant qu'il existe bien un droit à la protection diplomatique, M. Lukashuk a estimé que la protection diplomatique ne procède pas d'une compétence *ratione personae* sur l'individu. Ces propos ont été approuvés par un certain nombre d'autres membres de la Commission.

4. M. Pellet a appelé l'attention sur l'absence totale de symétrie dans la protection diplomatique. Un État dont un national a été lésé peut exercer sa protection diplomatique à l'encontre de l'État auteur du préjudice, mais l'inverse n'est pas vrai : l'État qui a subi un dommage du fait d'une personne privée ne peut s'en plaindre auprès de l'État dont cette personne a la nationalité. M. Pellet a ajouté que les rapports de force politiques et économiques expliquent que l'institution joue pour ainsi dire à sens unique. Il a été rejoint en cela par M. Thiam, qui a ajouté que les sociétés multinationales sont souvent plus puissantes que des États.

5. M. Pellet a également estimé que le fait que les individus sont aujourd'hui de plus en plus reconnus comme des sujets de droit international est une dimension qui devra nécessairement être prise en compte dans le rapport préliminaire du Rapporteur spécial. M. Ferrari Bravo est allé encore plus loin et a affirmé que l'arrêt de la CPJI dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* ne serait que l'expression d'une théorie aujourd'hui dépassée où l'État était considéré comme le « maître » de ses citoyens. Le Rapporteur spécial lui-même a souligné que les évolutions importantes intervenues au cours des dernières années obligent à envisager le sujet sous un angle nouveau et « rajeuni ».

6. Le Rapporteur spécial a pensé que, dans un rapport préliminaire, il se devait de présenter les options offertes à la Commission sans chercher à imposer sa propre conception du sujet. Il demeure personnellement tout à fait ouvert, mais, à l'évidence, on ne peut s'en tenir aujourd'hui à la conception traditionnelle de la protection diplomatique, sauf à s'abriter dans ce conservatisme à toute épreuve dont on a parfois accusé la Commission.

7. La conception traditionnelle peut être adaptée aux réalités nouvelles, mais cette adaptation peut emprunter des voies assez variées et il n'est nullement nécessaire de s'en tenir à une construction juridique unique. La Commission s'est déjà attaquée à la distinction entre règles primaires et règles secondaires, et le Groupe de travail a proposé dans son rapport que le sujet soit limité aux règles secondaires du droit international, c'est-à-dire aux conséquences d'un fait internationalement illicite (par commis-

[1] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

[2] *Annuaire... 1997*, vol. II (2e partie), p. 72.

[3] Ibid., par. 169, p. 61.

[4] Pour le rapport du Groupe de travail, ibid., par. 172 à 189, p. 61 à 64.

sion ou par omission) qui a causé un préjudice médiat à l'État, généralement au travers d'un préjudice causé à ses nationaux[5]. Le Groupe de travail a ajouté que l'étude ne portera pas sur le contenu précis de l'obligation internationale qui aura été violée.

8. MM. Pambou-Tchivounda et Simma ont toutefois rappelé que la règle des « mains propres » et celle de l'épuisement des recours internes obligeraient la Commission à s'aventurer dans le domaine des règles premières. Il se peut aussi que la référence à des catégories générales d'obligations s'avère nécessaire et, puisqu'un effort analogue sera nécessaire pour le sujet de la responsabilité des États, peut-être conviendrait-il de coordonner les travaux sur les deux sujets.

9. En 1996, l'Association de droit international a créé le Comité sur la protection diplomatique des personnes et des biens, qui est aux prises avec ces questions mêmes que la Commission est sur le point d'examiner. Dans une lettre adressée au Rapporteur spécial, en octobre 1997, le Président de ce comité a précisé que les travaux de ce dernier pourraient être concentrés plus particulièrement sur la manière dont les principes traditionnels du droit international relatifs à la protection diplomatique ont changé dans la pratique moderne. Le Comité se pencherait plus précisément sur les questions de savoir par quels actes un État est censé avoir pris fait et cause pour son ressortissant, si l'État peut exercer la protection diplomatique même lorsque ses ressortissants ont refusé que l'État prenne fait et cause pour eux, si le fait pour l'État de prendre fait et cause pour ses citoyens prive ceux-ci du droit de présenter des réclamations de leur propre chef et si l'on doit admettre la possibilité pour des requérants de se retirer individuellement d'une réclamation collective ou globale, autant de questions qui ramènent à la question centrale de la nature juridique de la protection diplomatique et à la définition même de la matière.

10. À l'évidence, la Commission devra trouver une solution, et deux approches peuvent être envisagées à cet égard. La première, latine ou cartésienne, consisterait à s'attacher à la définition de la notion pour ensuite déterminer le cours futur des travaux sur le sujet. La seconde approche, que l'on pourrait appeler anglo-saxonne ou empirique, consisterait à laisser dans un premier stade ouverte la question de la définition, en laissant à l'étude de la pratique le soin de guider le choix des solutions juridiques en vue de la codification de la matière. Chacune de ces méthodes a ses vertus et ses défauts mais il paraît indispensable dans tous les cas de figure de procéder à l'analyse critique de la conception traditionnelle de la protection diplomatique de manière à ce qu'elle ne serve pas dans tous les cas de critère d'appréciation et d'évaluation de la pratique contemporaine. Le Rapporteur spécial est pour sa part convaincu qu'il y a une relation dialectique constante entre théorie et pratique et que rien n'empêche des experts de la pratique du droit international de se livrer, ne serait-ce qu'un court moment, au jeu des théories.

11. En présentant à l'Assemblée générale le rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-neuvième session, le Président de celle-ci a insisté sur la nécessité d'une évaluation préliminaire de la nature de la protection diplomatique en se posant notamment la question de savoir si cette protection est un droit de l'individu ou si elle relève du pouvoir discrétionnaire de l'État, et il a ajouté que, « à la limite, on peut se demander si la fiction juridique qui est à la base de la protection diplomatique conserve sa raison d'être à la fin du XXe siècle »[6]. Le Président a en quelque sorte lancé un défi, qui consiste à se livrer à un travail salvateur de dépoussiérage et de rénovation de la conception traditionnelle de la protection diplomatique telle qu'elle a été enseignée dans les facultés de droit depuis des générations.

12. D'aucuns peuvent estimer que l'on perd son temps à se poser des questions sur l'existence de la protection diplomatique : de tout temps, on a considéré que tout tort fait à un membre d'un groupe ou d'une tribu est une attaque contre le seigneur et maître de la tribu. Le droit est plein de fictions juridiques et ferait un excellent roman si on le reformulait en tant que fiction. Comme le roman, le droit transforme un aspect de la réalité en un élément différent. La personne morale, par exemple, est la plus célèbre des fictions juridiques. La CIJ, dans son arrêt en l'affaire de la *Barcelona Traction* (voir p. 39), dit que le droit a reconnu que l'existence indépendante de la personnalité morale ne saurait être considérée comme un absolu et que l'on a estimé justifié et équitable de « lever le voile social » ou de « faire abstraction de la personnalité juridique » dans certaines circonstances. La Cour a ainsi fait voler en éclats la fiction qui entoure la notion de société anonyme, montrant qu'il est possible et acceptable de revenir à la réalité sous-jacente, les fictions juridiques ne devant pas être considérées comme immuables. Elles sont inventées pour répondre à certains besoins mais les réalités prennent leur revanche et imposent une adaptation de la fiction juridique dans le sens d'une plus grande prise en compte des situations contemporaines.

13. Il en va certainement ainsi de cette autre fiction juridique qu'est la protection diplomatique. Le droit international a considérablement évolué depuis le milieu du XIXe siècle. L'approche dualiste qui est à l'arrière-plan de cette institution n'est plus de mise aujourd'hui. Les individus sont de plus en plus les destinataires directs de normes internationales et ils accèdent directement à des instances et à des procédures internationales pour défendre leurs droits. Les États et les juridictions, tant internationales qu'internes, sont amenés à prendre en compte de plus en plus la situation des individus dans l'élaboration et la mise en œuvre des règles du droit international. Il se crée donc une plus grande continuité entre les deux ordres juridiques, l'international et l'interne, même s'ils conservent chacun leurs spécificités.

14. Les raisons qui ont nécessité l'invention de la protection diplomatique en tant que fiction juridique, pour justifier l'intervention de l'État en faveur de ses nationaux, ont progressivement disparu. De plus en plus de raisons incitent à lever le voile de la fiction du droit de l'État pour retrouver la réalité du droit de l'individu. La Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité (appelée ci-après « Convention de La Haye de 1930 ») a accentué la fiction

[5] Ibid., par. 180, p. 62.

[6] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Sixième Commission*, 22e séance, par. 60.

qui est à la base de la protection diplomatique en énonçant la théorie selon laquelle l'État n'a pas à répondre des actes d'un individu ayant la double nationalité. Or, aujourd'hui, il est généralement admis que les États sont responsables au plan international de la manière dont ils traitent leurs propres nationaux. Ceci vaut même lorsque l'individu a la double nationalité, pour autant que le critère de la nationalité effective soit respecté. Dans l'affaire A/18[7], le Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran a estimé que l'évolution vers une modification de la règle établie par la Convention de La Haye de 1930 n'est guère surprenante, tant elle est conforme à l'évolution actuelle du droit international tendant à accorder la protection juridique aux individus, y compris à l'encontre de l'État dont ils sont les ressortissants.

15. Pourquoi accepter que des étrangers puissent revendiquer le respect des règles du droit international et obtenir la protection de leur État national et refuser cette protection aux nationaux qui pâtissent des mêmes violations de ce même droit international ? La CIJ a fait un premier pas dans ce sens en reconnaissant la possibilité pour tous les États d'agir en faveur d'une personne humaine dont les droits fondamentaux ont été violés (affaire de la *Barcelona Traction*). Et il est aujourd'hui admis qu'un État peut agir sur le plan international pour défendre certains droits de la personne humaine de caractère universel sans avoir à justifier d'un quelconque lien de nationalité.

16. Le respect de la souveraineté de l'État d'accueil qui a inspiré la Convention de La Haye de 1930 justifie également la règle de l'épuisement des recours internes. Dans son projet sur la responsabilité des États[8], la Commission a élaboré l'article 22 (Épuisement des recours internes) en partant du principe qu'il s'agit là d'une règle de fond et non de procédure et qu'il n'y a violation de l'obligation internationale et engagement de la responsabilité internationale de l'État qu'à l'achèvement des procédures nationales disponibles. L'on constate ainsi les effets du dualisme qui cherche à accréditer l'idée qu'aux recours internes correspond l'application du droit national et qu'à la réclamation internationale correspond la mise en œuvre du droit international. Au cours du Séminaire de droit international qui s'est tenu à Genève les 21 et 22 avril 1998 pour célébrer le cinquantième anniversaire de la Commission, M. Dominicé a appelé l'attention sur le fait que, de nos jours, l'acte initial peut être constitutif en lui-même d'une violation de l'obligation internationale dans la mesure où l'individu est destinataire des normes internationales et, devant un tribunal national, fait valoir son propre droit qu'il tient du droit international dès le départ. Ce n'est qu'à l'issue des recours internes que la réclamation de l'État national prend le relais. À ce stade, la question se pose de savoir si l'État national agit pour faire respecter son propre droit ou bien s'il n'est que le représentant de son ressortissant pour mettre en cause la responsabilité internationale de l'État d'accueil. Telle est la question essentielle, et elle est non philosophique mais juridique et pratique. En principe, rien ne s'oppose à ce qu'on avance aujourd'hui que l'État, en prenant fait et cause pour son ressortissant, met en œuvre le droit de celui-ci au respect des règles du droit international dont il est le destinataire.

17. Poussée à son ultime conséquence, la fiction juridique de la protection diplomatique conduit à considérer que la réparation est due à l'État même si le dommage subi par le particulier fournit la mesure de l'indemnité (affaire de l'*Usine de Chorzów* [voir p. 28]). Or, l'on admet de plus en plus que l'individu est en droit de réclamer l'indemnité à son État national devant des tribunaux internes et qu'il peut contester les conditions de partage de cette indemnité si elle est accordée à plusieurs parties. La jurisprudence interne tend à faire prévaloir la réalité du dommage subi par le particulier sur la fiction du dommage infligé à l'État. Cette interaction est toujours présente.

18. La Commission pourrait donc partir de l'hypothèse que la protection diplomatique est une prérogative discrétionnaire de l'État d'engager la réclamation internationale pas nécessairement pour faire valoir son propre droit mais pour assurer le respect des règles internationales existantes en faveur de ses ressortissants et mettre en cause la responsabilité internationale de l'État d'accueil à leur égard. La Commission devrait débattre de cette hypothèse de manière à faire avancer la réflexion sur la nature juridique de la protection diplomatique et c'est à la lumière de ce débat que le Rapporteur spécial établira le rapport sur le fond du sujet qu'il présentera à la session suivante. La Commission hésitera peut-être à se débarrasser définitivement de la conception traditionnelle de la protection diplomatique mais il faudra alors qu'elle admette clairement que cette conception a été dans une large mesure remise en cause par les développements récents du droit international relatif aux droits de la personne humaine et qu'il appartient au Rapporteur spécial d'en tenir dûment compte dans l'approfondissement du sujet.

19. La fiction de la protection diplomatique en tant que mise en œuvre d'un droit de l'État a joué certes un rôle positif à un moment où elle représentait le seul moyen de faire accéder la cause de la personne privée à la sphère internationale et de mettre en cause la responsabilité internationale de l'État d'accueil dans ses relations avec cette personne. Manifestement, ce n'est plus le cas et le maintien de la fiction dans toute sa rigueur risque d'être perçu comme rétrograde, pour ne pas dire réactionnaire, par rapport à tout ce qu'implique aujourd'hui la notion de mondialisation.

20. Dans son rapport préliminaire, le Rapporteur spécial a posé la question du lien entre le sujet de la protection diplomatique et celui de la responsabilité internationale, ainsi que la question du sens précis de la limitation de l'investigation aux règles secondaires du droit international. Il n'a pas voulu dire que la Commission doit choisir entre les règles primaires et les règles secondaires. La protection diplomatique renvoie incontestablement à la catégorie des règles secondaires, ce qui pose la question de l'importance de ces règles par rapport aux règles primaires. En analysant le droit sous-jacent (questions de nationalité et règle des « mains propres »), la Commission devra nécessairement se référer à la catégorie des règles

[7] États-Unis–Iran, affaire n° A/18, décision du 6 avril 1984, *Iran-United States Claims Tribunal Reports*, Grotius, Cambridge (Royaume-Uni), 1985, vol. 5, p. 251.

[8] Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2e partie), p. 62, doc. A/51/10, chap. III, sect. D.

primaires pour établir quelques conclusions sur la question de la protection diplomatique.

21. M. BROWNLIE tient à préciser qu'il n'est aucunement mal disposé à l'égard des concepts et institutions relatifs aux droits de l'homme, mais il ne saurait faire abstraction de son expérience de l'utilisation pratique de ces concepts et institutions, pour le compte de gouvernements ou de personnes privées, voire de tribus. Il ne s'agit donc pas d'opposer une vision conservatrice à une vision libérale, mais simplement de voir comment les choses fonctionnent.

22. Le Rapporteur spécial se rattache à l'évidence au courant de pensée représenté par le Président du Comité sur la protection diplomatique des personnes et des biens de l'Association de droit international et par d'autres auteurs qui tentent d'assimiler l'institution de la protection diplomatique aux principes des droits de l'homme. Or, l'assimilation n'est pas un partenariat mais une voie à sens unique, et la Commission pourrait se retrouver sur cette voie si elle marginalise le système de la protection diplomatique.

23. Le système des droits de l'homme fonctionne selon un mode similaire à celui des principes de la protection diplomatique, à savoir que l'une des conditions de recevabilité est l'épuisement des recours internes, et les États ont le pouvoir discrétionnaire de prendre ou non fait et cause pour une personne ou une société. La pratique de la Commission européenne des droits de l'homme est très similaire : il y a eu des affaires importantes où une personne avait décidé de retirer sa réclamation mais où la Commission européenne a refusé de considérer cette réclamation comme étant retirée, en raison de l'intérêt objectif qu'il y avait à maintenir les normes de l'ordre public européen. La Commission devrait donc prendre soin de ne pas instaurer une fausse polarisation entre les droits de l'homme et la protection diplomatique. Il y a également lieu de noter que, même en Europe, la protection des droits de l'homme est très lacunaire. Rien ne sert de marginaliser le système de la protection diplomatique alors qu'il n'y a pas encore de substitut efficace à ce système. Le plus pratique est donc de maintenir les deux fers au feu.

24. Le principal sujet de préoccupation par rapport aux vues du Rapporteur spécial a trait à la méthode de travail. L'on peut, bien entendu, discuter de théories et de concepts tels que la distinction entre règles primaires et règles secondaires, mais il ne serait guère utile, avant de s'intéresser aux institutions et aux règles de la protection diplomatique, d'insister sur une première phase de débat théorique pour déterminer, par exemple, si la protection diplomatique renvoie à une fiction juridique. Ces questions peuvent être débattues lorsqu'elles se posent dans des contextes concrets. La Commission n'est pas une académie : elle doit accomplir une tâche pratique. Il vaudrait donc mieux adopter l'optique du rapport du Groupe de travail sur la protection diplomatique à la quarante-neuvième session. Les questions importantes posées par la protection diplomatique au sens large sont claires : il s'agit de la recevabilité des réclamations et du droit relatif aux conditions qui doivent être réunies avant la présentation des réclamations. Les réclamations elles-mêmes font partie des règles de fond du droit relatif à la responsabilité des États, aux traités, aux actes unilatéraux, et ainsi de suite.

25. M. Brownlie n'est pas contre l'idée que la Commission traite des règles secondaires. Prétendre faire le contraire ne pourrait que créer la confusion, mais cette distinction entre règles primaires et règles secondaires ne doit pas être utilisée comme un critère absolu. Le classement d'une règle parmi les règles primaires ou secondaires dépend de la nature du problème qui se pose à telle ou telle occasion. Ce classement est donc problématique, non pas à cause d'éventuels chevauchements mais en raison de la double fonction de la recevabilité et du fond par rapport, par exemple, à la règle des « mains propres », à certains problèmes de nationalité et à toute la question de l'acquiescement et du retard.

26. Il est permis de se demander pourquoi l'intérêt d'ordre juridique qu'un État porterait au sort de l'un de ses ressortissants renverrait à une fiction juridique. Et l'idée qu'une tribu pourrait manifester un intérêt de ce type n'est en rien excentrique. La Commission devrait éviter de trop s'abandonner aux effets de mode.

27. Bien entendu, la protection diplomatique est une construction, tout comme les notions de possession, de propriété et de mariage sont des constructions. L'épuisement des recours internes repose sur un fondement empirique, et il est permis de se demander s'il existe réellement un principe de risque implicite qui ferait que l'épuisement des recours internes ne serait plus nécessaire lorsqu'il n'y a pas de lien volontaire préalable avec la juridiction concernée. Israël a avancé cet argument dans l'affaire qui l'opposait à la Bulgarie après qu'un avion civil israélien eut été abattu : les victimes n'étaient pas tenues d'épuiser les recours internes lorsque aucun lien volontaire préalable n'existait avec la juridiction bulgare[9]. Il ne s'agit aucunement d'une fiction juridique, mais d'une argumentation stratégique parfaitement valable.

28. M. AL-KHASAWNEH n'est pas tout à fait convaincu par le raisonnement de M. Brownlie concernant les fictions juridiques. La plupart des exemples cités dans le rapport préliminaire font partie intégrante de l'argumentation juridique, voire du raisonnement tout court; ils ne sont en rien rétrogrades ou excentriques. Il ne s'agit pas davantage de vestiges du XIXe siècle. Le jurisconsulte romain Ulpien disait que, pour les besoins du droit, certaines villes et municipalités devaient être assimilées à des mineurs. Toute la notion de tutelle, et du lien entre le roi et son royaume, repose sur cette analogie. De même, au Moyen Âge, le roi Henry VIII d'Angleterre a déclaré : *Rex in regnum sui est imperator* — déclaration qui a eu de multiples répercussions sur le développement du droit. Il semble donc qu'il y ait dans la fiction plus de réalité que l'on ne pense.

29. M. ECONOMIDES retire des paragraphes 33 à 44 du rapport préliminaire que l'institution de la protection diplomatique perd du terrain depuis quelque temps, la raison en étant dans le développement impressionnant des droits de l'homme, en particulier en Europe. Dans bien des cas, la personne peut désormais défendre elle-même ses droits au plan international sans solliciter l'interven-

[9] *C.I.J. Mémoires, Incident aérien du 27 juillet 1955*, p. 531 et suiv.

tion de son propre État. Cela étant, la codification de la protection diplomatique aurait dû intervenir dans le cadre de la responsabilité des États et non de manière autonome. La Commission reviendra sans doute sur ce point à un stade ultérieur.

30. La Commission ne devrait pas s'occuper de la question de la fiction sur laquelle, selon le Rapporteur spécial, l'institution de la protection diplomatique serait bâtie. Que l'on parle de fiction ou de novation, voire de substitution, on est toujours dans une approche théorique qui n'est guère adaptée au développement normatif du sujet. La question essentielle est, comme le Rapporteur spécial le souligne à juste titre, de savoir qui est le détenteur du droit exercé au moyen de la protection diplomatique : l'État de la nationalité ou la personne lésée ressortissante de cet État ? À l'évidence, la réponse doit toujours être l'État, dont les pouvoirs à cet égard sont en principe discrétionnaires. La protection diplomatique a toujours été une prérogative souveraine de l'État en tant que sujet de droit international. S'il en avait été autrement, aucun accord n'aurait été conclu après la seconde guerre mondiale pour indemniser les propriétaires de biens nationalisés, en particulier dans les ex-États communistes. Aujourd'hui, bien entendu, l'individu peut être un sujet de droit international et donc présenter lui-même une réclamation internationale. En pareil cas, la protection diplomatique n'a plus aucune raison d'être. Mais, lorsqu'une personne ne peut pas être sujet de droit international — ce qui se produit encore fréquemment dans la pratique contemporaine —, la protection diplomatique peut s'avérer très utile. Tout doit donc être fait pour ne pas marginaliser cette institution.

31. M. Economides convient que la distinction entre règles primaires et règles secondaires doit être abordée avec une certaine souplesse. La Commission devrait s'occuper davantage du fond de la question et moins de certaines distinctions artificielles. La règle de l'épuisement des recours internes, avec ses exceptions classiques, et les autres conditions d'exercice de la protection diplomatique, en particulier celle concernant la nationalité de l'auteur de la réclamation, sont d'une importance fondamentale pour le sujet. Il demande si le Rapporteur spécial compte aborder ces questions dans son second rapport. Il y a sans doute place pour un développement progressif et une rénovation sensible du droit régissant la protection diplomatique. Même si l'on part du droit de l'État, il doit être possible, dans la perspective d'un développement progressif du droit, de faire davantage de place à l'individu dans le cadre de la protection diplomatique, en particulier lorsqu'il s'agit de l'indemnisation.

32. Il y a peut-être lieu de préciser davantage l'intitulé du projet, encore que cela peut attendre que le projet lui-même commence à prendre forme.

33. L'heure est venue d'étendre la protection diplomatique aux ressortissants d'un État qui sont lésés — alors qu'ils se trouvent non pas à l'étranger mais dans leur propre État — par suite de la commission d'un acte internationalement illicite par une mission diplomatique étrangère ou par les membres d'une telle mission qui bénéficient de l'immunité juridictionnelle et, par voie de conséquence, ne peuvent être traînés devant les tribunaux locaux. Il n'y a aucune raison qu'un État qui protège ses ressortissants lorsqu'ils sont lésés à l'étranger par suite de la violation du droit international dans ces circonstances ne puisse pas en faire de même lorsqu'ils sont lésés sur le territoire de leur propre État. Il s'agit là d'un point nouveau et important que la Commission ferait bien d'examiner.

34. M. LUKASHUK estime que le sujet dont traite le rapport préliminaire est tout à la fois complexe et d'une grande importance pratique pour la protection des droits de l'homme. Certes, l'institution de la protection diplomatique continuera de jouer un rôle important dans les années à venir pour ce qui est d'assurer le respect de ces droits, mais certains points du rapport ne manquent pas de susciter des interrogations.

35. Étant donné la complexité de la question, il ne serait guère judicieux d'encombrer le sujet de concepts théoriques. Pour ne prendre qu'un exemple, la question de la reconnaissance de l'individu comme sujet de droit international est éminemment controversée. Rien ne sert donc de la soulever dans ce contexte particulier. Mieux vaut s'en tenir à la pratique — la pratique judiciaire en particulier — consistant à traiter l'individu comme un bénéficiaire du droit international. L'affirmation de Scelle[10] que le Rapporteur spécial mentionne dans son rapport préliminaire n'est pas tout à fait convaincante car, comme il est bien connu, Scelle est allé à contre-courant en rejetant l'idée que l'État pouvait avoir le statut de sujet de droit international et en affirmant que seul l'individu peut avoir ce statut. Rien donc ne justifie à l'heure actuelle le rejet complet des points de vue traditionnels tels qu'ils ressortent de la décision prise dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, qui demeure pour une large part valable.

36. Le Rapporteur spécial a par contre raison d'appeler l'attention sur certaines lacunes de la conception traditionnelle, en premier lieu sur le fait que l'État considère son droit d'exercer la protection diplomatique comme une prérogative discrétionnaire, l'individu n'ayant aucun droit en tant que tel à la protection diplomatique. La Commission pourrait examiner plus avant ce problème.

37. M. Lukashuk juge quelque peu préoccupante la proposition du Rapporteur spécial selon laquelle l'individu devrait renoncer au droit de protéger ses propres biens. L'on voit difficilement comment une telle idée peut s'exprimer dans la pratique, en particulier lorsqu'il s'agit d'investissements étrangers. La tendance est plutôt à une multiplication des sauvegardes en faveur de l'investissement étranger, comme en témoigne la création du CIRDI, dont le Rapporteur spécial tire argument pour considérer que les investisseurs étrangers sont détenteurs d'une personnalité juridique internationale. Or, les différends relatifs aux investissements sont depuis longtemps réglés par l'arbitrage commercial international et nul n'a jamais suggéré qu'un individu qui soumet un différend à cet arbitrage acquiert de ce fait même une personnalité juridique internationale.

38. Dans le paragraphe 50 de son rapport préliminaire, le Rapporteur spécial demande en outre si, en agissant de

[10] G. Scelle, « Règles générales du droit de la paix », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1933-IV*, Paris, Sirey, 1934, t. 46, notamment p. 661.

la sorte, l'État fait valoir son propre droit ou, au contraire, s'il n'est que le mandataire ou le représentant de son ressortissant titulaire d'un intérêt juridiquement protégé sur le plan international et donc d'un droit. L'on est donc en présence d'un dilemme, qu'il faut néanmoins trancher non par l'opposition mais par l'harmonisation des droits de l'État et de l'individu. Bien entendu, l'un des principaux droits de l'État est le droit de protéger les droits de ses ressortissants, mais il s'agit d'un droit qui doit être exercé de manière non arbitraire, et qui devrait être réglementé par le droit tant interne qu'international.

39. Le droit à la protection diplomatique est inscrit dans de nombreuses constitutions nouvelles en tant que droit de l'individu. Au plan international, il conviendrait de l'assimiler à un droit fondamental de la personne humaine et de créer les mécanismes propres à assurer son application.

40. Établissant un lien entre la protection diplomatique et la responsabilité internationale, le Rapporteur spécial argue du fait que les premiers débats de la Commission sur le sujet de la responsabilité internationale portaient essentiellement sur la responsabilité des États à raison de dommages occasionnés à la personne et aux biens d'étrangers. Mais la responsabilité internationale est encore un sujet de débat et non une branche bien établie du droit international. Ce n'est qu'au tournant du siècle que des auteurs, en France et en Italie, ont commencé à évoquer la responsabilité à raison de dommages causés à des personnes ou des biens étrangers. Les codificateurs de la SDN ont envisagé la question sous le même angle étroit. Les premiers efforts de la Commission s'inscrivent également dans cette perspective et ce n'est que plus tard qu'elle a décidé d'examiner la responsabilité internationale en général.

41. M. Lukashuk se dit tout à fait d'accord sur la nécessité d'envisager aussi bien les règles primaires que les règles secondaires. Dans l'ensemble, le rapport préliminaire crée les conditions nécessaires pour que le Rapporteur spécial puisse mener à bien son travail dans les délais prévus.

42. M. HAFNER fait remarquer que le dernier point soulevé par M. Economides peut se prêter à de nombreuses interprétations. Il serait utile, pour la suite des travaux de la Commission, que cette question soit davantage clarifiée et illustrée par des cas concrets.

43. M. ECONOMIDES précise qu'il a voulu soulever la question des victimes de violations du droit international commises sur le territoire de leur État de nationalité, la protection diplomatique s'appliquant au dommage subi par les ressortissants d'un État qui vivent à l'étranger. Lorsque de telles violations sont commises sur le territoire d'un État par un autre État ou par les agents de ce dernier, qui bénéficient de l'immunité juridictionnelle, les ressortissants du premier État n'ont pas de recours auprès de leurs propres tribunaux. Cette situation peut survenir, par exemple, lorsqu'une mission diplomatique ou l'un de ses agents diplomatiques ou consulaires cause un préjudice à un ressortissant du pays d'accueil. Ce dernier ne devrait pas rester indifférent face aux réclamations légitimes de ses propres ressortissants lésés par suite de violations du droit international. Il devrait au contraire s'efforcer de faire aboutir ces réclamations en exerçant sa protection diplomatique. Il y a en l'occurrence parfaite symétrie entre la protection diplomatique au sens classique et le préjudice subi sur le territoire de l'État de nationalité. Ce point mérite que la Commission s'y arrête.

44. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA est d'avis qu'il faut déterminer si la question soulevée par M. Economides relève de la protection diplomatique proprement dite ou entre dans le cadre du droit de la responsabilité internationale à raison d'actes illicites. Il peut sembler, à première vue, que l'on soit dans le cadre de la protection diplomatique mais, à la réflexion, la question se pose de savoir si un acte commis par un agent diplomatique sur le territoire d'un autre État, en violation du droit international, mais dans le cadre de ses fonctions officielles, ne serait pas imputable à l'État que cet agent représente.

45. M. SIMMA ne voit guère de sujet plus mûr pour la codification que la protection diplomatique, ni de sujet sur lequel il y ait un corpus aussi solide de droit contraignant. Le débat théorique n'est pas sans intérêt au début de l'examen d'un sujet, mais l'heure est venue d'oublier les préliminaires et de passer aux choses sérieuses.

46. La notion de « fiction juridique » n'est mentionnée qu'occasionnellement dans le rapport préliminaire, mais en présentant oralement ce rapport, le Rapporteur spécial a tout axé sur cette notion. Si l'on retient la définition de la fiction qui figure dans le *dictionnaire Robert*, une fiction juridique consisterait à supposer un fait ou une situation différente de la réalité juridique. Or, si l'on en juge par l'affirmation du Rapporteur spécial selon laquelle cette définition de la fiction s'applique précisément à la construction *Mavrommatis*, il semble que sa vision de la réalité juridique diffère de celle d'autres membres de la Commission.

47. Car, au contraire, il n'y a rien d'artificiel à considérer que l'État d'origine est en droit de s'assurer que ses ressortissants sont traités conformément à telle ou telle norme internationale ou aux droits de l'homme. La Commission n'est en aucune manière en train de traiter d'une fiction. Dans le contexte de la protection diplomatique, appeler la construction *Mavrommatis* une fiction revient à donner une image péjorative du droit international, puisque le Rapporteur spécial oppose « une fiction » aux droits de l'homme, ce qui implique que le droit « ancien » n'est qu'une fiction alors que le droit « nouveau » fondé sur les droits de l'homme est, sur le plan moral, d'un ordre supérieur.

48. Pour ce qui est de la terminologie, M. Simma n'est en tout état de cause pas d'accord avec la description de ces deux approches comme étant une « ancienne » et une « nouvelle ». Certes, le droit de la protection diplomatique existe depuis des décennies, voire des siècles, avant l'émergence des droits de l'homme en tant qu'expression consacrée dans les milieux juridiques internationaux, mais ces deux approches se côtoient et leurs potentiels respectifs ne se chevauchent que partiellement, comme M. Brownlie, notamment, l'a déjà bien expliqué. Jeter la protection diplomatique par-dessus bord et la remplacer par les droits de l'homme reviendrait dans certains cas à priver des personnes d'une protection dont elles bénéficiaient jusque-là. Les droits de l'homme peuvent bien

entendu venir renforcer l'exercice de la protection diplomatique par les États d'origine : la République fédérale allemande, par exemple, invoquait chaque fois que possible un argument relevant des droits de l'homme pour exercer sa protection diplomatique, les réclamations fondées sur les droits de l'homme étant, pour de nombreux États, manifestement plus acceptables que celles fondées sur une norme minima internationale qui a suscité bien des controverses tout au long du XIX^e^ siècle et de la première moitié du XX^e^.

49. « L'approche *Mavrommatis* » traditionnelle de la protection diplomatique n'est donc pas sans avantage et ne devrait pas être écartée avant un examen minutieux des conditions requises pour que l'approche axée sur les droits individuels soit efficace. M. Simma ne voit pas d'objection à ce que l'approche fondée sur les droits de l'homme puisse irriguer les débats futurs de la Commission sur le sujet, au cas par cas, mais la Commission doit cesser de remettre en cause le fondement même de la protection diplomatique en adoptant une telle perspective.

50. M. BENNOUNA (Rapporteur spécial) se dit de plus en plus convaincu, à mesure que le débat progresse et quoi qu'en disent certains, que le débat était véritablement nécessaire. Il aurait bien voulu rejeter la notion de fiction, qui est au fond une construction juridique. Toutefois, dans le cas de la protection diplomatique, le dommage est subi directement par l'individu et indirectement seulement par l'État dont celui-ci est ressortissant. Il a donc fallu trouver un artifice pour relier le dommage subi par l'individu à celui subi par l'État. Cela étant, MM. Brownlie et Simma ont tout à fait tort de partir du principe que le terme « fiction » a ici une connotation péjorative. Le droit est une construction intellectuelle faite de fictions, et il n'y a donc rien de péjoratif dans l'emploi de ce terme. Il s'agit au fond d'un problème linguistique et de perceptions culturelles différentes.

51. Tout comme MM. Brownlie et Simma, le Rapporteur spécial estime parfaitement naturel qu'un État veille à ce que ses ressortissants soient traités conformément au droit international, et il tient à ce que cette pratique perdure. La Commission est d'accord sur le fait que l'État dispose, au niveau de la procédure, du pouvoir discrétionnaire de défendre ses ressortissants, mais il ne faut pas s'en tenir là. La Commission doit-elle adopter la conception *Mavrommatis*, en vertu de laquelle l'État, en défendant les droits de son ressortissant, fait valoir ses propres droits, ou doit-elle adopter l'approche axée sur le pouvoir discrétionnaire, en vertu de laquelle un État peut, en prenant fait et cause pour un de ses ressortissants, exercer l'un des droits propres à celui-ci ? La Commission doit examiner avec beaucoup de soin cette question, qui n'est pas de pure théorie. Bien sûr, il existe du droit contraignant dans ce domaine, mais les dispositions de ce droit sont aujourd'hui dépassées et le Rapporteur spécial ne pourra que s'opposer à toute tentative de confiner la Commission dans une démarche par trop conservatrice à cet égard.

52. Le Rapporteur spécial tient à souligner, pour conclure, que, contrairement à ce qu'a pu penser M. Simma, il n'a jamais voulu opposer la protection diplomatique aux droits de l'homme. Il ne tient certainement pas à scier la branche sur laquelle il compte s'asseoir, en détruisant le sujet même pour lequel il a été désigné Rapporteur spécial. Il a simplement fait valoir que la notion de protection diplomatique, qui précède celle des droits de l'homme, ne peut plus être étudiée sans tenir dûment compte de l'évolution enregistrée ces dernières années sur le plan des droits de l'homme. Ce sont les pays en transition vers la démocratie — dont le pays du Rapporteur spécial lui-même — qui sont les plus intéressés par le renforcement des droits de l'homme et, partant, qui tiennent le plus à ce qu'il soit tenu compte des individus dans l'action de l'État.

53. M. FERRARI BRAVO juge la démarche proposée par le Rapporteur spécial très intéressante, pour autant, bien entendu, qu'il s'avère possible d'établir un équilibre entre la protection diplomatique et les exigences des droits de l'homme. À son avis, tout dépendra de la question des personnes morales — une zone grise que ni la Commission ni d'autres organes n'ont étudié de manière approfondie, se contentant de citer l'*obiter dictum* quelque peu obscur de la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Ce n'est pas un hasard si, au niveau du système européen de protection des droits de l'homme, les droits qui se rapprochent le plus de ceux des personnes morales, à savoir les droits de propriété, sont traités non pas dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (appelée ci-après « Convention européenne des droits de l'homme »), mais dans un protocole à celle-ci. Une nouvelle démarche semble gagner du terrain qui constituera l'aspect capital de l'étude que doit effectuer le Rapporteur spécial.

54. M. ROSENSTOCK fait remarquer que, tant dans son rapport préliminaire que dans son exposé oral, le Rapporteur spécial semble suggérer qu'il y a un risque de conflit entre la vision traditionnelle de la protection diplomatique et l'approche axée sur les droits de l'homme, mais a semblé par la suite nier que tel est son point de vue. Le Rapporteur spécial devrait peut-être clarifier sa position à cet égard. Pour M. Rosenstock, il n'y a aucune incompatibilité obligée entre les deux approches.

55. M. BENNOUNA (Rapporteur spécial) se félicite de voir des doutes s'insinuer dans le débat, car le doute est le début de la sagesse. Quant à la question posée par M. Rosenstock, le Rapporteur spécial ne comptait nullement opposer la protection diplomatique et les droits de l'homme. Les deux démarches ne s'excluent pas mutuellement et sont même complémentaires. Ce qu'il a voulu opposer, c'est une certaine vision traditionnelle de la protection diplomatique et les droits de l'homme. L'évolution de ces droits a créé le besoin de revoir la nature juridique de la protection diplomatique. Dans la conception *Mavrommatis*, il est fait abstraction de l'individu et l'on ne tient compte que du préjudice subi par l'État. Cette façon de voir n'est désormais plus tenable. Au côté de l'État, qui a le droit, sur le plan de la procédure, de présenter une réclamation, il faut aussi tenir compte des droits des personnes privées, qui ne « disparaissent » plus derrière l'État.

56. L'observation intéressante de M. Ferrari Bravo donne également matière à réflexion. L'on peut en effet reprocher au rapport préliminaire de ne traiter que des personnes physiques, et il est vrai que bien d'autres zones grises apparaîtraient dans le cas des personnes morales,

que certains États ne tiennent aucunement à défendre et auxquelles la jurisprudence *Barcelona Traction* n'est pas applicable.

57. M. GOCO constate que le Rapporteur spécial, dans son rapport préliminaire, s'arrête longuement sur la distinction entre règles primaires et règles secondaires. Or, la Commission ne pourra pas examiner les règles secondaires seules, sans se référer notablement aux règles primaires, dans la mesure où les règles secondaires, relevant de la procédure, constituent le moyen de faire appliquer les droits conférés. Le Rapporteur spécial lui-même semble admettre que ces deux types de règles sont si étroitement liés qu'il pourrait s'avérer impossible de les isoler dans des catégories distinctes. Pour M. Goco, le sujet de la protection diplomatique ne peut pas être compris sans référence directe à des principes et règles de fond.

58. Le rapport préliminaire semble jeter quelques doutes sur la vision traditionnelle de la protection diplomatique, en vertu de laquelle l'État, en recourant à la protection diplomatique ou en engageant une action judiciaire internationale au nom de ses ressortissants, fait valoir en réalité ses propres droits. Cela demeure l'essence même de la protection diplomatique, même si les individus disposent de nouvelles possibilités d'accès à des tribunaux et autres organes internationaux. Il convient de ne pas accorder beaucoup de foi au point de vue selon lequel, dans l'exercice de la protection diplomatique, le véritable sujet du droit, à savoir l'individu, est complètement éliminé. Certes, c'est l'État qui fait valoir la réclamation de la personne lésée, mais cette dernière demeure l'acteur principal du processus judiciaire. Cela équivaut à la règle de la subrogation, selon laquelle l'une des parties se substitue à une autre en endossant l'ensemble des droits et des réclamations de celle-ci, sans pour autant la priver de son droit à participer au processus. Pour ce qui est de la fiction, M. Goco n'a rien à redire. Le pouvoir discrétionnaire qui est donné à l'État lui permet en effet d'accorder, ou non, sa protection diplomatique. Il existe par ailleurs en droit des sociétés la doctrine qui consiste, en cas de fraude, à percer l'écran social de l'entreprise qui possède une personnalité juridique autonome et distincte de celle de ses membres ou de ses actionnaires.

59. Il semble ressortir du paragraphe 18 du rapport préliminaire que la responsabilité de l'État d'accueil n'est engagée qu'après l'épuisement par les individus des voies de recours interne. En irait-il encore ainsi si l'État de la nationalité a fait valoir la réclamation de l'individu dès le départ, suivant en cela la vision traditionnelle selon laquelle quiconque lèse un ressortissant lèse aussi directement l'État ? Si l'État recourt à la protection diplomatique en faveur de ses ressortissants et choisit les moyens de l'exercer, est-il encore nécessaire de déterminer sur quels droits l'État fonde son action (paragraphe 13 du rapport préliminaire) ? L'arrêt de la CPJI dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* met l'accent sur le fait que le préjudice subi par un intérêt privé n'est plus pertinent une fois que l'État engage une action devant un tribunal international au nom de ses sujets, l'État étant alors considéré comme l'unique requérant.

60. S'agissant du standard minimum de traitement reconnu par le droit international aux étrangers, abordé au paragraphe 21 du rapport préliminaire, la question est de savoir si ce standard doit être le seul applicable. Est-ce que le standard de traitement ne devrait pas être défini par référence au droit interne, pour ne pas conférer un statut privilégié aux étrangers ? M. Goco demande si le droit international n'exige pas que le standard de traitement soit défini en termes d'égalité dans le droit interne. À l'évidence, quel que soit le standard appliqué, il ne peut en résulter que des controverses, compte tenu des différences culturelles, sociales, économiques et juridiques entre l'État d'accueil et l'État étranger. Les choses sont rendues encore plus compliquées par l'apparition des droits de l'homme et des principes régissant le traitement des étrangers. Le Rapporteur spécial devrait examiner ce point délicat de manière plus approfondie.

61. On peut lire dans le paragraphe 40 du rapport préliminaire qu'en consentant à un arbitrage, les parties au différend renoncent à tout autre recours. Est-ce que ce principe empêche aussi l'État étranger qui n'est pas partie au processus d'arbitrage d'exercer sa protection diplomatique ? Est-ce que la reconnaissance du droit de l'individu au plan international empêche l'État de lui accorder la protection diplomatique ?

62. En ce qui concerne le paragraphe 24 du rapport préliminaire, la protection diplomatique est censée se fonder sur les liens de citoyenneté, d'allégeance, et ainsi de suite. Comment dans ce cas le droit à une intervention acquis à l'État peut-il survivre à un changement subséquent de nationalité chez le particulier lésé ? Il y a peut-être lieu d'établir des directives ou règles — touchant, par exemple, la nationalité, la validité de la réclamation, le déni de justice, la violation des droits fondamentaux de la personne humaine — qui permettraient d'éviter que l'État étranger n'abuse de son pouvoir discrétionnaire d'accorder la protection diplomatique.

La séance est levée à 13 h 5.

2521e SÉANCE

Mercredi 29 avril 1998, à 10 h 5

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Al-Khasawneh, M. Bennouna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Dugard, M. Economides, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. Herdocia Sacasa, M. Kabatsi, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Thiam.

Protection diplomatique *(suite)* [A/CN.4/483, sect. E, A/CN.4/484[1], A/CN.4/L.553]

[Point 6 de l'ordre du jour]

RAPPORT PRÉLIMINAIRE DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

1. M. ADDO juge légitimes et pertinentes les questions que le Rapporteur spécial soulève dans son rapport préliminaire sur la protection diplomatique (A/CN.4/484), questions auxquelles la Commission devra répondre si elle souhaite favoriser le développement progressif du droit international et sa codification. Mais, pour ne pas perdre de temps à débattre des fondements théoriques du droit de la protection diplomatique, il lui semble qu'il faut d'abord déterminer ce qu'est la *lex lata*, puis, de là, progresser dans les domaines controversés et essayer de définir la meilleure manière d'apporter au droit les changements nécessaires, en direction d'une acceptation ou d'une application universelle de celui-ci.

2. La matière à l'examen concerne traditionnellement, et uniquement, le traitement que les États réservent aux étrangers qui se trouvent sur leur territoire et non celui qu'ils appliquent à leurs propres nationaux. D'après les publicistes, notamment Brierly[2], et d'après la CPJI dont l'arrêt dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys–Saldutiskis* a fait date (voir p. 16), lorsque, exerçant sa protection diplomatique, un État prend fait et cause pour l'un de ses nationaux, il fait en réalité valoir son propre droit, celui de faire respecter les règles du droit international en la personne de ses propres nationaux. Telle est la *lex lata*.

3. Le seul problème qu'elle soulève, selon M. Addo, est l'artifice sur lequel elle est fondée. Il est certain qu'un État a d'une manière générale intérêt à ce que ses nationaux soient traités justement à l'étranger, mais il serait quelque peu exagéré, comme l'a fait observer Brierly, de dire que chaque fois qu'un de ses nationaux subit un préjudice à l'étranger, l'État le subit aussi. Sur le plan pratique d'ailleurs, cette théorie n'est pas appliquée de façon cohérente. Ainsi, elle exigerait que les dommages soient évalués au regard du préjudice subi par l'État, qui n'est évidemment pas le même que celui qu'a subi l'individu. Or, le droit permet d'évaluer le dommage en fonction de la perte subie par l'individu comme si c'était justement sur cette perte individuelle que reposait l'action.

4. Outre cet aspect théorique artificiel, le droit de la protection diplomatique n'est pas non plus tout à fait satisfaisant sur le plan procédural. L'individu n'a en propre aucun recours, et l'État dont il est le national peut ne pas être désireux d'épouser sa cause pour des raisons n'ayant rien à voir avec le fond de l'affaire. Ne peut-on donc trouver une solution qui permettrait à l'individu de faire valoir ses droits auprès de quelque tribunal international ? Il y a peu de chances que les États acceptent une telle procédure, mais il n'est pas inutile, même s'il doit rester lettre morte, d'en étudier le projet.

5. Les règles coutumières de la protection diplomatique — pouvoir discrétionnaire de l'État, exigences quant à la continuité de la nationalité, nécessité qu'il y ait violation de droits pour fonder une réclamation, etc. — n'offrent pas nécessairement une protection parfaite aux droits et aux intérêts des étrangers. Il faut tenir compte du fait que la protection diplomatique touche à un domaine très délicat des relations internationales, puisque l'intérêt que l'État étranger a à protéger ses nationaux s'oppose à la souveraineté territoriale d'un autre État, comme la CIJ l'a noté dans l'affaire de la *Barcelona Traction*.

6. On se trouve donc ramené à la question que pose le Rapporteur spécial au paragraphe 54 de son rapport préliminaire : Est-ce qu'en engageant une réclamation internationale l'État fait valoir son propre droit ou bien celui de son ressortissant lésé ? Écartant d'abord l'argument du respect de l'ancienneté et l'argument de la modernisation obligatoire, M. Addo explique que la stabilité et le changement sont pour lui des notions jumelles, qui animent le droit de toute société dynamique. Cela dit, selon la *lex lata*, l'État qui engage une réclamation internationale fait valoir son propre droit dans la mesure où le préjudice subi par un de ses nationaux est transposé, par l'artifice juridique déjà évoqué, en préjudice subi par lui-même.

7. Brierly explique qu'il n'y a aucune fiction de droit, contrairement à ce que l'on suggère parfois, et qu'une telle théorie ne repose pas sur quoi que ce soit d'aussi intangible que « la blessure de l'honneur national »[3]. Il est intéressant de noter que Brierly semble par la suite avoir modifié sa position, jusqu'à pratiquement nier son postulat antérieur, qu'il devait qualifier d'interprétation imposée aux faits au mépris de la raison. Ce revirement illustre bien le fait que cette branche du droit s'est développée en quelque sorte au hasard. Il est temps que la théorie ressorte de la pratique. Or, celle-ci est limitée dans son application aux États qui lui ont donné naissance ou l'ont adoptée. On ne peut nier que l'essentiel de la *lex lata* en la matière est l'héritage de la communauté internationale d'antan, plus restreinte qu'elle ne l'est aujourd'hui. Fiction ou pas, le droit dans ce domaine a fonctionné admirablement pour un grand nombre d'États. D'ailleurs, M. Addo ne voit pas pourquoi il faudrait jeter l'anathème sur une fiction juridique. Il cite plusieurs articles de dictionnaires juridiques de langue anglaise développant le sens de ce terme et rappelle que la « common law » abonde en fictions juridiques. Ainsi, on sait bien que les juges font le droit tout en prétendant le dire seulement. Pourtant, le droit ainsi produit ne souffre en aucune manière de la fiction de son origine.

8. Se plaçant d'un autre point de vue, M. Addo rappelle qu'historiquement une bonne part du droit international de la protection diplomatique s'est formée en même temps que se répandaient dans le monde les idées économiques, sociales et politiques de l'Europe et de l'Amérique du Nord. Si l'on veut développer un droit d'application universelle, il faut donc éviter de s'appuyer exagérément sur un matériau trop ancien et au contraire moderniser constamment et prendre en considération les attitudes des États plus récents, celles du tiers monde. Il

[1] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

[2] J. L. Brierly, *The Law of Nations*, 6e éd., rév. par H. Waldock, Oxford, Clarendon Press, 1963.

[3] J. L. Brierly, « The theory of implied state complicity in international claims », *The Basis of Obligation in International Law and Other Papers*, dir. publ. H. Lauterpacht et H. Waldock, Oxford, Clarendon Press, 1958, p. 158.

convient également de ne pas oublier qu'aucune notion n'a le statut de postulat universel intangible, et qu'elles sont toutes à réévaluer à la lumière de l'évolution des choses. L'apparence de l'universalité du droit ne doit pas être confondue avec l'universalité réelle.

9. D'ailleurs, l'institution de la protection diplomatique s'est heurtée à des résistances dans certaines régions, comme en Amérique latine. Ainsi, les deux juristes mexicains Padilla Nervo et Castañeda ont critiqué un régime qui, selon eux, s'est édifié sur des rapports d'inégalité entre grandes puissances et petits États. On s'est beaucoup étendu sur la question de savoir si ce régime était inspiré des idées de justice et d'égalité de traitement qu'entretenaient les États européens, mais il est indubitable que les grandes puissances ont à l'occasion dérogé aux principes de fond et abusé de la procédure de la protection diplomatique, comme l'illustre la diplomatie de la canonnière.

10. M. Addo conclut donc que quel que soit le régime de la protection diplomatique, des règles la régissant sont aujourd'hui nécessaires étant donné que tous les États ont des ressortissants qui voyagent ou ont des intérêts dans d'autres États. Dans l'ensemble, on peut dire que le droit coutumier de la matière, malgré tous ses défauts, a été relativement satisfaisant, puisqu'il a réussi à établir l'équilibre entre les intérêts des étrangers et ceux des pays d'accueil pour le bien des uns et des autres. La Commission devra sans doute faire preuve d'imagination dans le choix qu'elle aura à opérer entre le droit ancien et le droit actuel et dans l'intégration des innovations éventuelles.

11. M. HERDOCIA SACASA constate qu'ayant secoué l'arbre d'une institution ancienne, le Rapporteur spécial en a fait tomber des fruits dont la Commission internationale pourra tirer profit. Il a resitué l'institution de la protection diplomatique dans la perspective du développement du droit international et a au passage jeté bas des mythes révolus, tout en construisant peut-être des fictions nouvelles. Mais son mérite le plus insigne est d'avoir replacé l'individu dans la sphère de la protection diplomatique et de lui avoir donné un rôle nouveau.

12. Le point central qu'a fait apparaître la discussion est la question de savoir dans quelle mesure la protection diplomatique reste pertinente, quand certains vont jusqu'à dire que c'est une institution dépassée. La Commission doit réaffirmer au contraire qu'elle conserve toute sa validité, même s'il faut faire passer l'accent sur l'individu et lancer une dynamique de modernisation de la matière, surtout peut-être au niveau de la procédure de définition et de répartition des résultats de la réclamation.

13. Le fait d'avoir réaffirmé la qualité de sujet international reconnue à la personne humaine et ouvert à l'individu l'accès à certains organismes ou tribunaux ne retranche rien à la protection diplomatique et ne lui ôte rien de son efficacité. Il reste certes des lacunes dans le régime de la protection internationale des individus mais diverses institutions concourent à sauvegarder l'appareil général de protection déjà en place.

14. À ce propos, il faut rappeler que le principe de la protection diplomatique relève du droit international coutumier et qu'il n'est pas d'origine conventionnelle. En revanche, il n'en est pas de même des droits de l'homme qui reposent souvent sur une base conventionnelle.

15. M. Herdocia Sacasa pense lui aussi que l'exercice de la protection diplomatique relève, d'une manière générale, du pouvoir discrétionnaire de l'État. Mais il reconnaît que les législateurs nationaux ont peu à peu mis en place des normes impératives de protection. Aussi faudrait-il sans doute revoir l'observation qui figure au paragraphe 48 du rapport préliminaire, selon laquelle même si une telle obligation [de protection] est évoquée par certains textes constitutionnels, elle en reste, en réalité, au niveau beaucoup plus moral que juridique car, en principe, une personne qui jouirait constitutionnellement de la protection de son État pourrait l'exiger de celui-ci.

16. Pour ce qui est de la question posée au paragraphe 54 (voir *supra* par. 6), M. Herdocia Sacasa estime qu'elle ne met pas la Commission devant un dilemme. En effet, il ne s'agit pas en l'occurrence de deux droits opposés mais au contraire de deux droits complémentaires. Si, en pratique, il est indubitable que c'est l'État qui dispose du pouvoir discrétionnaire d'exercer la protection diplomatique, cette protection ne peut s'exercer s'il n'y a pas eu préjudice ou s'il n'y a pas eu réparation, et la réparation ne peut, de son côté, être effective si n'intervient pas la protection diplomatique.

17. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA se félicite de la vaillance dont le Rapporteur spécial a fait preuve dans la rédaction de son rapport préliminaire qui, par son fond, son but, sa forme même, avait pour dessein d'alerter ses destinataires. Si telle était bien son intention, il a atteint son but. Ce premier effet passé, seule comptera la suite des événements, d'autant qu'en la matière il s'agira de procéder à une évaluation positive d'une conception traditionnelle, c'est-à-dire de tenir compte de la relation dialectique constante entre la théorie et la pratique.

18. Limitant son intervention à la question de la nature juridique de la protection diplomatique, traitée au chapitre premier du rapport préliminaire, M. Pambou-Tchivounda rappelle pour commencer un certain nombre d'évidences.

19. En premier lieu, la sphère matérielle du droit international est tributaire de la structure de la société internationale. En deuxième lieu, cette structure comporte une diversité de sujets qui sont en situation inégale en fonction de leurs attributs juridiques : on renverra là-dessus à l'avis consultatif rendu par la CIJ à propos de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*. En troisième lieu, l'attribution de droits ou l'imposition d'obligations par le droit international ne confère pas, par elles-mêmes, la personnalité juridique à ceux qu'elles concernent : la personnalité juridique n'est pas inhérente à la qualité de sujet de droit, ni en droit interne ni en droit international. En quatrième lieu, que ce soit sous l'empire de la jurisprudence de l'arrêt de la CPJI dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* ou sous celui de la jurisprudence de l'avis consultatif mentionné ci-dessus, l'attribution de droits spécifiques à des individus ou à des agents officiels procède de la volonté des États ou des organisations internationales (par voie conventionnelle ou par voie coutumière), sans valoir reconnaissance de la personnalité juridique internationale. Enfin, l'accès direct de l'individu à certaines institutions internationales pour

y faire valoir une réclamation s'inscrit dans le cadre de l'application du droit international conventionnel ou coutumier, à la naissance duquel l'individu n'aura pas pris part, faute d'y être habilité par le droit international, c'est-à-dire faute d'avoir la personnalité juridique internationale.

20. Ayant rappelé ces évidences, M. Pambou-Tchivounda tient à se démarquer de l'idée, très répandue dans une certaine doctrine et énoncée au paragraphe 32 du rapport préliminaire, selon laquelle l'individu se serait vu reconnaître une certaine dose de personnalité juridique internationale. Il perçoit au contraire la personnalité juridique, interne ou internationale, comme un bloc uniforme non susceptible de fragmentation. Il ne souscrit donc pas non plus aux implications d'une telle idée, à savoir que les individus seraient les déterminateurs du cadre des réclamations qu'ils peuvent faire valoir au niveau international. De fait, les individus se servent des procédures existantes dans les limites propres à celles-ci et pour prétendre à la satisfaction d'intérêts très limités. Considérer que les individus sont devenus à cet égard les concurrents des États ou des organisations internationales serait faire œuvre de fiction, et il serait erroné de conférer aux droits de l'homme un rôle et une influence excessifs par rapport à des institutions ou des techniques établies comme la protection diplomatique, laquelle subit la dialectique entre stabilité et changement mais y survit. Par contre, nul ne sait le sort que la puissance de l'évolution du droit international réservera aux droits de l'homme vu que les États autour desquels l'institution de la protection diplomatique s'est constituée pourraient logiquement se rétracter par rapport aux dérives auxquelles risquerait de les exposer le grand mouvement en faveur des droits de l'homme, rien ne leur interdisant de revenir sur tel ou tel instrument dont ils sont les auteurs. C'est d'ailleurs à juste titre que M. Brownlie, se fondant sur l'antériorité chronologique de la protection diplomatique par rapport aux droits de l'homme ainsi que sur la jurisprudence tant judiciaire qu'arbitrale, affirme (2520e séance) que les droits de l'homme ont emprunté aux ressources de la protection diplomatique.

21. M. Pambou-Tchivounda concède que la mise en forme du droit relatif à l'exercice de la protection diplomatique devrait inscrire, à son avantage et pour sa modernisation, les progrès que le registre des droits de l'homme lui aura fait connaître. Il ne peut toutefois entièrement adhérer à la thèse de Laviec[4], que le Rapporteur spécial fait sienne au paragraphe 38 du rapport, selon laquelle les « modes récents de protection [...] consacrent le déclin » de la protection diplomatique. Soutenir la pertinence de cette thèse reviendrait en effet à accréditer l'appel que lance le Rapporteur spécial en faveur d'une réécriture de l'arrêt de la CPJI dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* pour dire, suivant les termes du paragraphe 53 du rapport, que l'État, en prenant fait et cause pour ses ressortissants, fait valoir leur droit au respect des obligations internationales. Dans la perspective d'une réponse à la question posée au paragraphe 54 du rapport, le Rapporteur spécial tente ainsi de corriger ce qu'il qualifie, à tort ou à raison, de « fiction », à savoir le droit propre de l'État au respect du droit international, en faisant valoir que l'État serait mandaté par ses ressortissants dont il représenterait les intérêts au plan international.

22. À cet égard, M. Pambou-Tchivounda fait observer en premier lieu qu'en dehors des quelques cas, au demeurant limités, répertoriés dans les paragraphes 33 à 44 du rapport préliminaire, l'essence de la protection diplomatique reste intacte dans ses trois composantes — c'est une technique de défense des droits et intérêts qui se déploie dans le cadre d'une procédure contentieuse internationale, laquelle oppose des États. Partant, tant qu'il y aura des États et sauf à les considérer comme des fictions, la protection diplomatique restera une technique d'utilisation générale, indépendamment des conditions de sa mise en œuvre. C'est un droit de l'État, c'est d'abord un droit de procédure et ce n'est qu'accessoirement un droit de fond.

23. En second lieu, M. Pambou-Tchivounda voit une contradiction dans l'idée que le droit international, fait par les États, aurait conféré une dose de personnalité juridique à l'individu mais limiterait la pleine expression de celle-ci dans la sphère du droit international. Une telle contradiction ruine toute tentative de transposition du droit interne au droit international de la théorie du mandat en privant de tout fondement la substitution de l'État à l'individu et la représentation.

24. En troisième lieu, M. Pambou-Tchivounda propose d'inférer du rapport d'inhérence entre l'individu, en tant qu'élément de la population, et l'État, le fondement du droit de substitution et du caractère propre du droit de l'État à mettre en œuvre la protection diplomatique. D'un point de vue juridique en effet, les rapports entre l'individu et l'État sont de type ontologique, l'individu existant en tant qu'élément de la population sans laquelle il n'y a pas d'État, et l'État existant en tant que création du droit. Or, l'inhérence entre l'individu et l'État est valorisée et incarnée par la condition de nationalité. De ce point de vue, la nationalité est une norme de droit international dont la mise en œuvre relève seulement de la compétence de l'État quant aux modalités d'attribution et de perte; étant une norme de droit international, son opposabilité aux tiers est sanctionnée par le droit international. Tel est le sens de la décision rendue dans l'affaire *Nottebohm*, qui a imprimé un élan renouvelé, sans modification aucune, à la technique coutumière de la protection diplomatique. Il y a dans cette exigence du lien de nationalité la prémisse implicite et en quelque sorte abrégée de la proclamation de l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* qui, si l'on en tient compte, supprime l'artifice de la construction juridique que note le Rapporteur spécial au paragraphe 27 de son rapport préliminaire. À cet égard, la jurisprudence respective des affaires des *Concessions Mavrommatis en Palestine* et du *Chemin de fer Panevezys–Saldutiskis* s'éclairent mutuellement.

25. M. Pambou-Tchivounda conclut, en s'appuyant sur la nationalité de l'État, que la protection diplomatique est manifestement un droit de l'État.

26. M. BENNOUNA (Rapporteur spécial) dit que, la doctrine classique étant un acquis, la Commission doit

[4] J. P. Laviec, *Protection et promotion des investissements : Étude de droit international économique*, Paris, Presses universitaires de France, 1985, p. 5.

s'interroger sur l'opportunité de tenir compte des développements récents, en étant bien consciente que, ce faisant, elle enrichira nécessairement le projet sur la responsabilité internationale. Celui-ci n'a en effet envisagé que deux situations, celle née de faits illicites et celle découlant d'activités non interdites qui, toutes deux, se rapportent à la responsabilité d'État à État. Or, l'existence d'une responsabilité des États à l'égard de personnes privées est désormais une évidence qui a été admise par la jurisprudence internationale. Dans ce cas, soit l'individu fait valoir cette responsabilité directement par les procédures qui lui sont ouvertes, soit l'État intervient pour faire valoir la responsabilité de l'autre État à l'égard des personnes privées concernées.

27. Il est par ailleurs incompatible avec l'état du droit international contemporain d'affirmer que la personnalité juridique est un bloc uniforme. Certes, la personnalité première est l'État, et ce sont les États qui déterminent la dose de personnalité juridique reconnue tant aux organisations internationales qu'aux individus, mais il n'y a pas de modèle uniforme. Ainsi, dans le cadre du CIRDI, en consentant à l'arbitrage, l'État conclut un accord international et se lie avec un investisseur privé comme il le ferait avec un autre État.

28. La position stricte adoptée par M. Pambou-Tchivounda montre que la Commission est divisée et que la discussion est nécessaire. S'agissant de la question posée au paragraphe 54 du rapport, la situation n'est peut-être pas aussi tranchée qu'elle l'était dans les années 20 et la solution devra peut-être être recherchée dans la voie de la complémentarité : il existe probablement un droit procédural de l'État sur le plan juridique qui est caractérisé par la protection diplomatique mais, en agissant, l'État fait valoir parfois son propre droit mais parfois aussi le droit de personnes privées.

29. M. ECONOMIDES convient qu'à côté de la relation d'État à État créée par la protection diplomatique et la responsabilité internationale, il y a aussi dans le droit récent une relation, également de droit international, entre l'État et l'individu. Là où cette relation très spécifique d'État à individu n'existe pas encore, il ne peut y avoir d'autre solution que la conception traditionnelle, celle où l'État fait valoir le droit de l'individu en son nom propre. Créer la possibilité pour l'individu d'exercer lui-même sa protection diplomatique nécessiterait l'élaboration d'une convention universelle qui bouleverserait non seulement l'institution de la protection diplomatique, mais également le droit international tout entier.

30. M. BENNOUNA (Rapporteur spécial) précise que son propos n'a jamais été que la protection diplomatique soit exercée par l'individu. Cette protection a toujours été exercée par l'État, mais aujourd'hui, lorsque l'État intervient, il exerce soit son droit propre, soit un droit reconnu en propre à des individus. L'étude du sujet se produit donc dans une phase de transition et d'évolution, ce qui oblige la Commission à préciser à l'Assemblée générale qu'afin de codifier la matière, elle compte traiter de la protection diplomatique dans la *lex lata* en tenant compte de ces évolutions récentes et que son étude prendra la forme d'une adaptation et non d'une révolution.

31. M. MELESCANU fait remarquer qu'il y a en réalité accord général sur le fait qu'il faut procéder à une codification de l'institution de la protection diplomatique tout en tenant compte des évolutions récentes. La tâche est donc, partant du tronc commun sur lequel il y a accord, de bien définir ces évolutions et la place qu'il convient de leur assigner.

32. M. BROWNLIE n'est pas certain que les discussions théoriques en cours présentent un grand intérêt si l'on considère que l'axe essentiel du travail de la Commission doit être de déterminer comment venir en aide aux individus lésés par les actes d'États étrangers. Pour des raisons tant économiques que politiques, la catastrophe de Tchernobyl n'a pas donné lieu à des réclamations contre l'ex-Union soviétique, mais, selon le point de vue classique, la règle de l'épuisement des recours internes aurait dû fonctionner et des associations de requérants étrangers auraient alors introduit des instances devant les tribunaux ukrainiens. Si cette règle est toujours appliquée, tant par les pays développés que par les pays en développement, il ne s'agit donc plus de débats théoriques ou historiques mais de savoir ce qu'il est possible de faire, par un développement progressif du droit, pour venir en aide non pas aux multinationales, qui en ont les moyens, mais aux individus qui se trouvent contraints de s'adresser à des juridictions étrangères.

33. M. DUGARD est disposé à accepter que le sujet repose sur une fiction juridique, celle qui fait de la réclamation de l'individu une réclamation de l'État. L'évolution du droit international, dans le domaine des droits de l'homme en particulier, ainsi que la Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent[5], tendent à rendre encore plus floue la distinction entre droits de l'homme et protection diplomatique, mais la question est alors de savoir si, dans le cas d'espèce, la fiction juridique est utile et quelles en sont les conséquences. Le Rapporteur spécial ne suggère pas que le fait que la réclamation est celle de l'individu et non pas celle de l'État devrait amener l'individu à faire valoir ses propres droits en droit international, mais cette idée peut découler implicitement de la suggestion que l'ensemble du sujet de la protection diplomatique devrait être revu au motif qu'il repose sur une fiction juridique. Il faut bien voir qu'en l'absence de traités ou d'autres mécanismes conférant à l'individu le droit d'engager une réclamation internationale, l'individu n'a aucun recours. L'on pourrait, par un développement progressif du droit international, recommander que celui-ci confère un tel recours à l'individu mais il y a tout lieu de douter que cela ait un quelconque effet sur les États. Dans la plupart des cas, c'est la conception traditionnelle de la protection diplomatique, c'est-à-dire celle où l'État considère que la réclamation est la sienne et non celle de l'individu, qui accorde la meilleure protection à ce dernier.

34. Le *dictum* de la CIJ relatif aux obligations *erga omnes* dans l'affaire de la *Barcelona Traction* avait pour objet d'indiquer clairement que, dans certains cas, les États peuvent protéger des non-nationaux dans l'intérêt supérieur de l'humanité, mais, là encore, il faut qu'il y ait

[5] Résolution 40/144 de l'Assemblée générale, annexe.

une base conventionnelle quelconque pour que l'État introduise une procédure au nom d'un non-national. En tout état de cause, quelle qu'ait été la finalité du *dictum* de la Cour, il y a tout lieu de penser que, dans la plupart des cas, les États ne seraient pas disposés à engager une procédure au nom de non-nationaux. Même dans le système européen de protection des droits de l'homme, les réclamations interétatiques au nom de non-nationaux sont rares et contiennent toujours un élément de lien linguistique ou ethnique. L'adoption des obligations *erga omnes* dans l'affaire de la *Barcelona Traction* peut être examinée dans le cadre de l'article 40 du projet d'articles sur la responsabilité des États[6] mais pas dans celui de l'étude de la protection diplomatique. La communauté internationale a changé, et le droit international aussi, mais pas suffisamment pour que l'on change complètement l'institution de la protection diplomatique au risque d'aboutir à une situation où les individus seraient moins protégés. L'ordonnance de la CIJ dans l'affaire relative à la *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis d'Amérique)* montre que les États sont encore disposés à protéger leurs nationaux et à considérer que le dommage subi par ceux-ci est un dommage subi par l'État.

35. Les règles traditionnelles relatives à l'étude du sujet de la protection diplomatique figurent dans le rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-neuvième session[7]. M. Dugard pense que le Rapporteur spécial devrait partir de cette base, en lui apportant les modifications éventuellement nécessitées par les évolutions récentes sur lesquelles il a appelé l'attention de la Commission. Le meilleur moyen de promouvoir les intérêts des individus dans le monde moderne est de codifier les règles traditionnelles du droit international sur le sujet et, éventuellement, de recommander aux États qu'ils considèrent que le droit à la protection diplomatique fait partie des droits de l'homme et qu'ils devraient l'inclure dans leur système juridique interne.

36. M. GOCO fait remarquer qu'au paragraphe 48 du rapport préliminaire, le Rapporteur spécial insiste sur le caractère discrétionnaire de l'exercice par l'État de la protection diplomatique mais mentionne également des éléments qui pourraient en faire une obligation. Il se demande par exemple si en cas de déni de justice, de comportement arbitraire des tribunaux ou de toute autre violation des droits fondamentaux de la personne humaine, il ne pourrait pas y avoir des règles de base qui feraient obligation à l'État d'accorder sa protection diplomatique, alors qu'il serait tenté de ne pas le faire pour des raisons politiques.

37. M. DUGARD dit qu'en droit international il ne saurait y avoir un exercice obligatoire de la protection diplomatique. Tout ce que la Commission peut faire, c'est recommander aux États de modifier leur droit interne.

38. M. BENNOUNA (Rapporteur spécial) est également d'avis qu'en aucun cas un individu ne saurait imposer à un État d'agir contre un autre État.

39. M. SIMMA estime que, si le droit à la protection diplomatique devient l'un des droits de l'homme, cette évolution aurait nécessairement des incidences sur le pouvoir discrétionnaire de l'État au plan international. Il serait en effet beaucoup plus difficile pour l'État d'arguer de considérations politiques ou diplomatiques pour ne pas faire de réclamation.

40. M. HAFFNER est d'avis que l'approche plus théorique et déductive adoptée par le Rapporteur spécial et l'approche plus pragmatique et inductive que d'aucuns auraient préférée auraient de toute manière abouti aux mêmes résultats, puisqu'il aurait fallu en définitive répondre aux mêmes questions sur ce sujet de la protection diplomatique, qui est l'un des derniers éléments des relations interétatiques qui restent à codifier.

41. La Commission a été quasiment unanime à considérer que le sujet porte sur les seules règles secondaires mais l'on a pu se demander si telle ou telle règle était secondaire ou primaire. En réalité, le statut d'une règle dépend de la fonction qu'elle exerce dans la situation considérée. Une norme du droit des traités peut, dans un cas, appartenir à la catégorie des règles secondaires et, dans l'autre, à celle des règles primaires. Il n'est donc pas très utile de continuer sur ce point un débat qui ne peut qu'embrouiller encore plus les choses. Cela étant, la Commission n'entend en aucune façon codifier les droits individuels qui doivent être violés pour déclencher la protection diplomatique. Il pourra parfois s'avérer difficile de trouver une formulation qui règle cette question tout en restant générale mais, comme les commentaires des États l'indiquent très clairement, la Commission ne doit pas pour autant se sentir obligée d'entreprendre une étude des règles de fond de la responsabilité internationale.

42. Il s'agit donc de traiter uniquement des droits de l'État pour ce qui est d'exercer la protection diplomatique et des conditions de cet exercice. La pratique étatique actuelle montre clairement qu'il s'agit d'un droit et non d'un devoir. Il paraît donc difficile d'accepter que ce droit fasse partie des droits de l'homme, car il y aurait alors une obligation pour l'État d'accorder sa protection diplomatique. Or, tel n'est pas le cas. Pour ne donner qu'un exemple, dans le cadre de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, lorsqu'on a refusé que les États puissent être attaqués en justice par des entreprises privées, et qu'il a été proposé que l'État qui patronne l'entreprise demanderesse soit obligé de se présenter devant le Tribunal du droit de la mer et de représenter l'entreprise contre l'autre État, cette proposition équivalait à une protection diplomatique obligatoire. Or, elle a été quasi unanimement rejetée pour cette raison précise, et la solution finalement adoptée dans l'article 190 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer allait dans le sens opposé.

43. C'est ainsi qu'on en arrive à la question du rôle de l'individu dans les relations internationales. Il est évident qu'il a aujourd'hui davantage accès aux institutions internationales pour faire valoir ses droits contre l'État. L'individu s'est dans une certain mesure émancipé par rapport à l'État dont il est le national, et l'importance de la souveraineté s'en est trouvé réduite. Ceci soulève nécessairement à nouveau la question des droits de l'homme et de la protection diplomatique, et de leurs relations mutuelles. Il

[6] Voir 2520e séance, note 8.

[7] *Annuaire... 1997*, vol. II (2e partie), par. 189, p. 63.

ne faut pas oublier qu'il existe des différences fondamentales dans la mesure où les droits de l'homme sont avant tout dirigés contre les États alors que la protection diplomatique utilise ces derniers. Les droits de l'homme sont indépendants de la nationalité dans la mesure où les États sont tenus de respecter les droits fondamentaux de toutes les personnes placées sous leur juridiction. De ce fait, si l'on faisait reposer une obligation d'exercer la protection diplomatique sur les droits de l'homme, on voit mal pourquoi elle ne devrait pas s'entendre au bénéfice de toutes les personnes relevant de la juridiction de l'État concerné. Or, par exemple, ni l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, ni l'article premier de son protocole additionnel ne peuvent être interprétés comme créant une telle obligation. Bien entendu, on pourrait concevoir un droit politique accordé uniquement aux nationaux en leur qualité de citoyens, mais le droit international ne fournit aucune indication qui justifierait la formulation d'une telle règle, même de *lex ferenda*. Cet élargissement de l'accès de l'individu aux institutions internationales affecte donc la protection diplomatique dans la mesure où cette dernière n'est plus le seul moyen de faire valoir les droits de l'individu à l'encontre d'États étrangers. Mais, comme cet accès direct n'est pas universel ni généralisé, mais en fait rare, les individus ont toujours besoin de l'institution de la protection diplomatique pour bénéficier d'une certaine protection.

44. Dans cette perspective, on peut bien sûr se demander si une obligation d'exercer la protection diplomatique ne servirait pas les intérêts de l'individu : mais outre que rien n'atteste qu'il en soit ainsi, une telle obligation ne semble pas toujours justifiée puisque l'État ne doit pas seulement défendre les intérêts d'un de ses nationaux, mais bien ceux de tous ses nationaux, et l'on peut très bien concevoir que les intérêts d'un individu soient en conflit avec ceux de la collectivité nationale. D'autre part, il a été clairement indiqué, lorsque la question s'est posée en Autriche au sujet d'un accord conclu avec l'ex-Tchécoslovaquie prévoyant une indemnisation forfaitaire, que l'État qui n'exerce pas la protection diplomatique ne peut pas, pour cette raison, être assigné en justice par le national concerné. Il ne peut en être autrement que si l'État accepte une telle obligation dans sa propre législation.

45. Il faut donc conclure, ce que, confirme la jurisprudence, que la protection diplomatique est un droit de l'État et non de l'individu. Il en découle diverses conséquences : premièrement, il existe bien un certain élément de fiction dans ce droit, en ce sens que l'on considère comme vrai quelque chose qui peut ne pas l'être. Le dommage est causé à l'individu et non à l'État, mais on considère qu'il a été causé à l'État comme si les biens des nationaux ou peut-être les nationaux eux-mêmes étaient la propriété de l'État. Pour éviter une telle conclusion, mieux vaut accepter l'existence d'un certain élément de fiction. Mais ces questions ne doivent pas retenir l'attention de la Commission, car il y en a d'autres à régler et la doctrine est très divisée sur ce point.

46. Une autre conséquence est que, dans la mesure où les conditions de nationalité ou d'épuisement des recours internes ne sont pas réunies, il n'a été porté atteinte à aucun droit au regard du droit international et la protection diplomatique ne peut être exercée. Il y a uniquement violation d'un droit de l'individu au regard du droit national. On peut le montrer *a contrario*, en supposant par exemple qu'un traité bilatéral donne aux nationaux des deux parties droit à un certain traitement, mais que ce traitement est clairement établi dans une disposition qui n'est pas directement exécutoire et n'a pas été introduite dans la législation nationale. Dans une telle situation, aucun droit subjectif susceptible d'être invoqué n'a encore été conféré à l'individu car ce dernier ne peut invoquer la disposition en cause devant une juridiction nationale. Si l'État dont il est le national demande que cette disposition conventionnelle soit respectée, il n'exerce pas la protection diplomatique mais bien son droit propre d'exiger que l'autre État partie au traité respecte ce dernier. Il faut toutefois distinguer cette situation de celle où l'individu peut invoquer une disposition directement exécutoire mais où la règle de l'épuisement des recours internes ne peut s'appliquer parce qu'il n'y a pas de recours ou en raison des exceptions bien connues. Il faut donc déterminer très clairement à partir de quel moment le droit international de la protection diplomatique entre en jeu. À cet égard, il n'est nul besoin d'examiner la question de savoir si l'individu est un sujet du droit international. En effet, ce statut n'est qu'une conséquence de l'existence de certains droits et obligations et non une condition de l'octroi de certains droits et obligations.

47. Cette règle générale a donc une autre conséquence en ce qui concerne la nature de la règle de l'épuisement des recours internes : elle ne peut que signifier que le manquement à l'obligation internationale ou la responsabilité de l'État fautif n'existe que si ces recours ont été épuisés, sous réserve des différentes exceptions. Les raisons pour cela peuvent être de nature différente, mais c'est en ce sens que doit être compris l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des États. Il ne peut être interprété comme empêchant uniquement une réclamation internationale. Ceci indique également l'importance de la conception de cette règle.

48. Cette conception signifie aussi que le modèle de la subrogation ne peut s'appliquer à la protection diplomatique puisqu'il y a une modification fondamentale de la nature du droit. On pourrait néanmoins envisager une solution différente pour ce qui est des obligations *erga omnes* énoncées au profit des individus, comme dans la décision rendue par la Commission européenne des droits de l'homme qui est visée dans la première note du paragraphe 37 du rapport préliminaire[8]. Mais pour M. Hafner, de tels cas, dans lesquels un État entend faire respecter les droits de l'homme en déposant une plainte, ne relèvent pas nécessairement de la protection diplomatique et doivent en être distingués.

49. Quant à l'idée avancée par M. Economides d'examiner si la règle de l'épuisement des recours internes est applicable en cas d'atteinte par un État étranger aux droits d'individus sur le territoire de l'État dont ils sont des

[8] Conseil de l'Europe, décision de la Commission sur la recevabilité de la requête n° 788/60 introduite par le Gouvernement de la République fédérale d'Autriche contre le Gouvernement de la République italienne (11 janvier 1961), *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, *1961*, vol. 4, La Haye, Martinus Nijhoff, 1962, p. 117 à 183, notamment p. 141.

nationaux, elle appelle plusieurs observations. Dans certains cas, cette règle ne fonctionne pas, notamment, comme M. Brownlie l'a fait observer (2520e séance) en évoquant l'*Incident aérien du 27 juillet 1955*[9], lorsqu'il n'y a pas de lien avec la juridiction concernée. Ceci serait particulièrement vrai, par exemple, dans le cas où quelqu'un possède un terrain près d'une frontière et que la jouissance de ce terrain est troublée du fait d'un dommage transfrontière causé par l'État voisin, comme dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* (Trail Smelter). Dans une telle situation, il serait indubitablement injuste d'exiger l'épuisement des recours internes dans l'État d'origine, et la protection diplomatique pourrait être accordée même si ces recours n'étaient pas exercés. Une situation différente est celle dans laquelle un diplomate n'honore pas ses engagements envers des nationaux de l'État d'accueil, par exemple lorsqu'il ne paie pas ses dettes. En pareil cas, l'obligation prévue à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme entre en conflit avec l'immunité diplomatique. Quoi qu'il en soit, on peut se demander si la personne privée qui a subi un préjudice devrait épuiser les recours internes dans l'État d'envoi parce que cela est théoriquement possible. Néanmoins, on peut imaginer que cette prescription ne soit pas considérée comme une condition de l'exercice de la protection diplomatique. Cette solution peut aussi être déduite de la théorie générale élaborée à l'occasion de l'*Incident aérien du 27 juillet 1955*. Reste à savoir si dans une telle situation une des conditions traditionnelles de l'exercice de la protection diplomatique est bien satisfaite, à savoir qu'une norme internationalement reconnue n'a pas été observée. La protection diplomatique est en effet un instrument qui doit être utilisé contre un État étranger, mais si un diplomate n'honore pas ses dettes, la responsabilité de l'État d'envoi n'est pas engagée parce qu'aucun acte ne lui est imputable. Il serait à coup sûr difficile d'établir l'existence d'une implication directe de l'État d'envoi qui ferait naître une créance au profit de la personne privée concernée. Si, d'autre part, l'acte est directement imputable à l'État, il s'agit essentiellement d'un acte *jure gestionis* à raison duquel l'État ne jouit pas de l'immunité et pour lequel il peut donc être assigné devant les tribunaux internes.

50. Enfin, il faut aussi évoquer une question que pose Zemanek dans son cours général, à savoir si le recours à un organe international pour protéger les droits de l'homme doit être considéré comme un « recours interne »[10]. La simple interprétation littérale ne permet pas de répondre par l'affirmative, mais il est certain que la Commission doit se pencher sur de telles questions.

51. Il reste encore beaucoup à faire et nombre de questions aussi importantes que celles envisagées dans le rapport se poseront à l'avenir et devront être examinées. On peut par exemple imaginer un débat nourri sur la question de savoir si la protection diplomatique peut être exercée au profit de non-nationaux, en particulier si l'on considère que, comme dans le domaine des droits de l'homme, le lien de la nationalité perd de l'importance au profit de celui de la résidence.

52. En conséquence, bien que l'on puisse comprendre que certains souhaitent aboutir à une solution concrète à partir d'une position générale et abstraite, la Commission ne doit ménager aucun effort pour en arriver dès que possible à élaborer des règles concrètes afin de donner aux États l'assurance que les travaux sont bien ciblés. Le travail accompli par le Groupe de travail sur la protection diplomatique a déjà permis aux États de se faire une idée claire, qu'ils ont semblé approuver, du plan des travaux de la Commission. Il faut donc poursuivre les travaux selon ce plan, en tenant compte du débat qu'a suscité le rapport à l'examen.

53. M. LUKASHUK, se référant à l'intervention de M. Brownlie, estime que les dommages transfrontières ne devraient pas dans un premier temps être envisagés dans l'étude de la protection diplomatique[11]. Ils relèvent d'un domaine différent, et il serait préférable de s'en tenir au cas où le dommage a été causé dans la juridiction de l'État étranger. En outre, il paraît certain que l'existence d'un droit de l'individu à la protection diplomatique est appelée à être de plus en plus largement reconnue, de même que la responsabilité de l'État en la matière.

54. M. HAFNER peut accepter que l'on exclue les dommages transfrontières de l'examen du sujet, même s'ils peuvent effectivement donner lieu à l'exercice de la protection diplomatique, mais qu'il faut, dans ces conditions, le préciser clairement.

55. M. ROSENSTOCK pense, comme MM. Dugard et Hafner, que le sujet à l'examen se prête éminemment à codification, ce qui ne signifie pas que tout élément de développement progressif en soit exclu; le fait que ce sujet n'est pas nouveau est à cet égard totalement indifférent.

56. Dans son rapport préliminaire, le Rapporteur spécial a fait brièvement l'historique de l'institution de la protection diplomatique en y ajoutant certains commentaires, et M. Rosenstock reconnaît l'utilité d'une telle approche. S'agissant des commentaires en question, il ne faudrait pas penser que « qui ne dit mot consent ». Rouvrir un débat sur les problèmes bilatéraux ou Nord-Sud ne serait guère fructueux.

57. Il ne sert à rien non plus d'engager un débat sur le point de savoir si la protection diplomatique repose sur une fiction juridique. Dans le même esprit, M. Rosenstock préfère s'abstenir d'expliquer pourquoi il juge le paragraphe 47 du rapport préliminaire surprenant, superflu et potentiellement inquiétant car les débats théoriques de ce type sont inutiles. Par ailleurs, intentionnellement ou non, le Rapporteur spécial semble opposer la doctrine traditionnelle aux doctrines progressistes et la conception traditionnelle de la protection diplomatique à une conception qui reconnaît, approuve, favorise et renforce le rôle des droits de l'homme. Une telle dichotomie ne correspond pas à la réalité, et M. Rosenstock pense comme MM. Dugard et Brownlie qu'il est inutile, et contraire aux intérêts de l'individu, de marginaliser la protec-

[9] Voir 2520e séance, note 9.

[10] K. Zemanek, « The legal foundations of the international system », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1997*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1998, t. 266, p. 9 à 336, notamment p. 266.

[11] Voir 2520e séance, note 4.

tion diplomatique. Effectivement, c'est bien à l'État qu'il appartient d'exercer cette protection, mais les droits de l'individu n'en sont pas pour autant menacés. Les observations de M. Herdocia Sacasa comme celles de M. Addo étaient particulièrement pertinentes à cet égard.

58. Il ne paraît pas non plus indispensable de régler les autres questions théoriques pouvant se poser avant d'aborder certains aspects de l'épuisement des recours internes. En 1834 déjà, celui qui était alors secrétaire d'État américain, M. McLane, déclarait, au sujet de l'épuisement des recours internes, qu'« obliger les nations à enquêter sur chaque infraction commise par les citoyens d'une nation contre la personne de ceux d'une autre reviendrait à faire peser une charge déraisonnablement lourde sur les relations entre les nations »[12]. Près de cent cinquante ans après, Brownlie, un juriste et praticien britannique membre de la Commission, qui n'a pas la réputation d'être conservateur, décrit la règle de l'épuisement des recours internes comme « justifiée par des considérations pratiques et politiques, et non par une quelconque nécessité logique découlant du droit international dans son ensemble »[13].

59. La décision prise l'année précédente par le Groupe de travail, qui a été approuvée par la Commission, acceptée par le Rapporteur spécial et appuyée par les gouvernements dans leurs observations, à savoir que les travaux doivent être axés sur les règles secondaires, était judicieuse. Rien n'a été dit qui justifierait qu'elle soit reconsidérée, et encore moins modifiée. À cet égard, les résultats auxquels a abouti la Commission lorsqu'elle s'est écartée des règles secondaires dans l'étude de la responsabilité des États ne sont pas encourageants. Cela dit, il serait utile de constituer un groupe consultatif pour seconder le Rapporteur spécial suivant la recommandation figurant dans le rapport du Groupe de planification à la quarante-huitième session[14].

60. M. BENNOUNA (Rapporteur spécial) n'entend pas remettre en cause les conclusions auxquelles le Groupe de travail est parvenu lors de la session précédente. Il n'en reste pas moins que le Groupe de travail a laissé des questions en suspens, et c'est précisément pour approfondir ces questions qu'a été élaboré le rapport préliminaire.

61. M. ROSENSTOCK se réjouit que l'on ne rouvre pas le débat sur les questions réglées à la session précédente et il donne lecture d'un paragraphe dans lequel il est dit que « l'étude se limitera à la codification des règles secondaires »[15].

62. M. BENNOUNA (Rapporteur spécial) précise qu'il voulait dire qu'il importe d'avoir à l'esprit le caractère relatif de la distinction entre règles secondaires et règles primaires, et le fait qu'il n'y a pas de cloisonnement étanche entre les deux catégories de règles.

63. M. ROSENSTOCK convient qu'il n'y a certes pas de cloisonnement étanche, mais qu'il n'y a pas non plus de doute quant à la décision qui a été prise, aux raisons qui l'ont motivée et à ce qu'elle implique.

La séance est levée à 13 h 5.

2522e SÉANCE

Jeudi 30 avril 1998, à 10 h 5

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Al-Khasawneh, M. Bennouna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Kabatsi, M. Kusuma-Atmadja, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Thiam.

Protection diplomatique *(suite)* [A/CN.4/483, sect. E, A/CN.4/484[1], A/CN.4/L.553]

[Point 6 de l'ordre du jour]

RAPPORT PRÉLIMINAIRE DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

1. M. SEPÚLVEDA dit que le rapport préliminaire du Rapporteur spécial sur la protection diplomatique (A/CN.4/484), malgré son caractère préliminaire, verse au débat de précieuses informations, de même que la bibliographie et la liste des affaires mettant en cause la protection diplomatique distribuée par le secrétariat. Ce dernier document montre cependant que neuf affaires seulement ont été réglées depuis 1981 dans le domaine de la protection diplomatique, dont cinq sur le plan interne et quatre par les tribunaux internationaux, et qu'une demi-douzaine d'ouvrages seulement sur cette question, et des articles relativement plus nombreux dans les revues spécialisées, ont paru depuis 1980. Il serait donc utile de disposer d'un bon moyen de rassemblement de l'information sur la pratique étatique dans le domaine de la protection diplomatique et dans les domaines apparentés, notamment sur les accords entre États qui permettent à des personnes privées de recourir à l'arbitrage international, éliminant ainsi la nécessité de la protection diplomatique. Le rapport de la CNUCED sur l'investissement dans le monde est une excellente source d'information là-dessus[2].

2. Revenant au rapport préliminaire, M. Sepúlveda pense qu'il faudra entamer l'étude du nouveau sujet en posant les hypothèses juridiques fondamentales sans lesquelles il ne peut y avoir de protection diplomatique. Ces conditions préalables sont fixées dans l'extrait de l'arrêt

[12] Moore, *Digest* (1906), vol. VI, p. 658.

[13] I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 3e éd., Oxford, Clarendon Press, 1979, p. 496.

[14] *Annuaire... 1996*, vol. II (2e partie), p. 91 et 98, doc. A/51/10, par. 148 (al. *g*) et par. 191 à 195, respectivement.

[15] *Annuaire... 1997*, vol. II (2e partie), par. 181, p. 62.

[1] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

[2] Par exemple, *World Investment Report 1997* (publication des Nations Unies, numéro de vente : E.97.II.D.10).

de la CPJI dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* cité au paragraphe 5 du rapport. La première est qu'un État a le droit de protéger ses ressortissants lorsqu'ils subissent un préjudice du fait d'un acte contraire au droit international commis par un autre État. Il est donc important de fixer l'idée que, pour que la protection diplomatique puisse jouer, il faut d'abord établir qu'un dommage a été causé à un ressortissant; il faut que ce dommage soit causé par une infraction au droit international, qu'il soit imputable à l'État contre lequel porte la réclamation et, enfin, qu'il y ait une relation de cause à effet entre le dommage effectivement subi et la cause à laquelle on l'impute. Dans une action internationale en protection diplomatique, trois protagonistes interviennent donc : le sujet qui a subi un préjudice dans sa personne, dans ses biens ou dans ses droits, l'État auteur du dommage et l'État qui épouse la cause de son ressortissant. Il va sans dire que l'État auteur du dommage doit avoir eu l'occasion de réparer celui-ci, avant que ne puisse s'enclencher la procédure de la protection diplomatique.

3. La deuxième condition préalable à l'exercice de la protection diplomatique fixée dans l'arrêt de la CPJI dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* est que la personne ayant subi le dommage doit avoir été dans l'impossibilité d'obtenir satisfaction par les voies ordinaires. En d'autres termes, elle doit avoir eu recours aux procédures nationales pour résoudre le différend, donnant ainsi à l'État l'occasion d'assumer ses obligations internationales en s'offrant en temps utile à réparer le dommage.

4. Au paragraphe 11 de son rapport préliminaire, le Rapporteur spécial fait à juste titre remarquer que l'État qui souhaite défendre ses ressortissants ne peut recourir à la menace ou à l'emploi de la force dans l'exercice de la protection diplomatique. À l'issue de son examen, la Commission pourrait donc apporter cette contribution majeure au droit de la matière que serait la définition des moyens auxquels les États peuvent recourir lorsqu'ils veulent faire valoir leurs droits et les droits de leurs ressortissants dans le contexte de la protection diplomatique.

5. Il serait également important de déterminer qui a un intérêt juridique direct et immédiat et qui a la qualité et le pouvoir de faire valoir une réclamation internationale. Pour M. Sepúlveda, ce n'est pas l'État qui a cet intérêt juridique direct et immédiat. Si tel était le cas, en effet, ce droit serait impératif et ne pourrait s'exercer à la discrétion de son titulaire. Par exemple, les accords sur la protection des investissements étrangers offrent aux personnes privées, qu'elles soient physiques ou morales, la possibilité de demander réparation directement, c'est-à-dire qu'ils leur accordent un statut analogue à celui qui a été reconnu à l'ONU dans l'affaire concernant la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, au terme de laquelle il a été conclu que l'Organisation avait la personnalité juridique internationale puisqu'elle avait la possibilité d'engager une procédure internationale. On peut dire la même chose de la clause Calvo[3], par laquelle un étranger refuse par contrat le bénéfice éventuel de la protection diplomatique de son État d'origine. Il est clair que dans ce cas-là également, seul l'individu possède un intérêt juridique direct et immédiat dans la réclamation. Le débat sur la fiction juridique que serait le détenteur du droit dont il s'agit ne mène donc nulle part. La Commission ferait mieux de se concentrer sur les droits et les intérêts juridiques qui sont effectivement protégés. M. Sepúlveda a déjà expliqué qu'à son avis l'État exerce un droit par substitution, en remplaçant la personne à qui ce droit était à l'origine conféré.

6. Il convient de noter que les investisseurs étrangers se retrouvent ainsi dans une situation extrêmement favorable par rapport aux nationaux, puisque trois procédures leur sont offertes — le recours interne, la protection diplomatique et l'arbitrage international — alors que les nationaux ne peuvent se prévaloir que des recours internes.

7. Il faudrait également évoquer la troublante question des liens qu'il y aurait, dit-on, entre protection diplomatique et droits de l'homme. Pour M. Sepúlveda, il s'agit de deux questions totalement distinctes et, si l'on analysait le sujet de plus près, on verrait que la protection diplomatique s'est toujours exercée strictement sur les droits patrimoniaux, alors que les droits de l'homme touchent à l'essence même de la liberté individuelle. Les droits couramment couverts par la protection diplomatique comprennent le traitement de la nation la plus favorisée et les obligations de résultat imposées aux entreprises, considérations fort éloignées de ce que l'on entend traditionnellement par droits de l'homme.

8. M. BROWNLIE attire l'attention sur le problème des dommages causés directement aux États, qui, même s'il ne fait évidemment pas partie du sujet confié à l'examen de la Commission, est indissociablement lié aux questions de protection diplomatique dans le monde réel, comme trois exemples suffiront à l'illustrer.

9. L'affaire du *Rainbow Warrior*, au cours de laquelle un navire de Greenpeace International a été détruit dans le port d'Auckland par un groupe naval de sabotage français, a été le motif d'une plainte de l'État de Nouvelle-Zélande pour violation de sa souveraineté, et des Pays-Bas pour le décès d'un photographe tué dans l'incident — et que l'on a considéré comme de nationalité néerlandaise aux fins de la solution de règlement négocié par le Secrétaire général des Nations Unies. Cette affaire se présente donc comme une sorte de palimpseste, avec l'intérêt direct de l'État, du côté de la Nouvelle-Zélande, et l'intérêt d'un autre État, en la personne de l'un des individus mis en cause dans l'affaire.

10. Le deuxième accident, celui de Tchernobyl, a entraîné des coûts économiques directs pour les personnes privées d'un certain nombre d'États, et a offert aux États eux-mêmes l'occasion d'un grief, s'ils avaient voulu la saisir, pour dommage direct à leur espace aérien. Le troisième exemple est celui du satellite nucléaire soviétique Cosmos-954 qui s'est désintégré dans l'espace aérien du Canada en 1978. Cet incident a débouché sur un règlement diplomatique entre le Canada et l'Union soviétique[4]. Les réclamations du Canada portaient exclusivement sur les dépenses que le Canada avaient dû engager pour se débarrasser des débris dangereux tombés sur son territoire. Mais là encore, des intérêts privés auraient

[3] Voir *Annuaire... 1956*, vol. II, doc. A/CN.4/96, p. 206 à 208.

[4] ILM, vol. 18, 1979, p. 899.

pu être atteints du fait de la contamination. Force est donc de conclure qu'il serait erroné de dire que cet incident particulier n'intéresse pas la Commission parce qu'un dommage direct aurait pu être causé. Tous ces exemples illustrent l'exercice de la protection diplomatique visant réellement ou potentiellement des intérêts privés. Le fait que les cas cités ne concernent pas seulement des intérêts privés ne doit pas les exclure des réflexions de la Commission.

11. M. BENNOUNA (Rapporteur spécial) croit se souvenir que la protection diplomatique ne s'applique pas aux affaires mettant en cause des véhicules spatiaux, cas dans lesquels est invoquée la responsabilité objective à l'égard des autres États de l'État qui a lancé l'engin. Quant aux autres cas qu'a évoqués M. Brownlie, il sera certainement fructueux de garder à l'esprit que la distinction entre dommages causés directement aux États et dommages subis par les nationaux n'est pas toujours bien claire dans la pratique.

12. M. Bennouna tient d'autre part à remercier M. Sepúlveda d'avoir mis en lumière la distinction, qu'il s'était lui-même efforcé de faire apparaître, entre le pouvoir discrétionnaire de l'État quant à l'exercice de sa protection diplomatique, question sur laquelle les membres de la Commission s'entendent, et les droits (éventuellement les obligations) mis en cause, qui sont fonction des circonstances de l'affaire et qui appellent une analyse approfondie. Ainsi, selon l'évolution récente de domaines comme ceux des droits patrimoniaux, des droits de l'homme et des investissements, les droits en cause peuvent parfois être les droits de l'individu, et l'obligation de l'État d'accueil être parfois une obligation internationale assumée directement à l'égard de l'individu. La Commission devrait bien faire valoir cette distinction entre l'exercice de la protection diplomatique, qui reste une prérogative de l'État, et les droits et les obligations en cause, qui peuvent être un droit de l'État ou un droit de l'individu, les chevauchements entre les uns et les autres n'étant pas exclus.

13. C'est à bon escient que l'on a rappelé que ce n'est pas toujours l'État qui exerce son droit de protection diplomatique, la preuve en étant que ce droit est parfois conféré à l'individu, qui a accès aux organes internationaux. M. Sepúlveda a également comparé à juste titre la protection accordée par les Nations Unies dans l'affaire concernant la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* avec le droit d'intenter une action en réparation reconnue à des investisseurs individuels. Dans l'un et l'autre cas, ce sont les États qui confèrent ce pouvoir.

14. Ces réflexions sont une réponse bienvenue à la demande d'orientations du Rapporteur spécial; elles aident à déblayer le terrain, tant sur le plan théorique que sur le plan technique et mettent donc la Commission en mesure de s'attaquer au fond du sujet. Pour M. Bennouna, il est encore trop tôt pour dire que la protection diplomatique est sans rapport avec les droits de l'homme et concerne uniquement les droits patrimoniaux. Il est vrai que, par le passé, elle s'exerçait essentiellement dans des affaires concernant des biens matériels, des procédures de nationalisation et des investissements, mais l'affaire portée devant la CIJ dans l'affaire relative à la *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis d'Amérique)* par un État dont l'un des ressortissants a été exécuté aux États-Unis offre un bon exemple des liens entre protection diplomatique et droits de l'homme.

15. Un autre problème a été soulevé, qui mérite aussi l'examen : avant de pouvoir exclure du champ de la protection diplomatique la coercition et l'usage ou la menace de la force, il faudrait être certain de l'existence de mécanismes garantissant que l'individu, ou l'État, peut défendre les droits de la personne privée. M. Bennouna demande s'il faut prévoir une gamme de mécanismes aussi large que possible, ou la limiter aux recours légaux, et s'il faut donner le pas à la voie diplomatique sur la voie judiciaire. Il avait été convenu que les privilèges et les immunités diplomatiques, tels que les définissent la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (appelée ci-après « Convention de Vienne de 1961 ») et la Convention de Vienne sur les relations consulaires (appelée ci-après « Convention de Vienne de 1963 »), n'entreraient pas dans les prévisions du futur projet d'articles. Mais l'intervention diplomatique et les recours légaux présentent de nombreux éléments communs, notamment la place qu'ils font à la négociation, et le Rapporteur spécial pense qu'il faudrait considérer la première et les seconds comme des éléments éventuels de la protection diplomatique.

16. M. ECONOMIDES approuve M. Sepúlveda d'avoir mentionné dans le contexte de la protection diplomatique le principe du non-recours à la menace ou à la force, principe qui est dorénavant entré dans le domaine du *jus cogens*. Il faudra songer à y consacrer un article dans le futur instrument.

17. M. Economides souscrit aux observations qu'a faites le Rapporteur spécial à propos de la protection diplomatique s'exerçant sur les droits patrimoniaux. Il est vrai que la protection diplomatique est le plus souvent invoquée dans des affaires où ce sont justement ces droits qui sont violés, mais elle peut être appelée à jouer dans d'autres cas aussi. Il serait donc trop restrictif de prendre pour acquis que la protection diplomatique concerne exclusivement les préjudices matériels. D'autre part, la distinction entre droits de l'homme et protection diplomatique est moins nette que M. Sepúlveda ne l'a laissé entendre. Il faudra réfléchir davantage à la question.

18. M. Sepúlveda a aussi mentionné l'arbitrage international, à propos duquel on remarquera que lorsqu'un État présente un grief, deux choses peuvent se produire : soit l'auteur de l'acte internationalement illicite reconnaît sa faute, et on procède alors à un règlement amiable; soit l'État refuse d'admettre sa responsabilité, et un différend international s'élève sur le terrain de la protection diplomatique. Ce différend doit être réglé selon les procédures applicables à tous les différends internationaux, à savoir la négociation, l'arbitrage et le règlement judiciaire. Dans toute cette sorte d'affaires, l'État exerce sa protection diplomatique sur ses nationaux.

19. M. ROSENSTOCK approuve ce qu'a dit M. Brownlie à propos de la complexité de certaines affaires où entre en jeu la protection diplomatique, et de la difficile distinction entre protection diplomatique et droits de l'homme. Dans l'affaire relative à la *Convention de*

Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis d'Amérique), le Paraguay a intenté une action essentiellement pour violation de la Convention de Vienne de 1963. Cette affaire porte indubitablement sur une obligation que les États-Unis avaient directement à l'égard de l'État du Paraguay, mais la question de savoir si elle met aussi en cause les droits de l'homme est beaucoup plus subtile, beaucoup plus complexe, et on ne pourra y répondre que lorsque la CIJ aura rendu son arrêt. En ce qui concerne le sujet à l'examen, faire preuve d'une plus grande sensibilité aux droits de l'homme, ce serait mettre l'accent sur la nécessité d'éviter l'apatridie comme l'a fait la Commission dans le cadre du sujet de la nationalité en relation avec la succession d'États après la décision rendue dans l'affaire *Nottebohm*. Le raisonnement suivi dans cette affaire n'était pas *grosso modo* mauvais, mais le résultat l'est.

20. M. SIMMA dit que, si le dommage causé à un ressortissant étranger comprend la violation d'un droit reconnu comme relevant des droits de l'homme, rien n'empêche l'État d'origine de la victime d'épouser le grief de celle-ci. Telle est bien la pratique de la République fédérale d'Allemagne, par exemple. Si le préjudice causé à un étranger sous la forme d'une violation des droits de l'homme est exclu du champ d'application de la protection diplomatique, il n'y a pas de recours utile si l'étranger ne peut entamer une procédure devant un organe international chargé de contrôler le respect des droits de l'homme. Si l'arbitrage ad hoc est prévu dans un contrat, l'étranger doit d'abord épuiser les recours internes, et sans doute aussi les recours internationaux. Pour la plupart des violations des droits de l'homme d'étrangers cependant — emprisonnement injustifié ou mauvais traitements —, ces procédures internationales sont inaccessibles, et il est donc absolument nécessaire de confirmer le droit qu'a l'État d'origine d'exercer sa protection diplomatique.

21. M. SEPÚLVEDA convient avec M. Simma que la protection diplomatique et la protection des droits de l'homme peuvent effectivement coïncider dans les affaires où il y a violation des droits de l'homme. Mais ce serait aller trop loin que de laisser entendre que les deux domaines se recoupent dans tous les cas. Par exemple, le chapitre 11 de l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)[5] prévoit qu'aucune partie à l'Accord ne peut exiger d'une de ses entreprises créée par l'investissement d'une autre partie qu'elle nomme aux postes de direction des personnes ayant telle ou telle nationalité. Si l'une des parties fait valoir une exigence sur ce point, en violation donc de l'Accord, il est difficile d'y voir la violation d'une règle fondamentale de droits de l'homme. M. Sepúlveda pense donc que la première chose à faire serait de définir la nature du droit qu'il s'agit de protéger.

22. M. HERDOCIA SACASA pense qu'il est indispensable de faire une distinction entre protection diplomatique et protection des droits de l'homme. Mais il est indiscutable que la protection des droits de l'homme relève de la protection diplomatique, qu'il ne faut pas restreindre aux interventions concernant des dommages matériels. La Convention américaine relative aux droits de l'homme : « Pacte de San José de Costa Rica » (appelée ci-après « Pacte de San José ») et d'autres instruments internationaux, par exemple, fixent le principe que nul ne peut être arbitrairement privé de ses biens, lequel principe est étroitement lié au droit de l'homme qu'est le droit à bénéficier de procédures régulières.

23. M. CANDIOTI constate que le rapport préliminaire du Rapporteur spécial et sa présentation orale qui en a été faite ont ouvert un débat fructueux sur les aspects fondamentaux de la protection diplomatique, qui méritent d'être approfondis si l'on veut appuyer la suite de l'examen du sujet sur des fondements théoriques sains. Comme le montre l'aperçu historique du Rapporteur spécial, la protection diplomatique a été au départ quasiment le seul moyen dont les États disposaient pour protéger les droits et les intérêts de leurs nationaux à l'étranger. Actuellement, le moyen coexiste cependant avec d'autres mécanismes et d'autres institutions mis en place par la communauté internationale, tant au niveau régional qu'au niveau international, en matière surtout de droits de l'homme. Il n'empêche, la protection diplomatique reste en fait la seule option, ou l'option la meilleure, face à certains problèmes.

24. Quant à savoir si l'État qui exerce sa protection diplomatique fait valoir son propre droit ou le droit de son national lésé, question que soulève le paragraphe 54 du rapport préliminaire, on peut dire que la personne qui a un lien de nationalité avec un certain État fait partie de la population de celui-ci et est donc l'un des éléments constitutifs de cet État. Comme M. Pambou-Tchivounda l'a fait observer (2521e session), la protection de ses nationaux est un droit fondamental de l'État, à mettre sur le même plan que la protection de son territoire ou la sauvegarde de sa souveraineté. La protection de ses nationaux et de leurs intérêts par l'État équivaut à la défense de l'un de ses éléments constitutifs, en d'autres termes, de ses propres droits et de ses propres intérêts juridiques. En même temps, pourtant, l'État défend les droits et les intérêts particuliers de son national « lésé » par l'autre État.

25. Comme M. Herdocia Sacasa l'a fait remarquer, il est impossible de faire une distinction rigoureuse entre les droits de l'État et les droits des ressortissants de celui-ci; les deux ensembles de droits sont complémentaires et peuvent être défendus ensemble. Il est donc inutile, au stade actuel de développement du droit international, c'est-à-dire alors que les droits de l'individu sont largement reconnus, de qualifier le mécanisme de la protection diplomatique de fiction ou d'artifice qui a peut-être eu sa raison d'être dans le contexte historique du passé.

26. Comme l'ont dit d'autres intervenants, il est nécessaire de rénover l'institution de la protection diplomatique de manière à la mettre en phase avec le développement récent de la protection internationale des droits de l'homme. Des propositions intéressantes ont été faites à titre de contribution au développement progressif du droit, propositions dont l'analyse mérite d'être approfondie. Mais il ne faut pas oublier que la protection diplomatique n'est qu'un aspect du vaste domaine de la responsabilité internationale. En tant que moyen de donner effet à la responsabilité de l'État, elle crée une relation

[5] *Accord de libre-échange nord-américain entre le Gouvernement du Canada, le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement des États-Unis du Mexique*, Ottawa, Ministère des Approvisionnements et Services, Canada, 1992.

entre deux États : l'État « protecteur » et l'État visé par le grief, tenu pour responsable de l'acte internationalement illicite qui a causé un dommage à un ressortissant du premier État. Que la protection des droits de l'homme soit à l'heure actuelle au premier plan — qui s'en plaindrait ? — ne doit pas masquer le fait que les rapports d'État à État sont un aspect déterminant de la nature de la protection diplomatique.

27. Le respect de l'indépendance et des autres droits — y compris son pouvoir juridictionnel — de l'État contre lequel s'exerce la protection diplomatique et, plus particulièrement, le respect du principe de l'épuisement des recours internes sont indispensables au fonctionnement du régime de la protection diplomatique. M. Sepúlveda a fait là-dessus des observations tout à fait pertinentes.

28. Pour ce qui est de la question des règles primaires et secondaires, on s'était entendu pour laisser de côté les règles primaires, qui fixent le contenu matériel des obligations de l'État en matière de traitement des étrangers et des investissements étrangers, pour se concentrer sur les règles secondaires, qui définissent les fondements, les conditions, les modalités et les conséquences de la protection diplomatique, mais en tenant compte, le cas échéant, de certaines règles primaires de caractère général. Sur ce point, M. Candioti souscrit aux propositions que le Rapporteur spécial présente aux paragraphes 59 à 62 et 64 de son rapport préliminaire. Comme on l'a déjà fait remarquer au cours du débat, l'étude de la protection diplomatique doit comprendre l'étude des moyens de son exercice. Il est en tout cas hors de question d'y inclure la menace et l'emploi de la force : les mécanismes traditionnels de règlement pacifique des différends, particulièrement la négociation, mais aussi la médiation, les bons offices et l'arbitrage, sont beaucoup plus adaptés et beaucoup plus productifs. Il faudrait aussi songer à la question des contre-mesures dans le contexte de la protection diplomatique.

29. De l'avis de M. Candioti, le débat a permis de définir le point de départ des travaux à venir. Il est déjà assez substantiel pour permettre de dégager les conclusions sur lesquelles s'appuiera la suite du travail.

30. M. BENNOUNA (Rapporteur spécial) rappelle que, dans son travail sur la responsabilité des États, la Commission a conclu que le recours aux contre-mesures ne devait pas se traduire par la moindre violation des droits de l'homme. La pratique établie sur le plan international confirme cette conclusion. La menace et l'emploi de la force sont également réputés inacceptables dans l'exercice de la protection diplomatique. Il n'en faut pas moins dire bien clairement que la protection diplomatique doit s'exercer dans le respect des normes péremptoires du *jus cogens*.

31. Certains membres de la Commission ont déclaré que la protection diplomatique comprenait la protection de l'un des éléments constitutifs de l'État : la population. Cela est vrai, et conforme au principe qui fonde la juridiction de l'État sur les liens qu'il entretient avec des personnes et non sur ses liens avec un territoire. Grâce aux progrès réalisés dans le domaine des droits de l'homme, l'interprétation de la juridiction *ratione personae* de l'État est aujourd'hui beaucoup plus restrictive, et il est heureux que les États ne puissent plus agir à leur guise à l'égard de leur population.

32. M. HAFNER dit que, si l'on veut comparer la protection des droits de l'homme et la protection diplomatique, il faut faire la distinction entre les aspects qui sont propres à chacun de ces deux domaines. Par exemple, il ne faut pas confondre le contenu des droits de l'homme avec les moyens d'exercer ces droits. Si l'on garde cette distinction à l'esprit, il devient possible de répondre à certaines questions : La protection diplomatique est-elle un droit de l'homme ? Non. Une violation des droits de l'homme peut-elle donner prise à la protection des droits de l'homme ? Oui. En vertu de la portée *erga omnes* des droits de l'homme, tout État peut porter plainte contre un autre État mais il faut faire la distinction entre le cas où le grief est présenté en application de la protection diplomatique et le cas où il existe un droit particulier de faire valoir une revendication selon un régime donné, cas qui ne relève visiblement pas de la protection diplomatique. On ne voit pas la nécessité d'invoquer les normes péremptoires ou les règles générales de droit international à propos de la protection diplomatique, car il va sans dire qu'elles s'appliquent effectivement.

33. M. Sepúlveda a cité le chapitre 11 de l'ALENA, soulevant ainsi une question très intéressante : si un État émet une revendication pour non-respect d'une norme non applicable directement qui n'a pas été intégrée dans le droit interne, on peut se demander s'il agit ou non dans l'exercice de la protection diplomatique. Pour sa part, M. Hafner pense que ce n'est pas le cas : l'État agit en son nom propre. On peut dire la même chose de l'affaire relative à la *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis d'Amérique)*, dans laquelle le Paraguay intervient visiblement pour lui-même et non dans l'exercice de sa protection diplomatique.

34. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA, répondant à un argument du Rapporteur spécial, dit que ce n'est pas simplement les normes péremptoires mais le droit international tout entier qui mettent des bornes au recours à la protection diplomatique. Une fois celle-ci acceptée en tant qu'institution du droit international, une fois son exercice reconnu comme relevant du pouvoir discrétionnaire de l'État, l'État a l'obligation fondamentale d'exercer ce pouvoir conformément au droit international pris dans son ensemble.

35. M. ECONOMIDES dit que l'observation de M. Candioti, qui a fait remarquer que la protection diplomatique existait toujours en parallèle avec d'autres options, soulève la difficile question des rapports entre la protection diplomatique et tous les autres recours disponibles, sur le plan interne ou international. Nul ne nie que le droit interne prime dans tous les cas et que la protection diplomatique a quelque chose d'exceptionnel, en ce qu'elle implique l'intervention d'un État en dernier ressort. Mais on voit moins bien si ce sont tous les recours internationaux qui ont la préséance, ou uniquement ceux qui aboutissent à un règlement contraignant pour les deux parties. Pour M. Economides, tous les recours internationaux priment la protection diplomatique et l'État ne peut intervenir que si le règlement auquel ces recours ont abouti n'est pas respecté.

36. M. Hafner a eu raison de dire qu'en principe la Commission ne doit pas traiter de questions générales de droit international. Mais il y a ce problème que la protection diplomatique est une relation qui peut créer un différend, ou un climat conflictuel, entre des États. Il serait donc sage de se référer explicitement aux normes péremptoires de droit international, en particulier au principe du non-recours à la force, ainsi qu'au principe qui veut que les contre-mesures ne s'appliquent pas dans la sphère des droits de l'homme.

37. Enfin, sur le plan technique, il faut rappeler que la population d'un État est composée non seulement des nationaux de cet État, mais aussi d'étrangers et d'apatrides, qui ne bénéficient pas de la protection diplomatique.

38. M. MIKULKA souscrit d'une manière générale au contenu du rapport préliminaire du Rapporteur spécial. Mais si l'observation que vient de faire le Rapporteur spécial à propos des normes péremptoires est interprétée *a contrario*, la Commission risque de se retrouver engagée dans un débat comme celui qu'elle a tenu sur les contre-mesures. Les contre-mesures donnent à l'État le droit d'écarter certaines règles de droit international, mais non les normes péremptoires. Au contraire, la protection diplomatique doit s'exercer en pleine conformité avec toutes les règles du droit international, non seulement celles du *jus cogens*.

39. La question qu'a posée M. Economides à propos de la préséance des recours internationaux sur la protection diplomatique mériterait d'être approfondie. On ne sait pas très bien si l'État peut exercer sa protection diplomatique parallèlement à un recours international exercé directement par l'individu lésé, ou si l'État ne peut exercer sa protection diplomatique que pour faire rapporter par l'organe international auquel il s'adresse la décision que celui-ci a prise à l'encontre de l'individu.

40. M. Mikulka se demande, comme le Rapporteur spécial, s'il convient vraiment de maintenir une distinction stricte entre règles primaires et règles secondaires. La position du Rapporteur spécial soulève la question de savoir si la Commission doit ou non examiner, dans le sujet à l'examen, certaines autres questions qui ne relèvent pas des règles secondaires, la question de la nationalité par exemple.

41. M. GOCO, répondant à un argument de M. Hafner, dit que la question à laquelle il s'agit de répondre est celle de savoir si le droit de l'État existe indépendamment du dommage subi par l'individu et indépendamment de la procédure légale que celui-ci a pu engager. Il est dit au paragraphe 51 du rapport préliminaire que l'on pourrait concevoir que l'État ne puisse engager une réclamation internationale contre la volonté du ressortissant concerné. Il y a aussi la doctrine Calvo, celle du refus par l'individu, par voie de contrat, de la protection diplomatique de son État d'origine. Dans de telles circonstances, l'État peut-il invoquer la protection diplomatique et agir, sur la base d'un traité par exemple, contre la volonté qu'a exprimée l'individu lésé ? S'il le peut, alors l'individu devient un simple aspect procédural de l'affaire. Telle est semble-t-il la véritable question que la Commission doit régler.

42. M. SEPÚLVEDA dit que l'affaire de la *North American Dredging Company*, réglée par la Commission générale américano-mexicaine des réclamations, est intéressante du point de vue de l'argumentation de M. Goco sur la clause Calvo. Dans le contrat qu'elle avait signé avec le Gouvernement mexicain, l'entreprise en cause avait renoncé à la protection diplomatique des États-Unis. La Commission des réclamations a déclaré que le contrat était valide et que la réclamation présentée par le Gouvernement américain était irrecevable[6]. Cette affaire est souvent citée comme corroborant la clause Calvo.

43. M. SIMMA a toujours interprété l'affaire de la *North American Dredging Company* comme une réaffirmation du principe selon lequel une personne physique ou morale ne peut renoncer à un droit qui ne lui appartient pas.

44. M. SEPÚLVEDA dit que l'élément intéressant de l'affaire est que la Commission générale américano-mexicaine des réclamations a débouté le Gouvernement américain de sa plainte, au motif que le contrat était valable.

45. M. BENNOUNA (Rapporteur spécial) dit que M. Simma est dans l'erreur sur ce point particulier. L'affaire de la *North American Dredging Company* est effectivement citée par les commentateurs comme exemple de réaffirmation de la doctrine Calvo, mais les choses ne sont pas aussi simples que cela. Il y a aussi une doctrine plus particulièrement occidentale, M. Simma l'a rappelé, qui veut que l'individu ne peut renoncer à un droit dont il n'est pas titulaire. Mais la jurisprudence n'a pas suivi cette orientation. Le débat que le Rapporteur spécial a ouvert n'est pas sophistique et la Commission doit le poursuivre. Pour sa part, le Rapporteur spécial se propose de l'inviter, même si la question de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'État ne soulève aucun problème, à examiner avec plus d'attention les droits et les obligations que suppose cet exercice. Le but du rapport préliminaire était en fait d'analyser les nuances de la doctrine traditionnelle.

46. M. KABATSI dit que, selon le Rapporteur spécial, la Commission devrait reconsidérer le droit traditionnel, tel qu'il s'est exprimé dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, à la lumière du développement des droits de l'individu sur le plan international. Le Rapporteur spécial n'est pas satisfait de la « fiction » de l'intérêt de l'État — qui s'opposerait à l'intérêt de l'individu — qui opère lorsque l'État prend fait et cause pour son ressortissant. Pour lui, s'il est effectivement vrai qu'en matière de droits de l'homme l'individu peut désormais recourir à d'autres moyens que la protection diplomatique, la Commission doit abandonner la « fiction » stricte qui veut que l'État fait valoir son propre droit et non celui de son ressortissant. Le Rapporteur spécial attend sur ce point les orientations de la Commission.

47. Le Rapporteur spécial souhaiterait aussi savoir si la Commission reconsidérera la proposition du Groupe de travail, faite à la quarante-neuvième session, tendant à

[6] *Opinions of Commissioners under the Convention concluded 8 September 1923 between the United States and Mexico – 4 February 1926 to 2 July 1927*, Washington, United States Government Printing Office, 1927, p. 31 et 32.

limiter le sujet à la codification des règles secondaires[7]. À son avis, la Commission doit, chaque fois que la matière s'y prête, analyser les règles primaires en vue de bien codifier les règles secondaires. Il reconnaît au paragraphe 5 de son rapport préliminaire que le sujet à l'examen se prête à la codification. Il se range ainsi à l'avis du Groupe de travail et admet que l'origine coutumière du principe de l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* est bien établie en droit international. Même lorsqu'il décrit une fiction juridique, le Rapporteur spécial ne met pas réellement en question le droit qu'a l'État de protéger ses ressortissants lorsque les recours internes n'ont pas suffi. Le débat que la Commission a tenu a donné au Rapporteur les indications qu'il attendait : les notions d'intérêt de l'État et d'intérêt de l'individu doivent pour l'instant rester séparées, même si elles sont complémentaires. Dans la plupart des cas, l'exercice de la protection diplomatique touche au respect des droits de l'homme, mais il existe de surcroît des affaires pour lesquelles la personne privée n'a aucun recours direct.

48. Au stade actuel des travaux, la Commission ne doit pas se soucier des moyens par lesquels les individus peuvent faire valoir leurs revendications par l'intermédiaire des mécanismes mis en place par les traités relatifs aux droits de l'homme. Elle n'a qu'à suivre le schéma du Groupe de travail et répondre aux diverses questions soulevées dans les quatre chapitres proposés. Elles sont pour la plupart reprises en termes détaillés dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-neuvième session[8]. La tâche de la Commission consiste à faire la lumière sur ces questions.

49. M. Kabatsi incline à penser, comme le Rapporteur spécial, que le travail de codification doit porter uniquement sur les règles secondaires mais qu'il faut, chaque fois que le besoin s'en fait sentir, examiner aussi au passage les règles primaires.

50. M. KUSUMA-ATMADJA dit que la question qui se pose du point de vue de l'individu est celle de savoir si l'État peut exercer son droit de protéger ses ressortissants même si le ressortissant dont il s'agit a fait savoir qu'il ne souhaitait pas se prévaloir de ce droit. C'est une question importante dans la mesure où la situation serait évidemment différente selon qu'il s'agirait de personnes physiques ou de personnes morales. Elle appelle la plus grande circonspection.

51. M. GOCO souhaiterait savoir si, en cas d'allégation de violation d'un droit de l'homme fondamental, l'État de la victime, exerçant son pouvoir discrétionnaire, peut refuser d'accorder sa protection diplomatique.

52. M. KABATSI dit que, dès que l'individu n'a pas accès aux mécanismes prévus dans les traités, l'État peut exercer sa protection diplomatique. La situation ne change pas si c'est un droit fondamental qui a été violé. Cela dit, l'État peut à son gré, pour telle ou telle raison, refuser d'épouser la cause de son ressortissant.

53. M. HE dit que la protection diplomatique, institution au passé regrettable, peut être considérée comme une extension du pouvoir colonial, ou comme une institution imposée aux États faibles par les États forts. Elle continue d'inquiéter gravement les petits pays et les pays en développement. Le moment est donc venu de reconsidérer les principes sur lesquels elle repose.

54. L'arrêt de la CPJI dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* a fait un principe élémentaire du droit international de la notion que l'État a le droit de protéger ses ressortissants des préjudices découlant d'un acte contraire au droit international commis par un autre État et pour lesquels ces ressortissants n'ont pu obtenir réparation par les voies ordinaires. Il est intéressant de noter que dans certains pays les personnes physiques et les personnes morales peuvent subir un préjudice prévu dans le droit interne équivalant à une violation des principes du droit international. Il en est ainsi à cause des disparités du développement du droit, des différences entre systèmes juridiques et du degré variable d'incorporation des principes du droit international dans les droits internes. Par exemple, des actes comme la nationalisation ou l'acquisition, qui sont licites en droit interne, peuvent être en infraction avec le droit international, alors que des actes comme la rébellion ou l'action armée, qui sont réprimés par le droit interne, ne sont pas nécessairement contraires au droit international.

55. Il y a donc à la fois une opposition et une articulation entre droit interne et droit international et il convient de soumettre le premier aux principes du second. Dans son rapport préliminaire, le Rapporteur spécial fait observer que l'institution de la protection diplomatique a évolué dans le temps par l'effet, entre autres, de deux phénomènes : le développement des droits des individus d'une part et le droit des personnes morales, comme les investisseurs étrangers, de l'autre. La tendance à reconnaître les droits de l'individu, à permettre aux personnes privées d'avoir de plus en plus facilement accès aux organes internationaux et de participer à une procédure devant un tribunal international, et à permettre à certaines personnes morales étrangères d'accéder directement au CIRDI, ne peut être sans conséquence pour le rôle traditionnel de la protection diplomatique.

56. M. He ne peut cependant admettre que l'on dise que le rôle de cette institution est dépassé, puisqu'il faut bien avoir recours à la protection diplomatique pour venir en aide au ressortissant d'un État lésé par l'acte contraire au droit international commis par un autre État. Cela dit, avec l'évolution dont il vient d'être question, le contexte ainsi modifié de la protection diplomatique devrait permettre aux États de faire valoir des revendications au nom de leurs ressortissants lésés. En outre, la structure de plus en plus complexe des personnes morales, phénomène qu'illustre l'affaire de la *Barcelona Traction* (qui montre qu'une entreprise peut avoir une nationalité et ses actionnaires plusieurs autres), fait qu'il est encore plus difficile pour l'État dont la personne morale a la nationalité d'engager une action. Il s'agit de savoir si cet État a un intérêt réel à soumettre l'affaire à un tribunal international.

57. Cela étant, la théorie, l'encadrement et le rôle traditionnels de la protection diplomatique sont à réévaluer.

58. Même si le Groupe de travail a décidé que le sujet devait se limiter aux règles secondaires, se concentrer

[7] *Annuaire... 1997*, vol. II (2e partie), par. 180 et 181, p. 62.

[8] Ibid., par. 189, p. 63.

exclusivement sur ces règles ne fera que rendre le travail encore plus difficile, puisque la Commission aura à étudier les circonstances dans lesquelles la protection diplomatique s'exerce. Parmi ces circonstances, il y aura la règle des « mains propres » — qui, comme on l'a déjà fait remarquer, se situe à la limite des règles primaires et secondaires — et la question de l'épuisement des recours internes. Ce sont là deux questions complexes, qui n'excluent pas l'éventualité que l'on aurait à pénétrer dans le domaine des règles primaires.

59. Selon M. BROWNLIE, il est exact, dans une certaine mesure, de dire que l'institution de la protection diplomatique a une histoire regrettable et qu'elle a été, et peut être encore, utilisée de manière abusive. Mais il y a une distinction qui s'impose d'elle-même entre l'essence d'une chose et l'abus que l'on peut en faire. Une automobile par exemple peut transporter un malade à l'hôpital mais servir aussi à une attaque à main armée, et il n'est pas question de l'interdire pour cela. Mais il n'est pas vrai que la protection diplomatique n'a été utilisée que par les États forts à l'encontre des États faibles. Elle a souvent servi entre États de stature égale, faisant souvent partie de la même région. Quand certains Juifs de la Russie des tsars qui avaient acquis la nationalité des États-Unis ont été persécutés, les protestations américaines se sont adressées au Gouvernement russe de l'époque[9]. Dans les années 60, la Chine a protesté auprès de l'Indonésie[10] et auprès de la Mongolie[11] contre le traitement infligé à ses nationaux résidant sur leurs territoires respectifs. Ou bien encore, à la fin du XIX^e^ et au début du XX^e^ siècle, la Chine a protesté contre la carence des États-Unis qui n'avaient pas protégé des émeutes les Chinois résidant aux États-Unis[12], et l'Italie pour le sort de ses nationaux pendant les émeutes de la Nouvelle-Orléans[13]. Il faut se garder de généraliser indûment.

60. M. GALICKI dit qu'à considérer le rapport préliminaire et le débat de la Commission, il paraît judicieux, du point de vue de l'approfondissement du sujet, de créer un groupe de travail chargé de la protection diplomatique.

61. Il n'est pas facile de répondre à la question posée au paragraphe 54 du rapport préliminaire en ces termes : Est-ce qu'en engageant une réclamation internationale, l'État fait valoir son propre droit ou bien celui de son ressortissant lésé ? Selon la conception traditionnelle, le droit d'exercer la protection diplomatique est un droit discrétionnaire de l'État d'origine. Cela étant, la position du ressortissant est très précaire et dépend totalement de la volonté de son État d'origine. Cependant, comme le dit justement le Rapporteur spécial au paragraphe 52, l'attribution de droits aux individus par la voie conventionnelle peut aller jusqu'à leur permettre d'accéder directement à des mécanismes et à des tribunaux internationaux pour en garantir le respect. Les exemples qui figurent à la section B du chapitre premier du rapport donnent à penser que, dans le cas particulier des droits inhérents de la personne, tel que les sanctionne le droit international en voie de se développer dans le domaine des droits de l'homme, on pourrait remplacer les États par les individus, ou permettre au moins aux individus d'agir parallèlement aux États dans les domaines qui relevaient jusque-là de la protection diplomatique exercée exclusivement par ceux-ci.

62. Il ne faut pas oublier que la notion même de nationalité, qui est à la base de l'exercice de la protection diplomatique, a subi des changements considérables. On ne peut plus définir la nationalité comme le faisait l'alinéa 1 de l'article premier du projet de convention sur la nationalité rédigé par la faculté de droit de l'Université de Harvard[14], à savoir « la qualité d'une personne physique unie à un État par un lien d'allégeance ». Avec le développement de la qualité de sujet attribuée aux individus, le « lien juridique » de la nationalité devient moins un « lien d'allégeance » et plus un ensemble de droits et de devoirs réciproques entre l'intéressé et l'État. L'existence de ces devoirs et de ces obligations dans le cadre de la nationalité a été soulignée par la CIJ dans l'affaire *Nottebohm*. D'autre part, un nombre croissant de traités internationaux font du droit à la nationalité un droit de l'homme fondamental.

63. Si la notion de nationalité en tant que « lien d'allégeance » entre l'État et l'individu correspond à la conception traditionnelle de la protection diplomatique, la notion de droit à la nationalité considérée comme un droit de l'homme fait intervenir certaines considérations nouvelles du point de vue d'une protection diplomatique conçue comme étroitement liée à la nationalité. On constate déjà certains changements très intéressants dans l'attitude des États quant à la protection qu'ils assurent à leurs ressortissants. Certaines nouvelles constitutions, notamment la Constitution polonaise[15], prévoient que le national qui se trouve à l'étranger peut prétendre à la protection de son Gouvernement. On démontre aisément que les États, ou certains en tous cas, veulent traiter le droit à la protection diplomatique comme un droit de l'homme dont peuvent se prévaloir les individus, et qu'il ne relève donc pas exclusivement du pouvoir discrétionnaire des États.

64. Le droit à la protection de l'État est consacré par la Constitution polonaise dans le chapitre II qui traite des droits de l'homme et des droits civils, et il est garanti par la justice. Il est donc possible d'admettre qu'un nouveau droit de l'homme, le droit à la protection diplomatique, est en voie d'apparaître, au moins dans la pratique constitutionnelle.

65. En résumé, on peut dire en premier lieu que l'acquisition de la qualité de sujet de droit par les individus, qui a une incidence majeure sur la notion traditionnelle de la protection diplomatique, doit être examinée dans le cadre des travaux que la Commission consacrera à l'élaboration de principes. Même si l'on n'est pas d'accord sur le fait que les individus sont des sujets de droit international, le fait est que les personnes privées acquièrent progressivement des droits subjectifs de plus en plus nombreux en droit international. En deuxième lieu, les rapports entre le domaine du droit international que constituent les droits de l'homme et les règles traditionnelles de la protection diplomatique doivent être analysés en profondeur.

[9] Moore, *Digest* (1906), vol. II, p. 8 et suiv.

[10] « Chronique », RGDIP, vol. 70 (1966), p. 1013 et suiv.

[11] Ibid., vol. 71 (1967), p. 1067 et 1068.

[12] Moore, *Digest* (1906), vol. VI, p. 820 et suiv.

[13] Ibid., p. 837 et suiv.

[14] *Research in International Law:* I. *Nationality*, Cambridge (Massachusetts), Harvard Law School, 1929, p. 13.

[15] Pologne, Constitution adoptée le 2 avril 1997, chap. II, art. 36.

En troisième lieu, la question de savoir si la protection diplomatique est à ranger parmi les droits fondamentaux doit être analysée dans le sens que ce serait à l'État de nationalité de l'exercer. En dernier lieu, comme s'offrent aux individus souhaitant s'adresser directement aux tribunaux et aux organes internationaux des voies de plus en plus nombreuses, il faudra examiner avec attention l'exercice parallèle par l'État et par l'individu des droits traditionnellement couverts par la protection diplomatique.

66. M. BENNOUNA (Rapporteur spécial) convient qu'il serait utile de procéder à l'évaluation des dispositions législatives internes et des principes constitutionnels relatifs à la protection diplomatique. Il se dit certain que le secrétariat saura intervenir utilement sur ce plan.

67. Le Rapporteur spécial souhaiterait connaître les dispositions de la Constitution polonaise qui, au dire de M. Galicki, érigerait la protection diplomatique en droit de l'homme. De son côté, M. He a évoqué la nécessité de déterminer dans quelle mesure la protection diplomatique est régie par le droit interne et dans quelle mesure elle relève du droit international. Il peut en effet y avoir un problème en droit interne dans le cas d'un recours exercé par un individu contre son propre État, quand celui-ci ne l'a pas protégé. Au niveau international pourtant, le droit d'agir ou de ne pas agir est un droit discrétionnaire de l'État. Mais discrétionnaire ne signifie pas arbitraire. Il peut exister en droit interne un droit établi à la protection diplomatique mais, de l'avis du Rapporteur spécial, il n'en existe pas dans la sphère internationale. En tout état de cause, le droit international n'a pas encore atteint ce stade de développement. C'est pourquoi il serait si intéressant de procéder à l'évaluation des diverses législations nationales. Il a été proposé de demander le concours des États pour cela, mais le problème reste que, d'une manière générale, les États ne répondent pas. Sans doute serait-il donc préférable que le secrétariat procède lui-même à cette évaluation.

68. Pour M. GOCO, il va de soi que discrétionnaire ne se confond pas avec arbitraire. Un État a naturellement tendance à protéger ses propres intérêts mais, dans le cas de la protection diplomatique, il n'y a pas de solution facile. D'ailleurs, il ne faut pas sous-estimer le rôle des médias internationaux, étant donné l'image qu'ils peuvent donner d'un État étranger qui refuse sa protection à la victime en train de subir un préjudice, même si l'on peut présumer que cet État a dû peser toutes les conséquences de son refus.

La séance est levée à 13 heures.

2523e SÉANCE

Vendredi 1er mai 1998, à 10 heures

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Al-Khasawneh, M. Bennouna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Kabatsi, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Thiam, M. Yamada.

Protection diplomatique *(suite)* [A/CN.4/483, sect. E, A/CN.4/484[1], A/CN.4/L.553]

[Point 6 de l'ordre du jour]

RAPPORT PRÉLIMINAIRE DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(fin)*

1. M. MELESCANU dit qu'à l'occasion du débat en cours sur le rapport préliminaire du Rapporteur spécial sur la protection diplomatique (A/CN.4/484), toutes les principales questions théoriques ont déjà été soulevées, notamment celle du rapport entre le droit de l'État d'exercer la protection diplomatique et les droits de l'individu et celle de la relation entre règles primaires et règles secondaires. Toutefois, d'un point de vue pratique, deux observations majeures semblent s'imposer. La première est que l'institution de la protection diplomatique mérite d'être codifiée, même si les affaires de protection diplomatique ont été rares ces derniers temps dans la pratique des États. La protection diplomatique représente en effet la garantie ultime pour tout ressortissant. Cette codification doit en outre reposer sur la conception classique de l'institution; à défaut, les États ne l'accepteraient pas, précisément parce que la seule pratique des États relève de cette conception. Mais il y a eu une évolution, dont il faut bien entendu tenir compte. Il faudra par exemple se pencher sur la question de savoir si un État qui obtient un dédommagement dans le cadre de l'exercice de la protection diplomatique peut refuser de dédommager le ressortissant au nom duquel il a exercé cette protection au motif que le droit qu'il a ainsi exercé lui est propre. Pour M. Melescanu, la Commission doit répondre à cette question par la négative et imposer à l'État une obligation à cet égard. C'est également en raison de l'évolution intervenue que l'on ne pourra limiter l'exercice de la protection diplomatique aux droits patrimoniaux.

2. La deuxième observation concerne la relation entre la protection diplomatique et l'exercice des recours désormais ouverts aux individus, notamment en matière de droits de l'homme. Pour M. Melescanu, il faut bien distinguer l'exercice de la protection diplomatique de l'exercice de ces droits de recours par les individus, mais il faut aussi établir la relation entre ces deux institutions. Il faudra par exemple se demander si l'État peut exercer sa protection diplomatique parallèlement à un recours individuel, ou après qu'une décision défavorable aura été rendue à l'encontre de son ressortissant. Mais la distinction demeure très nette, et ce pour quatre raisons.

3. Premièrement, dans le cadre des mécanismes de protection des droits de l'homme qui ouvrent des recours aux

[1] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

individus, l'action exercée par l'individu est presque toujours dirigée contre l'État dont il est un national. Les États n'ont donc guère l'occasion d'exercer la protection diplomatique en matière de droits de l'homme. Deuxièmement, l'institution du recours individuel a précisément été créée pour remplacer la protection diplomatique, pour permettre à l'individu de faire valoir directement ses droits : il ne s'agit en aucune manière d'une évolution de la protection diplomatique. Troisièmement, il existe une différence très nette entre les deux institutions puisque la protection diplomatique relève du droit coutumier alors que l'exercice d'un recours individuel en matière de droits de l'homme a toujours une base conventionnelle. Quatrièmement, il existe des différences si marquées entre le système international de protection des droits de l'homme et les systèmes régionaux, et en particulier le plus développé de ces derniers, le système européen, qu'il serait extrêmement difficile de trouver un dénominateur commun susceptible d'être intégré dans le cadre de la protection diplomatique. Pour M. Melescanu donc, la protection diplomatique est une institution fondamentale, qui doit être codifiée selon sa conception classique tout en tenant compte de l'évolution du droit.

4. M. SIMMA fait observer que la différence entre les recours individuels en matière de droits de l'homme et la protection diplomatique n'est pas aussi marquée qu'il y paraît. Dans certains cas, un élément de protection diplomatique peut venir compléter un recours en matière de droits de l'homme. C'est ainsi que dans l'affaire *Soering*[2], le Gouvernement allemand est intervenu pour le compte de son ressortissant devant la Cour européenne des droits de l'homme. La doctrine reconnaît en outre qu'il existe un lien au moins théorique entre les deux institutions.

5. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA se demande si le fait que l'Allemagne est intervenue dans l'affaire *Soering*, évoquée par M. Simma, permet de conclure qu'elle a effectivement exercé sa protection diplomatique. Selon lui, pour répondre à cette question, il faut au préalable étudier la relation entre recours individuels en matière de droits de l'homme et protection diplomatique.

6. M. BENNOUNA (Rapporteur spécial) dit qu'il est évident que l'exercice de la protection diplomatique et l'exercice de recours en matière de droits de l'homme doivent être distingués et que personne n'a jamais prétendu le contraire. La protection diplomatique relève des règles secondaires alors que les droits de l'homme constituent des règles primaires. Il n'en reste pas moins que le droit a évolué, ne serait-ce qu'avec l'adoption de la Charte des Nations Unies, de la Déclaration universelle des droits de l'homme[3], du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, et que les nouveaux droits ainsi conférés à l'individu entrent bien dans le champ de la protection diplomatique.

7. M. ECONOMIDES fait observer que la relation entre la protection diplomatique et les mécanismes de recours individuels n'est pas aussi simple. Il faut distinguer trois cas. Premièrement, un recours peut être exercé par un individu contre l'État dont il est ressortissant; un tel cas ne touche en rien la protection diplomatique. Deuxièmement, un individu peut exercer un recours contre un État étranger, auquel cas il y a parallélisme puisque l'État peut exercer sa protection diplomatique au profit de son ressortissant. En pratique toutefois, jamais un gouvernement ne le fera; il laissera l'intéressé exercer son recours individuel. Troisièmement, un État peut exercer un recours étatique dans le domaine des droits de l'homme contre un autre État, dans un cas où il pourrait aussi exercer sa protection diplomatique. C'est à l'État qu'il revient de choisir la voie qu'il souhaite emprunter, et la Commission ne doit pas se pencher sur cette situation. Il est donc trop simple de dire qu'il s'agit simplement d'une opposition entre règles secondaires et règles primaires; la question doit être analysée en profondeur.

8. M. KABATSI demande à M. Simma si, dans l'affaire *Soering*, l'État n'exerçait pas son propre droit et non ceux de l'individu auquel il s'est substitué ?

9. M. SIMMA indique que trois États peuvent être en cause devant la Cour européenne des droits de l'homme, à savoir l'État visé par la plainte, l'État qui a déposé la plainte et l'État dont la personne qui a déposé plainte a la nationalité. Si, comme dans l'affaire évoquée, c'est ce dernier État qui est en cause, on peut dire qu'il y a un élément de protection diplomatique puisqu'il s'agit également de protéger des droits découlant pour l'individu de la Convention européenne des droits de l'homme.

10. M. BROWNLIE fait observer que, bien qu'il soit admis que le système de recours institué dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme emprunte beaucoup à la protection diplomatique, l'État qui intervient devant la Cour ne se substitue pas à l'individu concerné mais intervient parallèlement, ce qui explique que l'État et l'individu aient une représentation distincte devant la Cour, comme dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*.

11. M. AL-KHASAWNEH dit que l'issue des travaux sur le sujet dépend dans une grande mesure de l'équilibre que la Commission saura trouver entre le réalisme et l'idéalisme qui ont marqué le droit de la protection diplomatique, dont le développement s'est fait à différentes époques et selon différentes tendances.

12. Il y a eu d'abord la conception classique d'un droit bilatéral, discrétionnaire, faisant de l'État le sujet de droit international aux dépens de la partie réellement lésée. Pour limiter les abus découlant des inégalités entre États, il y a eu ensuite la clause Calvo[4] et, plus récemment, les tentatives entreprises pour donner à cette restriction une nouvelle formulation dans les années 70, dans le cadre de ce que l'on a appelé le nouvel ordre économique international. Mais on a pu constater en troisième lieu ce fait curieux que les mêmes États qui luttaient contre les abus de la protection diplomatique devant les instances internationales concluaient parallèlement des accords de promotion des investissements donnant à l'État de l'investisseur le droit de recourir à l'arbitrage international ou reconnaissant même ce droit à des personnes phy-

[2] Cour européenne des droits de l'homme, *Série A : arrêts et décisions*, vol. 161, *décision du 26 janvier 1989* et *arrêt du 7 juillet 1989*, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1989.

[3] Résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale.

[4] Voir 2522e séance, note 3.

siques ou morales, c'est-à-dire faisant de celles-ci des sujets de droit international. Telle est la réalité qu'il faudra prendre en considération si l'on veut que le travail de la Commission ne reste pas purement théorique.

13. D'un autre côté, comme il est rappelé au paragraphe 34 du rapport préliminaire, on dispose dorénavant d'une série de grandes conventions multilatérales dans le domaine des droits de l'homme qui font du préjudice causé à un étranger une violation des droits de l'homme. Au contraire pourtant de ce qui s'est passé pour les investissements, les moyens qu'ont les individus d'obtenir réparation sont restés rudimentaires, offrant un contraste étonnant entre l'étendue des droits de l'homme et le petit nombre de sujets en mesure de les exercer. Et ce n'est pas parce qu'il s'agit d'obligations *erga omnes* que cela change grand-chose. On remarque également que la pratique récente des États tend à considérer les réclamations des individus sous l'angle des violations des droits de l'homme plutôt qu'en termes de protection diplomatique, en tout cas lorsqu'il ne s'agit pas d'investissements. En fait, les États ne voient pas là deux sphères qui s'excluraient mutuellement, mais bien deux domaines complémentaires.

14. M. Al-Khasawneh en conclut que le travail qu'entreprend la Commission doit viser essentiellement à codifier le droit de la protection diplomatique prise dans son sens traditionnel. Les progrès remarquables enregistrés dans le domaine des droits de l'homme ne doivent pas se substituer à cette conception classique comme point de départ de la réflexion. Ce travail devrait également viser à codifier et développer progressivement les règles secondaires, étant entendu que la distinction entre règles primaires et règles secondaires n'est pas toujours très nette, comme on le voit dans le cas de la règle des « mains propres ». Le régime ancien de la protection diplomatique a triomphé de l'épreuve du temps et sa jurisprudence est riche, mais il est en déclin du fait de la mise en place de règles d'investissement plus rigoureuses et du développement des droits de l'homme. C'est justement la tension entre ces tendances qui fait l'intérêt du sujet.

15. M. PELLET se félicite que le Rapporteur spécial ait dès le départ soulevé dans son rapport préliminaire de nombreuses questions importantes, qui relèvent à son avis de deux grandes problématiques dont il traitera tour à tour : celle des circonstances historiques de la naissance de la protection diplomatique, de la fiction juridique qui est à l'origine de cette institution et des rapports de celle-ci avec les droits de l'homme, et celle de la nature primaire ou secondaire des règles que la Commission est appelée à codifier et des rapports du sujet à l'examen avec celui de la responsabilité des États.

16. Le Rapporteur spécial a bien fait de rappeler que l'institution de la protection diplomatique est inséparable de deux grandes idées anciennes qui sont à la base du droit international contemporain, la souveraineté de l'État et la responsabilité internationale. C'est donc à juste titre qu'il a renvoyé, au paragraphe 6 de son rapport préliminaire, à Vattel[5], champion de la souveraineté triomphante de l'État. Cette idée que le droit international est d'abord une affaire entre États souverains a été réaffirmée avec force dans l'arrêt par lequel devait se conclure l'affaire du « *Lotus* »[6], tranchée trois ans après l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* qui avait été l'occasion d'exprimer avec éclat la théorie « traditionnelle » de la protection diplomatique.

17. Mais l'indignation que le Rapporteur spécial manifeste devant l'institution de la protection diplomatique n'est pas tout à fait fondée. D'abord, il s'agissait de pallier les inconvénients et les injustices que subissaient les personnes physiques ou morales. Loin donc d'être une institution oppressive, la protection diplomatique a permis de corriger, au moins partiellement, les injustices d'un système qui réduisait les personnes privées, à la fois les individus et les personnes morales, et plus largement la personne privée, au statut non pas de sujet de droit international, mais bien d'objet des violations de celui-ci. La protection diplomatique n'est pas non plus discriminatoire en son essence, comme il est dit au paragraphe 8 du rapport. Elle l'est dans son exercice, lequel est par la nature des choses pratiquement réservé aux États les plus puissants. M. Brownlie a rappelé à ce propos qu'il ne fallait pas caricaturer : l'institution est à la disposition de tous les États, mais il admettra que certains sont « plus égaux » que d'autres. En ce sens, elle est d'ailleurs un élément du droit de la responsabilité — qui résulte selon M. Jessup de la « diplomatie du dollar » — qui s'est cristallisé essentiellement à la fin du XIXe siècle et au début du XXe dans les rapports très inégaux qui liaient l'Europe et l'Amérique du Nord d'une part et, de l'autre, l'Amérique latine, c'est-à-dire le tiers monde de l'époque. L'Amérique latine a d'ailleurs réagi aux règles qui lui étaient imposées, comme l'attestent la clause Calvo et la doctrine Drago[7].

18. Enfin, l'institution de la protection diplomatique n'est pas non plus, en elle-même, une menace pour les droits de l'homme. Au contraire, elle est un moyen d'en assurer la protection, même si ce n'était pas son objet premier, et lorsque les droits de l'homme sont violés par un État en la personne du ressortissant d'un autre État, elle permet à celui-ci d'intervenir en l'absence d'autres mécanismes de protection. Au reste, le Rapporteur spécial n'a peut-être pas raison de se placer exclusivement sur le terrain des droits de l'homme, terrain qui se situe à un niveau conceptuel et pratique différent. En effet, la protection diplomatique sert aussi dans d'autres domaines qui n'ont rien à voir avec les droits fondamentaux de la personne humaine, comme celui de la protection des intérêts économiques privés où elle coexiste avec d'autres mécanismes donnant aux personnes privées directement accès à la sphère du droit international, le CIRDI par exemple.

19. Cet affleurement de la personne privée et, plus largement, de l'individu à la sphère du droit international n'a pas grand-chose à voir avec le dualisme entre les ordres juridiques auquel le Rapporteur spécial s'en prend. Tout ce que montrent les exemples qu'il donne en matière de droits de l'homme — il aurait pu en trouver d'autres dans le domaine des relations économiques internationales —,

[5] E. de Vattel, *Le droit des gens, ou principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, 1758, dans *The Classics of International Law*, vol. III, Washington, Carnegie Institution of Washington, 1916.

[6] *Arrêt n° 9, 1927, C.P.J.I. série A n° 10.*

[7] Voir *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 217, par. 228.

c'est que l'individu est devenu un sujet de droit international, ce qui est bien l'avis de M. Pellet, et que cela semble ajouter un aspect fondamental, tout à fait pertinent, à la matière à l'examen.

20. Mais si l'individu devient ainsi sujet de droit international, on peut se demander s'il convient de conserver la « fiction juridique » que l'on avait créée à la fin du XIX^e^ siècle et au début du XX^e^ et qu'avait remarquablement formulée la CPJI dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*. Cette fiction n'avait d'autre but que de protéger les intérêts des personnes privées, dont il fallait admettre qu'elles n'avaient pas de droits au plan international : on faisait « comme si » l'État, en se substituant à son ressortissant, exerçait son propre droit. Il faut s'interroger sur la pertinence de cette fiction. D'abord, on voit mal pourquoi l'expression même a déclenché tant de passions, dans la mesure où l'on sait bien que le droit est fait de fictions, c'est-à-dire de reconstructions normatives de la réalité. En l'espèce, la protection diplomatique est une fiction parce que le facteur qui la déclenche, c'est-à-dire l'atteinte aux intérêts d'une personne privée, est déguisé en autre chose, l'atteinte à un droit assez insaisissable de l'État, celui de faire respecter le droit international en la personne de son ressortissant. Même si l'on s'y est accoutumé, la logique du système paraît assez forcée, d'autant plus que le droit ne tire pas toutes les conséquences du postulat : même en laissant de côté la clause Calvo, d'une licéité douteuse et en tout cas tout à fait incompatible avec la fiction fondamentale, même en laissant de côté l'exigence de l'épuisement des recours internes par la personne privée lésée et non par l'État, il reste encore l'exemple éloquent de l'indemnisation. Celle-ci est évaluée en fonction du préjudice subi par le particulier, et non pas par l'État.

21. En conclusion de son analyse de la fiction juridique, M. Pellet se déclare partagé. L'idéal serait sans doute de reconnaître que les personnes privées sont des sujets de droit international ayant non seulement la capacité, mais aussi la possibilité concrète de faire valoir directement leurs droits au plan international. Il faudrait pour cela mettre en place des mécanismes internationaux efficaces et effectifs. Il en existe, en matière de droits de l'homme ou de protection des investissements notamment, mais ce sont des exceptions. Pour le reste, on peut croire que la vieille institution de la protection diplomatique rendra encore de grands services et il vaut mieux y regarder à deux fois avant de la remettre en cause. Le Rapporteur spécial propose pour sa part de lever carrément le voile. M. Pellet conseille la prudence : la Commission ferait mieux de distinguer clairement les deux aspects de la matière, à savoir l'exercice du droit protégé d'une part et, de l'autre, le droit lui-même. Elle devrait donc d'abord reconnaître clairement que le titulaire du droit d'exercer la protection diplomatique est indiscutablement l'État dont la personne privée lésée a la nationalité, étant entendu que, s'il existe un mécanisme international accessible à celle-ci, le problème ne se pose pas. Elle devrait ensuite reconnaître que les droits protégés sont non pas ceux de l'État mais bien ceux de la personne lésée, personne qu'il faudra définir plus précisément dans un prochain rapport. Mais elle devrait de toute manière reconnaître fermement que l'État a le droit discrétionnaire d'exercer ou non sa protection.

22. Le Rapporteur spécial semble avoir cette dissociation en tête. On pourrait être encore plus clair et déclarer, premièrement, que la fiction sur laquelle repose la formule des *Concessions Mavrommatis en Palestine* n'a plus lieu d'être et que, lorsqu'il exerce sa protection diplomatique en faveur de l'un des siens, c'est bien le droit de celui-ci que l'État tente de faire valoir; deuxièmement, qu'en l'absence d'institutions permettant aux personnes protégées d'agir directement dans la sphère internationale, l'État dispose du pouvoir discrétionnaire d'exercer ou non sa protection diplomatique; troisièmement que la Commission réfléchira *de lege ferenda* aux moyens d'encourager l'État à exercer sa protection. Mais, sur ce dernier point, elle ne pourra faire davantage que d'émettre des vœux et des recommandations, puisqu'elle est chargée de codifier le droit international et de le développer progressivement, et non de le révolutionner. Quant au mouvement qui tend à reconnaître à la personne privée la qualité de sujet du droit international, il est déjà largement amorcé. L'idée d'ériger la protection diplomatique en un droit de l'homme paraît cependant prématurée et au demeurant discutable, notamment pour des raisons techniques et juridiques impérieuses, dont certaines ont été mises en avant par M. Hafner (2522^e^ séance).

23. En ce qui concerne les rapports entre la protection diplomatique et la responsabilité des États, la première question qui se pose est celle de la nécessité de s'en tenir aux règles secondaires ou de déborder sur les règles primaires. Rappelant que la distinction entre les unes et les autres n'est pas évidente, M. Pellet se dit certain qu'il y aurait tout avantage à s'en tenir très strictement à l'approche générale retenue par le précédent Rapporteur spécial, Roberto Ago, pour l'étude de la responsabilité des États. D'abord, comme l'a fait observer M. Crawford dans la section B.1 du chapitre II de son premier rapport sur la responsabilité des États (A/CN.4/490 et Add.1 à 7)[8], l'article premier du projet d'articles sur la responsabilité des États, rédigé par Roberto Ago[9], était un trait de génie puisqu'il éliminait le dommage de la définition de la responsabilité internationale. Roberto Ago avait également eu cet autre trait de génie consistant justement à passer des règles dites « primaires » aux règles « secondaires », à s'intéresser non pas aux violations du droit elles-mêmes, mais uniquement à leurs conséquences, c'est-à-dire finalement au sujet à examiner, puisque ces conséquences constituent la responsabilité internationale : peu importe la règle violée, la conséquence est toujours que le violateur est responsable. Il faudrait adopter la même démarche à l'égard de la protection diplomatique.

24. À cet égard, la façon dont les paragraphes 60 à 64 du rapport préliminaire sont rédigés est plutôt inquiétante. Ainsi, le Rapporteur spécial renvoie à la décision du Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran en l'affaire A/18[10], sentence qui semble proprement indéfendable au regard du droit actuel. L'« approche Ago » est d'autant plus indispensable que la quasi-totalité de la doctrine en langues romanes fait du sujet de la protection diplomatique le prolongement de celui de la responsabilité. Pour M. Pellet, il en ferait même partie intégrante et

[8] Voir *supra* note 1.

[9] *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 175, doc. A/9010/Rev.1, par. 58.

[10] Voir 2520^e^ séance, note 7.

il aurait dû constituer un élément de la troisième partie du projet d'articles sur la responsabilité des États[11]. La protection diplomatique est en effet un des moyens de mettre en œuvre cette responsabilité. C'est même le seul quand il n'y a pas de convention qui permette à la personne privée d'exercer directement ses droits au plan international en cas de préjudice résultant d'un fait internationalement illicite, événement dont il faut rappeler qu'il engage toujours la responsabilité de l'État auteur.

25. M. Pellet explique, pour terminer, comment s'articulent à son avis le sujet de la protection diplomatique et celui de la responsabilité des États. Ils sont d'abord en rapport sur le plan du raisonnement : l'État est responsable de toute violation du droit international qu'il a commise ou qui peut lui être attribuée, comme il est dit dans la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des États. Si cette première condition est remplie, il en résulte un certain nombre de conséquences (deuxième partie du projet), dont la principale est l'obligation de réparer. La réparation ne pose pas de problème si le fait internationalement illicite de l'État responsable a causé un dommage à un autre État (en laissant de côté l'hypothèse du crime international), cas dans lequel on reste dans la sphère interétatique. Mais elle en pose un quand la partie lésée n'est pas un autre État, mais une personne privée qui, sauf exception encore rare, n'a pas la capacité d'agir sur le plan international. C'est précisément à ce niveau qu'intervient la protection diplomatique, qui dès lors apparaît bien comme un prolongement, une conséquence, un élément particulier du droit de la responsabilité des États. Cela étant, il serait sage de ne pas repousser les deux traits de génie qui marquent le projet d'articles sur la responsabilité des États rédigé par le Rapporteur spécial précédent, Roberto Ago, comme certaines formules qui figurent à la fin du rapport à l'examen sembleraient y inviter.

26. M. HAFNER relève deux points délicats que le débat ultérieur devra préciser. Tout d'abord, si, après la conclusion entre deux États d'un traité prévoyant l'obligation de l'État A d'adopter une législation concernant les ressortissants de l'État B, l'État A manque à cette obligation, la réclamation de l'État B correspond-elle à l'exercice de la protection diplomatique ou d'un droit propre de l'État ? Dans cette dernière hypothèse, le traité n'aurait conféré aucun droit applicable immédiatement aux individus concernés, la protection diplomatique ne pouvant s'exercer que s'il y a atteinte à un droit que leur reconnaîtrait la législation interne de l'État A. Ce point se répercutera ensuite sur la question de la mesure de la réparation, à savoir si elle relève du droit de la responsabilité ou de la protection diplomatique. Pour M. Hafner, la situation décrite ci-dessus tombera dans le contexte de la responsabilité, étant entendu qu'il devra être tenu compte du lien entre les deux domaines.

27. M. PELLET observe sur le premier point que l'analyse fondée sur la jurisprudence de la CPJI, selon laquelle un traité portant sur le traitement des étrangers ne conférerait des droits qu'aux États contractants, est inexacte à l'époque contemporaine. À l'échelon des rapports interétatiques, chaque État partie à l'accord a droit à ce que l'État cocontractant remplisse les conditions qui y sont prévues mais, dans les rapports entre l'État A et les ressortissants de l'État B, ce traité, en ce qu'il porte sur le traitement des étrangers, donne à ces derniers des droits justifiant l'exercice de la protection diplomatique en l'absence de mécanisme international propre. Sur le deuxième point, il est vrai que la protection diplomatique est un moyen de mettre en œuvre les règles relatives à la responsabilité des États en cas de dommages médiats et qu'elle établit le lien entre le fait internationalement illicite et ses conséquences, c'est-à-dire d'abord l'obligation de réparer. Le calcul de la réparation offre quant à lui une illustration éclatante de la fiction sur laquelle repose l'institution, puisque la réparation due à l'État pour des droits qui, soi-disant, lui appartiennent est mesurée en fonction du dommage subi par ses ressortissants.

28. M. ECONOMIDES fait remarquer qu'à l'époque contemporaine la protection diplomatique peut encore être utilisée par des États puissants, mais que ceux-ci parviennent à régler la question d'une manière diplomatique sans avoir à saisir les instances internationales, auxquelles ont, au contraire, recours les petits États; les deux affaires célèbres, les *Concessions Mavrommatis en Palestine* et *Ambatielos*[12], ont été provoquées par la Grèce, partie demanderesse. Il pense par ailleurs que l'importance accordée à la notion de fiction est excessive. La protection diplomatique a concrètement vu le jour après la conclusion des premiers accords d'établissement conférant par écrit des droits à des particuliers. En cas d'atteinte à ces droits, l'individu, objet du droit international, n'avait d'autre recours que de s'adresser aux tribunaux de l'État d'accueil, mais l'État d'envoi, directement lésé par la violation du traité, a considéré que, subissant un dommage, il avait un intérêt à agir. C'est bien plus tard qu'est venue la construction théorique de la fiction.

29. M. ELARABY, rappelant les abus de la part des grandes puissances qui ont marqué l'histoire de la protection diplomatique, dit que, quel que soit le résultat de ses travaux, la Commission devra s'attacher à combler certaines lacunes pour ne pas laisser aux États puissants la possibilité d'entreprendre certaines actions contre des États plus faibles. Il lui faudra en outre prêter attention au développement inégal, dans le temps et selon les pays, des normes en matière de droits de l'homme, pour ne pas créer un besoin d'intervention accrue.

30. M. BENNOUNA (Rapporteur spécial) admet que certains abus de l'exercice de la protection diplomatique ont marqué historiquement l'institution, mais que la finalité de celle-ci n'est pas critiquable en soi. S'il a par ailleurs évoqué les droits de l'homme, c'est pour montrer que, parallèlement à la question des investissements, la personne humaine est de plus en plus le destinataire direct de certaines normes du droit international. L'étude de la protection diplomatique n'a toutefois pas pour objet la définition des droits en cause.

31. M. Sreenivasa RAO observe à titre préliminaire que la Commission devrait tenir compte de l'évolution historique qu'a connue l'institution de la protection diplomatique et tenter de s'écarter de la fiction en reconnaissant à la personne un rôle aussi direct que possible dans la relation étudiée, les États pouvant essentiellement agir dans

[11] Ibid., note 8.

[12] *Fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1953*, p. 10.

le cadre de la responsabilité des États, sous réserve des conditions et paramètres propres à ce domaine. La considération de l'évolution historique le conduit par ailleurs à s'interroger sur la possibilité, pour la Commission, de s'en tenir effectivement à l'étude des règles secondaires de la protection diplomatique. Il attend du Rapporteur spécial de nouvelles orientations à ce sujet. Il souhaiterait enfin, à propos du lien de nationalité, que le Rapporteur spécial précise le sens de la dernière phrase du paragraphe 60 du rapport préliminaire, au moins dans la version anglaise.

32. M. ROSENSTOCK souscrit aux réserves exprimées par M. Pellet sur les paragraphes 60 à 64 du rapport préliminaire. Il souligne en outre que la notion de protection diplomatique doit être entendue comme la formulation par l'État de ses réclamations, l'apparition progressive de nouveaux instruments et mécanismes n'en ayant pas fondamentalement transformé la nature. Étudier le sujet dans une perspective contemporaine peut revenir par exemple à relire l'affaire *Nottebohm* en s'attachant davantage aux droits de l'homme et à la nécessité d'éviter l'apatridie, et conduire éventuellement à la production de critères différents. Il serait par contre inopportun que les membres de la Commission rouvrent le débat sur des points de désaccord notoires n'ayant au demeurant qu'un caractère accessoire par rapport à la question de la protection diplomatique au sens strict. Tel était d'ailleurs le sens de la décision prise à la quarante-neuvième session de limiter le sujet à la codification des règles secondaires.

33. M. BENNOUNA (Rapporteur spécial) juge au contraire très utile, à la première session consacrée à l'examen du sujet de la protection diplomatique en vue de sa codification, d'en rappeler l'historique, y compris les abus éventuels auxquels a pu donner lieu son exercice, ainsi que les limites. Il ne faut craindre ni le débat théorique ni les oppositions doctrinales exprimées au stade de l'examen préliminaire, car cela évitera de se heurter ultérieurement à des oppositions de fond.

34. Passant au résumé du débat sur le sujet de la protection diplomatique, le Rapporteur spécial note que la plupart des intervenants ont reconnu que cette institution s'est développée à une époque donnée de l'histoire et que la construction juridique qui la fonde a pris en compte les données du droit international telles qu'elles existaient avant l'adoption de la Charte des Nations Unies. Les perversions et abus dont l'institution a fait l'objet reflètent le caractère profondément inégalitaire des relations internationales de l'époque et, surtout, l'absence, aux côtés de la souveraineté des États, de contrepoids tels que les droits des peuples et ceux des individus.

35. Tous les intervenants ont souligné l'importance de la protection diplomatique et son actualité en tant que moyen de défense des personnes victimes d'un déni de justice dans tel ou tel ordre juridique national, d'où la nécessité de renforcer son rôle dans la garantie des droits des individus. De ce point de vue, la protection diplomatique et les mécanismes de protection des droits de l'homme sont complémentaires dans la promotion de la prédominance du droit dans le traitement réservé aux individus. L'on assiste dès lors aujourd'hui à un processus de modernisation de la protection diplomatique conformément à l'évolution du droit international depuis l'adoption de la Charte des Nations Unies. Il s'agit donc à la fois de codifier un sujet qui est mûr pour cela mais aussi de le replacer dans le contexte historique contemporain.

36. En effet, de nos jours, certains droits sont reconnus directement à l'individu sur le plan international. Ces droits, l'individu les a à l'origine et les conserve intacts, mais ils peuvent être défendus par l'État national au moyen de l'institution de la protection diplomatique. Il se dégage donc du débat qu'il faut considérer que, conformément à la jurisprudence et la doctrine traditionnelles, l'État national a une compétence discrétionnaire en vertu du lien de nationalité mais que, compte tenu de ces droits nouveaux de l'individu, en exerçant la protection diplomatique, l'État ne défend pas automatiquement et dans tous les cas de figure son propre droit. À la question posée au paragraphe 54 du rapport préliminaire, il a donc été proposé de répondre par une distinction entre, d'une part, le droit qui appartient soit à l'individu, lorsqu'il est le destinataire direct de certaines règles de droit international, soit à l'État, et, d'autre part, l'exercice de ce droit, qui relève dans tous les cas de figure de la compétence discrétionnaire de l'État national. Il commence certes à émerger, au niveau des constitutions nationales, un certain droit de l'individu à bénéficier de la protection de son État national mais force est de constater que cette obligation n'existe pas encore en droit international. La Commission tâchera, avec l'assistance du secrétariat, de demander aux États de l'informer de l'état de leur législation sur le sujet.

37. L'individu dispose en outre de la possibilité d'accéder à des instances internationales, y compris des tribunaux arbitraux, et l'État peut toujours prendre fait et cause pour lui et mettre en œuvre ses droits au travers des procédures dont il dispose à l'égard du pays d'accueil. Le Rapporteur spécial s'emploiera à l'avenir à préciser les rapports qu'entretiennent entre eux ces différents recours. On a fait remarquer à ce propos que les frontières entre certaines catégories juridiques utilisées pour délimiter le sujet à la quarante-neuvième session de la Commission ne sont ni étanches ni rigides, pour ce qui est notamment des distinctions entre dommage direct et dommage indirect et entre règles primaires et règles secondaires. S'agissant de cette seconde distinction, et pour répondre à la question posée au paragraphe 65 du rapport préliminaire, la tendance dominante à la Commission est de considérer que la référence, pour les besoins du sujet, est constituée par les seules règles secondaires mais que le sujet doit être traité en ayant à l'esprit les interférences inévitables avec les normes primaires, dont il faut tenir compte pour répondre à des interrogations touchant, par exemple, les droits en cause, la nationalité ou les nationaux concernés, la règle des « mains propres », et ainsi de suite. Il ressort du débat que la sagesse ne consiste pas à reproduire le passé mais à lire celui-ci avec le regard du présent.

38. Le Rapporteur spécial tient pour finir à préciser que les propos qu'il a tenus sur le secrétariat de la Commission ne doivent pas être interprétés comme des critiques mais, au contraire, comme un appel adressé au Secrétaire général afin qu'il renforce les moyens de la Division de la codification pour lui permettre de faire face à la charge de travail excessive qu'elle doit assumer pour le compte, notamment, de la Commission.

39. M. PELLET est d'avis que les expressions « dommage direct » et « dommage indirect » sont dangereuses dans le cadre de la responsabilité des États et qu'il s'agit en réalité, dans le sujet à l'examen, de la dichotomie dommage médiat–dommage immédiat. Par ailleurs, tout en étant fermement convaincu qu'il n'y a pas en droit international un droit à la protection diplomatique, il se demande néanmoins si, en cas de violation grave des droits de la personne humaine, l'État qui n'exercerait pas sa protection diplomatique ne serait pas cependant en violation d'une règle de droit international général.

40. M. MELESCANU est d'avis que la notion de déni de justice employée par le Rapporteur spécial doit être comprise au sens général de cette expression. Il pense en outre que, s'il existe dans certaines constitutions nationales une obligation d'accorder la protection diplomatique, il est très douteux que ce soit une obligation de droit international, d'où la nécessité de rédiger soigneusement le questionnaire qui va être adressé aux États à ce sujet.

41. M. KUSUMA-ATMADJA se dit dans l'ensemble d'accord avec les conclusions du Rapporteur spécial, si tant est que les points soulevés par d'autres intervenants, notamment par M. Pellet, sont incorporés. Il souhaiterait par ailleurs que soient clarifiées les notions de construction ou de fiction juridiques et la distinction entre « individu » et « personne ». Enfin, citant trois affaires où l'Indonésie a accordé au cours de l'année écoulée sa protection diplomatique à des ressortissants indonésiens, il fait remarquer que le « droit souple » *(soft law)* peut dans certains cas s'avérer plus efficace.

42. M. BENNOUNA (Rapporteur spécial) précise, en ce qui concerne la suite des travaux de la Commission sur le sujet, que les conclusions qu'il a présentées sont celles qu'il retire personnellement du débat. Il faut à présent que la Commission, peut-être dans le cadre de l'élaboration de son rapport à l'Assemblée générale, dégage quelques conclusions préliminaires qui lui sont propres, oriente les débats de la Sixième Commission autour de quelques questions et prépare le questionnaire à adresser aux États membres.

43. Le PRÉSIDENT insiste sur la nécessité pour la Commission de respecter le programme de travail qu'elle a présenté à l'Assemblée générale.

La séance est levée à 13 h 15.

2524e SÉANCE

Mardi 5 mai 1998, à 10 heures

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Al-Khasawneh, M. Brownlie, M. Candioti, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Kabatsi, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Thiam, M. Yamada.

Actes unilatéraux des États (A/CN.4/483, sect. F, A/CN.4/486[1], A/CN.4/L.558)

[Point 7 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

1. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial pour les actes unilatéraux des États à présenter son premier rapport sur le sujet (A/CN.4/486).

2. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial) dit que, comme elle l'a demandé à sa quarante-neuvième session[2], la Commission est saisie de son premier rapport sur les actes unilatéraux des États. Il espère que les membres de la Commission le guideront dans la suite de ses travaux et l'aideront, par leurs observations, à rédiger un premier rapport de fond pour la prochaine session.

3. Le premier rapport, qui est une introduction au sujet, se fonde en grande partie sur les observations de la Sixième Commission concernant la doctrine, la jurisprudence et la pratique des États en la matière (A/CN.4/483, sect. F). Il tient compte des travaux antérieurs de la CDI et, en particulier, des conclusions qui figurent dans le rapport du Groupe de travail créé lors de la quarante-neuvième session de la CDI[3]. Les nombreux travaux doctrinaux sur les actes unilatéraux des États, en général, et les actes juridiques unilatéraux, en particulier, ne concordent pas nécessairement. Le principal but du premier rapport est donc d'arrêter une approche systématique pour l'étude de ces actes, conformément à la méthodologie proposée.

4. La CPJI et la CIJ ont examiné à plusieurs reprises les déclarations unilatérales des États et ont conclu qu'elles avaient force obligatoire, qu'elles relèvent ou non du domaine conventionnel (affaire du *Statut juridique du Groënland oriental*). Dans deux autres affaires, la CIJ a estimé que les déclarations unilatérales avaient un caractère juridique (affaires des *Essais nucléaires*), alors que dans d'autres elle a jugé qu'il s'agissait de déclarations politiques qui n'avaient pas de valeur juridique (affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* et affaire du *Différend frontalier*).

5. En ce qui concerne la portée du sujet, le Rapporteur spécial estime qu'il ne sera pas possible de travailler à la codification et au développement progressif des règles régissant une catégorie particulière d'actes juridiques unilatéraux des États tant qu'une définition ou, du moins, les éléments d'une définition n'auront pas été trouvés. Il importe, en particulier, de déterminer si un acte unilatéral

[1] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

[2] *Annuaire... 1997*, vol. II (2e partie), par. 213, p. 67.

[3] Ibid., chap. IX, sect. B, p. 65 à 67.

susceptible de codification et de développement progressif est un acte unilatéral formel, c'est-à-dire une déclaration qui serait pour le droit des actes unilatéraux (considérés comme une branche du droit international) ce qu'un traité est au droit des traités.

6. Le chapitre premier du premier rapport traite de l'existence d'actes unilatéraux des États et le second chapitre traite des actes purement unilatéraux. Cette expression a été utilisée par commodité, simplement pour distinguer ces actes des actes non autonomes ou dépendants qui sont régis par les règles existantes.

7. Il ne fait absolument aucun doute que, comme le montrent la pratique internationale et la doctrine générale, les actes unilatéraux existent bien en droit international. Les États accomplissent dans leurs relations extérieures différents actes unilatéraux, dont certains sont politiques, d'autres juridiques et beaucoup d'autres indéterminés. Mais ces actes ont tous un effet important sur le plan international. Il faut commencer par définir les actes qui n'entrent pas dans la catégorie des actes strictement unilatéraux ou autonomes, et définir ensuite les critères à appliquer pour délimiter cette catégorie d'actes. Il importe de noter que, de même que les actes conventionnels ne relèvent pas tous du droit des traités, les déclarations unilatérales ne relèvent pas toutes exclusivement du droit des actes unilatéraux. L'introduction du premier rapport établit une distinction entre les actes unilatéraux non juridiques — ou politiques —, les actes juridiques unilatéraux des organisations internationales et la conduite, les attitudes et les actes des États qui, bien que volontaires, ne sont pas accomplis avec l'intention de produire des effets juridiques spécifiques.

8. Le but est d'arriver à définir un acte strictement unilatéral afin de pouvoir préciser, dans des rapports ultérieurs, les règles concernant la préparation, la validité, les effets, la nullité, l'interprétation, la révocation et la modification de ces actes. À cette fin, la Commission devrait prendre en considération le droit des traités et, en particulier, la méthode qu'elle a adoptée lorsqu'elle a étudié ce sujet, tout en tenant compte, parallèlement, du caractère spécifique des actes unilatéraux.

9. Dans l'introduction du premier rapport, dont l'objet est de délimiter les actes unilatéraux, le Rapporteur spécial a d'abord examiné les actes politiques. Il n'est évidemment pas facile de déterminer la nature d'un acte accompli par un sujet de droit international et, en particulier, par l'État. Un acte politique peut être purement politique s'il ne produit que des effets politiques et, par conséquent, ne produit pas d'effets juridiques — chose courante dans la pratique des États. Mais il n'y a aucune raison pour qu'un acte apparemment politique, formulé hors du cadre des négociations et dans un contexte politique, sans aucune des formalités qui caractérisent un acte juridique international, ne puisse pas contenir des éléments juridiques qui lient l'État. L'intention de l'État est essentielle pour déterminer la nature de l'acte unilatéral. C'est donc aux tribunaux qu'il appartiendrait de déterminer si l'État, en accomplissant un acte politique, avait l'intention de contracter des obligations juridiques. C'est ce qui ressort des affaires des *Essais nucléaires* et des décisions rendues par la CIJ, qui indiquent que les déclarations politiques faites hors du contexte des négociations peuvent contenir des éléments juridiques ayant force obligatoire pour l'État.

10. En conséquence, les actes qui sont considérés comme strictement politiques — c'est-à-dire qui produisent des effets uniquement politiques — doivent être exclus du champ de l'étude. Il est évident que ces actes politiques sont importants dans les relations internationales. Les États peuvent, en effet, par le biais de ces actes, contracter des engagements politiques qui régissent leur conduite sur le plan international et, même si le non-respect de ces engagements n'entraîne pas une sanction juridique, la responsabilité politique de l'État sera engagée, ce qui affectera sa crédibilité et, par là, sa participation aux relations internationales. Les engagements strictement politiques ne peuvent pas être mis sur le même plan que les engagements juridiques, mais ils ont un élément commun dans la mesure où les uns et les autres régissent la conduite de l'État dans les relations internationales, bien qu'ils puissent avoir des conséquences différentes, notamment lorsqu'ils ne sont pas respectés.

11. Encore une fois, le premier rapport ne traite pas des actes juridiques unilatéraux des organisations internationales, sujet qui mérite pourtant de retenir particulièrement l'attention. Ces actes existent indubitablement, comme le montre la pratique en la matière, qui ne cesse de se développer. Mais les actes unilatéraux des organisations internationales sont fondés sur la volonté des États, telle qu'elle s'exprime dans les instruments constitutifs de ces organisations, et sur les pouvoirs conférés à ces organisations, et ils peuvent donner naissance à des obligations. C'est ce qui les distingue des actes unilatéraux des États, qui ne peuvent, en principe, que créer des droits en faveur de tiers. Les auteurs et la pratique des organisations internationales — du moins celle des organisations de caractère universel — montrent que ces organisations accomplissent sous forme de résolutions des actes extrêmement divers, qui sont parfois des recommandations, parfois des décisions, et qui ont des effets juridiques différents. Les actes unilatéraux qui prennent la forme de décisions — par exemple celles qui ont trait au fonctionnement de l'organisation ou qui sont adressées à un organe subsidiaire — ont force obligatoire. Ceux qui prennent la forme de recommandations adressées aux États, bien que n'ayant pas force obligatoire, sont extrêmement importants pour le droit international, en particulier pour la formation des règles coutumières. Il y a encore d'autres actes unilatéraux auxquels les auteurs n'ont pas accordé beaucoup d'attention jusqu'ici : ce sont ceux qui sont formulés par la plus haute autorité administrative de l'organisation dans l'exercice de ses pouvoirs et qui n'ont pas seulement un caractère interne mais concernent aussi un ou plusieurs États ou la communauté internationale dans son ensemble.

12. Ce qui précède met en lumière la complexité du sujet et montre qu'il est difficile d'élaborer des règles communes aux États et aux organisations internationales, notamment en ce qui concerne le caractère obligatoire des actes unilatéraux. Bien que les États et les organisations internationales soient des sujets de droit international, il existe entre eux, en ce qui concerne leurs pouvoirs et la forme de leurs actes, des différences sensibles qui obligent, pour le moment, à exclure les actes des organisa-

tions internationales du cadre de l'étude des actes unilatéraux des États.

13. Le premier rapport exclut aussi les actes unilatéraux des États qui pourraient être liés à la responsabilité internationale, sujet que la Commission est en train d'examiner sur la base du premier rapport sur la responsabilité des États présenté par le Rapporteur spécial, M. Crawford (A/CN.4/490 et Add.1 à 7)[4], et du premier rapport sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses présenté par le Rapporteur spécial, M. Sreenivasa Rao (A/CN.4/487 et Add.1)[5]. Cela ne signifie pas que les actes susceptibles d'engager la responsabilité internationale ne présentent pas d'intérêt pour l'étude des actes unilatéraux. Ce sont aussi des actes unilatéraux, mais certains peuvent être contraires au droit international et d'autre pas. Les déclarations unilatérales formulées par un État, qui peuvent avoir un effet juridique international, peuvent être directement liées à la question de la responsabilité internationale. Leur exclusion du champ de l'étude s'explique par le souci de ne pas empiéter sur le sujet de la responsabilité plutôt que par la nature même de ces actes unilatéraux.

14. Le chapitre premier du premier rapport, qui traite de l'existence d'actes unilatéraux des États, aborde la question fondamentale des sources du droit international et des sources des obligations internationales; il distingue entre les actes juridiques formels et les normes juridiques créées par ces actes et met l'accent sur les déclarations unilatérales en tant qu'actes juridiques par lesquels des normes juridiques, et en particulier des obligations, sont créées pour l'État auteur de la déclaration. Le Rapporteur spécial considère qu'une déclaration unilatérale est un acte juridique formel par lequel des normes juridiques peuvent être créées et qu'elle peut, par conséquent, être régie par des règles spéciales. Il a jugé nécessaire d'examiner de plus près les déclarations qui représentent des actes juridiques formels des États, quel que soit leur contenu, en raison de leur importance pour la définition des critères permettant de déterminer le caractère strictement unilatéral des actes juridiques des États, qui fera l'objet d'une section ultérieure du rapport. Cette distinction entre la forme de la déclaration et son contenu normatif pourrait faciliter l'examen des actes unilatéraux des États. Cela ne signifie pas toutefois qu'il ne faille pas tenir compte du caractère matériel de l'acte pour déterminer si une déclaration unilatérale est autonome ou indépendante.

15. Le Rapporteur spécial a également examiné, au chapitre premier, les différents actes juridiques matériels des États pour déterminer lesquels ne relèvent pas du droit des traités et, par conséquent, doivent être régis par des règles spéciales. On peut affirmer sans difficultés que les actes unilatéraux conventionnels relèvent du droit des traités dans la mesure où les règles pertinentes de ce droit, et en particulier celles de la Convention de Vienne sur le droit des traités (appelée ci-après « Convention de Vienne de 1969 »), leur sont applicables. C'est le cas, en particulier, d'actes comme la signature, la ratification, la formulation de réserves et même les déclarations interprétatives.

16. De même, les actes relatifs à la coutume doivent être exclus, bien que les actes unilatéraux jouent indubitablement un rôle important dans la formation de la coutume. Il convient à cet égard d'appeler l'attention sur un point important : un acte unilatéral de l'État peut faire partie du processus de formation d'une règle coutumière, mais peut aussi être autonome s'il réunit les conditions requises pour être considéré comme un acte autonome ou strictement unilatéral. Quoi qu'il en soit, le premier rapport montre que, dans le processus de formation de la coutume, un acte unilatéral fait partie d'un processus consensuel tacite dans la mesure où il représente, en gros, une réaction à d'autres actes préexistants.

17. Une autre catégorie d'actes unilatéraux apparemment autonomes a été exclue du champ du premier rapport : celle des actes qui représentent l'exercice d'un pouvoir conféré par un traité ou par une règle de droit coutumier. C'est le cas, par exemple, des actes unilatéraux de l'État relatifs à la délimitation de zones maritimes, en particulier d'une zone économique exclusive, qui est généralement créée par un acte juridique interne. En pareil cas, même si ces actes créent des droits en faveur de l'État auteur de la déclaration et des obligations pour les États tiers, ils sont valides en droit international. Cette constatation a amené le Rapporteur spécial à formuler, dans le rapport, une observation générale sur les actes juridiques unilatéraux internes de l'État qui ne sont pas liés à des règles préexistantes, autrement dit, sur la législation interne et ses effets juridiques extraterritoriaux.

18. Il est important à cet égard de noter que, selon un principe bien établi du droit international, les actes juridiques unilatéraux ne peuvent pas créer d'obligation pour les États tiers qui n'ont pas participé à leur élaboration, à moins que ces États en conviennent. Les actes juridiques unilatéraux internes jouent manifestement un rôle important en droit international, en particulier dans la formation de la coutume et dans le domaine du droit des traités, notamment en ce qui concerne les engagements internationaux. Par conséquent, la législation interne de l'État ne peut pas avoir une portée extraterritoriale — autrement dit, elle ne peut pas créer d'obligation pour les États tiers qui n'ont pas participé à son élaboration.

19. Les actes juridiques unilatéraux de l'État doivent être également exclus lorsque, de par leur nature même, ils s'inscrivent dans une relation conventionnelle. C'est le cas de l'offre et de l'acceptation ou des déclarations unilatérales simultanées que l'on trouve dans la pratique internationale et qui traduisent une relation conventionnelle et sont régies par les règles existantes.

20. Enfin, une brève observation sur l'estoppel s'impose. L'estoppel est une règle de preuve qui, bien que d'origine anglo-saxonne, a maintenant pris place dans la doctrine et la jurisprudence du droit international, mais qui, bien qu'ayant été considérée à plusieurs reprises par des instances judiciaires internationales, a rarement servi de base à une décision. Le Rapporteur spécial cite à cet égard l'affaire *Corvaïa* (1903) entre l'Italie et le Venezuela[6]. Le terme « estoppel » a été accepté dans la doctrine internationale, bien que certains auteurs pensent

[4] Voir *supra* note 1.

[5] Ibid.

[6] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (numéro de vente : 60.V.4), p. 609 et suiv., notamment p. 633.

qu'il n'y a pas lieu d'appliquer une notion de droit interne en droit international lorsqu'il existe déjà des règles générales qui sont applicables. Dans la jurisprudence, l'estoppel n'a été invoqué que sous sa forme restrictive, à savoir l'estoppel par représentation. C'est ce qui ressort, entre autres, de l'affaire du *Statut juridique du Groënland oriental*, des affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*[7], de l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*[8], de l'affaire *Nottebohm*, de l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*[9] et de la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*[10]. L'estoppel ne présente en soi aucun intérêt pour l'étude des actes unilatéraux, mais le comportement et les actes de l'État qui permettent d'invoquer l'estoppel ont manifestement un rapport avec les actes juridiques unilatéraux. Mais, quel que soit son intérêt pour l'étude de ces actes, le comportement d'un État qui permet à un autre État d'invoquer l'estoppel au cours d'une instance est de nature différente. L'estoppel peut être invoqué lorsque, par ses actes ou son comportement, un État crée chez un autre État une expectative sur la base de laquelle le second État adopte une attitude qui cause un dommage au premier. Le comportement qui peut permettre d'invoquer l'estoppel dans une instance peut être un comportement positif ou un comportement passif, comme le silence. Dans le cas de l'estoppel, il s'agit essentiellement de savoir si l'État tiers a agi en fonction de ce qu'il pensait être l'intention du premier État en se fondant sur une interprétation objective de son attitude. Il existe une certaine similitude entre la conduite et les actes qui permettent d'invoquer l'estoppel et une déclaration unilatérale, mais une déclaration unilatérale est un acte juridique formel, effectué dans l'intention précise de produire des effets juridiques, ce qui n'est pas le cas des comportements et des attitudes liés à l'estoppel. En outre, une déclaration unilatérale impose une obligation à l'État dès le moment où elle est formulée, alors que, dans le cas de l'estoppel, l'effet ne découle pas de la volonté de l'État auteur du comportement, mais de la manière dont l'État tiers interprète cette volonté. Le comportement de l'État tiers est donc fondamental dans le cas de l'estoppel alors que, dans le cas d'un acte unilatéral matériel, il n'est pas déterminant pour établir le caractère obligatoire de l'acte, comme le montrent les décisions rendues par la CIJ dans les affaires des *Essais nucléaires*. Il est intéressant de noter à ce sujet que, selon certains auteurs, dans les affaires de la *Barcelona Traction*, des *Emprunts serbes*[11] et du *Plateau continental de la mer du Nord*, l'estoppel a été traité comme un moyen spécial d'établir une relation conventionnelle.

21. Le premier rapport exclut aussi expressément certains comportements et certaines attitudes de la part de l'État qui ne sont pas des actes juridiques formels bien qu'ils puissent avoir des effets juridiques. C'est le cas du silence, qui est un défaut d'action de la part de l'État ou, selon certains, une forme de consentement. Le silence est une attitude passive qui, dans la plupart des cas, traduit un assentiment tacite. Ce n'est pas un acte strictement unilatéral au sens du sujet à l'étude, car il ne peut pas avoir d'effet autonome ni créer de nouvelles relations juridiques. C'est encore moins un acte juridique unilatéral formel comparable à une déclaration unilatérale. Il en est de même pour la notification qui, bien qu'elle ne produise pas d'effet en soi, n'est pas un acte formellement autonome car elle est liée à un acte préexistant.

22. Au chapitre II, le Rapporteur spécial a examiné les critères qui, à son avis, déterminent le caractère strictement unilatéral de l'acte juridique et le fondement de son caractère obligatoire en vue de parvenir à une définition de cet acte. Un tel acte, qui peut produire des effets au niveau international, doit être considéré comme une expression unitaire de la volonté d'un ou de plusieurs États. En d'autres termes, il y a des actes unilatéraux individuels et des actes unilatéraux collectifs. Le Rapporteur spécial a qualifié ces actes d'hétéronormatifs dans la mesure où ils produisent des effets et, en particulier, créent des droits en faveur de tiers qui n'ont pas participé à leur élaboration. Ce critère n'est toutefois pas suffisant pour déterminer si ces actes sont autonomes, indépendants ou purement unilatéraux. Il faut se placer du point de vue non seulement de l'attribution unitaire mais de l'autonomie de l'acte et de l'autonomie de l'obligation contractée par l'État auteur de la déclaration. Un acte juridique strictement unilatéral doit être autonome et indépendant de toute manifestation de volonté, qu'elle soit préalable, simultanée ou ultérieure. Autrement, l'acte serait unilatéral par sa forme et relèverait du droit des traités. L'autonomie de l'obligation est aussi un critère décisif pour établir le caractère strictement unilatéral de l'acte, comme le rapport le montre clairement.

23. Tout acte juridique crée, de par sa structure même, des droits et des obligations, et un acte unilatéral crée naturellement des obligations pour l'État qui l'accomplit et des droits en faveur des États tiers. Mais dans ce cas, l'obligation ne naît pas au moment où l'État tiers signifie son acceptation par un comportement ultérieur quelconque, mais au moment où l'État qui formule la déclaration ou accomplit l'acte unilatéral manifeste son intention de prendre un engagement et d'assumer une obligation juridique internationale dans l'exercice du pouvoir d'autolimitation que lui confère le droit international. L'autonomie de l'obligation a des conséquences importantes dans la pratique. Comme il est indiqué dans le rapport, pour savoir si un acte est strictement unilatéral et pour déterminer ses effets juridiques, les instances judiciaires examinent la façon dont l'acte est formulé et non le comportement de l'État tiers, bien que ce dernier puisse acquérir des droits, comme il ressort des arrêts rendus par la CIJ dans les affaires des *Essais nucléaires*.

24. Le chapitre II traite du fondement juridique du caractère obligatoire des actes unilatéraux des États. Tout d'abord, de même que, dans le droit conventionnel, tout traité doit être exécuté de bonne foi, de même une déclaration unilatérale doit être respectée selon le même principe. Comme la confiance mutuelle et la sécurité juridique internationale sont nécessaires, la bonne foi doit aussi être considérée comme une condition fondamentale du caractère obligatoire des actes unilatéraux des États. En outre, les décisions rendues par la CIJ dans les affaires des *Essais nucléaires*, qui sont essentielles pour l'étude des

[7] *Arrêt*, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3.

[8] *Fond, arrêt*, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 6.

[9] *Exceptions préliminaires, arrêt*, *C.I.J. Recueil 1964*, p. 6 et suiv., notamment p. 24 et 25.

[10] *Arrêt*, *C.I.J. Recueil 1960*, p. 192.

[11] *Arrêt n° 14, 1929, C.P.J.I. série A n° 20.*

sources du droit international et des obligations internationales, montrent clairement que le caractère obligatoire d'un acte unilatéral matériel — une promesse, en l'occurrence — est fondé sur la bonne foi. Il est aussi fondé sur le pouvoir d'autolimitation de l'État, car il découle de sa capacité d'agir au niveau international et de contracter des obligations internationales qui ne sont pas nécessairement soumises au principe de la réciprocité. L'État peut assumer des obligations internationales de manière unilatérale et autonome, dans l'exercice de sa souveraineté et de la capacité que le droit international lui confère. Par conséquent, le caractère obligatoire d'une déclaration juridique unilatérale de l'État est fondé, non pas sur un quelconque intérêt juridique que peut avoir l'État tiers, mais sur l'intention réelle de l'État qui a fait la déclaration, ce qui a des conséquences pratiques importantes lorsque des instances judiciaires internationales sont amenées à interpréter un acte de ce type.

25. Une fois encore, dans le droit des traités, la règle *pacta sunt servanda* est à la base du caractère obligatoire de l'acte, comme le montre l'article 26 de la Convention de Vienne de 1969. De même, pour les actes unilatéraux, une règle spéciale — par exemple, *promissio est servanda* — pourrait être utilisée dans le cas particulier de la promesse. Il serait également possible de prendre la règle *acta sunt servanda* ou, plus précisément, *declaratio est servanda* comme base du caractère obligatoire des déclarations unilatérales de l'État.

26. Une définition est donc fondamentale pour les futurs travaux sur la question et le Rapporteur spécial a essayé d'en présenter les divers éléments dans son premier rapport. Une déclaration strictement unilatérale pourrait être considérée comme une manifestation autonome de volonté, claire et sans équivoque, formulée explicitement et publiquement par un État dans le but de créer une relation juridique, notamment des obligations internationales à sa charge, à l'égard d'un ou de plusieurs États tiers qui n'ont pas participé à l'élaboration de la déclaration, sans qu'il soit nécessaire que ces derniers l'acceptent expressément ou signifient leur acceptation par un comportement ultérieur.

27. Il est évident que les actes unilatéraux des États existent en droit international. Certains sont véritablement autonomes dans la mesure où ils sont strictement unilatéraux, où ils ne sont subordonnés à aucune autre manifestation de volonté et où ils créent des relations juridiques. L'examen de ces actes par la Commission présente un intérêt considérable sur le plan pratique et sur le plan politique car le droit international doit tenir compte du fait que les États recourent de plus en plus souvent à la formulation d'actes unilatéraux, dont beaucoup ont un contenu juridique et dont certains entrent dans la catégorie des actes strictement unilatéraux. Si la Commission estime qu'une déclaration unilatérale, c'est-à-dire un acte par lequel des normes juridiques internationales peuvent être créées, peut donner lieu à la formulation de règles régissant ses effets, il faudrait qu'elle établisse immédiatement un plan de travail. Pour cela, il serait utile de reconstituer le Groupe de travail créé à la session précédente. Il serait également utile de poursuivre les travaux sur le contenu et le champ du projet afin de parvenir à une décision en la matière. Il importe de noter que le document final sur le sujet devrait exclure les actes unilatéraux autres que les déclarations. Le fait que la Convention de Vienne de 1969 vise les traités — ou accords écrits — ne signifie pas qu'il n'y ait pas d'autres actes conventionnels en droit international. Il faudra donc, dans les futurs travaux sur le sujet, prendre soigneusement en considération le droit des traités, non seulement du point de vue de la forme mais aussi du point de vue de la procédure suivie pour adopter la Convention de Vienne de 1969 et de la méthodologie utilisée à cette époque.

28. Le Rapporteur spécial remercie tous ceux qui l'ont aidé par leurs commentaires et l'ont soutenu dans son travail.

29. M. BROWNLIE félicite le Rapporteur spécial pour son premier rapport très utile sur un sujet qui est probablement, et de loin, le plus difficile et le plus insaisissable de ceux qui figurent à l'ordre du jour de la Commission, mais qui a aussi d'importantes applications pratiques, comme le savent ceux des membres de la Commission qui pratiquent devant des tribunaux internationaux. S'il est peut-être prématuré de décider de la forme ultime que doit prendre le travail de la Commission en la matière, cette considération n'en doit pas moins influer sur la façon dont ce travail sera mené. M. Brownlie estime, à première vue, qu'étant donné la nature du sujet, le projet pourrait prendre la forme d'une étude exposant les différents aspects du sujet. En revanche, une tentative pour codifier le sujet pourrait se révéler plus dangereuse qu'utile.

30. Les craintes de M. Brownlie tiennent à ce qu'il doute fort que le sujet forme un tout homogène. S'il a raison, cela ne signifie pas que le sujet doive être abandonné, mais cela devrait néanmoins influer sur la manière dont il sera abordé. M. Brownlie hésiterait, pour sa part, à imposer des limites rigides à un sujet qui recouvre des questions diverses et dont le monde extérieur risque d'avoir une conception plus souple. Les actes unilatéraux ne devraient pas, à son avis, être définis de façon étroite, bien que la Commission puisse vouloir les classer dans diverses catégories. En ce qui concerne l'effet de la conduite des États et de l'acceptation ou du consentement implicites, M. Brownlie rappelle que, dans l'affaire de la *Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906*, la CIJ a confirmé la sentence arbitrale rendue contre le Nicaragua en se fondant principalement sur le comportement ultérieur de cet État. À son avis, il ne faudrait pas utiliser, pour définir le mandat de la Commission, une définition étroite de l'acte unilatéral — si l'on peut en trouver une. Cela ne veut pas dire qu'il soit inutile d'essayer d'isoler la notion d'acte unilatéral, du moins à certaines fins. Mais M. Brownlie n'est pas sûr qu'il serait sage, pour la Commission, de considérer cette définition comme le cadre du sujet. En dernière analyse, même si l'on décide, comme le Rapporteur spécial le suggère, d'exclure les diverses formes du sujet qui n'entrent pas dans le cadre du mandat de la Commission, il n'en reste pas moins que la Commission traite d'une série d'institutions juridiques distinctes. À première vue, M. Brownlie en a déjà identifié cinq.

31. Premièrement, il y a le consentement implicite découlant du comportement, y compris le silence. Deuxièmement, il y a la question de l'opposabilité. Bien

que, dans l'affaire des *Pêcheries* (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Norvège)[12], la Cour ait probablement fondé sa décision sur le droit international général relatif au système des lignes de base, son raisonnement, en particulier dans les six dernières pages de l'arrêt, se fonde essentiellement sur l'opposabilité. Le fait est que, pendant plusieurs dizaines d'années, face au développement du système norvégien des lignes de base, le Royaume-Uni — qui était, après tout, un autre État riverain et dont les pêcheurs avaient été directement affectés par ce système après 1906 — avait gardé le silence, sans élever aucune protestation formelle jusqu'en 1933. L'opposabilité fait donc probablement partie de la même catégorie d'actes que la protestation et la réserve d'un droit.

32. Troisièmement, il y a l'estoppel. N'en déplaise au Rapporteur spécial, M. Brownlie n'est pas convaincu qu'en droit international l'estoppel puisse encore être qualifié d'institution de la doctrine anglo-saxonne. La CIJ a maintenant une jurisprudence bien établie, à commencer par le paragraphe 26 de l'arrêt rendu dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord,* qui introduit dans le droit international public une version de l'estoppel (selon laquelle un État peut invoquer contre un autre État le fait qu'il a agi à son propre détriment en se fondant sur l'attitude de cet autre État). Il y a maintenant six affaires de ce genre, dont cinq se réfèrent au même paragraphe.

33. Quatrièmement, il y a les déclarations dont le caractère obligatoire est fondé sur la bonne foi, comme la CIJ l'a admis dans les affaires des *Essais nucléaires*. Cinquièmement, dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la Cour s'est en grande partie fondée, pour conclure à la responsabilité de l'Albanie, sur ce qu'elle a appelé « l'attitude » de cet État — c'est-à-dire, à la fois sur ses déclarations et sur ses silences — pendant la période qui a suivi l'explosion des mines. Tous ces exemples montrent que l'intention de l'État auteur du premier acte n'est pas dans tous les cas une condition nécessaire à l'existence d'effets juridiques. À cet égard aussi, la Commission devrait s'efforcer d'établir des catégories utiles au lieu de fixer au sujet des limites extérieures inutilement strictes.

34. M. HAFNER dit que les cinq institutions évoquées par M. Brownlie sont toutes le résultat d'« activités » ou d'« attitudes » des États, plutôt que d'« actes » des États tel que ce terme est généralement compris. Faut-il entendre l'expression « acte unilatéral » comme englobant toutes les activités de l'État qui ont un effet, ou les seules activités de l'État destinées à avoir un effet juridique, auquel cas le terme « acte » aurait une acception plus étroite que le terme « activité » ?

35. M. BROWNLIE reconnaît qu'il y a un problème à cet égard. Dans le même temps, il ne pense pas que les cinq exemples qu'il a cités concernent tous des activités ou des comportements. Il est admis que les affaires des *Essais nucléaires* concernent des actes unilatéraux et, bien qu'il y ait une zone grise, il serait indûment doctrinal que la Commission se limite à certains types d'actes unilatéraux. Bien souvent, des schémas de comportement comprennent des actes unilatéraux mais aussi des silences significatifs. Quant à la question de M. Hafner concernant la nécessité d'une intention juridique, cette condition vaut pour certains segments du sujet, mais non pour tous. Peut-être est-il préférable d'accepter que le sujet est complexe et compartimenté que de soutenir qu'il est plus unitaire qu'il ne l'est réellement.

36. M. GOCO dit que le premier rapport sur les actes unilatéraux des États contient un exposé convaincant de ce qui ne peut pas être considéré comme acte unilatéral. S'il n'est pas douteux que les actes unilatéraux formels des États existent en droit international, la majorité de ces actes relèvent néanmoins des relations conventionnelles.

37. Aux paragraphes 96 et 97 du premier rapport, le Rapporteur spécial fait également observer que les États accomplissent une série d'actes que l'on peut qualifier de conventionnels et vise un certain nombre d'actes juridiques qui sont unilatéraux dans leur forme mais relèvent du droit des traités. Il mentionne ensuite divers autres actes des États qui, bien que produisant des effets juridiques et obligeant l'État concerné, ne sont pas des actes unilatéraux. Il cite le Statut de la CIJ, dont l'Article 38 énumère les principales sources formelles du droit international sans mentionner les actes unilatéraux des États. En soi, le silence de l'Article 38 ne saurait bien entendu empêcher de considérer les actes unilatéraux source de droit.

38. Par ailleurs, le Rapporteur spécial s'efforce sérieusement de distinguer entre les actes juridiques des États et leurs actes politiques. Il n'est pas aisé de tracer la frontière entre les deux catégories. On peut certes tenter de définir un acte politique comme un acte reposant sur la volonté politique de l'État qui l'accomplit et dont le caractère obligatoire résulte de la morale et de la politique, mais en dernière analyse c'est l'intention de l'État qui contracte l'engagement qui détermine le caractère juridique ou politique de celui-ci.

39. L'objectif de l'entreprise en cours est, premièrement, d'identifier les éléments constitutifs d'une définition de l'acte unilatéral juridique en envisageant les divers actes et formes de comportement des États et de déterminer s'ils existent en droit international et, dans l'affirmative, si les règles régissant ces actes se prêtent à une codification et un développement progressif. Cet objectif est pleinement conforme au mandat assigné au Rapporteur spécial par le Groupe de travail à la quarante-neuvième session de la Commission[13].

40. D'une manière générale, les actes et les comportements des gouvernements ne peuvent être axés sur la formation d'accords, mais ils peuvent pourtant avoir des effets juridiques. Si certains actes, identifiables, peuvent être considérés comme unilatéraux — la protestation, la promesse, la renonciation, la reconnaissance, la déclaration —, d'autres, nombreux, ne peuvent être considérés comme unilatéraux que par le biais d'une interprétation de leurs éléments constitutifs. Dans sa conclusion, le Rapporteur spécial reconnaît lui-même qu'il est difficile de les identifier et de les placer dans une catégorie spécifique. Une opinion similaire s'est exprimée à la Sixième

[12] *Arrêt*, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 116.

[13] Voir *Annuaire... 1997*, vol. II (2e partie), par. 209, p. 66.

Commission. C'est précisément là qu'est la difficulté : si la pratique, la doctrine et la jurisprudence concernant les actes et les comportements des États sont abondantes, elles ne sont pas toujours cohérentes.

41. L'objectif du caractère obligatoire en droit international est que l'État soit lié par son acte ou sa conduite. Un acte unilatéral doit avoir des conséquences, même si l'État n'a pas l'intention de s'engager comme il le ferait dans un traité, car il peut affecter un État tiers ou une tierce partie et, ainsi, avoir des effets juridiques ou créer des obligations. Mais il risque d'être difficile d'identifier ces actes et de dégager une certaine cohérence ou des traits communs entre eux. Le caractère contraignant des effets d'un acte unilatéral dépend dans une large mesure d'une appréciation des faits. Dans les affaires des *Essais nucléaires*, la CIJ a jugé que la France était juridiquement tenue, du fait de sa déclaration publique, de cesser ses essais nucléaires atmosphériques. Toutefois, dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, la même Cour a jugé qu'on pouvait difficilement présumer que des obligations conventionnelles avaient été contractées en raison d'un comportement, et qu'une ligne de conduite très cohérente était nécessaire dans une telle situation.

42. La question des effets ou des conséquences ne semble guère avoir été traitée dans le premier rapport. Le caractère obligatoire de l'acte unilatéral serait illusoire si la relation juridique créée par cet acte pouvait être rompue unilatéralement et au gré de l'État auteur de l'acte. Car, si l'acte est unilatéralement retiré ou annulé, que deviendra son effet contraignant ?

43. Enfin, le rapport énonce les critères permettant une définition stricte des actes unilatéraux et expose le fondement juridique de leur caractère obligatoire. M. Goco doute néanmoins que ces critères soient suffisants pour englober tous les actes. Quant au fondement juridique, seul le principe de la bonne foi de l'État qui fait la déclaration ou la promesse peut fonder le caractère obligatoire de celle-ci. Si cette bonne foi est exprimée, il n'y aura alors aucune raison de porter l'affaire devant un tribunal international.

44. M. LUKASHUK appelle l'attention sur le paragraphe 45 du premier rapport sur les actes unilatéraux des États, dans lequel le Rapporteur spécial déclare que le caractère obligatoire de l'engagement politique est parfois bien plus effectif et plus important que celui de l'engagement juridique. M. Pellet a émis un avis différent, considérant en effet que les obligations juridiques ont toujours une force supérieure. Pourtant, si M. Pellet, alors qu'il se rend à l'université pour donner une conférence en exécution de son obligation juridique, venait à voir un enfant se noyant dans un lac, il n'est pas douteux qu'il interviendrait pour sauver l'enfant, plaçant ainsi son devoir moral avant son obligation juridique.

45. Plus important, le Rapporteur spécial ne parle pas de la suprématie des engagements politiques, mais de leur effectivité, ce qui est tout à fait autre chose. Durant la guerre froide, par exemple, tout un ensemble de « règles du jeu » avaient été élaborées par l'Union soviétique et les États-Unis d'Amérique dans le domaine de la sécurité. Les deux parties reconnaissaient que ces règles politiques étaient extrêmement effectives — de fait, plus effectives que certains traités. Ceci ne remet toutefois pas en cause l'autorité des traités et le rôle qu'ils jouent. Le général de Gaulle a un jour fait observer que les traités étaient comme les femmes; ils ont du bon quand ils sont jeunes. Les juristes auraient plutôt tendance à dire que les traités sont comme les femmes, en ce que les femmes restent toujours des femmes.

46. Le Rapporteur spécial considère les sources du droit international comme des méthodes et des procédures permettant de créer du droit international et des règles internationales. On sait très bien qu'une source de droit international désigne non seulement la méthode par laquelle les règles sont créées, mais aussi la forme que prennent les règles en question. C'est en ce sens que la CIJ utilise la notion de traité dans sa pratique. Le Rapporteur spécial doit recourir à cette notion pour résoudre le problème qui est au cœur du premier rapport, à savoir : si les actes unilatéraux des États ne constituent pas une source de droit, ceci ne signifie pas qu'un État ne peut créer du droit international par ses actes unilatéraux (paragraphe 81). Il semble toutefois que, n'étant pas une source de droit international, un acte unilatéral ne peut en lui-même créer des règles de droit international. Comme le Rapporteur spécial l'a souligné à juste titre, un acte unilatéral peut créer une obligation internationale à la charge de l'État, ce qui est autre chose.

47. M. Lukashuk ne partage pas non plus l'opinion du Rapporteur spécial selon laquelle un acte unilatéral peut créer des relations unilatérales. Il lui semble en effet que les relations juridiques doivent toujours être au moins bilatérales. L'amour peut être unilatéral, mais il n'existe pas, par exemple, de contrat de mariage unilatéral. C'est pourquoi il est difficile de souscrire à la proposition figurant au paragraphe 133 du premier rapport, selon laquelle un acte unilatéral s'entend d'un acte imputable à un ou plusieurs États, qui crée une relation juridique nouvelle avec un États tiers qui n'a pas participé à sa réalisation. En fait, une telle relation juridique ne peut être créée sans le consentement de l'État tiers. Une question importante se pose d'ailleurs en ce qui concerne les actes unilatéraux dans lesquels interviennent plusieurs États, une question que le Rapporteur spécial n'a malheureusement pas abordée : quelles sont les relations entre les participants à un acte unilatéral et leurs obligations réciproques, et dans quelle mesure sont-elles contraignantes ? Le Rapporteur spécial, guidé par la pratique, a à juste titre déclaré que la règle donnant à l'acte unilatéral son caractère obligatoire était le principe de la bonne foi. Il n'est donc pas nécessaire, comme le fait le Rapporteur spécial au paragraphe 157, d'inventer une norme spécifique à cet effet, comme la *declaratio est servanda*. Le principe de la bonne foi suffit.

48. Ces questions, qui peuvent être débattues, confirment la complexité du sujet. C'est pourquoi il serait souhaitable de définir les paramètres fondamentaux de l'étude dès le départ. Pour M. Lukashuk, il serait utile de se pencher d'abord sur le droit interne, duquel il ressort que le droit romain n'a jamais attaché aucune importance à une manifestation unilatérale de la volonté d'un individu : seuls les accords avaient des conséquences juridiques. De même, le Code civil français ne consacre pas la notion d'actes unilatéraux, se référant seulement aux

quasi-contrats, qui sont tout autre chose. Certes, le droit allemand consacre la notion bien connue de *Rechtsgeschäft*, qui est proche de celle d'acte unilatéral. Le Code civil italien de 1938 prévoit les *promesse unilaterali*, lesquelles, néanmoins, n'ont d'effet juridique que si la loi le prévoit. Cette proposition a des implications très importantes pour le droit international : les actes unilatéraux peuvent avoir une importance si les normes du droit international le prévoient. Dans son opinion individuelle dans les affaires du *Sud-Ouest africain*, M. Jessup avait déclaré que les « contrats unilatéraux » étaient possibles aux États-Unis (voir p. 403 de son opinion individuelle). On voit cependant mal de quoi il s'agit.

49. Ce bref aperçu du droit interne montre que les systèmes nationaux n'accordent guère de place, voire n'en accordent pas du tout, aux actes juridiques unilatéraux. Aussi, en conférant une plus large portée aux actes unilatéraux, le droit international occupe une position particulière. On notera avec intérêt que Grotius considérait les promesses, ainsi que les accords, comme une source d'obligations juridiques, sous la condition importante qu'une promesse ne pouvait avoir d'effet juridique que si elle était acceptée par son destinataire[14]. Et cela, malheureusement, signifie qu'il ne s'agit plus seulement d'une promesse. Peut-être est-on là plus près de la notion de « contrats unilatéraux » en vigueur aux États-Unis.

50. La question des actes unilatéraux s'est posée fréquemment dans la pratique des cours internationales, par exemple dans l'affaire du *Statut juridique du Groënland oriental* et dans l'affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*[15]. Mais l'acte unilatéral, dans ces affaires, fait le plus souvent partie d'une action bilatérale. Le droit international a manifestement souscrit à la notion d'acte unilatéral dans la décision rendue par la CIJ dans les affaires des *Essais nucléaires*. Dans sa déclaration, le Gouvernement français n'a assurément pas donné l'impression qu'il avait l'intention de contracter une obligation juridique. La Cour a toutefois déclaré que l'existence d'une telle intention était un facteur décisif. Le statut du Tribunal de Nuremberg[16] plaçait les assurances sur le même plan que les traités s'agissant de définir un crime contre l'humanité comme la préparation ou la conduite d'une guerre en violation de traités, d'accords ou d'assurances.

51. M. Lukashuk indique qu'il n'a trouvé qu'un acte réellement unilatéral et, en fait, cet acte crée non seulement des obligations mais des normes précises au niveau international. Il s'agit de la Déclaration faite par le Gouvernement égyptien, en 1957, au sujet du canal de Suez[17], qui a créé le régime juridique du canal. Dans cette déclaration, l'Égypte a clairement exprimé que son intention était que la Déclaration soit considérée comme un instrument juridique international.

52. Tous les autres actes unilatéraux étaient des *acta tertiis* vis-à-vis d'autres États, à savoir qu'ils ne créaient ni droits ni obligations sans le consentement de ces États et n'établissaient aucune relation juridique. Toutefois, si des États tiers se prévalaient de certains droits, ils étaient alors tenus de certaines obligations. D'autre part, un grand nombre d'actes unilatéraux ne comportent pas de preuve de l'intention de leur auteur de leur donner force juridique, mais ils peuvent néanmoins avoir des conséquences juridiques en application des règles de l'estoppel.

53. Une des caractéristiques particulières des actes unilatéraux est la renonciation à des droits. La pratique des juridictions internationales montre qu'une telle renonciation doit toujours être clairement exprimée : elle ne saurait se présumer ni se déduire. Un autre acte particulier est la reconnaissance, comme l'indique la CIJ dans son avis consultatif sur le *Statut international du Sud-Ouest africain* (voir p. 135).

54. L'acquiescement joue un rôle central dans la formation des règles du droit international, en ce qu'il repose sur la coutume et sur la tradition. Il englobe en outre le silence ou le fait de ne pas protester dans une situation appelant une réaction positive. Dans de nombreux cas, l'acquiescement a des conséquences juridiques bien déterminées. Finalement, la protestation, un acte purement unilatéral, a aussi des conséquences. Il s'agit là des principaux types d'actes unilatéraux, mais le Rapporteur spécial doit encore s'attaquer à la tâche complexe de recensement et de classement des autres actes, nombreux, qui n'ont pas encore été mentionnés.

55. Certaines questions devront être abordées dans le cadre de la poursuite des travaux : Comment établit-on l'existence de l'intention de l'État de donner à un acte unilatéral le caractère d'une obligation juridique ? Quel est le rôle des États tiers dans la création d'une relation juridique sur la base d'un acte unilatéral ? Quel régime doit-on mettre en place en ce qui concerne le retrait ou la révision d'un acte unilatéral ?

56. M. ECONOMIDES remercie le Rapporteur spécial pour son excellent premier rapport qui a prudemment délimité les paramètres du sujet, effectivement l'un des plus complexes du droit international. Aucune théorie cohérente des actes unilatéraux des États n'a encore été élaborée, au contraire d'autres domaines du droit comme les actes conventionnels ou la coutume internationale. La poursuite des travaux de la Commission sur la question relèvera donc plus du développement progressif du droit que de sa codification.

57. Certaines catégories d'actes unilatéraux doivent être exclues de l'étude, notamment les actes unilatéraux à vocation interne qui n'ont aucun effet au niveau international. Certains actes unilatéraux qui ont un effet au niveau international doivent aussi être exclus, tels les actes par lesquels un État exerce des pouvoirs que lui confère le droit international, par exemple en relation avec sa mer territoriale, sa zone contiguë ou sa zone économique exclusive.

[14] H. Grotius, *Le droit de la guerre et de la paix*, tr. par J. Barbeyrac, Amsterdam, Pierre de Coup, 1724, t. I, p. 410 et 411.

[15] *Arrêt, 1932, C.P.J.I. série A/B n° 46*, p. 96.

[16] Charte du tribunal militaire international annexée 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).

[17] Déclaration (avec lettre d'envoi adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies) sur le canal de Suez et sur les arrangements concernant sa gestion, Le Caire, 24 avril 1957 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 265, p. 299).

58. D'autres actes devant être exclus de l'étude sont ceux par lesquels les États s'acquittent au plan interne de leurs obligations internationales. On peut citer, à titre d'exemple, l'application des résolutions adoptées par le Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies ou les directives des Communautés européennes. Les actes unilatéraux susceptibles de contribuer à la formation de la coutume internationale en renforçant son élément matériel, ou l'*opinio juris*, ou les deux, doivent aussi en être exclus. Il en va de même des actes unilatéraux relatifs à un traité international comme l'approbation parlementaire ou la ratification, les réserves, les déclarations interprétatives, la dénonciation. Doivent encore être exclus les actes unilatéraux par lesquels les États violent délibérément ou involontairement le droit international, puisqu'il s'agit de faits illicites susceptibles d'engager la responsabilité internationale de l'État qui en est l'auteur.

59. Les actes des organisations internationales, y compris les tribunaux internationaux, doivent aussi être écartés, puisque le sujet est défini par les actes unilatéraux des États. Le droit applicable aux actes des institutions internationales — beaucoup plus développé que celui applicable aux actes unilatéraux des États — et les décisions de ces institutions peuvent toutefois être une source d'inspiration. M. Economides ne voit pas par contre pourquoi il faudrait distinguer entre actes politiques et actes juridiques. Il s'agit d'une distinction extrêmement subtile, et les actes politiques relèvent tout autant du sujet que les actes juridiques. Ce n'est pas la nature ni les caractéristiques de l'acte unilatéral qui importe le plus, mais l'intention qui le sous-tend, en particulier l'intention de produire un effet au niveau international.

60. Malgré les arguments convaincants avancés par le Rapporteur spécial en faveur de leur exclusion du champ de l'étude, l'orateur estime que le silence, l'acquiescement, les déclarations de représentants de l'État devant des tribunaux internationaux et la notification méritent d'être étudiés de manière plus approfondie afin de déterminer dans quels cas et à quelles conditions ils peuvent créer des droits et des obligations non conventionnels au niveau international. Il est clair que l'autonomie qui préside à l'accomplissement de l'acte est le facteur décisif, mais il faut aussi tenir compte de certains actes non formels susceptibles de créer des droits et des obligations de manière non autonome. Une telle étude pourrait faciliter une décision définitive sur le point de savoir si ces actes non formels doivent être exclus du sujet ou considérés comme des exceptions.

61. La distinction entre actes unilatéraux formels et actes unilatéraux matériels est appropriée. Il est également vrai que la majorité des actes unilatéraux prennent la forme d'une déclaration, cette dernière étant de ce fait le plus commun des actes unilatéraux formels. Toutefois, on ne peut exclure qu'à l'avenir des actes unilatéraux puissent prendre la forme de textes législatifs ou réglementaires.

62. Quels objectifs la Commission doit-elle se fixer ? Naturellement, l'étude doit être axée sur l'acte unilatéral, et montrer qu'il s'agit d'un acte qui crée certains droits et certaines obligations pour les États. Normalement, les actes unilatéraux ne créent pas de droits objectifs tels que ceux, selon une distinction de la doctrine, qui découlent habituellement des traités-lois par opposition aux traités-contrats. M. Lukashuk a déjà cité une exception à cette règle, et on pourrait aussi mentionner les communiqués politiques publiés après les réunions de chefs d'État, car il s'agit de déclarations unilatérales qui traitent parfois de questions juridiques et énoncent même des principes normatifs, mais il ne s'agit pas de traités ni d'accords. De tels cas sont néanmoins des exceptions. Pour l'essentiel, les actes unilatéraux créent des droits et des obligations subjectifs, mais lorsque ceux-ci sont créés au niveau international, ils relèvent du droit international et peuvent donc bien être qualifiés de sources du droit international.

63. Le Rapporteur spécial a cité la reconnaissance, la promesse, la renonciation et la protestation comme des actes unilatéraux qui, dans certaines circonstances, pouvaient créer des droits et des obligations au niveau international, mais, personnellement, M. Economides estime que l'estoppel entre aussi dans cette catégorie. Ces actes devraient donc être examinés avec soin et il sera nécessaire d'en définir les caractéristiques précises et les fondements, de déterminer quelles parties peuvent les adopter, la forme dans laquelle ils sont rendus publics, leur conformité au droit international et l'intention des États qui les adoptent. Comme l'ont fait observer MM. Goco et Lukashuk, il sera aussi nécessaire d'étudier la question délicate du retrait d'un acte unilatéral, qui, à la différence d'un acte conventionnel, ne repose pas sur la réciprocité.

64. M. FERRARI BRAVO dit que la doctrine de son pays connaît les actes unilatéraux, mais il se demande si l'entreprise est réellement utile, et, de fait, si la Commission doit se lancer dans l'étude commencée par le Rapporteur spécial, qui a néanmoins fait un travail remarquable sur la base des fondements qu'avait posés le Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États à la quarante-neuvième session.

65. Si plusieurs entités ou parties dirigent des actes unilatéraux l'une contre l'autre, il y a toujours un engagement réciproque qui est défini comme un contrat ou un traité. L'action des parties est ainsi créative, parce qu'elle donne naissance, par leur volonté, à quelque chose qui n'existait pas auparavant. Il est donc tout à fait justifié d'élaborer des règles précises concernant la manifestation et la réalisation de cette volonté — en d'autre termes, de développer le droit des traités. Mais si l'intention est manifestée par une seule partie, comme c'est le cas, par définition, pour les actes unilatéraux, peut-elle vraiment être qualifiée de créative ? Pour l'intervenant, une intention qui n'est pas réalisée n'est pas créative, même si elle peut créer certaines obligations juridiques lorsque des conditions préétablies sont réunies. En réalité, un acte unilatéral est généralement accompli en réponse à une situation préexistante et souvent provoquée par un différend au sujet de ce qu'était cette situation préexistante.

66. Quant à savoir si un acte unilatéral peut créer du droit international, une déclaration de guerre est assurément un acte unilatéral qui a des effets juridiques, mais dans de tels cas tout est déjà prédéterminé par les règles du droit de la guerre. Si un acte unilatéral ne crée pas de droit international et est simplement quelque chose qui fait intervenir le droit international, on peut se demander

si le sujet se prête vraiment à codification. Les actes unilatéraux sont très variés précisément parce que les États souhaitent une telle variété. Si les actes unilatéraux étaient régis par une convention internationale, comment les déclarations unilatérales seraient-elles faites, lesquelles seraient valides et quelles seraient leurs conséquences ? Les États seraient en fait réticents à s'aventurer sur cette voie, car elle exclurait la possibilité de continuer à utiliser les déclarations unilatérales.

67. La Commission devrait examiner le sujet, mais uniquement dans le contexte de situations particulières — droit de l'environnement, droit de la guerre, et non *in abstracto*. Mais une telle entreprise ne serait pas très utile, et la Commission risque de se retrouver à la dérive sur un océan sans limites.

68. M. MELESCANU dit que l'ensemble du débat sur le point de savoir si les actes unilatéraux ont des effets juridiques peut être placé entre deux extrêmes. On peut d'une part arguer qu'il n'y a pratiquement pas d'actes juridiques unilatéraux mais uniquement des accords internationaux conclus en forme simplifiée avec divers degrés de formalisme, de telle manière que les effets juridiques de tels actes reposent sur un accord entre les parties. On pourrait objecter que dans certains cas la partie à laquelle l'acte unilatéral est adressé ne réagit pas. Le principe *qui tacet consentit* peut très bien s'appliquer et fournir un argument juridique à l'appui de la thèse selon laquelle, même dans de tels cas, un accord volontaire a été établi entre les parties. M. Ferrari Bravo a exposé certains des arguments en faveur de cette position extrême mais défendable.

69. Le fait que l'Article 38 du Statut de la CIJ ne mentionne pas les actes unilatéraux a une certaine importance. Le Rapporteur spécial a fait observer que certains actes unilatéraux ne constituaient pas des sources de droit international mais créaient néanmoins des obligations internationales. C'est l'idée fondamentale sur laquelle devrait reposer l'ensemble des travaux, et la Commission doit d'abord se mettre d'accord sur ce point, faute de quoi les fondements de toute codification seront extrêmement fragiles.

70. L'autre position extrême consisterait à soutenir que tous les actes unilatéraux peuvent avoir des effets juridiques dans certaines circonstances. La Commission doit opérer une distinction adéquate entre les actes ayant des effets juridiques par eux-mêmes et ceux dont les effets découlent soit d'une convention internationale, soit, et là est le gros danger, du droit international coutumier. Si l'on admet que la Commission ne doit pas étudier les actes unilatéraux découlant d'une obligation conventionnelle, comment peut-il ne pas en être de même en ce qui concerne les actes unilatéraux découlant de la coutume internationale ?

71. Les « actes unilatéraux des États » sont l'un des sujets les plus difficiles à codifier. Peut-être la Commission doit-elle l'examiner de manière plus approfondie avant de décider de tenter de le codifier. Un tel examen ne pourrait qu'avoir des résultats très enrichissants.

72. M. HAFNER, répondant aux deux arguments avancés par M. Ferrari Bravo, dit que le mandat assigné par l'Assemblée générale à la Commission[18] lui impose de codifier les actes unilatéraux, ce qu'elle ne peut refuser de faire. La seule possibilité d'envisager une approche différente serait d'essayer de persuader l'Assemblée de reconsidérer sa décision. Dire que les actes unilatéraux ne doivent être étudiés que dans leurs contextes spécifiques revient à dire que les traités doivent être considérés dans leurs contextes spécifiques et non en tant que phénomène général du droit international. Les actes unilatéraux ont certains traits communs, quel que soit leur contexte, et la Commission peut en faire l'étude.

73. M. FERRARI BRAVO dit que, dans le cas des traités, il faut tenir compte de deux déclarations. Il faut tout d'abord établir l'équivalence de ces déclarations et la manière dont elles correspondent. Il y a déjà là matière à codification, et il est parfaitement possible d'avoir une théorie des traités sans savoir quel est l'objectif de ceux-ci. Pour les actes unilatéraux, la situation est tout à fait différente.

74. Un acte unilatéral est un acte qui dans sa forme pure ne peut rien créer hors de son contexte, de telle manière que ce contexte devient beaucoup plus important que l'acte lui-même.

75. M. LUKASHUK félicite le Rapporteur spécial pour son rapport très étoffé qui contribue en particulier à résoudre le problème des obligations politiques et des obligations juridiques. Les premières s'avèrent parfois encore plus efficaces et plus importantes que les secondes. Les normes internationales ne sont pas uniquement des règles de droit : il suffit de rappeler les normes de la morale, la courtoisie internationale *(comitas gentium)*, l'usage, les traditions, et surtout les normes politiques internationales — comme celles qui ont été établies dans le cadre du processus d'Helsinki — régissant la coopération multilatérale entre États. L'OSCE a vu le jour au moyen d'actes politiques. Il ressort de tout cela que la question des obligations politiques déborde le cadre du thème considéré et a une dimension plus large.

76. L'orateur partage le point de vue des juristes qui affirment que le droit et la politique ne sont pas distincts et que tout acte juridique revêt un caractère politique. Cela dit, il s'agit en l'espèce non pas du contenu d'une obligation, mais de la nature de sa force obligatoire. Les États peuvent attribuer à un acte au contenu identique une force obligatoire soit politique soit juridique. Dans les actes de l'OSCE, par exemple, il est stipulé que leurs dispositions ont un effet obligatoire d'ordre politique et qu'ils n'ont pas à être enregistrés auprès de l'ONU en tant qu'accords internationaux.

77. M. Lukashuk estime en outre qu'un nouveau sujet s'est fait jour à l'occasion du débat : les accords en forme simplifiée ou accords informels. Il sera difficile d'aboutir à une conclusion en ce qui concerne les actes unilatéraux sans examiner ce sujet, parce que la pratique largement répandue des accords informels se situe entre la codification du droit des traités et celle des actes unilatéraux. Il est important d'étudier les deux sujets en parallèle.

[18] Résolution 51/160 de l'Assemblée générale, par. 13.

78. M. SIMMA dit que la difficulté présente du sujet entraîne une « bilatéralisation » des actes unilatéraux axée sur l'estoppel ou, comme l'a dit M. Lukashuk, consistant à assimiler le problème des actes unilatéraux à celui des accords informels. Le sujet des actes unilatéraux est en fait plus large que cela. Un accord implique la rencontre de deux volontés, alors qu'une promesse unilatérale, par exemple, n'aura que les effets juridiques que l'État dont elle émane entend lui donner. Le droit de l'État à qui elle est destinée de faire fond sur elle est au nombre de ces effets, et dans certaines circonstances il peut donner naissance à l'estoppel.

79. M. ROSENSTOCK dit que, si cet effet est essentiel, alors il existe au moins un équivalent fonctionnel de la volonté. Le sujet est alors bilatéralisé dans le sens indiqué par M. Lukashuk, car la foi accordée à l'acte est ce qui crée la situation juridique, qui est très similaire à une offre et une acceptation, c'est-à-dire un engagement volontaire, que son destinataire accepte en lui accordant foi.

80. M. GOCO fait observer que l'Assemblée générale a invité la Commission à poursuivre l'examen du sujet des actes unilatéraux et à en définir la portée et le contenu. Étant donné qu'il sera effectivement très difficile de codifier la matière, peut-être la Commission peut-elle élaborer des directives à l'intention des États, comme l'a proposé le Rapporteur spécial; cette approche répondrait aux instructions de l'Assemblée générale.

81. M. MELESCANU souhaiterait savoir si M. Simma pense que le principe exprimé par l'adage *acta sunt servanda* est analogue au principe *pacta sunt servanda*. Une déclaration unilatérale a-t-elle des effets juridiques si elle n'est pas acceptée par l'État à qui elle est adressée ?

82. M. SIMMA, répondant à M. Goco, dit qu'il pourrait être contre-productif d'élaborer des directives susceptibles de limiter la liberté d'action des États. L'avantage des actes unilatéraux est que les États sont libres de leur donner la forme qu'ils veulent, dès lors qu'ils comprennent que ces actes peuvent avoir des conséquences qu'ils n'ont pas voulues. Quant à la question posée par M. Melescanu, le principe *acta sunt servanda* ne peut s'appliquer, parce que les actes n'ont force obligatoire que dans le sens où l'État qui fait une déclaration unilatérale sera lié par elle. Les traités, au contraire, sont pleinement contraignants. Un ouvrage récent consacré aux actes unilatéraux a en fait recensé au moins six théories expliquant leur caractère obligatoire.

83. M. ECONOMIDES n'est pas sûr que la CIJ soit compétente pour créer le droit, mais elle l'est assurément pour dire le droit et elle a accepté les actes unilatéraux comme source de droits et obligations internationaux. En fait, aucun débat ne pourrait avoir lieu à la Commission s'il n'y avait pas de jurisprudence, et la Commission dispose de tout le matériel nécessaire pour étudier les actes unilatéraux. Du point de vue technique, il se demande si M. Ferrari Bravo admettrait que le droit de la guerre n'existe plus au sens où, selon la Charte des Nations Unies, il n'a plus lieu d'être appliqué excepté dans le cas de légitime défense.

84. M. HERDOCIA SACASA dit que le point soulevé par M. Economides au sujet de la CIJ est illustré par les affaires des *Essais nucléaires* et du *Différend frontalier*, à l'occasion desquelles l'existence juridique des actes unilatéraux et leurs effets ont été clairement établis. La Cour a notamment jugé, *inter alia*, que c'est uniquement lorsque l'État qui fait la déclaration a l'intention d'être lié par elle que cette intention crée à la charge de l'État une obligation juridique. Tout dépend donc de l'intention de l'État.

85. Quant aux relations entre les actes unilatéraux et les autres actes, ou à l'existence d'une jurisprudence suffisante sur l'autonomie de l'acte lui-même, la Cour a jugé dans d'autres affaires qu'aucune contrepartie n'est nécessaire pour qu'une déclaration ait des effets juridiques et qu'une acceptation ultérieure ou autre réaction d'un autre État n'était pas non plus nécessaire, parce que cela était incompatible avec le caractère strictement unilatéral de l'acte juridique que constituait la déclaration.

86. Il appartient à la Commission de développer ces textes fondamentaux du droit international.

87. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial) dit que l'échange de vues initial a confirmé la complexité du sujet et a montré que le travail du Rapporteur spécial était fondamental. Il indique qu'il a tenté dans son premier rapport de systématiser une théorie des actes unilatéraux des États. L'entreprise n'est pas purement académique : la Commission doit aussi tenir compte des réalités juridiques parce que les actes unilatéraux existent bien en droit international. Il s'agit de savoir si ces déclarations juridiques ont des effets unilatéralement ou si elles entrent dans le champ des traités.

88. La distinction entre les sources du droit international et les sources d'obligations internationales est intéressante, parce qu'elle pose la question des déclarations formelles, envisagée dans le rapport. Aucune codification ne peut reposer sur autre chose que l'acte juridique formel.

89. Le silence ou l'absence de réaction à une déclaration ne peuvent en soi être considérés comme des actes unilatéraux, lesquels sont des actes formels positifs. Le traité est le moyen le plus usuel de produire des effets juridiques en droit conventionnel, et c'est l'acte unilatéral qui joue ce rôle en droit des actes unilatéraux.

90. Le matériel disponible en ce qui concerne les actes unilatéraux peut être codifié; il existe déjà une doctrine et de la jurisprudence sur le sujet, et l'acte unilatéral formel existe en droit international en tant qu'acte créant des règles juridiques. L'autonomie de tels actes est très importante, et la CIJ a, à ce sujet, jugé que les déclarations unilatérales pouvaient exister indépendamment de toute autre manifestation de volonté. L'autonomie de l'obligation est aussi importante : un État peut prendre un engagement sans aucune contrepartie ni autre forme de réciprocité.

91. La Commission devra aussi examiner plus avant la question difficile du retrait des actes unilatéraux.

Questions diverses

[Point 11 de l'ordre du jour]

92. Le PRÉSIDENT annonce que la Conférence commémorative Gilberto Amado, parrainée tous les deux ans par le Gouvernement brésilien, sera donnée par M. Ramiro Saraiva Guerreiro, ancien Ministre des affaires étrangères du Brésil, le 13 mai 1998. Le titre en est : « Création de la Commission du droit international et réflexions sur certaines nouvelles sources de droit international ».

La séance est levée à 13 heures.

2525e SÉANCE

Mercredi 6 mai 1998, à 10 h 5

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Thiam, M. Yamada.

Actes unilatéraux des États *(suite)* [A/CN.4/483, sect. F, A/CN.4/486[1], A/CN.4/L.558]

[Point 7 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

1. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit que le premier rapport sur les actes unilatéraux des États (A/CN.4/486), qui met bien en lumière le caractère multiforme et quasi insaisissable du sujet, appelle trois séries de réflexions. La première a trait à la conception du sujet. Outre qu'il aurait pu être plus concis, le premier rapport a surtout pour lacune de ne présenter aucune considération sur l'intérêt même du sujet, ce qui aurait été bien utile pour expliciter celui-ci. En effet, on ne voit pas très bien comment le Rapporteur spécial infère de toute la gamme des actes unilatéraux des États la singularité de la déclaration, qu'il retient comme figure emblématique de tous ces actes. On ne voit pas très bien non plus la portée, autre que pédagogique ou symbolique, de l'opposition entre l'acte juridique et l'acte politique dans les paragraphes 44 et 45 du rapport, comme si la fonction sociale du droit était étrangère à la fonction non moins sociale de la politique. On ne saisit pas très bien, enfin, pourquoi il n'est pas établi un parallèle, qui aurait été fructueux, entre le régime de l'acte unilatéral de l'État en droit public interne et le régime — à élaborer — de l'acte unilatéral de l'État en droit public international. Dans les deux cas, il y a l'État en tant que puissance publique, mais dans l'un le mode unilatéral d'intervention est la règle alors que dans l'autre il est l'exception. La ligne de démarcation entre l'accord de volonté et la manifestation unilatérale de volonté devrait constituer l'une des clefs de la spécification du sujet.

2. La deuxième série de réflexions a trait à la méthode. Sur ce plan, le Rapporteur spécial devrait, dans ses prochains rapports, s'attacher à éviter deux écueils. Il devrait tout d'abord ne pas se focaliser sur le délai constitué par le quinquennat en cours, afin de ne pas se voir dans l'obligation de renoncer à un dépouillement de la pratique des États alors que ce travail d'investigation est nécessaire à toute codification. Le Rapporteur spécial doit, en second lieu, éviter de simplifier le sujet en éliminant de son champ un certain nombre de genres — silence, acquiescement, notification, etc. — qui peuvent se révéler des matériaux indispensables au cours de telle ou telle phase ultérieure du travail sur le sujet. La codification et le développement progressif du droit international forment, de ce point de vue, un couple indissociable.

3. Enfin, sur le fond du sujet, il est permis de se demander en quoi le critère formel de l'imputabilité à un ou plusieurs États, examiné aux paragraphes 133 à 135 du rapport, qui dépend lui-même de la validité tant externe qu'interne de l'acte, ne servirait à définir que l'acte « purement » unilatéral — la déclaration — et non les autres actes, qui sont à tort marginalisés. La nature contraignante de ce critère ne résiste pas à l'analyse tant il s'agit au contraire d'un dénominateur commun. Il en va de même du critère tiré de l'autonomie de l'obligation, qui ne peut que se révéler particulièrement amplificateur de la variété des situations visées et, de ce fait, de la diversité des régimes à élaborer. Pour ne prendre qu'un exemple, dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, la CIJ a tiré, à propos de l'abstention d'agir, toute une série de conséquences dont la mise en forme pourrait constituer un régime spécifique de l'inaction. De ce point de vue, le droit des traités ne peut qu'enrichir le droit relatif aux actes unilatéraux des États.

4. Quel que soit le cas de figure considéré, le régime de l'émission de l'acte unilatéral est étroitement lié à la qualité initiale de cet acte, c'est-à-dire à sa validité. Et le régime de l'exécution ou du fonctionnement est lié à l'objet de l'acte. Ainsi, à la fonction déterminante de l'objet et du but dans le droit des traités correspondrait une fonction déterminante du contenu et de l'intention dans le droit relatif aux actes unilatéraux des États. S'agissant du régime de l'opposabilité et de la notoriété, il devrait se révéler en grande partie lié à la portée de l'acte. La dialectique des obligations et des intérêts et droits correspondants implique des considérations de délai dont il faut se demander quelles seraient les résonances dans le droit relatif aux actes unilatéraux des États. La qualité pour agir est une autre considération à prendre en

[1] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

compte. Lorsque des actes unilatéraux sont destinés à la communauté internationale dans son ensemble, qui va se prévaloir des droits de cette communauté internationale tels qu'ils sont induits par la position prise par tel ou tel État ? Quel État a qualité pour agir et de quelle communauté internationale organisée s'agit-il ? La prise en compte de toutes ces considérations ne peut qu'ajouter de la consistance aux règles minimales dont l'élaboration semble cadrer le mieux avec la tâche du Rapporteur spécial, et donner tout son sens au sujet.

5. M. SIMMA est d'avis que la tâche du Rapporteur spécial dépend beaucoup de la manière dont on conçoit la codification du sujet. La forme du projet d'articles lui semble très difficile à envisager tant les définitions seraient alors nombreuses et les règles de fond très générales, donc inopérantes. On pourrait tout au plus envisager des sortes de mises en garde aux chefs d'État et aux politiciens contre les conséquences possibles de propos trop explicites. La seule forme réaliste semble donc être celle d'une étude descriptive du sujet. Pour cela, il faut d'abord définir ce qui est à inclure dans ladite étude ou à en exclure. L'extrême multiplicité des actes unilatéraux des États n'interdit aucunement un travail de systématisation et de classement de ces actes. L'on peut ainsi définir trois grandes catégories. La première est celle des actes auxquels le droit international n'assigne aucune conséquence spécifique et uniforme autre que celles découlant de la situation concrète. Les coups de semonce tirés par un navire contre un autre navire peuvent, selon la situation concrète, relever de la mise en œuvre d'une résolution du Conseil de sécurité ou constituer une violation du paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies. Cette première catégorie ne saurait faire partie du champ de l'étude, pas plus que le silence, même si le droit international peut conférer certaines conséquences à ce dernier. La deuxième catégorie est celle des actes unilatéraux auxquels le droit international lui-même assigne des conséquences. Il s'agit, par exemple, de l'occupation d'une *terra nullius*, de l'abandon d'un territoire ou du *negotiorum gestio*. Le cas des déclarations est moins clair, mais la déclaration de guerre entre incontestablement dans cette catégorie. Bien entendu, il n'existe plus de *terra nullius* et le paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte interdit le recours à la guerre, mais l'on rencontre encore des actes relevant de cette deuxième catégorie, qui devrait également être exclue du champ de l'étude.

6. La troisième catégorie est celle des actes unilatéraux qui sont conçus par l'État dont ils émanent pour avoir les conséquences juridiques désirées par cet État ou destinés à avoir de telles conséquences. Cette catégorie peut elle-même être scindée en deux sous-catégories. Premièrement, les actes unilatéraux que l'on pourrait appeler « dépendants », à savoir ceux dont les effets dépendront d'un acte correspondant d'un ou plusieurs autres États. On peut citer, comme exemple de tels actes, l'offre et l'acceptation dans le contexte du droit des traités, de même que l'accession, la ratification, la formulation de réserves et la dénonciation, ainsi que les déclarations faites en vertu du paragraphe 2 de l'Article 36 du Statut de la CIJ. La deuxième sous-catégorie est celle des actes qui, pour produire leurs effets, n'ont pas besoin d'une réponse sous la forme d'un acte correspondant émanant d'un autre État. Ces actes n'ont pas à être acceptés, mais simplement reçus au sens où ils doivent, c'est évident, être portés à l'attention des autres États. Il en est ainsi de la reconnaissance, de la protestation et de la renonciation à des droits ainsi que des promesses unilatérales. Ce sont les actes entrant dans cette catégorie, celle des actes unilatéraux autonomes, qui devraient être étudiés plus avant par le Rapporteur spécial et qui appellent d'ores et déjà certaines observations.

7. La première observation est que la question de la force contraignante, ou du caractère obligatoire de ces actes autonomes se pose différemment pour chacun d'eux. En ce qui concerne la reconnaissance, la principale question sera de savoir si l'acte est révocable. En matière de protestation, il s'agira surtout de déterminer dans quelles circonstances un État est tenu de protester pour éviter certaines conséquences, par exemple pour éviter d'être lié par une règle du droit international coutumier qui est en train de se faire jour.

8. Le problème le plus intéressant en la matière est néanmoins celui de la force obligatoire, pour les États dont elles émanent, des promesses unilatérales, un terme qui, pour M. Simma, doit être préféré à celui de « déclaration unilatérale », trop formel et donc susceptible de recouvrir des actes très divers. C'était bien d'une promesse de la France de ne pas poursuivre ses essais nucléaires que la CIJ a tiré certaines conséquences dans les affaires des *Essais nucléaires*. Dans quelles circonstances, donc, une promesse unilatérale est-elle contraignante pour l'État dont elle émane ? Il existe à cet égard au moins six théories, que l'on peut ranger dans deux groupes, à savoir les théories subjectives et les théories objectives. Selon les premières, c'est l'intention de l'État qui fait la promesse qui crée l'obligation, sur le fondement, semble-t-il, de la *pollicitatio* du droit romain. Pour M. Simma, l'élément subjectif, s'il est nécessaire, n'est pas suffisant, et un élément objectif doit aussi être présent. Les théories objectives semblent quant à elles reposer sur la notion d'estoppel, ou des notions plus larges comme celles de la bonne foi. C'est ce qu'a fort bien exprimé Reuter lorsqu'il a déclaré : « Cette affirmation [du caractère contraignant d'une promesse unilatérale] est basée sur le principe de la bonne foi, et plus spécialement sur l'obligation de respecter les convictions que l'on fait naître par son comportement »[2].

9. Une dernière distinction semble s'imposer, car l'idée de faire fond sur une promesse peut être comprise au sens concret, et le principe est alors qu'une promesse unilatérale est contraignante si, étant donné les circonstances concrètes, son destinataire a fait fond sur elle, et c'est ici qu'interviendra la notion d'estoppel, mais elle peut aussi, et pour M. Simma elle doit, être comprise dans un sens plus abstrait : une promesse unilatérale est contraignante si, étant donné les circonstances, son destinataire, ou même la communauté des États, peuvent légitimement faire fond sur elle. Un premier exemple est celui des garanties négatives de sécurité formulées par les États dotés d'armes nucléaires en diverses occasions. C'est ainsi qu'en 1978 l'Union soviétique a déclaré, lors de la dixième session extraordinaire de l'Assemblée générale, consacrée au désarmement, qu'elle n'utiliserait jamais d'armes nucléaires contre les États qui renonçaient à pro-

[2] P. Reuter, *Droit international public*, 5e éd., Paris, Presses universitaires de France, 1976, collection « Thémis », p. 142.

duire ou à acquérir de telles armes et n'en n'avaient pas sur leurs territoires[3]. Deux ans plus tard, l'Autriche a déclaré qu'elle considérait que les déclarations respectives des gouvernements des États dotés d'armes nucléaires, dont l'Union soviétique, liaient les puissances nucléaires concernées en vertu du droit international[4]. Or, si M. Brejnev a réitéré cette promesse en 1982, en 1993, la Fédération de Russie semble avoir pris ses distances avec elle. Cet exemple montre qu'il est préférable pour un État qui veut faire fond sur une promesse unilatérale de la faire figurer dans un traité. C'est ce qui s'est produit en 1990 quand, dans le cadre des négociations qui ont abouti à la réunification allemande, la République fédérale d'Allemagne a promis unilatéralement de limiter les effectifs de l'armée fédérale à 370 000 hommes; quelques mois plus tard, une obligation de même effet était énoncée dans le traité « 2 + 4 »[5].

10. Dans ce contexte, des promesses qui semblent à première vue unilatérales se révèlent souvent un élément d'une négociation ou d'un processus bilatéral. La fameuse déclaration Ihlen (voir *Statut juridique du Groënland oriental*, p. 69 et 70), par exemple, a été faite en réponse à une démarche danoise, et s'inscrivait donc dans un contexte de réciprocité. Inversement, il est fréquent que des déclarations unilatérales ne fassent que reprendre une obligation contractée antérieurement : la déclaration faite par le Gouvernement égyptien sur le canal de Suez[6], en 1957, pouvait ainsi être considérée comme reposant sur la Convention destinée à garantir en tous temps et à toutes les Puissances le libre usage du canal maritime de Suez (Convention de Constantinople de 1888). Enfin, M. Simma observe que les actes unilatéraux des États ne sont pas une source du droit mais qu'ils créent des obligations juridiques, et que les principes et les règles sur la base desquels ils créent de telles obligations font partie des principes généraux du droit ou du droit international coutumier.

11. M. BROWNLIE, se référant à l'intervention de M. Simma, dit que les membres de la Commission ont une obligation envers le Rapporteur spécial, celle d'étudier de manière approfondie les catégories d'actes qu'il définit aux fins de l'étude, et qu'il n'est pas suffisant de proposer d'emblée d'autres catégories. Le Rapporteur spécial a fait une tentative intellectuelle respectable pour trouver un terrain déjà bien balisé par la doctrine et la jurisprudence, et le paragraphe 57 de son premier rapport est à cet égard bienvenu, de même que le paragraphe qui précède, concernant l'analogie avec le droit des traités. M. Brownlie accepte quant à lui la catégorie fondamentale identifiée dans ces paragraphes, à savoir les actes unilatéraux formels des États, même s'il pense que d'autres institutions doivent aussi être étudiées, et en premier lieu l'estoppel, qui figure en bonne place dans la jurisprudence des juridictions internationales.

12. M. ELARABY fait observer, en ce qui concerne les assurances négatives de sécurité formulées par les États dotés d'armes nucléaires et évoquées par M. Simma, que les États non dotés de telles armes ne se satisfont pas réellement de ces assurances et qu'ils auraient préféré que les États dotés d'armes nucléaires signent des accords contenant des engagements similaires. On peut d'ailleurs considérer, en ce qui concerne les zones exemptes d'armes nucléaires qui ont été créées, la dernière en Afrique en 1996[7], que les assurances négatives de sécurité ont des effets juridiques, et elles ont été acceptées en tant que telles.

13. M. SIMMA, répondant à M. Brownlie, se défend d'avoir rejeté d'emblée les catégories proposées par le Rapporteur spécial et souligne que c'est uniquement pour aider ce dernier qu'il en a proposé d'autres que celui-ci n'avait pas retenues. Quant à l'estoppel, qui est certes une notion bien établie en droit international public, il n'entre en jeu qu'après l'acte unilatéral et ne constitue pas un acte unilatéral en lui-même. Par ailleurs, M. Simma souscrit entièrement aux observations de M. Elaraby, qui étayent son opinion selon laquelle il est toujours préférable de confirmer une promesse unilatérale dans le cadre d'un traité.

14. M. MIKULKA estime que, si les catégories proposées par M. Simma sont satisfaisantes sur le plan théorique, la frontière qui les sépare n'est pas toujours bien marquée, et qu'il est nécessaire de se faire une idée des actes qui ne peuvent en aucun cas produire des effets juridiques pour déterminer *a contrario* quels actes en produisent. Il est par contre d'accord avec la distinction faite entre les actes dépendants et les actes autonomes, mais il se demande si les premiers relèvent bien du sujet à l'étude et si, du fait que leurs conséquences juridiques naissent de la rencontre des volontés, ils ne constituent pas plutôt des accords en forme très simplifiée.

15. M. Mikulka convient aussi avec M. Simma qu'il est des actes unilatéraux auxquels le droit international attribue certaines conséquences juridiques spécifiques, parfois dans des instruments existants tels que les Conventions de Vienne de 1961 et de 1969. On peut néanmoins se demander s'il est utile de répertorier tous les actes en question, même s'il faut éviter de tomber dans l'autre extrême qui consisterait à les exclure d'emblée de l'étude; une analyse critique de ce qui a déjà été codifié en vue de trouver des traits communs serait en effet susceptible de faciliter l'étude en cours. Enfin, M. Mikulka pense qu'il faudra aussi se demander dans quelle mesure les actes unilatéraux d'organes ou subdivisions de l'État sont bien attribuables à l'État, car dans certains domaines, par exemple celui de la violation des obligations internationales, l'État est défini beaucoup plus largement que dans d'autres, comme celui du droit des traités.

16. M. Sreenivasa RAO souligne, au sujet de l'estoppel, que c'est l'acte unilatéral qui crée une conviction sur la

[3] Département des affaires de désarmement, *The United Nations General Assembly and Disarmament 1984* (publication des Nations Unies, numéro de vente : E.85.IX.7), annexe du chapitre VIII, p. 119. Voir également *Documents officiels de l'Assemblée générale, dixième session extraordinaire, Séances plénières*, 5e séance, par. 44.

[4] *Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-cinquième session, Première Commission*, 40e séance (A/C.1/35/PV.40), p. 70.

[5] Traité portant règlement définitif concernant l'Allemagne (Moscou, 12 septembre 1990), RGDIP, Paris, éditions du CNRS, t. 94, 1990, p. 1168, art. 3, par. 2.

[6] Voir 2524e séance, note 17.

[7] Traité sur une zone exempte d'armes nucléaires en Afrique (Traité de Pelindaba) [Le Caire, 11 avril 1996], A/50/426, annexe.

base de laquelle d'autres États vont fonder leur comportement, et qu'à ce titre cette institution relève bien du sujet à l'examen.

17. M. SIMMA s'étonne que l'on voie dans l'estoppel un cas de figure relevant de l'étude entreprise par la Commission : on perçoit mal comment il peut constituer un acte unilatéral, puisqu'il résulte d'une situation dans laquelle un État A, revenant sur une attitude antérieure, cause un préjudice à un État B. Il ne peut y avoir estoppel que s'il y a au moins deux États.

18. M. Sreenivasa RAO constate que M. Simma se concentre sur les conséquences de l'acte unilatéral. Pour sa part, il voulait parler de l'acte initial qui, dès l'origine, a des conséquences juridiques, puisque, dès l'origine, il peut faire naître une situation d'estoppel. Vu sous cet angle, l'estoppel relève du sujet.

19. M. GALICKI félicite M. Simma de son effort de systématisation. La Commission doit lui en savoir gré, puisqu'elle sera de toute manière obligée de définir les différentes espèces d'actes unilatéraux.

20. Comme l'a dit M. Mikulka, il sera très délicat de faire une distinction entre les deux premières catégories d'actes unilatéraux proposées par M. Simma. À quoi on peut ajouter qu'il ne sera pas non plus facile de délimiter la troisième catégorie, celle qui est fondée sur le principe que l'auteur de l'acte explicite les conséquences juridiques qu'il souhaite attacher à cet acte. C'est cette catégorie qui est au cœur du sujet. Mais un exemple en montre bien l'ambiguïté, celui de la déclaration de neutralité, qui peut aussi relever de la deuxième catégorie, selon les circonstances. La Commission devra donc travailler à définir ce qui distingue la situation où le droit international attache certaines conséquences juridiques à un acte de la situation où c'est l'auteur de l'acte qui entend que celui-ci comporte certaines conséquences juridiques. Comme les deux situations peuvent se superposer dans la pratique, la distinction entre l'une et l'autre catégorie sera d'autant plus difficile à établir.

21. À propos de l'observation de M. Simma selon laquelle les actes unilatéraux des États ne sont pas une source distincte du droit international, selon la classification en vigueur, mais créent des obligations de droit, on rappellera qu'une obligation de droit ne se forme pas dans le vide et qu'elle n'existe jamais que vis-à-vis d'un partenaire, de plusieurs partenaires, ou même *erga omnes*. Le partenaire ainsi visé acquiert dans une certaine mesure le droit d'agir d'une certaine manière. On se trouve donc dans une situation où des droits et des obligations apparaissent dans la sphère du droit international, d'où l'on conclut qu'il s'agit d'obligations et de droits internationaux. De l'avis de M. Galicki, cette distinction entre les sources du droit international et les sources des obligations internationales devrait être développée davantage. L'étude qu'entreprend la Commission en offre opportunément l'occasion.

22. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial) dit que les juristes anglo-saxons ont tendance à voir dans l'estoppel une figure de la procédure d'administration de la preuve dans un procès. La Commission s'occupe des actes juridiques unilatéraux des États, c'est-à-dire qu'elle doit écarter de son analyse les attitudes, les comportements, les activités des États qui ne sont pas à proprement parler des actes, même s'ils produisent des effets juridiques. Mais l'estoppel peut être invoqué pour des actes, des comportements, etc., ayant des effets juridiques et il est à ce titre intéressant de l'étudier en relation avec les actes unilatéraux des États.

23. M. HAFNER, revenant sur l'exemple des assurances négatives en matière de sécurité, précise que, pour évaluer la validité juridique de la déclaration faite par les puissances nucléaires, l'Autriche s'est appuyée sur l'arrêt rendu par la CIJ dans les affaires des *Essais nucléaires*. Elle a conclu, au regard des critères qui y étaient dégagés, que la déclaration en question était contraignante pour les États qui l'avaient faite. Les puissances nucléaires en ont été très étonnées : à leurs dires, telle n'était pas du tout leur intention.

24. Pour M. Hafner, le problème s'analyse de la manière suivante : on peut dire qu'il y avait présomption d'effet contraignant de la déclaration, en d'autres termes que c'était aux autres États de prouver éventuellement que cette présomption était fausse. Dans ce cas, on pourrait faire valoir que, si l'on considère la déclaration des puissances nucléaires comme obligeant effectivement ses auteurs, on voit mal pourquoi ces puissances auraient continué de négocier un traité de dénucléarisation, entreprise qui atteste qu'elles n'avaient pas l'intention de s'engager internationalement par leur déclaration. L'expression de la volonté, critère défini par la CIJ, n'était pas manifeste dans leur cas.

25. M. BROWNLIE se demande lui aussi si l'estoppel fait ou non partie du sujet à l'examen. À son avis, il faut se garder d'être exagérément théorique. Dans la pratique, beaucoup d'avocats internationaux considèrent que l'estoppel relève en effet du domaine des actes unilatéraux des États. Il est impensable que la Commission laisse de côté une figure juridique d'une telle importance, et encore pour des raisons purement doctrinales.

26. La Commission devrait d'autre part établir clairement la distinction entre l'acte unilatéral classique et l'acte qui définit lui-même sa propre nature *(self-characterizing)* : ainsi, la déclaration faite par le Gouvernement égyptien sur le canal de Suez a été déposée auprès du Secrétaire général de l'ONU et explicitait bien les intentions de ses auteurs. D'une manière générale cependant, les actes unilatéraux des États ne comportent pas leur propre définition. Le problème particulier que soulève la déclaration orale Ihlen, citée au paragraphe 88 du premier rapport, est qu'elle ne s'autodéfinissait pas et que sa nature n'a été explicitée qu'au cours d'une procédure contentieuse. Beaucoup d'exemples cités par les divers membres de la Commission présentent le même caractère, c'est-à-dire qu'ils évoquent des actes qui ne sont pas considérés comme ayant des effets *ab initio*, parce que, par exemple, ils n'ont pas été ratifiés par le parlement lorsque la constitution prévoit cette procédure. Ces actes ne disent pas ce qu'ils sont au moment où ils sont accomplis : leur sens ne devient une considération pertinente qu'à posteriori. La Commission ne peut donc les écarter de ses réflexions pour la simple raison que leur accomplissement n'est pas immédiatement analogue à ce qu'est, dans la sphère du droit conventionnel, la conclusion d'un traité

ou de quelque autre instrument qui dit à quoi il correspond, dès le moment où il est conclu.

27. M. HERDOCIA SACASA salue l'effort de classification de M. Simma mais pense que le Rapporteur spécial a eu le mérite fondamental de définir certains actes que la doctrine place dans la sphère des actes unilatéraux des États mais qui ont en réalité une base conventionnelle. Son travail a consisté à chercher les éléments constitutifs de ce que la CIJ a qualifié dans plusieurs de ses arrêts d'acte juridique purement unilatéral. Dans les affaires des *Essais nucléaires*, elle a précisé que ce type d'acte n'appelait aucune contrepartie, même pas l'acceptation ultérieure d'un autre État, car, considération fondamentale, exiger la réaction d'un autre État que l'auteur de l'acte unilatéral serait enfreindre le caractère strictement unilatéral de l'acte d'origine. Le Rapporteur spécial a essayé de se maintenir dans les limites ainsi étroitement définies de ce cas de figure.

28. M. Herdocia Sacasa n'en pense pas moins que la Commission devrait analyser de manière plus détaillée d'autres types d'actes unilatéraux et de situations, ceux par exemple que plusieurs de ses collègues ont déjà évoqués comme le silence, l'acquiescement ou l'estoppel. Ce n'est qu'après ce travail qu'elle pourra avoir une vision globale de son sujet.

29. M. ECONOMIDES juge le pessimisme de M. Simma excessif. Il rappelle que l'acte conventionnel, c'est-à-dire l'accord entre États, est une situation qu'il n'est pas si aisé d'obtenir dans la mesure où il faut faire coïncider deux volontés. On le voit bien dans l'affaire de la déclaration Ihlen, dans laquelle la CIJ n'a vu qu'une déclaration unilatérale qui comportait certaines conséquences juridiques, mais dont M. Simma semble penser qu'elle présentait les éléments d'un processus conventionnel.

30. Quant à la déclaration de l'Union soviétique de 1978 (voir *supra* par. 9), on peut dire que son acceptation par l'Autriche ne suffit pas à transformer le fait de l'Union soviétique en un acte conventionnel par lequel elle se serait engagée internationalement vis-à-vis de l'Autriche. Si un État offre à son voisin des facilités portuaires et si ce voisin déclare accepter cette offre, cela ne crée pas pour autant un engagement international conventionnel. Il aurait été facile pour le premier État de conclure un accord, mais c'est justement parce qu'il n'a pas voulu s'imposer une servitude d'ordre international qu'il s'est réservé la faculté de revenir sur sa première attitude. On constate que l'acte unilatéral est une démarche facile, utile, largement suivie par les États qui ne veulent pas s'engager au plan international et qui peut, d'ailleurs, évoluer par la suite en direction d'un accord ou d'un traité. Cette technique des relations internationales est très répandue dans la pratique étatique, et la Commission aurait tort de borner son étude à une simple analyse doctrinale.

31. M. ELARABY pense, comme M. Sreenivasa Rao, que, plus la Commission jettera de lumière sur les actes unilatéraux des États et sur leurs conséquences, plus le cas de l'estoppel s'éclairera. Cette figure juridique, où s'exprime la réaction d'un État à un acte unilatéral ayant des effets juridiques, relève à l'évidence du sujet à l'examen. Il serait inacceptable, par exemple, qu'une déclaration devant le Conseil de sécurité ou l'Assemblée générale, dont l'auteur n'envisage pas forcément les conséquences juridiques, mette l'État dont elle émane en situation d'estoppel. Pour beaucoup de pays, une simple déclaration de politique générale ne peut être considérée comme produisant des effets juridiques tels que cette déclaration les ferait passer au niveau où peut apparaître une situation d'estoppel.

32. M. CRAWFORD pense, lui aussi, qu'il ne convient pas d'écarter automatiquement la question de l'estoppel du champ d'étude de la Commission. C'est un cas de figure largement accepté par les tribunaux internationaux. On pourrait l'analyser sous l'angle des circonstances dans lesquelles l'État ne peut revenir sur un acte unilatéral. De ce point de vue, l'estoppel relève clairement du sujet à l'examen.

33. M. PELLET se range à l'avis qu'expose le Rapporteur spécial aux paragraphes 59 à 131 du premier rapport : les actes unilatéraux des États existent bel et bien. La doctrine en parle, la jurisprudence se fonde sur certains actes de ce type et, surtout, les États les accomplissent et invoquent ceux des autres États ou protestent contre eux. Le problème tient au fait que les États accomplissent des actes unilatéraux sans le savoir, en ce sens qu'ils ne sont pas clairement définis et que le régime qui leur est applicable reste incertain. C'est pourquoi le sujet revêt tant d'importance et pourquoi la Commission a bien fait de l'inscrire à son ordre du jour.

34. Pour procéder à la codification de la matière et, éventuellement au développement progressif du droit qui la régit, la Commission n'est pas tenue de déterminer dès le début la forme finale que prendront ses conclusions mais il est clair que le sujet à l'examen se prête à l'élaboration d'un projet d'articles assorti de commentaires, qui devra commencer évidemment par des définitions. Tel est précisément l'objet du rapport à l'examen, et M. Pellet approuve à cet égard l'approche retenue par le Rapporteur spécial.

35. Il s'interroge cependant sur un problème de méthode : s'agit-il de définir les actes unilatéraux des États en général, ou simplement de les définir aux fins de l'étude que la Commission entreprend ? Il faut régler la question d'emblée, car on peut aboutir à des définitions différentes selon la démarche que l'on adopte, et déterminer dès le départ s'il existe une définition généralement acceptée de l'acte unilatéral de l'État. Il est clair qu'il n'en existe pas. Comme l'ont fait remarquer le Rapporteur spécial et quelques autres membres de la Commission, les actes unilatéraux des États ne figurent pas parmi les sources du droit international énumérées à l'Article 38 du Statut de la CIJ, et aucune juridiction ne s'est hasardée à donner de définition générale. Même la CIJ s'est contentée, dans les affaires des *Essais nucléaires*, de parler de « déclaration » unilatérale.

36. Pour M. Pellet, l'effort de définition doit partir du fait que l'on est en présence d'un acte, c'est-à-dire de la manifestation de la volonté d'un sujet de droit destinée à produire des effets juridiques, ou, pour reprendre la définition classique de Jacqué, d'« une manifestation de volonté, imputable à un ou plusieurs sujets de droit inter-

national et destinée à créer une norme à laquelle le droit international rattache la création de droits et d'obligations »[8]. Ces qualifications suffisent à distinguer les actes unilatéraux des autres actes que le Rapporteur spécial écarte à juste titre du champ de l'étude, même si c'est pour des raisons qui ne sont pas entièrement convaincantes.

37. Tel est le cas de ce qu'il appelle les « actes politiques » . Pour un juriste, une déclaration politique ne peut pas être un acte en ce sens que, même si elle est internationale, elle n'est pas destinée à produire des effets de droit tout simplement parce que son auteur ne le veut pas, comme le Rapporteur spécial l'explique très bien au paragraphe 44 du premier rapport. La déclaration politique est aux actes unilatéraux ce que le *gentleman's agreement* est aux traités : elle ressemble à ces actes car elle émane d'un seul État mais il n'en résulte ni droits ni obligations au sens juridique de ces deux termes. Mais, qu'elles soient unilatérales ou concertées, les déclarations politiques ont un effet : elles peuvent être à l'origine d'un estoppel, et elles peuvent aussi, comme les actes unilatéraux, contribuer à la formation de règles coutumières. Mais elles ne créent pas directement de droits subjectifs et n'obligent pas leurs auteurs. À cet égard, M. Pellet se dissocie du Rapporteur spécial lorsqu'il parle, aux paragraphes 43 et 45 de son rapport, du « caractère obligatoire » des actes politiques. Les actes politiques ne sont, par définition, obligatoires pour personne, même pas pour l'État auteur de la déclaration, et c'est bien ce qui les distingue des actes unilatéraux. Cela ne signifie pas que les États les ignorent, ni même, en définitive, qu'ils ne les fassent pas prévaloir sur le droit, car le droit n'est pas tout : la politique, la morale ou la religion interviennent aussi.

38. Si l'on s'en tient à la définition citée, les considérations qui figurent aux paragraphes 48 à 57 et 95 du rapport paraissent à la fois trop vagues et trop compliquées. Les raisons pour lesquelles le silence ou le comportement ne relèvent pas du sujet sont plus simples : ni l'un ni l'autre n'est une manifestation de volonté destinée à avoir des effets juridiques. En revanche, le Rapporteur spécial a tort d'écarter ce qu'il appelle les actes relatifs à la responsabilité internationale des États. En effet, ces actes ne sont pas une catégorie particulière d'actes unilatéraux : ils constituent ce que le projet relatif à la responsabilité des États[9] qualifie de « faits internationalement illicites » et posent, dans le cadre du sujet à l'examen, la question essentielle de savoir s'ils sont valides ou non. Mais ce n'est pas parce qu'ils engagent la responsabilité d'un État qu'ils doivent être exclus. M. Pellet s'étonne aussi de l'importance accordée par le Rapporteur spécial et plusieurs membres de la Commission à la question de l'estoppel. Ce cas de figure ne correspond en effet en rien à la définition de l'acte unilatéral. La question qui se pose réellement est celle de savoir si un acte unilatéral peut être à l'origine d'une situation d'estoppel et dans quelles conditions. La réponse est probablement affirmative, mais elle touche aux effets des actes unilatéraux et non à leur définition, et il serait prématuré à ce stade de prendre position sur ce point et plus encore d'éliminer entièrement le problème.

39. Une deuxième caractéristique de l'acte unilatéral est qu'il doit émaner d'un sujet de droit unique, et exprimer, comme le dit le Rapporteur spécial, une volonté unitaire. Il faut en premier lieu observer que, comme le reconnaît le Rapporteur spécial, l'auteur de l'acte peut être « composite ». M. Pellet pense par exemple aux décisions des quatre puissances alliées en Allemagne qui ont souvent pris une forme conventionnelle, mais qui se présentaient, à l'égard du peuple allemand puis des deux Allemagne, comme des actes unilatéraux. Sans doute ne faudra-t-il pas s'attarder sur ce phénomène, mais il mérite d'être gardé à l'esprit. En deuxième lieu, il convient de noter que certains actes unilatéraux comportent des éléments bilatéraux ou synallagmatiques. Ce sont les actes qui, par le fait qu'ils sont reçus, prennent une valeur juridique différente, par exemple les offres. Comme l'a fait remarquer M. Ferrari Bravo (2524e séance), l'éventuelle prise d'acte du destinataire peut mettre l'auteur de l'acte dans l'impossibilité de retirer ou de modifier celui-ci. C'est également un point sur lequel il faudra revenir.

40. Il ne suffit pas, cependant, qu'un État agisse unilatéralement pour que l'on soit en présence d'un acte juridique unilatéral au sens du droit international. Encore faut-il, selon la définition, que cet acte exprime la volonté de créer des droits et des obligations, ce qui soulève la grande question de savoir à l'égard de qui sont créés ces droits et ces obligations. À cet égard, le rapport n'est pas très limpide. Or, une distinction fondamentale doit être faite entre les actes autonormateurs, par exemple ceux qui créent des obligations à charge de celui qui les émet et des droits pour leur destinataire ou, le cas échéant, pour la communauté internationale dans son ensemble — c'est le cas de la déclaration faite par le Gouvernement égyptien sur le canal de Suez en 1957 par laquelle l'Égypte s'est engagée à respecter la liberté de navigation dans le canal de Suez —, et les actes hétéronormateurs qui entendent créer des obligations pour des États ou des sujets de droit international autres que celui qui a émis l'acte. Cette distinction, qui affleure çà et là dans le rapport, n'y est jamais explicitée alors qu'elle paraît essentielle.

41. En ce qui concerne les actes autonormateurs, de nombreux problèmes techniques se posent à propos de leur régime juridique mais, comme le dit le Rapporteur spécial aux paragraphes 152 à 162 de son rapport, le fondement de leur caractère obligatoire se trouve dans le principe de la bonne foi, qui étaye aussi bien l'adage *pacta sunt servanda* énoncé à l'article 26 de la Convention de Vienne de 1969 que la règle *acta sunt servanda* empruntée par le Rapporteur spécial au schéma général élaboré à la quarante-huitième session[10]. Ce principe n'est toutefois d'aucun secours dès lors que l'acte unilatéral a vocation à créer des obligations, non pas pour son auteur, mais pour d'autres sujets du droit international, d'autres États le plus souvent.

[8] J. P. Jacqué, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972, p. 181.

[9] Voir 2520e séance, note 8.

[10] *Annuaire... 1996*, vol. II (2e partie), p. 154, doc. A/51/10, annexe II, additif 3.

42. En effet, si le principe de l'égale souveraineté des États signifie qu'aucun État, aussi puissant soit-il, n'a le droit général d'imposer des obligations à d'autres États dans la sphère internationale, il existe, dans des cas particuliers, des actes unilatéraux de caractère hétéronormateur, par exemple l'acte par lequel un État fixe librement la largeur de sa mer territoriale dans la limite des douze milles marins. Bien que, dans son rapport, le Rapporteur spécial n'aborde pas directement la question du fondement du caractère obligatoire de ce type d'actes, il esquisse une réponse en affirmant que, trouvant son principe dans une règle de droit international coutumier relevant du droit de la mer, un tel acte n'est pas purement unilatéral ou, selon une autre terminologie, autonome, et se trouve dès lors hors du champ de l'étude. Cette réponse n'est pas convaincante car la règle fondement ainsi énoncée n'est pas par nature différente du principe *acta sunt servanda* ou *promissio est servanda*; il y a dans les deux cas une « habilitation » au sens que donnait Kelsen à ce mot[11]. Il est ainsi possible de formuler un principe général valable pour tous les actes unilatéraux : ils ont un effet obligatoire à condition que, et dans la mesure où, il existe une règle d'habilitation leur conférant un tel effet. Contrairement à ce qu'affirment certains, la question du fondement du caractère obligatoire des actes unilatéraux est essentielle et touche au cœur même du mystère que constitue le droit international, droit qui lie d'abord des entités souveraines, lesquelles ne peuvent exercer, dans la sphère internationale, que des compétences, c'est-à-dire des pouvoirs délimités par le droit. M. Pellet espère vivement que les travaux futurs de la Commission sur le sujet permettront de rappeler avec force cette évidence nécessaire.

43. S'agissant du thème à retenir aux fins du futur projet d'articles, M. Pellet n'estime pas judicieuse l'idée avancée par le Rapporteur spécial de limiter l'étude aux actes unilatéraux autonomes des États. La Commission, soucieuse de dégager un régime général des actes unilatéraux et non une addition de régimes spéciaux, peut certes laisser de côté certains actes unilatéraux, comme la ratification ou les réserves, parce qu'ils sont régis par des règles spéciales mais non en raison de leur absence d'autonomie. De même que, lorsqu'elle a codifié le droit des traités, la Commission ne s'est pas arrêtée aux particularités des règles caractérisant les traités relatifs aux droits de l'homme, au désarmement ou à l'environnement, tout en les prenant en considération le cas échéant à titre d'exemple ou de contre-exemple, elle doit, dans le domaine des actes unilatéraux, prendre acte qu'il existe des régimes particuliers, se demander s'ils peuvent l'aider malgré tout à dégager des règles générales et tenter d'expliquer les raisons de leur spécificité.

44. Enfin, M. Pellet est profondément convaincu du caractère réaliste de l'entreprise dans laquelle s'engage la Commission. Il existe, certes, des différences indéniables entre la fixation de la largeur de la mer territoriale, la reconnaissance d'État, la notification d'occupation d'un territoire, la déclaration de guerre ou la promesse en matière commerciale, mais elles ne sont pas plus prononcées que celles qu'il y a entre un traité bilatéral relatif au fret aérien et la Charte des Nations Unies ou la Convention européenne des droits de l'homme. Or, ces différences n'ont pas empêché la codification du droit des traités d'une façon que tout le monde s'accorde à juger globalement satisfaisante. Le même exercice semble donc possible pour les actes unilatéraux, à condition que la Commission s'intéresse aux règles généralement applicables, à leur formation, leur validité, leur interprétation et leur application — d'aucuns diraient aux règles secondaires — sans s'arrêter au contenu des actes unilatéraux ni au régime juridique particulier qui caractérise certains de ces actes.

45. M. ADDO dit que le sujet ne se prêtant pas facilement à la codification, il pourrait être sage que la Commission, comme l'a proposé M. Brownlie, se limite dans un premier temps à une étude descriptive du sujet avant de procéder éventuellement à un réexposé du droit dans ce domaine. L'absence d'une définition exhaustive, uniforme et précise ajoute à la difficulté de la tâche, la nature des actes unilatéraux ne pouvant être pleinement appréhendée qu'à partir des particularités caractérisant leurs différents types.

46. Pour ce qui est du fondement de l'effet obligatoire des actes unilatéraux, ce n'est qu'à l'occasion des affaires des *Essais nucléaires* que la CIJ a déduit cet effet de la bonne foi, principe de droit international coutumier. Ce principe ne vaut toutefois pas pour des actes comme la reconnaissance, la protestation, la notification ou la renonciation, qui sont devenus des institutions de droit international à part entière dont la force juridique repose directement sur le droit international coutumier. L'État auteur d'une déclaration étant à même, dans certaines circonstances, et sur la base du droit coutumier en vigueur, de créer unilatéralement du droit, il est incontestable que ce type d'acte peut avoir des conséquences considérables. Deux questions préoccupantes auxquelles devrait s'intéresser le Rapporteur spécial sont, d'une part, celle du caractère irrévocable ou non d'une déclaration unilatérale et, d'autre part, celle de la qualité du représentant de l'État censé engager celui-ci par un acte unilatéral.

47. M. GOCO, soulignant la complexité et l'ampleur du sujet que font ressortir les débats, souhaiterait avoir des indications sur l'orientation qui va être donnée à l'étude de la Commission.

48. M. LUKASHUK considère que, dans une première étape, le Rapporteur spécial devrait s'en tenir au thème des actes purement unilatéraux de manière à aboutir à un résultat concret, faute de quoi il risque de se heurter à une tâche impossible.

49. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA, appuyé par M. THIAM, dit que le problème de l'orientation à donner à l'étude est prématuré, le débat n'étant pas terminé.

50. M. ECONOMIDES constate que trois tendances existent au sein de la Commission : celle exprimée par le Rapporteur spécial tendant à limiter l'examen à l'acte formel et autonome qui crée des droits et obligations sur le plan international; celle préconisant, en outre, l'examen d'autres actes non formels ou non autonomes qui permettent aussi de créer des droits et obligations en droit inter-

[11] H. Kelsen, « Théorie du droit international public », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1953-III*, Leiden, Sijthoff, 1955, t. 84, p. 1 à 201, notamment p. 10 à 12.

national; et celle, qu'il appuie personnellement, consistant à inclure dans le sujet les actes formels autonomes et à subordonner la décision sur les autres actes à un approfondissement de l'étude préliminaire.

51. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial) dit qu'il est important de penser à l'orientation que devra adopter la Commission. Le point central du rapport est la tentative de définition des actes unilatéraux, en tout cas des actes formels, comme un mécanisme de création de normes. Il serait illusoire de prétendre faire une œuvre exhaustive de codification, mais il incombe à la Commission de décider avant tout si l'instrument, à savoir la déclaration formelle, quel que soit son contenu, peut être le sujet de règles spéciales, différentes de celles du droit des traités.

La séance est levée à 13 h 10.

2526e SÉANCE

Jeudi 7 mai 1998, à 10 heures

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Kabatsi, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Thiam, M. Yamada.

Actes unilatéraux des États *(suite)* [A/CN.4/483, sect. F, A/CN.4/486[1], A/CN.4/L.558]

[Point 7 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

1. M. DUGARD juge utile de définir le sujet d'entrée de jeu, encore que les définitions soient toujours risquées, en particulier si elles entendent inscrire le débat dans un cadre rigide. La définition donnée au paragraphe 170 du premier rapport sur les actes unilatéraux des États (A/CN.4/486) ne prétend probablement pas être un énoncé définitif du droit en la matière, car elle appelle quelque aménagement. M. Dugard convient que l'étude doit traiter de l'estoppel.

2. La doctrine dans le domaine des actes unilatéraux repose sur une poignée de décisions judiciaires, notamment l'arrêt rendu dans les affaires des *Essais nucléaires* en 1974. Or, un bon droit ne se bâtit pas sur des affaires difficiles. À l'époque, la CIJ a voulu éviter de se prononcer sur la question dont elle était saisie. Elle a cherché une échappatoire à ce qui était une affaire de caractère politique, et elle l'a trouvée dans le principe des actes unilatéraux. Son arrêt est aujourd'hui analysé comme s'il n'avait pas suscité de controverse; mais, à l'époque, il a été comparé au jugement rendu par la Cour en 1966 dans les affaires du *Statut international du Sud-Ouest africain*, exemple de la volonté d'éviter la confrontation entre le judiciaire et le politique. M. Dugard peut souscrire à la déclaration faite alors par le juge ad hoc, sir Garfield Barwick, selon laquelle rien ne permet de conclure que les auteurs des déclarations entendent contracter solennellement une obligation et qu'il est plus normal de conclure que ces déclarations sont des déclarations de principe (voir p. 448 et 449 de son opinion dissidente). La plupart des auteurs ont à l'époque partagé cet avis.

3. Ces considérations mettent en lumière la difficulté qu'il y a à établir une distinction entre actes juridiques et actes politiques. Le Rapporteur spécial a essayé, au paragraphe 43 du premier rapport, de définir les actes politiques. Il est cependant douteux qu'une définition satisfaisante puisse en être jamais donnée, et la Commission devra se faire à l'idée qu'il est toujours ardu de distinguer les actes unilatéraux destinés à produire des conséquences juridiques des actes censés être purement politiques, dès lors que la distinction dépendra du contexte dans lequel les déclarations ont été faites. C'est ce que la CIJ a souligné en 1986 en l'affaire du *Différend frontalier*, en se montrant réticente dans son arrêt à conclure que le Mali entend se lier. Contrairement à ce qui est le cas dans les affaires des *Essais nucléaires*, le Mali aurait pu conclure un accord contraignant s'il l'avait souhaité. La même réticence à tirer des conséquences juridiques d'un acte unilatéral se retrouve dans l'avis consultatif rendu précédemment par la Cour, en 1950, dans l'affaire du *Statut international du Sud-Ouest africain*, dans lequel elle s'abstient de conclure qu'une déclaration faite par l'Afrique du Sud devant l'ONU en 1947 est juridiquement contraignante. En un mot, les décisions de justice sont déconcertantes, et la Commission doit les appréhender avec davantage de circonspection.

4. Dans la définition qu'il donne d'un acte unilatéral, le Rapporteur se réfère à la notion de formulation publique, facteur que la CIJ a elle aussi mis en avant dans l'affaire des *Essais nucléaires*, lorsqu'elle a estimé qu'un engagement pris publiquement et avec l'intention de lier son auteur, même s'il n'est pas pris au cours de négociations, a en fait force obligatoire. Elle a confirmé la notion de formulation publique dans son ordonnance du 22 septembre 1995[2]. En revanche, la déclaration en cause dans l'affaire du *Statut juridique du Groënland oriental* n'était pas une déclaration publique. L'élément de formulation publique devrait donc occuper une place plus grande que celle qu'il occupe dans le premier rapport.

[1] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

[2] *Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des* essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), *C.I.J. Recueil 1995*, p. 288 et suiv., notamment p. 305.

5. La Commission n'a pas pour pratique d'analyser les décisions de justice dans le détail, mais elle devrait se pencher sur la poignée d'affaires qui ont trait aux conséquences juridiques d'actes unilatéraux, car elles servent de base à l'étude en cours. Comme déjà souligné, l'Article 38 du Statut de la CIJ ne mentionne pas les actes unilatéraux, et le sujet n'a pas été développé avec soin par les publicistes. En fait, la doctrine repose fortement sur le petit nombre de décisions de la CIJ, qui offrent un tableau flou. Il appartient à la Commission d'en tirer quelque chose de cohérent.

6. M. PELLET, revenant sur la question de la formulation publique abordée par M. Dugard, dit ne pas être certain que, dans l'affaire du *Statut juridique du Groënland oriental*, la décision de la CPJI puisse être considérée comme reposant sur un acte unilatéral; on pourrait considérer qu'elle repose sur un accord verbal. Qui plus est, la publicité doit jouer au bénéfice de la partie à laquelle la déclaration unilatérale est destinée. Dans les affaires des *Essais nucléaires*, il a été considéré que la France avait donné une assurance à la communauté internationale dans son ensemble. Dans l'affaire du *Statut juridique du Groënland oriental*, la déclaration unilatérale, pour autant qu'on la considère comme unilatérale, s'adressait à la Norvège. Le fait est que la partie à qui l'engagement unilatéral donne des droits doit être consciente de la promesse faite. Pour ce qui est de la publicité, M. Dugard a tort d'opposer l'affaire du *Statut juridique du Groënland oriental* à celles des *Essais nucléaires*.

7. Selon M. BROWNLIE, il serait fâcheux que la Commission se livre à une analyse psychologique et politique des arrêts rendus par la CIJ. En fait, des affaires considérées à l'époque comme étant peu étayées ont donné naissance à de nombreuses règles de droit. Il est vrai que des circonstances spéciales ont poussé la CIJ à ne pas prendre position dans les affaires des *Essais nucléaires*, et l'application du principe de bonne foi aux faits particuliers a suscité un scepticisme relatif. Mais c'est là une autre affaire, et les États se fondent actuellement sur la jurisprudence issue des affaires des *Essais nucléaires*.

8. Les sources du droit des actes unilatéraux sont fort diverses et proviennent pour beaucoup de la pratique des États. La Commission devrait éviter de considérer que le droit dépend d'un petit nombre d'arrêts non conformistes de la CIJ. Dès 1962, Erik Suy a publié ce qui est aujourd'hui encore un essai fort utile sur les actes unilatéraux, sans avoir été attaqué pour avoir « inventé » le sujet[3].

9. M. FERRARI BRAVO émet des doutes quant à la portée de la déclaration unilatérale de la France dans une affaire dans laquelle la CIJ a fini par trancher en faveur de la France. Néanmoins, il est possible de tirer une leçon des affaires des *Essais nucléaires*, ainsi que de l'avis consultatif rendu par la CIJ à propos de la *Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé*[4]. Il est évident que les actes unilatéraux, dans ce contexte, ont une valeur différente de celle qu'ils pourraient avoir dans un autre contexte. Il est fort possible de développer une théorie du droit des armes nucléaires — l'antidroit international, ainsi que M. Ferrari Bravo l'a qualifié dans la déclaration qu'il a jointe à l'avis consultatif susmentionné. Dans le domaine des armes nucléaires, on trouve des éléments qui, à la fois, existent et n'existent pas, ou des actes qui ne sont pas nécessairement des actes unilatéraux à proprement parler. Cela vaut, par exemple, pour les garanties données par les États dotés d'armes nucléaires aux États non dotés d'armes nucléaires dans le cadre du Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires.

10. La Commission pourra probablement déterminer s'il est possible d'établir une minithéorie des actes unilatéraux à partir de l'examen du problème des armes nucléaires. Mais, ainsi que M. Ferrari Bravo l'a déclaré au tout début de l'examen du sujet, il n'existe pas de théorie générale des actes unilatéraux. Il est possible que des théories spécifiques existent sur certains points de droit international qui appellent une action unilatérale, par exemple dans le domaine des armes nucléaires, et c'est ce contexte qui constitue le droit international existant en la matière. Il reste que l'Assemblée générale n'a pas donné mandat à la Commission de traiter des actes unilatéraux sur la base d'un examen du problème des armes nucléaires. Il serait naturellement possible de lui demander si elle le souhaite. La Commission pourrait être en mesure de procéder à un classement des actes unilatéraux accomplis en relation avec les armes nucléaires, mais il est improbable qu'elle puisse le transposer à d'autres domaines.

11. M. GOCO se déclare lui aussi sceptique face à la division des actes unilatéraux en actes politiques et actes juridiques. Serait-ce que, lorsqu'un État accomplit un acte ayant des répercussions sur le plan international, l'acte crée des obligations juridiques, mais qu'en l'absence de répercussions sur le plan international, il est purement politique ? Le Rapporteur spécial définit les actes politiques comme étant l'expression de la volonté politique de l'État qui accomplit l'acte et soutient que le caractère obligatoire de l'engagement découle de la moralité et de la politique. En dernier ressort, c'est l'intention de l'État qui détermine la nature de l'acte.

12. En plein cœur du différend sur une partie de Bornéo opposant la Malaisie et les Philippines, la Constitution des Philippines a été modifiée de manière à inclure la partie de Bornéo objet du litige à l'intérieur du territoire national des Philippines[5]. Cet amendement est un acte politique et il a des incidences internationales en ce qu'il affecte la Malaisie, mais il n'est pas certain qu'il crée des obligations juridiques.

13. M. ECONOMIDES convient avec M. Brownlie que la jurisprudence internationale, et plus particulièrement celle de la CIJ, en matière d'actes unilatéraux, encore que très importante, n'est pas exclusive. Comme elle est importante, il serait utile que le secrétariat, en liaison avec le Rapporteur spécial, établisse, pas nécessairement dans l'immédiat, un document où toutes les décisions de la CIJ

[3] E. Suy, *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1962.

[4] *C.I.J. Recueil 1996*, p. 66.

[5] Republic Act n° 5446 du 18 septembre 1968, sect. 2 (Série législative des Nations Unies, *National Legislation and Treaties Relating to the Territorial Sea, the Contiguous Zone, the Continental Shelf, the High Seas and to Fishing and Conservation of the Living Resources of the Sea* [numéro de vente : E/F.70.V.9], p. 111).

en la matière seraient énumérées et les passages pertinents reproduits.

14. M. DUGARD dit que l'observation de M. Pellet touche au cœur de la question : la contradiction entre la décision de la CPJI dans l'affaire du *Statut juridique du Groënland oriental* et l'arrêt de la CIJ dans les affaires des *Essais nucléaires*. La CPJI a dit qu'un acte unilatéral ne peut produire d'effets juridiques que lorsqu'il est accompli dans le cadre de négociations, tandis que la CIJ était prête à aller au-delà en ne retenant pas cette condition. M. Pellet a eu raison de souligner que la Commission doit analyser les incidences des deux affaires. La question clef est de savoir si un acte unilatéral doit être accompli dans le cadre de négociations pour produire des effets juridiques.

15. M. HE dit qu'à la quarante-neuvième session le Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États a mis en avant un certain nombre de raisons pour expliquer pourquoi la Commission devrait examiner le sujet[6]. Il a souligné que les États accomplissent souvent des actes unilatéraux dans l'intention de produire des effets juridiques et que l'importance de ces actes unilatéraux ne cesse de grandir avec les transformations politiques, économiques et technologiques. Il a fait valoir que, dans le souci de la sécurité juridique et pour contribuer à la certitude, à la prévisibilité et à la stabilité des relations internationales, il convient de tâcher de préciser le fonctionnement de ce type d'actes et leurs conséquences juridiques, en exposant clairement le droit applicable.

16. À partir des conclusions du Groupe de travail[7], le Rapporteur spécial a défini l'objet du rapport : dégager les éléments constitutifs de l'acte juridique unilatéral en vue d'en donner une définition. Il a cherché à limiter le champ de l'étude en excluant un certain nombre d'actes unilatéraux. L'exclusion des actes unilatéraux des organisations internationales, des actes relatifs à la responsabilité internationale des États, c'est-à-dire des actes qui, bien que conformes au droit international, engagent la responsabilité internationale de l'État, ne pose pas de problème. En revanche, l'exclusion des actes politiques, par opposition aux actes juridiques, risque de soulever des difficultés. Il est très difficile d'établir une distinction tranchée entre ces deux catégories d'actes. La plupart des questions politiques renferment quelque élément juridique, et vice versa. Par exemple, les garanties données par les puissances nucléaires, individuellement ou collectivement, sont-elles foncièrement politiques ou juridiques ? Rien en droit international ne semble empêcher que ces garanties puissent produire des effets juridiques sur le plan international et, partant, être régies par le droit international.

17. De même, l'exclusion des actes relevant du domaine conventionnel ne pose pas de problème, mais l'exclusion des actes que le Rapporteur spécial qualifie d'actes qui ne constituent pas des actes juridiques internationaux au sens strict du terme pose des difficultés. Le silence, par exemple, n'est pas un acte juridique au sens strict du terme; c'est plutôt une expression de la volonté. Or, en gardant le silence, un État peut acquérir des droits et assumer des obligations dans des cas précis, de sorte que le silence peut être considéré comme étant un acte juridique unilatéral, encore qu'il soit difficile d'assimiler le silence à un acte unilatéral type comme la déclaration.

18. M. He convient avec le Rapporteur spécial que l'étude du sujet doit s'articuler essentiellement autour des déclarations, qui sont les actes unilatéraux formels des États les plus courants. D'autres actes unilatéraux matériels de l'État, tels que la reconnaissance, la promesse, la renonciation et la protestation, devraient être pris aussi en considération, parce qu'eux aussi entrent dans le cadre de toute étude, quelle qu'elle soit, du sujet. La démarche générale à adopter pour l'étude devrait donc être bien plus large que celle préconisée par le Rapporteur spécial.

19. L'intitulé actuel du sujet « Actes unilatéraux des États », qui recouvre une variété d'actes unilatéraux telle qu'elle ressort de la doctrine, est mieux indiqué que « Actes juridiques unilatéraux des États ». Il est un peu trop tôt pour décider de la forme définitive que revêtiront les travaux de la Commission en la matière, encore que personnellement M. He soit partisan de l'élaboration de directives ou d'une étude doctrinale. Mais, quoi qu'il en soit, l'étude en cours, qui porte sur un aspect éminemment complexe et délicat du droit international, gardera toute sa valeur.

20. M. HAFNER, formulant tout d'abord des observations sur divers points soulevés au cours du débat dit que mention a été faite, à propos de l'Autriche, des garanties négatives de sécurité. En l'espèce, l'Autriche n'a jamais accepté pareilles garanties : elle s'est contentée de faire une déclaration indiquant qu'elle les tient pour contraignantes. Nonobstant le sentiment exprimé par M. Ferrari Bravo, M. Hafner n'est pas sûr que la Commission ne doive pas examiner la question des armes nucléaires, car le sujet porte sur les actes unilatéraux, quel que soit leur contenu. Mention a été faite également de la révocation par la Fédération de Russie de certaines déclarations faites par l'ex-Union soviétique. M. Hafner croit comprendre que la Fédération de Russie a effectué cette démarche au motif que les circonstances avaient changé et qu'en conséquence elle n'était plus en mesure de tenir ce qui était une promesse unilatérale. Ce fait ne prouve donc pas nécessairement que les déclarations unilatérales n'ont pas force obligatoire. Il serait cependant sage d'analyser de plus près les circonstances réelles de cette révocation. M. Hafner souscrit au point de vue de M. Brownlie quant au caractère relatif des déclarations faites à la CIJ et émet quelques doutes quant aux arrêts rendus dans les affaires des *Essais nucléaires*. Si ces arrêts devaient être exécutés dans la pratique diplomatique, ils imposeraient aux États une charge que ces derniers ne sont peut-être pas prêts à accepter dans leur pratique quotidienne. De même, M. Hafner partage sans réserve la demande faite par M. Economides concernant l'établissement d'un document où seraient énumérées les diverses décisions internationales prises concernant les actes unilatéraux.

21. Le Rapporteur spécial, qui mérite d'être félicité pour l'excellent premier rapport qu'il a présenté sur un domaine éminemment complexe du droit international, s'est attaché à mettre en lumière la théorie sous-jacente aux actes unilatéraux. Mais le problème est qu'il n'est pas de théorie sans contestation. Par ailleurs, les théories ne sauraient être assujetties à des règles : elles ne peuvent

[6] *Annuaire... 1997*, vol. II (2e partie), par. 196, p. 65.

[7] Voir 2524e séance, note 3.

que découler de règles. Il serait cependant difficile de se mettre d'accord sur certaines règles en l'absence d'une théorie généralement acceptée. Le Rapporteur spécial devrait donc expliquer la théorie sur laquelle il fonde ses conclusions, mais il ne devrait pas aller plus loin. En conséquence, M. Hafner s'abstiendra de faire des observations sur les hypothèses théoriques et limitera plutôt son propos aux conséquences juridiques pratiques.

22. La première question de fond examinée dans le premier rapport est celle des actes qui devraient être exclus du champ de l'étude. M. Hafner est convaincu que la CDI ne devrait pas traiter des actes unilatéraux des organisations internationales, car, comme souligné à juste titre à la Sixième Commission, ces actes diffèrent foncièrement des actes unilatéraux des États. Il est inconcevable que la CDI discute de l'effet juridique, par exemple, des résolutions et des directives émanant de l'Union européenne, des décisions de sa Cour de justice ou des règlements de la Commission européenne, ou encore qu'elle tente par exemple d'évaluer le fondement juridique du dernier projet de résolution du Conseil de sécurité concernant la création d'un troisième tribunal ad hoc.

23. D'autre part, il ne serait pas sage de traiter des actes politiques des États, ni de chercher à les définir, car la Commission a pour tâche de définir les actes juridiques, en d'autres termes, les actes produisant des effets juridiques. M. Hafner convient sans réserve que les actes contraires au droit international devraient être exclus du champ de l'étude, mais il faudrait procéder là avec force prudence. Par exemple, il n'est pas certain que la Proclamation Truman[8], faite après la seconde guerre mondiale, soit en conformité avec le droit international. Cela vaut aussi pour la déclaration sur la zone maritime faite par le Chili, l'Équateur et le Pérou[9] à propos de l'extension de leur mer territoriale à deux cents milles marins, encore que cette déclaration ait eu par la suite un certain effet juridique à travers la réaction d'autres États. Il est nécessaire, en revanche, de déterminer l'effet de tous les actes de ce type, parce que, très souvent, ils ont pour objet de modifier les obligations imposées à l'État. C'est ce qui s'est passé dans la pratique autrichienne, non seulement en ce qui concerne la neutralité, mais dans d'autres cas aussi. Par exemple, une circulaire a été adressée, à un moment donné, à toutes les ambassades à Vienne, sur l'admissibilité de contrôler sur écran les bagages diplomatiques à l'aéroport. L'on pourrait faire valoir qu'elle n'est pas en conformité avec le droit international, mais elle entre assurément dans le champ de toute étude des actes juridiques unilatéraux.

24. Mais le silence ne devrait pas être inclus parmi les actes juridiques unilatéraux, et ce pour une raison qui diffère de celle avancée par le Rapporteur spécial : en effet, le silence ne crée pas en soi une obligation juridique, et il ne produit un effet juridique que s'il constitue une réponse à une certaine allégation ou activité. Et c'est dans ce sens qu'il devrait être appréhendé.

25. M. Hafner convient sans réserve avec le Rapporteur spécial que le sujet concerne les actes juridiques en tant que source d'obligations internationales et non en tant que source du droit international. Il n'y a donc pas lieu de s'attarder sur les paragraphes 100 à 104 du premier rapport, qui traitent de la formation du droit coutumier.

26. Les déclarations communes soulèvent un point de droit précis, encore que M. Hafner doute que la déclaration commune des Présidents du Venezuela et du Mexique[10], mentionnée au paragraphe 83 du premier rapport et qui semble s'apparenter à un accord conclu entre deux États et renfermant des dispositions au bénéfice d'États tiers, soit un bon exemple du type de déclaration commune susceptible de relever du sujet, car des liens juridiques ou politiques ont été créés entre les deux États auteurs de la déclaration. Il pourrait être utile de comparer les dispositions de la Convention de Vienne de 1969 qui contiennent des stipulations en faveur d'États tiers et les déclarations unilatérales. M. Hafner n'est pas certain que le paragraphe 124 du premier rapport corresponde à la lettre de la Convention de Vienne de 1969, selon laquelle l'irrévocabilité d'une stipulation de ce genre dépend non pas de son acceptation par l'État tiers, mais bien de l'intention de l'auteur de la stipulation de prévoir pareille clause.

27. Un autre problème concerne les actes juridiques internes. Le paragraphe 110 du premier rapport donne à penser que ceux-ci produisent un effet juridique international s'ils sont conformes au droit international, alors que, probablement, l'idée réelle est que ces actes ne produiront un effet juridique international que si cet effet est prévu expressément en droit international. Ce qui est donc vraiment en cause, c'est ce que M. Pellet a appelé « habilitation » (2525e séance), et que M. Hafner appellera *entitlement* : un acte unilatéral ne produit un effet juridique international que si cela est prévu par le droit international coutumier général ou, comme cela est fréquemment le cas, par un traité bilatéral. Il s'agit par conséquent de déterminer le fondement de cette habilitation dans le droit international général.

28. La question se pose alors de savoir si, au regard de la notion d'habilitation, il est nécessaire de comprendre les actes unilatéraux et certaines opérations juridiques, au sens de *negotia*, telles que reconnaissance et renonciation. Deux arguments militent contre cette démarche. Premièrement, si seules les opérations juridiques au sens de *negotia* doivent être prises en considération, alors il faudra également tenir compte d'actes autres que les déclarations, dès lors qu'une reconnaissance, par exemple, peut se faire implicitement, sans nécessiter de ce fait de déclaration formelle. La reconnaissance de l'ex-République yougoslave de Macédoine par un certain nombre d'États en est un exemple. On a dit que la République a été reconnue non pas par une déclaration formelle, mais par le comportement des États, tel qu'il s'est manifesté à l'Assemblée générale lorsque l'ex-République yougoslave de Macédoine a été admise à l'ONU[11].

[8] M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 4, Washington, United States Government Printing Office, 1965, p. 756 et 757.

[9] Signée à Santiago le 18 août 1952 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1006, p. 323).

[10] Accord relatif au programme de coopération en matière d'énergie pour les États d'Amérique centrale et des Caraïbes, conclu à San José le 3 août 1980 (ILM, vol. 9, n° 5, septembre 1980, p. 1126).

[11] Résolution 47/225 de l'Assemblée générale.

29. Deuxièmement, pareille démarche amènera à conclure que les États peuvent accomplir des opérations juridiques uniquement dans le cas où le droit international les autorise explicitement à le faire, ce qui signifiera, en d'autres termes, que toute compétence reconnue aux États pour agir sur le plan international découle du droit international. Il est vrai que cette conception a tendance à se développer, mais, de l'avis de M. Hafner, on n'en est pas encore là. En conséquence, ce qu'un État doit prouver, ce n'est pas qu'il est habilité à exercer une certaine activité, mais si une activité est ou non interdite par le droit international. Cette idée caractérise aussi les relations entre le droit international général et les régimes spécifiques qui régissent les actes unilatéraux.

30. De même, les actes juridiques internes ne donnent pas naissance à des obligations internationales, à moins que l'obligation ne découle d'une règle générale du droit international à cet effet. Autrement dit, ces actes ne peuvent produire un effet juridique que si les conditions requises par la CIJ, par exemple, pour les actes unilatéraux sont réunies : la preuve doit être administrée de l'intention d'être lié. Un acte juridique interne ne reflète pas en soi pareille intention, laquelle doit donc être prouvée. Par exemple, si un État promulgue une loi ouvrant l'accès d'une université à des étudiants du monde entier, cela ne signifie pas qu'il ne peut pas abroger cette loi. Cet État peut à n'importe quel moment fermer l'accès à l'université, à moins qu'il n'ait fait une déclaration ou accompli un acte juridique précisant expressément l'intention d'être lié. Mais cela doit être prouvé.

31. D'autre part, M. Hafner ne souscrit pas à l'idée exprimée au paragraphe 114 du premier rapport, selon laquelle il conviendrait d'exclure du champ de l'étude les actes unilatéraux qui ne produisent d'effets juridiques qu'après que l'État ou les États auxquels ils s'adressent acceptent l'offre que constituent ces actes. Par exemple, dans un acte incontestablement politique — en rapport avec les déclarations faites par les membres du Gouvernement soviétique[12] —, la délégation autrichienne a pris l'engagement que l'Autriche ferait une déclaration de neutralité afin d'obtenir une reconnaissance internationale. À cette fin, l'Autriche a promulgué la loi constitutionnelle sur la neutralité de l'Autriche[13] qui, de l'avis général, n'a produit aucun effet sur le plan international. Cet effet ne s'est concrétisé qu'après notification de l'acte juridique à tous les États avec lesquels l'Autriche entretenait des relations diplomatiques à l'époque, accompagné d'une demande de reconnaissance. La reconnaissance internationale a été alors accordée, explicitement ou implicitement. La question est de déterminer si la reconnaissance explicite modifie le caractère unilatéral de l'acte initial autrichien. De l'avis de M. Hafner, la réponse est non, et le problème maintenant est de savoir dans quelles circonstances l'Autriche peut revenir sur sa neutralité. Deux thèses ont été mises en avant. L'une est qu'il n'est pas possible de révoquer la neutralité autrichienne du fait de l'existence du second acte, à savoir la reconnaissance, à moins que les autres États n'y consentent. L'autre est que cette reconnaissance ne vaut pas acceptation de la neutralité autrichienne et qu'en conséquence l'Autriche est libre de révoquer sa neutralité en temps utile.

32. On a aussi fait valoir, dans ce contexte, que la notification accompagnée de la reconnaissance équivaut à un quasi-contrat en droit international. M. Hafner croit que toutes ces théories ne font qu'indiquer qu'il n'est pas facile de déterminer un acte unilatéral : en tout état de cause, presque tous ces actes contiennent quelque élément bilatéral. Si ses souvenirs sont exacts, l'Islande, désireuse de devenir un État neutre, a fait un jour une déclaration[14], mais, de l'avis général, en l'absence de réaction d'autres sources, elle n'est pas devenue un État neutre. Par conséquent, les actes visés au paragraphe 114 du premier rapport ne devraient pas être exclus des travaux futurs sur le sujet, sauf à en exclure aussi la majorité des actes unilatéraux car ils renferment presque tous un élément bilatéral. D'ailleurs, le Rapporteur spécial fait état du caractère bilatéral des promesses en citant, au paragraphe 159 de son rapport, Grotius et Pufendorf, qui considèrent qu'il faut aussi une manifestation de la volonté de l'État destinataire de la promesse.

33. M. Hafner pense que, pour traiter les actes unilatéraux, il conviendrait de faire la distinction entre trois approches différentes : celle qui se penche uniquement sur les déclarations juridiques, ou les actes juridiques, au sens strict du terme; celle qui ne prend en compte que les activités unilatérales des États; et celle qui traite uniquement ce qu'il nommerait les « opérations juridiques ». La Commission se doit donc de décider si elle souhaite se pencher sur les procédures par lesquelles naîtrait une obligation juridique ou un effet juridique, ou si elle doit centrer ses travaux sur les opérations juridiques comme la reconnaissance, la renonciation, la protestation, les objections, et ainsi de suite. Si elle décide d'examiner les différentes catégories d'opérations, elle doit aller au-delà des déclarations et aborder par exemple la question du silence, ce qui risque de poser quelques difficultés. La Commission doit en outre s'interroger sur la question de savoir si la liste des catégories d'actes unilatéraux décrits dans les divers ouvrages juridiques est limitative ou déclaratoire et s'il existe d'autres catégories d'opérations auxquelles elle devrait s'intéresser.

34. Autre possibilité, elle peut se concentrer sur la procédure, comme M. Brownlie l'a proposé, ce qui conduit M. Hafner à évoquer la question de l'estoppel. On pourrait faire valoir que l'estoppel est simplement l'effet d'une activité particulière. Cette institution ne fait l'unanimité ni dans la doctrine ni dans les sentences arbitrales rendues. Certaines sentences arbitrales vont jusqu'à assimiler l'estoppel à quelque chose comme *venire contra factum proprium* ou *allegans contraria non audiendus est*. De plus, cette notion fait naturellement l'objet d'une

[12] Voir « Memorandum concerning the results of the conversations between the Government delegation of the Republic of Austria and the Government delegation of the Soviet Union », Moscou, 15 avril 1955, supplément à l'*American Journal of International Law*, Washington, vol. 49, 1955, p. 191 à 194. Voir également A. Verdross, « La neutralité dans le cadre de l'O.N.U., particulièrement celle de la République d'Autriche », RGDIP, Paris, 3e série, t. 28, n° 2, avril-juin 1957, p. 177 et suiv., notamment p. 186 et 187.

[13] Adoptée par le Nationalrat (Chambre basse du Parlement) le 26 octobre 1955. Texte dans Verdross, *loc. cit.*, p. 187 et 188.

[14] Voir « Declaration between Denmark, Finland, Iceland, Norway and Sweden establishing similar rules of neutrality, with rules », Stockholm, 27 mai 1938, *British and Foreign State Papers, 1938*, vol. 142, p. 533.

interprétation plus étroite. En tout état de cause, il semble qu'elle soit assimilée à une certaine conséquence ou effet juridique et, en tant que telle, elle échappe à toute réglementation précise. En outre, si la Commission traite de l'estoppel, elle pourrait aussi être amenée à traiter d'institutions comme l'acquiescement, ou peut-être même la prescription acquisitive. Il est à rappeler que l'estoppel a déjà été traité, par exemple à l'article 45 de la Convention de Vienne de 1969, qui concerne la perte du droit d'invoquer une cause de nullité d'un traité. Le champ d'application de cette clause peut être étendu en prévoyant qu'un État ne pourra plus invoquer la légalité d'un acte accompli par un autre État qui porte atteinte à ses droits s'il a acquiescé à la légalité de cet acte. Mais il faudra alors définir l'acquiescement et peut-être aussi la bonne foi, qu'on ne saurait réglementer.

35. M. Hafner ne sait pas très bien ce que l'Assemblée générale attend de la Commission en l'occurrence : mais si un infléchissement était jamais décidé, la Commission devrait préciser sans aucune ambiguïté qu'elle s'intéresse non pas à la théorie classique des différents types d'opérations, mais à la procédure qui leur est applicable. Le Rapporteur spécial a déjà déclaré qu'il traitera non pas du contenu mais de la forme des actes juridiques unilatéraux, puis qu'il centrera ses travaux sur les déclarations. Personnellement, M. Hafner peut souscrire à cette démarche, à condition que la Commission interprète les déclarations comme quelque chose allant au-delà de la promesse pure. Et si elle le fait, elle sera peut-être obligée de revenir sur la question des différentes catégories d'opérations. Ainsi, la Commission devrait d'abord étudier la question des déclarations et débattre ensuite de celle de l'estoppel en vue d'obtenir une réaction de la part de l'Assemblée générale.

36. M. LUKASHUK souhaite revenir sur l'observation de M. Hafner concernant la déclaration faite par l'ex-Union soviétique sur la non-utilisation des armes nucléaires. À son avis, qui ne reflète pas nécessairement les vues de son gouvernement, la Fédération de Russie, en tant que successeur de l'Union soviétique, est liée par cette déclaration. M. Hafner a fait observer à juste titre que la situation a changé au point que la Fédération de Russie sera habilitée à revoir ses obligations s'il y a lieu. Mais c'est là pure théorie, et il importe de souligner qu'il existe un très grand nombre d'instruments unilatéraux et bilatéraux qui lient sur le plan politique, mais qu'il n'existe aucune norme, ou qu'il n'en existera probablement pas dans un proche avenir, qui régit leur fonctionnement. Il faut certainement établir des règles, puisque se pose la question de la succession juridique et de la cessation des obligations. Toutes les questions de ce type qui ont un rapport avec des obligations politiques seront réglées par l'application du droit des traités *mutatis mutandis*. C'est le seul moyen de s'attaquer à un problème aussi complexe.

37. M. PELLET appuie énergiquement les observations de M. Hafner concernant les déclarations politiques : l'idée du politiquement obligatoire semble juridiquement incorrecte.

38. M. Pellet ne voit aucunement comment le silence pourrait être considéré comme un acte. Il constitue un comportement et est le contraire même d'un acte. Toute étude d'un comportement équivaudrait à un antisujet, à son sens. Lorsque la Commission a codifié le droit de la responsabilité internationale[15], elle a choisi très soigneusement ses termes, et l'expression « fait internationalement illicite » *(internationally wrongful act)* est censée s'entendre aussi bien des actes que des omissions, y compris le silence. Le silence pourrait servir de point de référence, à titre de comparaison, mais il ne constitue pas un acte. Il est l'opposé.

39. Quant à la relation entre le contenu et la forme des opérations juridiques, la Commission ne procède pas comme il faudrait. À l'évidence, des formes différentes peuvent aboutir au même contenu. Le silence, qui ne constitue pas un acte mais une forme, peut aboutir à la reconnaissance, au même titre qu'un traité. M. Pellet ne voit pas pourquoi, sous le simple prétexte qu'il est des opérations juridiques qui peuvent faire l'objet aussi d'actes unilatéraux, ces opérations juridiques devraient être étudiées en tant que tels. Le sujet du Rapporteur spécial n'est pas la reconnaissance mais la procédure particulière dénommée « acte unilatéral » qui peut aboutir à la reconnaissance, tout comme une autre procédure telle que le silence, ou une autre procédure telle qu'un traité peut y aboutir. La même observation s'applique à l'estoppel. L'estoppel peut résulter d'un acte unilatéral, du silence ou d'un traité, mais il est temps de cesser de le ressasser. Se demander si l'estoppel entre effectivement dans le cadre du sujet n'est pas une manière acceptable de poser le problème. Ce n'est pas parce que les Anglo-Saxons ont une prédilection pour l'estoppel que celui-ci constitue le sujet : il n'en constitue qu'un élément et peut en résulter. Des formes différentes peuvent aboutir au même contenu, à la même norme ou à la même opération juridique; inversement, des formes identiques peuvent à l'évidence entraîner des opérations juridiques différentes. Un acte unilatéral peut déboucher sur une reconnaissance, un estoppel et ainsi de suite. D'ailleurs, en s'en tenant aux déclarations unilatérales, on met l'accent sur la forme. Il faut que la Commission parvienne à une définition équilibrée d'un acte unilatéral, qui constitue certes une manifestation, mais une manifestation de volonté.

40. M. ECONOMIDES dit que, n'en déplaise à M. Hafner, les actes unilatéraux des organisations internationales ressemblent très étroitement aux actes unilatéraux des États pour ce qui concerne leurs effets. Un acte d'une organisation internationale peut constituer une source de droit international analogue aux traités. Par exemple, tout acte contraignant d'une organisation internationale, tel que les règlements et les résolutions à caractère obligatoire de l'Union européenne, constitue désormais une source de ce droit. Il en est de même pour les actes unilatéraux des États, tels que la déclaration française dans les affaires des *Essais nucléaires*, qui a constitué un acte portant création de droits et d'obligations et doit être considérée comme une source de droit international.

41. Une distinction est actuellement établie entre les sources de droit international et les actes qui portent simplement création de droits et d'obligations au plan international sans constituer des sources formelles de ce droit. Cette distinction est entièrement fausse, du moins au plan

[15] Voir 2520e séance, note 8.

théorique — à moins d'admettre que pour qu'un acte constitue une source de droit international il doit être exclusivement normatif, et d'exclure, ce faisant, tous les actes synallagmatiques au titre de la vieille distinction établie entre les traités normatifs, qui constituent le droit international, et les traités-contrats, qui n'en font pas partie. Cette approche est incorrecte, car le droit international régit également les traités-contrats.

42. Une deuxième ressemblance tient au fait que les actes des organisations internationales peuvent être des facteurs de création de la coutume internationale. C'est le cas, par exemple, des résolutions à caractère normatif de l'Assemblée générale, voire de la Déclaration de Manille sur le règlement pacifique des différends internationaux[16]. Mais les actes unilatéraux peuvent eux aussi contribuer à la détermination de la coutume internationale. De plus, les actes des organisations internationales peuvent jouer le rôle de source auxiliaire — source analogue à la doctrine et à la jurisprudence. C'est le cas, par exemple, des décisions de la CPJI et de la CJI ainsi que de certaines recommandations normatives de l'Assemblée. Il en va de même au plan du droit interne : certaines décisions de tribunaux internes traitent des questions de droit international de manière telle qu'elles font fonction de source auxiliaire.

43. Nombreuses sont, par conséquent, les ressemblances entre les deux types d'actes unilatéraux et, le droit des organisations internationales étant bien plus développé que celui des actes unilatéraux, l'on peut dans une certaine mesure s'inspirer du premier. Cela étant, M. Economides estime, comme M. Hafner, que la Commission ne devrait pas aborder la question, ne serait-ce que parce que celle-ci n'entre pas dans le cadre du mandat de la Commission.,

44. M. HAFNER précise qu'il s'est efforcé de faire clairement comprendre que la Commission doit décider si elle tient à aborder les actes unilatéraux du point de vue de la procédure, de la forme ou du *modus*, ou si elle souhaite le faire du point de vue des opérations juridiques, ce par quoi il entend quelque élément correspondant davantage au terme latin *negotium*, à savoir leur contenu. Si la Commission tient à adopter la première démarche, doit-elle s'en tenir aux procédures censées créer un effet juridique, ou également prendre en considération d'autres activités d'un État ? M. Hafner a mis en doute la possibilité d'opter pour la deuxième solution car, le cas échéant, un problème de délimitation se poserait. Pour ces raisons, il a préféré commencer par un examen des déclarations. Mais il s'est alors heurté à une autre difficulté : l'incapacité de trouver des caractéristiques communes aux divers types de déclarations, s'agissant de leur effet juridique. Si une caractéristique commune peut être trouvée, il n'y aura pas lieu d'examiner les différents types d'opérations juridiques.

45. Quant à la question soulevée par M. Economides, il y a des différences notables entre les actes unilatéraux des organisations internationales et ceux des États. M. Hafner ne croit pas qu'il soit actuellement possible de traiter des effets des directives de l'Union européenne, tels qu'ils ont été dégagés par la Cour de Justice des Communautés européennes dans ses décisions. Ce domaine est trop complexe et a atteint un stade plus avancé de développement. On peut difficilement tirer des conclusions générales, applicables à tous les actes unilatéraux d'organisations internationales. Cette tâche est bien plus ardue que celle à laquelle la Commission a été confrontée lorsqu'elle s'est efforcée d'examiner les traités des organisations internationales. Même alors la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités a, en définitive, décidé de soustraire ces traités au champ d'application de la Convention de Vienne de 1969[17]. Ainsi, nonobstant le fait que les actes unilatéraux des États et ceux des organisations internationales présentent certaines caractéristiques communes, les différences l'emportent sur les similitudes, et le moment n'est pas venu d'aborder la deuxième catégorie d'actes.

46. M. PELLET dit que, lorsque l'Union européenne fait une déclaration dans le cadre de sa compétence universellement reconnue, elle se substitue à ses États membres et, lorsqu'elle agit purement au plan international, elle se comporte en État. Dans des domaines tels que le commerce international, les « vieux » États sont maintenant effectivement chose du passé. C'est l'Union européenne qui agit. En conséquence, si l'Union européenne en tant que telle fait une déclaration unilatérale au plan international, cette déclaration n'est en définitive aucunement différente de par sa nature de celle faite par un État. Toutefois, les résolutions internes de l'Union européenne posent des problèmes très différents de ceux dont la Commission est appelée à s'occuper.

47. M. Pellet demeure incapable de comprendre la volonté obsessive de M. Hafner d'établir une distinction entre les notions d'*instrumentum* et de *negotium*. Un traité est l'un et l'autre, puisqu'il est un *instrumentum* qui aboutit à un *negotium*. M. Pellet ne voit pas comment un acte unilatéral pourrait être considéré purement et simplement comme un *instrumentum*, puisqu'il conduit inéluctablement à un *negotium*, qui en est indissociable. C'est pourquoi il a fait état de certaines réserves à l'égard de l'intention manifestée par le Rapporteur spécial de se limiter à la forme déclaratoire, dans son étude.

48. M. SIMMA partage entièrement les vues de M. Pellet, s'agissant de la distinction entre un *instrumentum* et un *negotium*, et des effets qu'ont sur des tiers des déclarations d'organisations internationales comme l'Union européenne. Il a déjà indiqué qu'à son sens le terme « déclaration » peut être le réceptacle de tout un éventail d'actes juridiques.

49. M. Economides a fait état des actes juridiques unilatéraux comme constituant des sources de droit international. À cet égard, il importe de ne pas se laisser entraîner dans la *Begriffsjurisprudenz*. M. Simma a adopté la posi-

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

[17] Voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.68.V.7); ibid., *deuxième session, Vienne, 9 avril-22 mai 1969* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.70.V.6); et ibid., *première et deuxième sessions, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969, Documents de la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.70.V.5).

tion (2525e séance) selon laquelle les actes juridiques unilatéraux peuvent constituer des sources d'obligations, mais non des sources de droit. À l'évidence, tout dépend de la définition qu'on donne du terme « droit ». Si, contrairement à Kelsen[18], l'on considère que les décisions concrètes ne sont pas des normes et que seules les règles générales en sont, les actes unilatéraux ne constituent pas des normes mais peuvent créer des effets contraignants sur la base de certains principes généraux et normes, ou du droit coutumier.

50. M. MIKULKA souscrit sans réserve à la proposition du Rapporteur spécial de rétablir un groupe de travail sur les actes unilatéraux des États. Il importe de commencer par fixer des périmètres pour un sujet aussi vaste. Dans ce contexte, il estime lui aussi qu'il faut laisser de côté les actes unilatéraux des organisations internationales puisque, malgré certaines zones nébuleuses, ils n'entrent pas dans le cadre du mandat de la Commission. Le problème des actes illicites qui engagent la responsabilité internationale doit également être laissé de côté. Toutefois, certains actes unilatéraux formels des États dans le cadre du droit de la responsabilité — par exemple, une demande de réparation en tant que condition préalable d'un recours à des contre-mesures — entrent évidemment dans le cadre de l'étude de la Commission. M. Mikulka approuve par conséquent les deux limites principales du sujet proposées par le Rapporteur spécial. Mais, tout comme d'autres membres, il estime qu'une approche trop restrictive serait inopportune.

51. M. Mikulka a déjà abordé la question de la distinction entre actes politiques et actes juridiques au sens strict, lorsqu'il a réagi aux observations de M. Simma (2525e séance). Il peut accepter la proposition du Rapporteur spécial de ne pas traiter des actes politiques, à condition qu'elle soit interprétée comme excluant les effets purement politiques des actes unilatéraux des États : en effet, les actes unilatéraux peuvent produire aussi bien des effets politiques que des effets juridiques, et seuls ces derniers intéressent la Commission. Aussi la proposition devrait-elle être formulée en des termes assez différents.

52. Il est plusieurs branches du droit international dans lesquelles les effets juridiques de certains actes unilatéraux sont déjà parfaitement définis : par exemple, le droit des traités, des immunités et des conflits armés. La Commission pourrait prendre ces domaines comme points de départ d'une analyse des conditions de validité et d'opposabilité — conditions dans lesquelles les actes unilatéraux produisent des effets juridiques — de façon à établir s'il existe vraiment une base commune sur laquelle l'on pourrait également entreprendre une étude des effets des actes unilatéraux dans des domaines autres que ceux déjà codifiés. M. Mikulka n'est pas très optimiste quant à l'issue de cet exercice : il risque en effet de déboucher sur la conclusion que ces diverses formes d'un acte juridique présentent très peu d'éléments communs. Ce qui est intéressant, ce sont les effets spécifiques dans différents domaines du droit international. Les effets juridiques d'une déclaration faite dans le contexte du droit des traités — déclaration de retrait d'une réserve, par exemple — sont entièrement différents de ceux d'une déclaration de neutralité, faite dans une branche différente du droit international.

53. Quant à la forme que les travaux de la Commission devraient assumer, le mieux serait peut-être que le Rapporteur spécial se limite, pour commencer, à une étude analytique globale des problèmes, à la lumière de laquelle la Commission pourrait ensuite décider que le sujet est mûr pour la formulation d'un projet d'articles accompagné de commentaires.

54. M. CANDIOTI dit que le premier rapport soulève diverses questions que la Commission doit nécessairement résoudre à la session en cours pour pouvoir poursuivre ses travaux conformément au calendrier provisoire établi à la quarante-neuvième session[19]. Ainsi, le Rapporteur spécial propose d'exclure diverses catégories d'actes du champ de l'étude, de façon à centrer celle-ci sur ce qu'il dénomme « actes juridiques purement unilatéraux ». Cette approche est bonne, mais il ne faut pas s'y conformer d'une manière trop rigide. Certains actes unilatéraux relevant du droit des traités, la détermination de la coutume ou la procédure judiciaire présentent des caractéristiques communes avec les actes unilatéraux autonomes, et les similitudes peuvent permettre de mieux illustrer et discerner les caractéristiques de ces derniers.

55. Tout comme le Rapporteur spécial, M. Candioti est convaincu que les actes unilatéraux des organisations internationales, bien qu'ils constituent un sujet de grand intérêt, n'entrent pas dans le cadre du mandat de la Commission et devront faire l'objet d'une étude distincte à un stade ultérieur de ses travaux.

56. Le silence, l'acquiescement et l'estoppel sont en fait des phénomènes bilatéraux plutôt qu'unilatéraux mais présentent de l'intérêt en raison de leurs effets éventuels au regard des actes unilatéraux; il faut donc les prendre en considération pour autant qu'ils permettent d'éclaircir la manière dont ces derniers fonctionnent.

57. Le Rapporteur spécial a judicieusement proposé de centrer l'attention sur les déclarations unilatérales en tant que mécanismes permettant normalement de déterminer des actes unilatéraux classiques tels que la promesse, la reconnaissance, la renonciation et la protestation. La déclaration constitue le moyen le plus usuel, bien qu'évidemment non le seul, de formuler des actes unilatéraux, quel que soit leur contenu. La Commission peut utilement en faire son point de départ, en se rappelant toutefois que la forme ne constitue pas une condition rigoureuse et que, dans certaines catégories d'actes unilatéraux, comme la reconnaissance, le droit international reconnaît, sans qu'une déclaration ou une notification s'impose, le simple comportement des États en tant que forme valable d'expression de la volonté d'accepter une situation ou un droit particulier comme étant opposable. La notification aussi peut être assimilée à une déclaration, et certains actes internes des États, aux effets juridiques internationaux, constituent également des formes possibles d'actes unilatéraux reconnues par le droit international.

58. Le Rapporteur spécial juge utile aussi d'identifier ou d'élaborer une règle ou un principe exprimant le caractère contraignant d'actes unilatéraux, pour que ceux-ci assument la forme d'*acta sunt servanda* ou d'une *promis-*

[18] Voir 2525e séance, note 11.

[19] *Annuaire... 1997*, vol. II (2e partie), par. 211 à 216, p. 67 et 68.

sio est servanda. Pour sa part, M. Candioti estime qu'une telle évolution, bien qu'irréprochable, est aussi superflue. Il préfère s'en tenir à la décision de la CIJ dans les affaires des *Essais nucléaires*, selon laquelle la force contraignante de ces actes réside dans le principe de bonne foi.

59. La définition de la déclaration purement unilatérale, donnée au paragraphe 170 du premier rapport, pourrait constituer le point de départ des travaux de la Commission, à condition d'être affinée ultérieurement, à mesure que l'étude avancera. À l'évidence, il faudra tenir compte de la jurisprudence, et notamment de la pratique des États, en examinant comment les actes unilatéraux sont formulés, quelles sont leurs finalités, à quel moment ils sont considérés comme étant juridiquement contraignants au lieu d'être assimilés à de simples déclarations politiques, et quelles sont les perceptions et attitudes des autres États à l'égard de ces modes de comportement. Un recueil de données concernant la pratique des États et une énumération de précédents jurisprudentiels permettraient de compléter utilement les travaux de la Commission sur le sujet. Ces éléments de documentation aideraient à établir dans quelle mesure le droit international reconnaît certains modes de comportement des États comme constituant des actes juridiques unilatéraux contraignants, quels aspects ils doivent nécessairement présenter pour être reconnus comme tels, qui peut formuler ces actes au nom de l'État pour qu'ils soient attribuables à ce dernier, les conditions dans lesquelles ils sont valables, quelle forme ils peuvent — ou dans certains cas doivent — assumer, quels effets ils produisent, comment ils peuvent être annulés, révoqués ou modifiés, et ainsi de suite.

60. Il faut se rappeler que la Commission a invité les gouvernements à lui fournir des informations sur la pratique et l'expérience de chaque État en la matière[20]. Dans l'attente de leurs réponses, le Rapporteur spécial, avec l'aide éventuellement du secrétariat et de membres de la Commission, devra peut-être aussi se charger de cette tâche supplémentaire de recherche et de classification.

61. La Commission a proposé de soumettre le premier rapport du Rapporteur spécial à l'examen de l'Assemblée générale à la cinquante-troisième session de celle-ci, en lui fournissant des indications sur la suite du travail et en lui donnant son avis sur la forme que pourrait revêtir le résultat de ce travail[21]. Il incombe aussi à la Commission de formuler au moins une opinion préliminaire sur cette question à sa session en cours. Bien qu'il soit trop tôt pour prendre une décision sur la forme définitive des travaux, la complexité du sujet semble appeler une étude débouchant sur des conclusions concernant les règles de droit international applicables aux actes juridiques unilatéraux. Conformément à la pratique de la Commission, ces règles pourront ensuite assumer la forme de projets d'articles.

62. Il faudrait, avant que la Commission n'achève son débat plénier sur le sujet, formuler un mandat à l'intention du groupe de travail proposé par le Rapporteur spécial. Une tâche qui pourrait être assignée immédiatement au groupe de travail consisterait à analyser la définition de la déclaration unilatérale, proposée par le Rapporteur spécial au paragraphe 170 de son premier rapport, et à en faire l'objet d'un projet d'articles. Le groupe pourrait également établir un schéma général pour le projet d'articles, en répartissant la matière en chapitres et en formulant des propositions préliminaires pour le contenu de chaque article. Il pourrait s'acquitter de cette tâche sur la base du schéma contenu dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-neuvième session[22]. La Commission ne doit pas perdre de vue le plan de travail pour le quinquennat qu'elle a adopté à sa précédente session. Sur la base de ce plan, le groupe de travail et le Rapporteur spécial pourraient également arrêter, dans ses grandes lignes, le contenu des futurs rapports de ce dernier, et communiquer leurs conclusions à la Commission pour qu'elle les examine. Les membres du groupe de travail devraient être choisis de manière à représenter les diverses écoles de pensée qui se sont manifestées au cours du débat.

63. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA approuve la suggestion d'élaborer un recueil de données sur la pratique des États et indique que tous les membres de la Commission pourraient seconder le secrétariat et le Rapporteur spécial dans cet effort. Chacun d'entre eux pourrait, en rentrant dans son pays, établir une liste de décisions judiciaires se rapportant au sujet et la communiquer au Rapporteur spécial.

64. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en qualité de membre de la Commission, dit qu'il estime lui aussi qu'élaborer un recueil de données sur la pratique des États serait une excellente idée.

65. M. YAMADA félicite le Rapporteur spécial pour un excellent premier rapport, qui contient des observations détaillées et une remarquable analyse d'un sujet complexe. Aucune des conclusions principales du Rapporteur spécial ne lui pose de difficultés : la Commission doit s'occuper des actes purement unilatéraux, dont les critères de détermination sont « une expression unitaire de la volonté » et « l'autonomie », et le fondement juridique du caractère obligatoire de ces actes est le principe de bonne foi. M. Yamada souhaiterait toutefois recevoir des précisions sur trois points.

66. Premièrement, s'il reconnaît qu'il n'est pas indispensable que l'acte unilatéral d'un État soit accepté par les autres États, qu'en est-il des réactions de ces États ? Ne jouent-elles aucun rôle dans la détermination de l'effet juridique de l'acte unilatéral ? Peuvent-elles être totalement méconnues ? Les affaires des *Essais nucléaires* ont constitué un exemple précis d'acte unilatéral autonome mais, dans la plupart des cas, et notamment dans la situation financière et économique instable de ces dernières années, un acte unilatéral suscite une série de réactions de la part des autres États.

67. Deuxièmement, un acte unilatéral a pour effet juridique de limiter les options politiques de l'État qui en est l'auteur. Il peut toutefois souvent limiter les options politiques d'autres États — notamment ceux qui sont visés par ledit acte. Quel est en pareils cas l'effet juridique de l'acte unilatéral ? Demeure-t-il intact, quelles que soient les conséquences pour les États tiers ? Par exemple, en devenant partie au Traité sur la non-prolifération des

[20] Ibid., par. 215, p. 68.

[21] Ibid., par. 214, p. 67.

[22] Ibid., chap. IX, sect. B.3, p. 67.

armes nucléaires, le Japon a contracté l'obligation juridique de s'abstenir de fabriquer ou de posséder de telles armes. Il a aussi, à plusieurs reprises, déclaré publiquement qu'il n'autoriserait pas l'introduction de telles armes dans son territoire; mais cette déclaration est restée unilatérale, et le Gouvernement japonais n'a aucunement fait savoir publiquement s'il entendait contracter une obligation juridique à cet égard. Si l'on présume, pour les besoins de l'argumentation, qu'une telle intention a été exprimée, la déclaration aura plusieurs conséquences pour les États dotés d'armes nucléaires.

68. En vertu d'un traité mutuel de sécurité signé avec les États-Unis d'Amérique[23], ce pays a été autorisé à poster des forces au Japon pour la défense du Japon et la sécurité et la stabilité en Extrême-Orient. L'option politique américaine de déploiement nucléaire pour les forces des États-Unis au Japon peut-elle être limitée par l'action unilatérale du Japon ? La question a en fait été examinée dans le cadre d'un échange de notes prévoyant des consultations préalables. De nombreux autres États dotés d'armes nucléaires se sont alignés sur la politique des États-Unis consistant à ne pas confirmer ni nier l'existence d'armes nucléaires (non-confirmation, non-dénégation), élément crucial de la dissuasion nucléaire. Les flottes du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et de la France, par exemple, devraient-elles renoncer à cette politique et déclarer qu'elles ne sont pas équipées d'armes nucléaires avant d'effectuer des visites amicales dans les ports japonais ? Qu'en est-il du droit de passage innocent de navires à propulsion nucléaire dans les eaux territoriales japonaises ?

69. La troisième question de M. Yamada gravite autour de la conception selon laquelle le maintien de l'ordre juridique international exige que les actes unilatéraux aient des effets juridiques; ces actes ne sauraient donc être ni modifiés ni révoqués arbitrairement. Mais, si aucune modification ni aucune révocation n'est autorisée, les États hésiteront à accomplir des actes unilatéraux. Il faudrait examiner les procédures selon lesquelles une modification ou une révocation pourrait être opérée.

70. M. ECONOMIDES, enchaînant sur ce dernier point, dit que la question de savoir si les actes unilatéraux constituent une source de droit international revêt une grande importance. Dans l'affirmative, ils ont la même force et la même validité que toutes les autres sources de droit international, notamment les actes conventionnels et la coutume. Dans la négative, s'ils constituent des actes purement internes de l'État, toutes les autres sources de droit international l'emporteront sur eux.

71. M. HAFNER reconnaît que la Commission devra revenir à la question de la révocabilité des actes unilatéraux, mais il n'est pas convaincu que, s'ils ne peuvent être révoqués, les États ne les accompliront pas. Certains actes unilatéraux sont accomplis par des États qui entendent expressément les rendre contraignants. L'intention de l'État devrait être le facteur déterminant de la révocabilité de l'acte. Dans ces circonstances, les conditions énoncées dans le droit des traités pour l'extinction d'une obligation s'appliqueraient.

72. M. YAMADA dit que ses observations ne visaient pas à appeler l'attention sur la nécessité d'examiner les procédures et circonstances susceptibles de justifier la révocation ou la modification par les États de leurs actes unilatéraux.

73. M. GOCO, enchaînant sur les observations de M. Hafner, se demande si l'expression d'une intention doit être considérée comme un facteur décisif pour ce qui est de déterminer l'existence d'un acte unilatéral. Dans l'affirmative, l'État sera dans tous les cas lié par une déclaration d'intention. Dans les affaires des *Essais nucléaires*, la France, en faisant sa déclaration, n'avait aucunement l'intention de se livrer à un acte unilatéral. Mais cette déclaration a été faite publiquement et la CIJ l'a interprétée comme liant la France. Aucune intention n'existait à l'origine mais, en raison des effets de l'acte en droit international, il a été considéré qu'un acte unilatéral avait été accompli.

74. M. HAFNER dit que tout acte non assorti de l'intention de le rendre contraignant ne produit un tel effet juridique que sous certaines conditions qui devront être définies en droit international. Cela pourrait être fait par voie d'estoppel.

75. M. GOCO indique qu'une déclaration faite unilatéralement ne saurait être unilatéralement révoquée, en raison des conséquences d'une telle révocation pour les États tiers. En revanche, un État pourrait faire valoir qu'il n'entendait pas faire de déclaration unilatérale et tient à révoquer ce qui a ultérieurement été interprété comme étant une telle déclaration en raison de ses conséquences pour les États tiers.

76. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA estime lui aussi que le Rapporteur spécial devra aborder la question fondamentale de savoir à quel moment et comment la révocation est possible; cette question fait en effet partie intégrante du régime qui sera établi. M. Pambou-Tchivounda est convaincu que la révocation est en fait possible : ce qu'une entité politique fait, elle peut aussi le défaire. Mais quel est le seuil minimal de l'acceptation du recours discrétionnaire de l'État à sa capacité d'annuler un acte ? La notion de caractère raisonnable qui apparaît dans le droit des traités devrait jouer dans le régime qui sera instauré pour la révocation d'actes unilatéraux.

77. M. HERDOCIA SACASA dit que, s'il ressort des arrêts de la CIJ et de la CPJI que les États ont effectivement la possibilité de modifier ou de révoquer des actes unilatéraux, il estime comme M. Pambou-Tchivounda qu'il faut fixer certaines limites. Dans les affaires des *Essais nucléaires*, la CIJ a indiqué qu'un engagement unilatéral ne saurait être interprété comme ayant comporté l'invocation d'un pouvoir arbitraire — en d'autres termes illimité — de révision (voir par. 51).

78. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, la CIJ a déclaré que les États-Unis avaient certes le droit, inhérent à tout acte unilatéral d'un État, de changer la teneur d'une déclaration qu'ils

[23] Traité de sécurité signé à San Francisco le 8 septembre 1951 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 136, p. 217).

avaient faite en 1946 ou d'y mettre fin mais qu'ils avaient néanmoins assumé une obligation irrévocable d'exécuter les dispositions et conditions de la déclaration, y compris la clause de préavis de six mois. Le Nicaragua pouvait donc s'opposer aux initiatives des États-Unis car la clause de préavis de six mois[24] constituait un engagement faisant partie intégrante de l'instrument où elle figurait.

79. M. MIKULKA invite instamment la Commission à considérer combien il serait difficile d'engager un débat abstrait sur les formes et les procédures sans tenir compte du contexte juridique spécifique et du contenu d'actes unilatéraux spécifiques. Les actes ont des effets différents selon qu'ils sont accomplis dans le cadre d'activités militaires ou dans le contexte du droit de la mer, par exemple. Les déclarations et les protestations constituent des actions entièrement différentes et leur révocation entraîne des conséquences juridiques entièrement différentes — et pourtant elles constituent les unes et les autres des actes unilatéraux.

80. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial) dit que le débat sur la révocation et la modification est certainement prématuré aussi longtemps qu'une définition des actes unilatéraux eux-mêmes n'aura pas été élaborée. C'est l'acte juridique, formel ou matériel, qu'il faut analyser, et non l'intention expresse ou tacite, bien que l'acte soit évidemment fondé sur l'intention de l'État.

81. M. GOCO, rappelant la suggestion du Rapporteur spécial d'instituer un groupe de travail, indique qu'on pourrait peut-être reconstituer celui créé à la quarante-neuvième session.

82. M. CANDIOTI dit que le groupe de travail qui doit être créé à la session en cours pourrait effectivement l'être sur la base du groupe de travail créé à la quarante-neuvième session. Il importe toutefois de veiller à ce que toutes les trois écoles de pensée définies par M. Economides soient représentées. Il suggérerait aussi que le Rapporteur spécial présente les grandes lignes des conclusions qui pourraient être tirées de l'examen initial du sujet par la Commission.

La séance est levée à 13 h 5.

[24] *Compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1984*, p. 392 et suiv., notamment p. 419.

2527e SÉANCE

Vendredi 8 mai 1998, à 10 heures

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Al-Khasawneh, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Kabatsi, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Thiam, M. Yamada.

Actes unilatéraux des États *(suite)* [A/CN.4/483, sect. F, A/CN.4/486[1], A/CN.4/L.558]

[Point 7 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(fin)*

1. M. ELARABY constate que deux grandes questions se dégagent des débats. À celle de savoir s'il existe en droit international une catégorie d'actes pouvant être qualifiés d'actes unilatéraux, il pense que tous les membres qui se sont exprimés ont apporté une réponse positive en se référant à plusieurs décisions de la CIJ. À cet égard, une compilation de toutes les décisions internationales serait utile. Sur la question de la codification possible des règles régissant de tels actes, il estime que cet exercice « sous une forme ou une autre » contribuerait à améliorer la sécurité, la prévisibilité et la stabilité des relations internationales. Sur un plan général, le seul fait de préciser la distinction entre la catégorie des déclarations de principe et celle des déclarations produisant des effets juridiques, et de tenter de définir les règles applicables à ces dernières, sera incontestablement une contribution importante au développement progressif du droit international.

2. Plus précisément, quatre points méritent de retenir l'attention de la Commission. Le premier, évoqué notamment aux paragraphes 41 à 45 du premier rapport sur les actes unilatéraux des États (A/CN.4/486), est la difficulté d'établir une distinction précise entre actes politiques et actes juridiques au seul vu de la nature ou de la portée de l'acte, voire de l'intention de l'État. M. Simma a déjà évoqué (2525e séance) la question des déclarations des États dotés de l'arme nucléaire à l'égard des zones exemptes d'armes nucléaires en dehors des accords de création de ces zones, laquelle est désormais plus ou moins réglée par le fait que les cinq puissances dotées de l'arme nucléaire sont parties au Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires. Un deuxième exemple concerne la question, qu'étudie le Groupe de travail à composition non limitée chargé d'examiner la question de la représentation équitable au Conseil de sécurité et de l'augmentation du nombre de ses membres ainsi que d'autres questions ayant trait au Conseil de sécurité, de l'effet juridique et de la révocabilité éventuelle de la déclaration que pourrait faire l'Allemagne relativement à l'exercice du droit de veto, si elle devenait membre permanent du Conseil de sécurité. En présence de cette sorte de zone grise entre conséquences politiques et conséquences juridiques d'une déclaration unilatérale, le critère le plus pertinent pour mesurer le degré de confiance à accorder à une telle déclaration devrait être celui de la nature,

[1] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

politique ou juridique, du mécanisme qui sera mis en œuvre en cas d'inexécution de l'engagement.

3. Le deuxième point méritant l'attention de la Commission est celui de savoir si un acte juridique unilatéral peut constituer une source de droit international. On peut considérer, à cet égard, que l'Article 38 du Statut de la CIJ, au paragraphe 1, alinéa *b*, vise implicitement les conséquences juridiques d'actes juridiques unilatéraux puisque ceux-ci ont, dans le passé, contribué à la formation de règles coutumières, notamment dans le domaine du droit de la mer; on peut donc voir dans les actes juridiques unilatéraux une source subsidiaire de droit international.

4. Le troisième point se rapporte à la nécessité de revoir, dans le contexte du sujet, le principe de l'estoppel.

5. Sur le quatrième point, relatif à la conduite que doit tenir la Commission, M. Elaraby souscrit à l'idée de procéder, dans une première étape, à une étude descriptive.

6. Enfin, à propos de la déclaration faite par le Gouvernement égyptien sur le canal de Suez en 1957[2], qui a été plusieurs fois évoquée au cours des débats, M. Elaraby précise qu'elle a été faite conformément à l'Article 36 du Statut de la CIJ et qu'elle a été remise au Secrétaire général conformément aux dispositions du paragraphe 4 de cet article. Son objectif était d'accepter la juridiction de la Cour à l'égard de l'application de la Convention de Constantinople de 1888, mais exclusivement en ce que celle-ci concernait la gestion du canal de Suez et uniquement par rapport aux parties initiales à la Convention et aux États successeurs.

7. M. GALICKI approuve la démarche du Rapporteur spécial consistant à éliminer d'emblée les actes ne répondant pas à la condition posée au paragraphe 57 du premier rapport, ce qui le conduit, au paragraphe 170, à une définition affinée de ce qu'il appelle les « actes purement unilatéraux »; il fixe ainsi plus ou moins précisément les limites des travaux futurs de la Commission. Toutefois, l'exclusion du champ de l'étude de certaines catégories d'actes risque de poser un problème, par exemple à l'égard de la formation de la coutume, certains actes unilatéraux conçus à l'origine seulement pour créer des obligations internationales pouvant, en définitive, contribuer à la formation du droit coutumier.

8. Les efforts faits par le Rapporteur spécial pour dégager des critères du caractère purement unilatéral d'actes juridiques internationaux des États sont dignes d'éloges et la distinction qu'il opère, au paragraphe 168 du premier rapport, entre actes matériels et actes unilatéraux formels, dans la perspective d'un travail de codification et de développement progressif, doit être approuvée.

9. La réalisation pratique du plan d'action qu'il propose pour l'avenir risque néanmoins de faire apparaître un certain nombre de problèmes et de difficultés. Tout d'abord, le Rapporteur spécial ne dit rien de la forme définitive que devrait prendre l'étude entreprise par la Commission. D'autre part, il serait souhaitable d'assurer une plus grande continuité entre le schéma élaboré sur le sujet par la Commission à sa quarante-neuvième session[3] et les travaux du Rapporteur spécial, sauf si celui-ci estime impossible ou inopportun de traiter certains points.

10. Par ailleurs, en dépit du caractère forcément très général du premier rapport, des points très précis ont été soulevés au cours du débat qui, loin de constituer des critiques, pourraient aider le Rapporteur spécial pour la suite de sa mission. L'un d'eux concerne la révocabilité des obligations créées par des actes unilatéraux des États, lesquelles entraînent des droits correspondants pour d'autres États. Bien que, dans le cas d'un acte purement unilatéral, l'acceptation de l'État tiers bénéficiaire ne soit pas nécessaire pour l'établissement formel de l'obligation, il est probable que l'acceptation du droit correspondant interviendra ultérieurement, sous une forme directe ou indirecte; d'où la question de la révocation unilatérale éventuelle de l'obligation initiale par l'État auteur de l'acte. Sans remettre en cause la distinction opérée à juste titre par le Rapporteur spécial entre le domaine du droit des traités et celui des actes unilatéraux, il semble néanmoins que l'on puisse trouver dans les articles 36 et 37 de la Convention de Vienne de 1969 un élément de solution pour le problème de la révocation dans le cas des actes unilatéraux. C'est au Rapporteur spécial, ainsi qu'au groupe de travail qui devrait être de nouveau constitué, qu'il incombera d'étudier la question.

11. M. THIAM approuve la démarche du Rapporteur spécial qui, sur un sujet particulièrement difficile, a commencé par déblayer le terrain en écartant du champ de l'étude un certain nombre d'actes pour ne retenir dans un premier temps que la déclaration unilatérale, qui est au cœur du sujet. Cette attitude de sagesse ne lui interdira d'ailleurs pas de rechercher par la suite si d'autres actes peuvent, eux aussi, être considérés comme des actes juridiques unilatéraux.

12. M. HERDOCIA SACASA fait remarquer que le premier rapport ouvre un chapitre important dans l'œuvre de la Commission parce que, dans un droit international accoutumé au dialogue et à la multiplicité des acteurs, il introduit le monologue de l'acte unilatéral producteur d'effets juridiques. La Commission doit en l'occurrence faire un travail tant de développement progressif que de codification. Dans ses arrêts sur les affaires, notamment, des *Essais nucléaires*, du *Différend frontalier* et des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, la CIJ a établi des critères qui sont fondamentaux pour l'étude du sujet, à savoir l'intention clairement exprimée de produire des effets juridiques et la manifestation d'une volonté par voie de déclaration, orale ou écrite. Mais il y a aussi le critère de l'autonomie, qui caractérise l'acte unilatéral « pur », sans contrepartie aucune qui garantisse sa validité, et celui de la publicité, à l'égard des destinataires de l'acte ou *erga omnes*. Le Rapporteur spécial a fait un travail nécessaire de délimitation, par élagage des actes faussement unilatéraux, ce qui permettra à la Commission de remplir sa mission, qui est de fournir les moyens d'assurer la sécurité et la stabilité juridiques dans les relations internationales en réduisant les marges d'interprétation et en permettant aux États de savoir avec précision dans quelles circonstances leurs actes peuvent les engager.

[2] Voir 2524e séance, note 17.

[3] Voir 2526e séance, note 22.

13. Contrairement à certains membres de la Commission qui souhaitent élargir le champ de l'étude, le Rapporteur spécial s'en tient aux actes purement unilatéraux, en se référant essentiellement au critère de l'autonomie et en considérant que les autres actes relèvent de champs déjà réglementés. Pour trouver l'équilibre nécessaire, il faut en réalité se demander non pas si un acte unilatéral est autonome ou non mais si cet acte unilatéral, autonome ou non, relève déjà d'un cadre juridique existant. Or, il y a des actes non autonomes qui n'ont pas encore un tel cadre. Bien des actes unilatéraux procèdent de normes coutumières qui restent à codifier. En abordant le sujet sous cet angle, le Rapporteur spécial prendrait en compte le point de vue des tenants d'une étude plus large, et parviendrait peut-être à un régime général fondé non sur la seule autonomie mais aussi sur le caractère unilatéral et l'absence d'un cadre déjà codifié.

14. À ce stade préliminaire de l'examen du sujet, quelques éléments de réflexion s'imposent. Il y a tout d'abord la question du rapport entre les actes unilatéraux et le droit interne. Les actes conventionnels tirent leur grande force de leur approbation par le législateur, mais, dans le cadre des actes unilatéraux, qui émanent le plus souvent de l'exécutif, on butte souvent sur les limites très strictes en matière de compétences découlant du principe de la séparation des pouvoirs. Il y a également la question, explicitement posée par la Sixième Commission, de savoir si les actes unilatéraux sont non seulement créateurs d'obligations internationales mais sont aussi sources de droit international. L'Article 38 du Statut de la CIJ n'inclut certes pas les actes unilatéraux, mais la Cour elle-même a, à plusieurs reprises, dit que cet article n'était pas un énoncé exhaustif des fondements sur lesquels elle peut édifier ses arrêts. Il y a ensuite la question de la double fonction de l'acte unilatéral : créateur d'une obligation juridique et, dans le même temps, moyen de preuve d'un fait ou d'une situation. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaire au Nicaragua et contre celui-ci*, la Cour a estimé que des déclarations émanant de personnalités politiques de haut rang avaient une valeur probante particulière et engageaient leurs auteurs (voir par. 64). Elle a par ailleurs conclu que c'est à elle qu'il revient de se faire sa propre opinion sur le sens et la portée que l'auteur d'une déclaration a voulu donner à celle-ci (voir par. 65). La question qui se pose est donc de savoir non seulement quelle est l'intention de l'auteur mais aussi comment la déclaration est interprétée et par qui. Le Rapporteur spécial devrait donc analyser avec plus de précision ce second aspect de l'acte unilatéral, toujours dans le but de limiter la marge d'interprétation en la matière. Enfin, s'il faut trouver une norme universelle qui serait à la base de l'effet juridique contraignant de tous les actes unilatéraux, c'est du côté de la souveraineté des États qu'il faut la rechercher.

15. M. BROWNLIE fait remarquer que le critère de la publicité évoqué par M. Herdocia Sacasa est certes pertinent sur le plan de la preuve ou sur celui de l'identification des destinataires de l'acte mais qu'il ne constitue pas une condition nécessaire pour que l'acte produise des effets juridiques. Bien des déclarations, entre ministres des affaires étrangères, par exemple, sont faites à huis clos mais n'en lient pas moins leurs auteurs.

16. M. KABATSI constate que le Rapporteur spécial s'est parfaitement acquitté de la mission qui lui a été confiée. Son travail, comme tout premier rapport, appelle quelques réflexions préliminaires. Bien que certains membres souhaiteraient ne pas exclure totalement l'approche ouverte du sujet, il serait plus judicieux de maintenir la portée de celui-ci dans des limites très strictes, même si elles ne doivent pas être entièrement étanches. Il est certes toujours difficile d'isoler un aspect strictement juridique des actes, par opposition à l'aspect politique, mais la tâche ne doit pas être impossible et la question devrait donc être étudiée plus avant. Les actes des organisations internationales sont incontestablement à exclure du champ de l'étude, mais il faut veiller à déceler les actes de ce type qui sont en réalité des actes des États. Quant à la possibilité que les actes unilatéraux des États puissent être source de droit international, le Rapporteur spécial a déjà apporté quelques éléments permettant d'éclairer la question. La révocation des actes unilatéraux est une question liée au critère de l'intention précise de l'État auteur, mais il faudrait que, même en l'absence d'intention, la révocation soit possible en cas de changement de circonstances ou lorsque l'intérêt de l'État auteur le nécessite. Le silence semble à priori ne pas devoir entrer dans le champ du sujet mais, dans la mesure où il pourrait constituer quand même une réaction à la position d'un autre État, la question devrait être examinée plus avant. Enfin, en ce qui concerne la forme du projet à élaborer, la solution du projet d'articles semble la plus utile et la plus à même d'aider les États.

17. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial), résumant le débat sur son premier rapport sur les actes unilatéraux des États, fait observer que, de par son caractère préliminaire, ce rapport ne pouvait avoir qu'une portée limitée et qu'il s'agissait surtout d'essayer de recenser les éléments de la définition de l'acte unilatéral. Grâce à ce débat, la Commission est maintenant à même de mieux discerner la voie qu'elle doit emprunter pour la poursuite de ses travaux.

18. La plupart des membres reconnaissent comme la jurisprudence internationale et la pratique des États l'existence d'actes unilatéraux des États qui, en vertu du droit international, peuvent donner naissance à des obligations juridiques. La question la plus débattue à cet égard a été celle de la délimitation du sujet, à savoir quels sont les actes unilatéraux des États susceptibles de faire l'objet de règles spécifiques. Il s'agissait d'élaguer le sujet et nombre d'observations ont été utiles à cet égard. C'est ainsi que, de l'avis général, les actes unilatéraux des organisations internationales ne devraient pas être étudiés dans le cadre du sujet à l'examen, notamment en raison des différences que ces actes présentent, du point de vue de leur élaboration et de la force qu'ils revêtent, avec les actes unilatéraux des États. On a en outre fait observer que leur étude n'entrait pas dans le mandat donné par l'Assemblée générale à la CDI et que les États qui avaient fait des observations sur ce point à la Sixième Commission n'y étaient pas non plus favorables. On a par contre conclu que les actes en question pourraient très bien faire l'objet d'une étude distincte.

19. En ce qui concerne les actes politiques, la plupart des membres ont estimé qu'ils ne devaient être étudiés que dans la mesure où ils pouvaient contenir des éléments juridiques. On a dit à ce propos que l'intention de l'État dont émanait l'acte était fondamentale. Par ailleurs, de

l'avis général, tous les actes unilatéraux liés à des traités ou à des normes préexistantes devaient aussi être exclus de l'étude, puisqu'ils relevaient dans une certaine mesure du domaine conventionnel. Quant à l'estoppel, la CDI semble avoir conclu qu'il fallait étudier cette institution, non comme mécanisme procédural, mais du point de vue des actes unilatéraux juridiques susceptibles de permettre à un État d'invoquer l'estoppel.

20. On a par ailleurs fait observer que certains actes unilatéraux des États pouvaient relever du domaine de la responsabilité internationale, et qu'il fallait veiller à ne pas empiéter sur ce sujet, déjà en cours d'examen dans les sujets intitulés « Responsabilité des États » et « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international ».

21. La majorité des membres de la Commission sont apparus favorables à la distinction faite dans le premier rapport entre les actes unilatéraux matériels et les actes unilatéraux formels et ont approuvé l'idée que seuls ces derniers pouvaient être étudiés, les premiers étant, de par leur nature extrêmement variée, extrêmement difficiles à assujettir à des règles uniformes. Chacun d'eux devra être examiné, mais, aux fins d'un travail de codification, il semble que, de l'avis général, les travaux doivent être essentiellement axés sur les actes juridiques formels, à commencer par la déclaration unilatérale. Le Rapporteur spécial espère, à ce propos, que la définition qu'il propose au paragraphe 170 de son premier rapport constituera une bonne base pour l'élaboration d'une définition définitive des actes unilatéraux. Une telle définition devra être claire et ne pas être trop large. Du point de vue de la forme que pourraient prendre les travaux, des projets d'articles accompagnés de commentaires, qui ne seraient pas nécessairement destinés à aboutir à une codification, contribueraient certainement à faciliter la tâche de la Commission. Le Rapporteur spécial propose donc de reconstituer un groupe de travail représentant les diverses tendances doctrinales afin de parvenir à des résultats équilibrés mais aussi réalistes du point de vue politique.

22. Le PRÉSIDENT dit que, en l'absence d'objection, il considérera que les membres de la Commission sont d'accord pour reconstituer un groupe de travail chargé d'assister le Rapporteur spécial dans l'étude des actes unilatéraux des États et que M. Candioti serait prêt, comme à la quarante-neuvième session, à assumer la présidence d'un groupe de travail à composition non limitée.

Il en est ainsi décidé.

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses) [A/CN.4/483, sect. D, A/CN.4/487 et Add.1[4], A/CN.4/L.556, A/CN.4/L.568]

[Point 3 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

23. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial), rappelant qu'à la quarante-quatrième session, en 1992, la CDI a décidé d'étudier en premier le sujet de la prévention dans le cadre de la responsabilité internationale *(liability)* pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, et d'examiner ensuite les mesures correctives à prendre une fois le dommage intervenu[5], dit qu'il a cru bon d'étudier tout d'abord la portée et le contenu du sujet qui, comme l'a noté le Groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international que la CDI avait créé à sa quarante-neuvième session[6], ne sont toujours pas clairs[7]. Pour cette raison, et compte tenu des questions soulevées lors du débat qui a eu lieu à la Sixième Commission sur le rapport de la CDI sur les travaux de sa quarante-neuvième session, le Rapporteur spécial indique qu'il a estimé utile de passer en revue le travail accompli jusqu'ici pour être à même de répondre à ces questions et éclaircir dans le même temps la portée et le contenu du sujet. Il s'agit essentiellement de recenser les divers éléments de la notion de prévention jusqu'ici dégagés par la CDI.

24. Il convient au préalable de replacer les travaux de la CDI sur le sujet de la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses dans le contexte du développement durable. C'est dans ce contexte plus large que la prévention revêt de nos jours une grande importance et une grande actualité. L'objectif de prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses a été souligné dans le principe 2 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (Déclaration de Rio)[8] et confirmé par la CIJ dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* comme faisant partie intégrante du corpus du droit international (voir par. 29).

25. La prévention doit être privilégiée car, en cas de dommage, l'indemnisation ne permet pas, bien souvent, de rétablir la situation qui prévalait avant l'événement ou l'accident. Il est d'autant plus nécessaire de s'acquitter du devoir de prévention ou de diligence que l'on connaît de mieux en mieux le mécanisme des activités dangereuses, les matériaux utilisés, les processus de gestion et les risques encourus. D'un point de vue juridique, le fait de mieux comprendre les liens de causalité, c'est-à-dire le lien physique entre la cause (l'activité) et l'effet (le dommage), même si divers facteurs interviennent dans l'enchaînement, impose également à ceux qui exécutent des activités dangereuses de prendre toutes les mesures nécessaires pour prévenir le dommage. On sait très bien que mieux vaut prévenir que guérir. Il est particulièrement remarquable que la Commission européenne, qui a élaboré plusieurs régimes sophistiqués de prévention du

[4] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

[5] *Annuaire... 1992*, vol. II (2e partie), p. 54, doc. A/47/10, par. 344 à 346.

[6] Voir *Annuaire... 1997*, vol. II (2e partie), p. 60, par. 162.

[7] Ibid., par. 165.

[8] *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992* (numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatifs), vol. I : *Résolutions adoptées par la Conférence*, résolution 1, annexe I.

dommage transfrontière, ait estimé que la croissance économique était la condition préalable à la durabilité, car elle créait les ressources nécessaires au développement écologique, à la réparation des dommages à l'environnement et à la prévention des dommages à venir.

26. Durant l'examen du sujet de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international à la Commission, on a fait observer à plusieurs reprises qu'il fallait considérer l'obligation de prévention comme une obligation de comportement et élaborer de nouvelles règles en ce qui concerne les activités licites des États qui comportent un risque de causer un dommage grave. C'est pourquoi on a estimé que l'obligation de réparation ne pouvait se substituer à l'obligation de prévention. Le débat sur ce point est résumé aux paragraphes 35 à 39 du premier rapport du Rapporteur spécial sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses (A/CN.4/487 et Add.1).

27. Le premier Rapporteur spécial sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, Quentin-Baxter, avait envisagé la question de la prévention et celle de la réparation dans la continuité plutôt que comme deux options s'excluant l'une l'autre. Il voyait dans la responsabilité un système qui comportait différentes nuances d'interdiction, conçu comme un appel à l'autorégulation de la part de l'État d'origine[9]. Distinguant entre les obligations découlant respectivement des actes illicites et des actes qui ne sont pas interdits par le droit international, Quentin-Baxter entendait élaborer un projet d'articles dont le premier objectif était de favoriser l'établissement de régimes juridiques qui, sans recourir à l'interdiction, régleraient l'exercice de toute activité perçue comme comportant des dangers importants, actuels ou éventuels, et ayant des effets transnationaux[10]. La plupart des principes qu'il entendait dégager à cet égard relevaient, selon lui, de la catégorie des règles primaires du droit international car, en leur absence, il n'y avait pas d'obligation de réparer un dommage résultant d'activités qui n'étaient pas expressément interdites. Comme noté au paragraphe 43 du premier rapport, la Commission a souscrit à cette approche. En outre, selon Quentin-Baxter, l'obligation de prévention impliquait qu'il existe des intérêts légitimes et des facteurs multiples, qu'il fallait concilier[11].

28. La principale contribution de Quentin-Baxter à l'étude du sujet est bien entendu l'ébauche de plan qu'il a présentée, et dont l'objectif principal était de constater et d'encourager la pratique croissante des États de régler ces questions à l'avance, de telle sorte que des règles précises d'interdiction, adaptées aux exigences des situations particulières — y compris, le cas échéant, des règles précises de responsabilité objective —, se substitueraient aux obligations générales qui formaient la matière du sujet à l'examen[12].

Les paragraphes 1, 5 et 6 de la section 2 de cette ébauche de plan[13] traitaient de l'obligation de prévention. Elles prévoyaient une obligation d'informer, de coopérer de bonne foi et de conclure un accord, le cas échéant, en vue de mettre en place une procédure d'enquête non obligatoire. La section 6 traitait en outre de divers facteurs dont les États pouvaient tenir compte afin de prendre leurs intérêts réciproques en compte et de les équilibrer. Si, dans l'ensemble, l'ébauche de plan présentée par Quentin-Baxter a été favorablement accueillie à la Sixième Commission, certains membres de celle-ci ont estimé que cette ébauche devait être renforcée pour mieux garantir l'exécution des obligations de prévention. Certains autres se sont déclarés sceptiques, comme indiqué au paragraphe 48 du premier rapport.

29. M. Barboza, reprenant les fonctions de Quentin-Baxter, a conservé l'orientation générale de celui-ci. Le devoir de prévention devait à son avis continuer d'être considéré comme une obligation de comportement, et non comme une obligation de résultat. Il a cependant conseillé de modifier légèrement l'ébauche de plan en supprimant la première phrase du paragraphe 8 de la section 2 et du paragraphe 4 de la section 3 pour bien montrer que le non-respect des deux obligations qui y étaient visées entraînerait pour l'État auteur certaines conséquences procédurales défavorables. M. Barboza a également bien montré[14] que, si un État a une obligation de notification, il n'est pas tenu d'obtenir le consentement préalable des États susceptibles de pâtir des activités dangereuses lancées sur son territoire. Il a recensé six différentes obligations de prévention, exposées en détail au paragraphe 55 du premier rapport : autorisation préalable, évaluation des risques, information et notification, consultations, mesures unilatérales de prévention et diligence proportionnelle au degré de risque de dommage transfrontière dans un cas donné.

30. Le premier rapport rappelle ensuite les projets d'articles adoptés à titre provisoire par la Commission à ses quarante-sixième et quarante-septième sessions[15] et les projets d'articles proposés par le Groupe de travail à sa quarante-huitième session[16]. La grande question qui s'est posée à ce propos était celle de savoir si les mesures visant à prévenir de nouveaux dommages — notamment rétablir la situation d'avant la survenance du dommage causé par un accident, selon le principe de la prévention *ex post* — relevaient du devoir de prévention. Elle a fait l'objet de débats et de polémiques, mais le Groupe de travail a fait sien, à la quarante-huitième session, le point de vue que la Commission avait adopté à sa quarante-septième session, à savoir que le concept de prévention

[9] *Annuaire... 1983*, vol. II (1re partie), p. 223, doc. A/CN.4/373, par. 44.

[10] *Annuaire... 1980*, vol. II (1re partie), p. 246, doc. A/CN.4/334 et Add.1 et 2, par. 9.

[11] Ibid., p. 254, par. 38.

[12] *Annuaire... 1983*, vol. II (1re partie), p. 226, doc. A/CN.4/373, par. 50.

[13] Reproduit dans *Annuaire... 1982*, vol. II (2e partie), p. 86 à 88, par. 109. Pour des modifications ultérieures, voir *Annuaire... 1983*, vol. II (2e partie), p. 90, par. 294.

[14] J. Barboza, « International liability for the injurious consequences of acts not prohibited by international law and protection of the environment », *Collected Courses of The Hague Academy of International Law, 1994-III*, Dordrecht/Boston/Londres, Sijthoff, 1995, t. 247, p. 291 à 406.

[15] Pour le texte des projets d'articles, voir *Annuaire... 1994*, vol. II (2e partie), p. 167 et suiv., et *Annuaire... 1995*, vol. II (2e partie), p. 93 et suiv.

[16] Pour le texte des projets d'articles et commentaires y relatifs, voir le rapport du Groupe de travail, *Annuaire... 1996*, vol. II (2e partie), p. 109 et suiv., doc. A/51/10, annexe I.

devait inclure et les mesures de prévention *ex ante* et les mesures de prévention *ex post*[17]. Ce point de vue est d'ailleurs étayé par la résolution sur la responsabilité en droit international en cas de dommages causés à l'environnement adoptée par l'Institut de droit international à sa session de Strasbourg de 1997, qui a recommandé l'adoption, dans le cadre du concept de prévention, de mécanismes supplémentaires (dispositifs préalables d'intervention, plans d'urgence et mesures de remise en état, dites « de sécurité ») pour prévenir de nouveaux dommages, et maîtriser, atténuer et supprimer les effets du dommage une fois qu'il s'est produit.

31. Les articles 4 et 6 sont la base des autres dispositions relatives à la prévention, laquelle engloberait ainsi la prise de mesures appropriées pour recenser les activités qui risquent de causer un dommage transfrontière significatif. Il s'agit là d'une obligation à caractère permanent. L'obligation de prévention est précisée davantage, en ce sens que l'État est tenu de prendre des mesures unilatérales pour prévenir ou réduire au minimum le risque de dommage transfrontière significatif, en faisant appel aux connaissances scientifiques et aux techniques disponibles ainsi qu'à ses propres capacités économiques.

32. Présentant ensuite le chapitre III de son premier rapport, consacré à la portée du projet d'articles, le Rapporteur spécial rappelle que la Commission s'est attaquée à ce problème dès le départ. Ses membres ont pu s'entendre sur certains grands critères : l'élément transfrontière, la matérialité du dommage et les conséquences sociales de celui-ci, excluant donc le dommage causé par les politiques nationales en matière monétaire, socioéconomique ou dans des domaines analogues. M. Barboza, résistant aux suggestions tendant à étendre dans cette direction le champ d'application du sujet, l'a limité aux activités ayant des conséquences physiques et pour lesquelles on pouvait facilement établir un lien de cause à effet entre l'activité et le dommage. La Commission n'a pas réussi à prendre une décision définitive sur les activités qui entreraient dans le champ du sujet. À sa quarante-septième session, la Commission a créé un groupe de travail sur l'identification des activités dangereuses[18]. Ce groupe de travail a émis l'avis qu'elle pouvait poursuivre ses travaux sans disposer d'une définition précise des activités en question, mais en s'appuyant sur celle des activités visées par diverses conventions sur la protection de l'environnement. La Commission s'est rangée à cet avis[19].

33. La CDI s'est également beaucoup occupée de la question du seuil, qui est à la base de la notion de dommage significatif. M. Barboza, qui était du même avis que Quentin-Baxter, a fait observer qu'en ce qui concernait les activités risquant de causer un dommage transfrontière le dommage était la conséquence d'activités licites et devait être déterminé par rapport à un certain nombre de facteurs. À la CDI et à la Sixième Commission, l'opinion générale a été que la notion de danger était relative et qu'il incombait aux États de déterminer les seuils au-delà desquels le danger pouvait être considéré comme important. D'autres membres auraient préféré que l'on précise ce seuil en mentionnant les divers types d'activités ou de substances licites mais dangereuses. À sa quarante-sixième session, la CDI a défini le risque de causer un dommage transfrontière significatif comme la faible probabilité de causer un dommage désastreux et une forte probabilité de causer d'autres dommages significatifs[20]. Cette formule fait du seuil l'effet combiné du risque et du dommage, lequel doit atteindre un niveau jugé significatif. Le Groupe de travail a approuvé cette formulation à la quarante-huitième session.

34. Comme il est rappelé au paragraphe 97 du premier rapport, la notion de dommage significatif a été précisée davantage : il s'agit d'un dommage plus que détectable ou notable mais pas nécessairement grave ni substantiel. Selon cette conception, le dommage doit se solder par des effets préjudiciables réels sur la santé de la population, l'industrie, les biens, l'environnement ou l'agriculture dans d'autres États, effets qui doivent être mesurables à l'aide de critères concrets et objectifs. Il a également été suggéré qu'étant donné que les activités visées n'étaient pas interdites par le droit international, le seuil de l'intolérance aux dommages ne pouvait être fixé à un niveau moindre que « significatif ». Ce terme de « significatif » correspond à des critères concrets et objectifs et suppose un jugement de valeur qui dépend des circonstances du cas considéré et du moment où ce jugement est porté. En d'autres termes, une perte considérée comme significative à un moment donné peut ne pas être considérée comme telle plus tard.

35. Le critère de dommage transfrontière englobe les notions de territoire, de contrôle et de juridiction. Ces trois éléments ont été définis au paragraphe 1 de l'article 2 du projet présenté par Quentin-Baxter dans son cinquième rapport[21]. Selon le précédent Rapporteur spécial, le territoire comprend le territoire terrestre, les zones maritimes, l'espace aérien et la mer territoriale sur lesquels l'État exerce sa souveraineté, a des droits souverains ou une juridiction exclusive. Mais il faut tenir compte aussi de la juridiction que l'État du pavillon exerce sur les navires, aéronefs ou objets spatiaux qui se déplacent en haute mer ou dans l'espace aérien. Ainsi défini, le champ d'application du projet d'articles comprend les effets ressentis sur le territoire ou sous le contrôle d'un État, mais qui sont la conséquence d'une activité ou d'une situation qui se produit, en tout ou en partie, sur le territoire ou sous le contrôle d'un ou de plusieurs autres États.

36. Selon la même approche[22], M. Barboza a élargi la notion de contrôle aux situations évoquées par la CIJ dans l'affaire de la *Namibie*, à l'occasion de laquelle elle a déclaré que c'était l'autorité effective sur un territoire, et non la souveraineté et la légitimité du titre, qui constituait le fondement de la responsabilité de l'État à raison d'actes concernant d'autres États (voir par. 118).

37. En conséquence, les projets d'articles adoptés provisoirement par la Commission à sa quarante-sixième session limitaient le champ d'application du sujet aux

[17] Voir *Annuaire... 1995*, vol. II (2e partie), p. 91, par. 389.

[18] *Annuaire... 1995*, vol. II (2e partie), p. 92, par. 405 et 406.

[19] Ibid., p. 93, par. 408.

[20] *Annuaire... 1994*, vol. II (2e partie), p. 173, art. 2, al. *a*.

[21] *Annuaire... 1984*, vol. II (1re partie), p. 161, doc. A/CN.4/383 et Add.1.

[22] *Annuaire... 1987*, vol. II (2e partie), p. 47, par. 163.

activités s'exerçant sur le territoire ou à un autre titre sous la juridiction ou le contrôle d'un État (article premier) et définissaient le dommage transfrontière comme un dommage causé sur le territoire ou en d'autres lieux placés sous la juridiction ou le contrôle d'un État autre que l'État d'origine, que les États concernés aient ou non une frontière commune (art. 2, al. *b*). Bien que la formule « juridiction ou contrôle d'un État » soit plus courante, la Commission a jugé utile de mentionner aussi la notion de territoire afin d'insister sur l'importance du lien territorial, lorsqu'un tel lien existait, entre les activités visées par les articles et un État.

38. Dans son sixième rapport[23], M. Barboza a examiné à part la question de l'élargissement du champ d'application du sujet aux activités qui affectent l'indivis mondial en soi. Selon lui, l'analyse de la pratique des États semblait indiquer que le problème des dommages causés aux espaces publics internationaux était réglé dans le contexte du contrôle de certaines substances nocives ou de certaines zones de ces espaces. Pour lui, cette tendance indiquait que la meilleure solution était d'envisager la question dans le contexte de la responsabilité des États. Plusieurs membres de la Commission ont constaté que la question des dommages causés aux espaces publics internationaux soulevait la difficile question de l'identification des États en cause, et de l'évaluation et de la détermination du dommage. Il était tout aussi difficile d'appliquer le droit à l'indemnisation et l'obligation de prévenir le dommage si l'on ne pouvait identifier un État, et un seul, comme étant l'État affecté ou l'État d'origine. Certains membres ont estimé que le sujet pouvait être examiné séparément dans le cadre du programme à long terme de la Commission, mais d'autres ont pensé qu'il n'était pas assez mûri pour être examiné. Les premiers ont également estimé qu'il fallait l'examiner en priorité. Selon eux, les principes de l'intérêt commun de l'humanité et de la protection du patrimoine des générations futures s'étaient développés dans le contexte du développement durable et du droit de l'environnement et permettaient de définir la notion de dommage aux espaces publics internationaux. En conséquence, l'alinéa *b* de l'article 2 adopté provisoirement par la Commission à sa quarante-sixième session exclut les activités qui ne causent un dommage que pour l'État sur le territoire duquel elles s'exercent, ou celles qui causent un dommage à l'indivis mondial proprement dit mais ne causent de dommages à aucun autre État.

39. Présentant le chapitre IV de son premier rapport, où figurent ses recommandations sur le champ d'application du projet d'articles, le Rapporteur spécial souligne en particulier que l'alinéa *a* de l'article premier et l'article 2 proposés par le Groupe de travail à la quarante-huitième session devraient être approuvés sans modification. L'alinéa *b* de l'article premier, qui traite des activités qui causent effectivement un dommage, devrait au contraire disparaître. Cette disposition figurait de toute manière entre crochets et, comme le rapport l'aura montré, les activités dont il s'agit relèvent davantage du régime de la responsabilité des États que du sujet à l'examen. Les recommandations du Rapporteur spécial reflètent l'opinion de la grande majorité des membres de la CDI et des délégations de la Sixième Commission. Si la CDI les adopte, les chances d'obtenir un consensus, sinon un accord complet, n'en seront que meilleures.

40. M. ROSENSTOCK remercie le Rapporteur spécial pour son exposé remarquablement clair et concis. Il le félicite notamment d'avoir su retracer l'historique d'un sujet difficile avec la plus grande précision. Les membres de la Commission sont maintenant bien au fait de l'état d'avancement des réflexions sur ce point de l'ordre du jour.

41. M. PELLET, se référant à l'alinéa *d* du paragraphe 111 du premier rapport, juge très mal venue, dans le texte français, la phrase « les États ne doivent prévenir que les dommages significatifs ». Elle ne correspond certainement pas à ce que le Rapporteur spécial avait à l'esprit.

42. MM. SIMMA, ECONOMIDES et PAMBOU-TCHIVOUNDA estiment que les travaux seraient facilités si le secrétariat réunissait en un recueil les divers textes que la Commission a déjà mis au point sur le sujet — notamment l'ébauche de plan et les articles adoptés — qui sont éparpillés dans divers rapports. Il serait également commode de disposer du texte de la résolution de l'Institut de droit international évoquée parle Rapporteur spécial (voir *supra* par. 30).

43. Répondant à une demande de M. SIMMA, M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) explique que la deuxième partie de son premier rapport, dont la Commission sera saisie sous peu, porte d'une part sur le champ d'application des projets d'articles et d'autre part sur leur contenu. C'est en effet sur ces deux éléments qu'il conviendrait de faire plus de lumière, selon le Groupe de travail de la quarante-neuvième session. Seront donc évoqués les grands principes sur lesquels se fonde le devoir de prévention, qui sont la bonne foi, la consultation, la non-discrimination, l'obligation de procéder à des études d'impact sur l'environnement, le principe pollueur-payeur. Tout cela sera analysé et replacé en contexte, à travers les travaux des commentateurs. À lire les publicistes d'ailleurs, on peut d'ores et déjà conclure qu'il s'agit d'une matière offrant l'occasion d'un développement progressif du droit plutôt que d'une codification.

La séance est levée à 12 h 55.

2528e SÉANCE

Mardi 12 mai 1998, à 10 h 5

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi,

[23] *Annuaire... 1990*, vol. II (1re partie), p. 87, doc. A/CN.4/428 et Add.1.

M. Lukashuk, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Thiam, M. Yamada.

_____

Hommage à la mémoire d'Endre Ustor, ancien membre de la Commission

1. Le PRÉSIDENT dit qu'il a le triste devoir de faire part à la Commission du décès, le 25 avril 1998, d'Endre Ustor, de Hongrie. Éminent juriste, Ustor avait siégé à la Commission de 1967 à 1976 et y avait exercé les fonctions de rapporteur spécial pour la clause de la nation la plus favorisée. Le Président ne doute pas d'exprimer les sentiments de tous les membres de la Commission en adressant à la famille d'Endre Ustor leurs condoléances profondément attristées.

À l'invitation du Président, les membres de la Commission observent une minute de silence.

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses) *[suite]* (A/CN.4/483, sect. D, A/CN.4/487 et Add.1[1], A/CN.4/L.556, A/CN.4/L.568)

[Point 3 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

2. Le PRÉSIDENT souhaite la bienvenue au groupe de jeunes et brillants juristes qui participent au Séminaire de droit international et invite le Rapporteur spécial à présenter la deuxième partie de son premier rapport sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses (A/CN.4/487 et Add.1).

3. M. LEE (Secrétaire de la Commission), répondant à une observation de M. HAFNER, présente ses excuses à la Commission pour la sortie tardive de la deuxième partie de ce rapport.

4. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) indique que, vu l'actualité et la complexité du sujet, il s'est efforcé, dans la deuxième partie de son premier rapport, de présenter des idées qui permettent à la Commission de centrer ses travaux sur le contenu de la notion de prévention. Le rapport envisage en conséquence un certain nombre de principes, tant de procédure que de fond, qui jouent en interaction et sont essentiels pour élucider ce concept. Sur le plan procédural, ces principes comprendraient l'autorisation préalable, l'évaluation de l'impact sur l'environnement, la notification, la consultation et la négociation, la prévention et le règlement des différends et, enfin, la non-discrimination. Ce sont tous des moyens au service de fins bien précises. Sur le fond, on pourrait retenir le principe de précaution, le principe pollueur-payeur et ceux d'équité, de renforcement des capacités et de bonne gouvernance. Le Rapporteur spécial a tenté de déterminer les sources diverses des différents principes et d'indiquer en chaque cas leurs éléments constitutifs. Dans la quasi-totalité des cas, les États en expérimentent l'incorporation dans leur législation nationale et les mettent en œuvre avec souplesse.

5. L'obligation d'obtenir l'autorisation préalable pour une activité qui comporte le risque de causer des dommages transfrontières significatifs implique que cette autorisation n'est accordée que si sont remplies certaines conditions garantissant que le risque est correctement évalué, géré et limité. Elle signifie aussi que les États sont tenus de mettre en place un mécanisme de surveillance approprié pour veiller à ce que l'activité comportant un risque soit exercée dans le respect des limites et conditions prescrites. Elle a été entérinée par le Groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international que la Commission a créé à sa quarante-huitième session, à l'article 9 du projet[2], aux termes duquel l'autorisation préalable serait également requise dans le cas où il serait envisagé d'introduire dans une activité une « modification substantielle » risquant de la transformer en une activité génératrice de risque significatif de dommage transfrontière. Le terme « modification substantielle » n'a pas été défini, mais le Rapporteur spécial en donne quelques exemples au paragraphe 118 de son rapport.

6. De plus en plus souvent, les États s'acquittent de leur devoir de prévenir les dommages transfrontières significatifs en recourant à la formule de l'étude d'impact sur l'environnement pour déterminer si telle ou telle activité risque effectivement de causer de tels dommages. Divers aspects des législations nationales sur les études d'impact sur l'environnement sont relevés au paragraphe 123. Le suivi des études d'impact sur l'environnement a toujours été leur point faible, mais les législations nationales prévoient néanmoins des sanctions pénales en cas d'infraction. Le paragraphe 125 offre des exemples d'infractions couramment réprimées.

7. Une fois décelé, le risque significatif de dommage transfrontière déclenche l'obligation pour l'État d'origine d'en donner notification aux États susceptibles d'être touchés et de leur communiquer tous les renseignements disponibles, y compris, le cas échéant, les résultats d'une évaluation. Ces États ont le droit de savoir quelles études ont été faites et quels en ont été les résultats, de proposer des investigations supplémentaires ou différentes et de vérifier par eux-mêmes les résultats. Il faut que l'évaluation précède toute décision de mener l'activité considérée, et les parties sont tenues de procéder à une étude préalable des risques que comporte une activité, au lieu de se contenter d'en évaluer les effets après coup. S'agissant de ressources partagées, il serait bon que les États s'efforcent de concert ou en même temps d'apporter les éléments nécessaires pour mener à bien l'étude d'impact sur l'environnement.

[1] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

[2] Voir 2527e séance, note 16.

8. Les critères objectifs ne suffisent pas toujours pour déterminer les cas dans lesquels une étude d'impact sur l'environnement est nécessaire : il s'y ajoute toujours une part de jugement de valeur. On pourrait établir une liste des activités qui doivent faire l'objet d'une étude d'impact sur l'environnement à l'aide de critères comme l'implantation et l'ampleur de l'activité considérée, la nature de ses effets, le degré de risque, l'utilité publique et les valeurs écologiques. Le simple fait d'utiliser, dans le cadre d'une activité quelconque, certaines substances classées comme dangereuses dans quelques conventions peut indiquer que cette activité risque de causer un dommage transfrontière significatif et exige donc une étude d'impact sur l'environnement. Le contenu de l'évaluation du risque pourra varier selon les cas en fonction d'un certain nombre de facteurs, dont quelques-uns sont notés aux paragraphes 131 et 132.

9. Le paragraphe 133 porte sur plusieurs questions liées à l'exécution de l'obligation d'évaluer le risque par une étude d'impact sur l'environnement et au devoir de notifier ce risque aux États concernés, à savoir, quels sont les délais à respecter pour la notification et pour la communication d'informations, quel doit être le contenu de la notification, qui doit être chargé d'organiser la participation du public, en particulier de l'État affecté, à l'étude d'impact sur l'environnement menée dans l'État d'origine et qui doit supporter les dépenses. Les études d'impact sur l'environnement déjà effectuées dans un contexte transfrontière sont très variées, et il n'y a pas à ce jour de démarche uniforme pour les échanges d'informations transfrontières. Selon un commentateur qui a examiné le système du Traité sur l'Antarctique et les règles générales du droit de l'environnement, la pratique de l'étude d'impact sur l'environnement ne peut guère pour le moment être considérée que comme une tendance du droit international qui se fait jour progressivement.

10. La section C du chapitre V est consacrée aux principes de coopération, échange d'informations, notification, consultation et négociation de bonne foi, qui ont déjà tous été longuement étudiés par la Commission, notamment dans le cadre de ses travaux sur le sujet du droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation.

11. Le recours accru à la coopération est important en ce qu'il privilégie une interaction positive et plus intégrée des États au service de fins communes, tout en leur imposant des obligations positives, des obligations de faire. La coopération peut consister aussi bien à établir des normes et renforcer des institutions qu'à agir en tenant raisonnablement compte des intérêts des autres États et en vue d'atteindre des objectifs communs. Sur le plan procédural, la coopération comporte le devoir de donner notification aux États qui risquent de pâtir d'une activité et d'engager avec eux des consultations. Les paragraphes 141 à 145 précisent d'autres éléments du devoir de coopération. Le paragraphe 146 signale toutefois que, du point de vue normatif, on peut difficilement conclure à l'existence en droit international coutumier d'une obligation générale de coopération.

12. La consultation a pour objectif de concilier les intérêts divergents et de parvenir à des solutions qui soient mutuellement avantageuses ou satisfaisantes, comme cela a été souligné dans l'affaire du *Lac Lanoux*[3] et dans celle de la *Juridiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder*[4]. Cela dit, il est bien établi que l'obligation de négocier n'emporte pas celle de conclure. Ainsi, les paragraphes 150 et 151 précisent que l'obligation de consulter et de négocier de bonne foi ne revient ni à imposer celle d'obtenir le consentement préalable de l'État partie aux consultations, ni à conférer à ce dernier un droit de veto.

13. Il est aussi envisagé de faire du principe de la prévention des différends l'une des composantes de la prévention des dommages, en mettant l'accent sur la nécessité de prévoir et de prévenir les problèmes d'environnement. À la différence des faits illicites ordinaires, le dommage environnemental doit dans la mesure du possible être évité dès le départ. La prévention des différends fait appel à des procédés tels que les missions de bons offices, la médiation et la conciliation, au même titre qu'aux missions d'établissement des faits et à la diplomatie préventive, à laquelle le Secrétaire général a récemment eu recours. Ces méthodes sont brièvement exposées aux paragraphes 157 à 164.

14. Le paragraphe 166 évoque un certain nombre de recommandations d'un groupe d'experts visant à mieux faire respecter les obligations internationales et à en assurer la mise en œuvre, notamment par la notification d'un large éventail d'activités.

15. Le principe de non-discrimination ou d'égalité d'accès, reconnu par l'OCDE[5], qui permet, en cas de pollution transfrontière, de recourir aux mêmes procédures administratives ou judiciaires que dans le pays d'origine de la pollution, offre aux personnes qui en sont victimes, indépendamment de leur lieu de résidence ou de leur nationalité, la possibilité de se prévaloir de ces procédures pour défendre leurs intérêts, tant au stade de la prévention, avant que la pollution ne se soit produite, qu'à celui de la réparation. Ce principe est destiné au premier chef à régler les problèmes d'environnement entre États voisins, par opposition à la pollution à grande distance. Pour pouvoir jouer convenablement, il exige des similitudes entre les systèmes de droit de ces États et entre leurs politiques respectives de protection des droits des personnes, des biens et de l'environnement. Son application pose des problèmes lorsqu'il y a des différences radicales entre les recours substantiels ouverts dans différents États. C'est le cas, par exemple, des différences qui existent dans le droit de l'environnement entre les États-Unis d'Amérique et le Mexique et entre les pays d'Europe occidentale et d'Europe orientale. Au sein de l'OCDE, les difficultés qui ont surgi tenaient soit au fait que, dans quelques-uns des pays membres, les juridictions administratives ne sont pas compétentes pour connaître des affaires concernant les effets extraterritoriaux des décisions administratives, soit à la compétence exclusive conférée aux tribunaux du lieu de survenance du dommage.

---

[3] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (numéro de vente : 63.V.3), p. 281 et suiv.

[4] *Arrêt n° 16, 1929, C.P.J.I. série A n° 23.*

[5] Voir recommandation C(77)28(Final) du Conseil de l'OCDE sur la mise en œuvre d'un régime d'égalité d'accès et de non-discrimination en matière de pollution transfrontière, adoptée le 17 mai 1977 (OCDE, *L'OCDE et l'environnement*, Paris, 1986, p. 171).

16. Dans l'application du principe de non-discrimination, on peut distinguer la situation des victimes potentielles de celle des victimes effectives. La première relève de la prévention, les victimes potentielles étant protégées en premier lieu par leur propre État, l'État affecté, envers lequel l'État d'origine a un devoir de notification, consultation et négociation. Dans le cadre de l'évolution de l'obligation de procéder à une étude d'impact sur l'environnement, la participation du public pourrait être étendue aux victimes étrangères potentielles.

17. Le principe de non-discrimination a été incorporé à l'article 29 (Compétence des tribunaux nationaux) du projet proposé par le précédent Rapporteur spécial, M. Julio Barboza, dans son sixième rapport[6]. À la quarante-huitième session, le Groupe de travail y a introduit un article relatif à la non-discrimination, à savoir l'article 20, dans le chapitre III consacré à l'indemnisation et autres formes de réparation.

18. Quant au fond, le principe de précaution (par. 174 à 185) veut que l'absence de certitude scientifique absolue au sujet des causes et des effets d'un dommage causé à l'environnement ne serve pas de prétexte pour surseoir à l'adoption de mesures préventives. Dans sa conception classique, il exige que la partie qui souhaite l'adoption d'une mesure prouve que celle-ci s'impose en produisant des données scientifiques suffisantes, qui risquent d'être difficiles à obtenir. La démarche plus moderne renverse la situation en engageant les États à prendre des mesures pour prévenir, réduire ou éliminer tout dommage grave et imminent.

19. La Déclaration ministérielle de Bergen sur un développement durable dans la région de la Commission économique pour l'Europe[7] aura été, en 1990, le premier instrument international à donner à ce principe une applicabilité générale et à le lier au développement durable. Le Conseil d'administration du PNUE l'a recommandé dans le contexte de la pollution des mers, et la Convention sur l'interdiction d'importer en Afrique des déchets dangereux et sur le contrôle des mouvements transfrontières et la gestion des déchets dangereux produits en Afrique (Convention de Bamako) l'a retenu pour prévenir la pollution à l'aide de méthodes de production propres. Cette convention a aussi abaissé le seuil à partir duquel des données scientifiques pourraient imposer des mesures en ne qualifiant pas le dommage de « grave » ou « irréversible ». La Convention sur la diversité biologique n'évoque le principe que dans son préambule, et la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques a défini les limites de son application en exigeant le « risque de perturbations graves ou irréversibles » et en parlant d'un bon rapport coût-efficacité des mesures. Ainsi, les divers instruments internationaux ne donnent pas de contenu ou d'interprétation uniforme du principe de précaution. Selon un commentateur, sa valeur juridique n'est pas encore fixée, et les conséquences de son application dépendent en partie des particularités de chaque situation.

20. Le principe pollueur-payeur a été énoncé pour la première fois par le Conseil de l'OCDE[8] à titre de principe économique et comme moyen le plus rationnel d'imputer les coûts des mesures de prévention et de lutte contre la pollution, son application comportant des mesures préventives aussi bien que correctives. Il a été adopté comme principe 16 de la Déclaration de Rio[9], lequel recouvre tant les coûts de la pollution que les coûts environnementaux, soit davantage de coûts à prendre en considération que ceux de ces mesures, ainsi qu'il est indiqué au paragraphe 192 du rapport.

21. L'application de ce principe n'aura pas été chose facile, car les États ont trouvé des moyens de justifier leurs régimes de subventions en l'interprétant à leur convenance. Le mécanisme de règlement des différends de l'OCDE est mentionné au paragraphe 194, mais il n'y a encore jamais eu d'affaire de subventions excessives portée à l'attention de l'OCDE ou devant la Cour de justice des Communautés européennes. L'application du principe dans un contexte transfrontière peut aussi poser des problèmes. Il ressort de la pratique des pays de l'OCDE que les États paient rarement pour un dommage transfrontière puisque l'indemnisation des victimes est à la charge du pollueur. À quelques exceptions près, ceux qui appliquent des mesures de lutte contre la pollution le font en général sans l'appui financier des autres pays membres. Le principe pollueur-payeur a été introduit dans de nombreux accords internationaux à titre de principe directeur ou de principe contraignant, mais même en ce dernier cas son contenu a été laissé dans le vague. Les commentateurs l'ont diversement interprété, y voyant un principe directeur économique et non un principe juridique, ou un principe qui n'avait pas reçu un appui aussi large que le principe de l'action préventive, ou encore un principe à partir duquel on passe difficilement au principe de responsabilité *(liability)* entre États.

22. La section C du chapitre VI du rapport est consacrée aux principes d'équité, de renforcement des capacités et de bonne gouvernance. La priorité à accorder dans le développement du droit international de l'environnement aux intérêts des pays en développement et aux contraintes auxquelles ils se heurtent a spécialement retenu l'attention à la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement. À moins d'un miracle, la priorité pour les gouvernements de ces pays restera de répondre aux besoins essentiels de populations de plus en plus nombreuses et de plus en plus pauvres. Qui plus est, les moyens de production et les technologies dont disposent les pays en développement demeureront peu respectueux de l'environnement. La première question qui se pose si l'on veut promouvoir un développement durable est de savoir comment combler l'écart entre pays développés et pays en développement et entre riches et pauvres dans un même pays. Ce dernier problème relève de la bonne gouvernance, le premier étant à traiter dans le contexte de l'équité, intragénérationnelle en particulier.

[6] Voir 2527e séance, note 23.

[7] Doc. A/CONF.151/PC/10, annexe I.

[8] Voir recommandation C(72)128 du Conseil de l'OCDE sur les principes directeurs relatifs aux aspects économiques des politiques de l'environnement sur le plan international, adoptée le 26 mai 1972 (OCDE, *L'OCDE et l'environnement*, Paris, 1986, p. 27).

[9] Voir 2527e séance, note 8.

23. Pour l'équité intragénérationnelle, l'important est d'éviter que le développement économique ne soit assuré « sur le dos » de l'environnement des populations pauvres. Comme un observateur l'a relevé, on insiste davantage désormais sur les effets de l'interaction du développement économique, des droits de l'homme et du droit régissant la protection de l'environnement et la gestion des ressources sur le développement durable dans les pays en développement. De même, on a davantage conscience du devoir d'aider ces pays à s'acquitter de leurs obligations internationales et à progresser dans la réalisation des droits de l'homme.

24. Le principe d'équité intergénérationnelle émane du Groupe d'experts du droit de l'environnement de la Commission mondiale pour l'environnement et le développement[10] et il a trouvé son expression dans la Déclaration de Rio, dont il constitue le principe 3. Le paragraphe 210 du rapport indique les moyens de préciser le contenu de ce principe. La démarche préventive à l'égard de la pollution dénote une plus grande disposition à relier le présent à l'avenir dans l'élaboration de normes juridiques.

25. Pour respecter ses obligations internationales en matière d'environnement, il faut qu'un État mette au point les normes appropriées, adopte des technologies respectueuses de l'environnement et possède les ressources requises pour gérer et surveiller les activités en question. Il faudrait que s'instaure un esprit de partenariat mondial, qui se traduise par un appui financier, le transfert des technologies appropriées ainsi qu'une formation et une assistance technique, pour aider les pays en développement et les pays en transition à s'acquitter de leurs obligations dans le domaine de l'environnement. Les paragraphes 213 et 214 du rapport analysent cette question.

26. Les conditions pour renforcer la capacité des États de s'acquitter de leurs obligations de prévention débouchent, pour plusieurs d'entre elles, sur la nécessité d'une bonne gouvernance, c'est-à-dire, pour un État, de prendre les mesures qui s'imposent à cet effet, ainsi qu'il est noté dans le commentaire de l'article 7 du projet d'articles qui figure dans le rapport présenté par le Groupe de travail à la quarante-huitième session. Les paragraphes 218 à 220 sont consacrés aux options ouvertes aux États en matière de législation, et les paragraphes 221 à 223 à la nécessité d'encourager la participation du public. Enfin, les paragraphes 224 à 233 tirent de l'étude du sujet tout entier quelques conclusions appelant un examen plus approfondi et des directives de la part de la Commission.

27. M. LUKASHUK s'associe aux félicitations que M. Rosenstock a adressées au Rapporteur spécial pour cet excellent premier rapport. Le sujet est d'une importance exceptionnelle, et l'adoption du projet d'articles représenterait un progrès vers la solution d'un problème central des temps modernes, qui implique des conséquences pour la survie même de l'humanité.

28. L'obligation de prévenir les dommages transfrontières ne peut pas encore être considérée comme une norme du droit international positif. Les travaux de la Commission sur le sujet de la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses relèvent, semble-t-il, du développement progressif plus que de la codification du droit international.

29. Ce rapport rend compte d'un certain nombre d'aspects très neufs du droit international contemporain, au premier rang desquels la question de la protection de l'environnement. À ce propos, M. Lukashuk mentionne le paragraphe 15 du rapport, où il est dit que la mise en œuvre de l'obligation de diligence devrait être directement proportionnelle aux capacités scientifiques, techniques et économiques des États, en observant qu'il y a là une idée qui fait écho à la notion de développement durable, laquelle est à la base du droit moderne dans le domaine de l'environnement. Autre nouveauté, la notion même de prévention découle de l'accélération que le développement connaît de nos jours par rapport au passé. Au même titre que le principe de la diplomatie préventive, celui de la prévention des dommages environnementaux mérite d'être adopté par les Nations Unies.

30. Le passage à une optique de prévention et non plus de responsabilité *(liability)* ne manquera pas de poser quelques difficiles problèmes de contrôle du respect par les États de leurs obligations à cet égard. Ces problèmes retiendront sans nul doute toute l'attention qu'ils exigent à un stade ultérieur dans le cadre de la codification. Il y a en revanche un aspect du droit de l'environnement qui peut susciter des doutes, c'est l'idée de droits d'émission négociables; le fait qu'un État n'aurait pas épuisé son contingent d'émissions ne devrait sûrement pas permettre à un autre État de dépasser le sien.

31. Ce rapport vient confirmer la nécessité pour la Commission de s'engager dans une analyse approfondie de la question des dommages causés à l'indivis mondial qui, ainsi qu'il est dit au paragraphe 111 du rapport, est exclue du champ de l'examen en cours. Pour conclure, M. Lukashuk note avec satisfaction que le Rapporteur spécial se propose d'achever son travail dans les deux années à venir et il lui souhaite de réussir pleinement dans son entreprise.

32. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial), répondant à la question soulevée à propos des droits d'émission négociables, rappelle le paragraphe 192 de son rapport, où ceux-ci sont évoqués dans le contexte des coûts des taxes de pollution ou autres instruments économiques équivalents. Ne disposant que d'assez peu de temps, il a jugé souhaitable, sans perdre de vue pour autant les notions plus générales, de se concentrer dans la mesure du possible sur l'optique transfrontière, en insistant moins sur les questions qui se rapportent essentiellement à l'indivis mondial. Il est bien entendu prêt, si la Commission le souhaitait, à étudier un ou plusieurs de ces concepts dans leur application au dommage transfrontière.

33. M. MIKULKA, après avoir félicité le Rapporteur spécial de son brillant premier rapport et de la clarté de sa présentation, aimerait poser une question préliminaire. Il a trouvé réconfortant de l'entendre dire, dans la présentation de la première partie de son rapport, que les conclusions recommandées pour approbation étaient dans le droit fil de celles que le Groupe de travail avait formulées à la quarante-huitième session. Aujourd'hui, par contre,

[10] Voir *Environmental Protection and Sustainable Development: Legal Principles and Recommendations*, Londres, Graham and Trotman/Martinus Nijhoff, 1987.

M. Mikulka a été quelque peu surpris de l'importance donnée par le Rapporteur spécial au volet protection de l'environnement du sujet. Le Groupe de travail a proposé que le projet d'articles soit circonscrit aux activités qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif de par leurs conséquences physiques, non seulement dans le contexte de l'environnement mais également de manière générale. M. Mikulka souhaiterait des éclaircissements sur le rapport entre le sujet dont la Commission est saisie et la question de la protection de l'environnement proprement dite.

34. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) est reconnaissant à M. Mikulka d'avoir soulevé cette question. En analysant, dans la première partie du rapport, la question du champ d'application des articles, il s'est concentré sur l'élément transfrontière, en s'abstenant de parler de l'environnement en soi. Dans la deuxième partie, qui porte sur le contenu du principe de prévention, il s'est efforcé de faire une place à un certain nombre d'idées qui circulent actuellement et qui, à son sens, seraient utiles aux membres pour définir les grands paramètres du principe de prévention. La question que la Commission est invitée à examiner demeure celle des dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses; elle ne comprend pas des problèmes tels que la pollution larvée ou l'indivis mondial.

35. M. HAFNER indique, à propos de l'observation de M. Lukashuk sur les droits d'émission négociables, qu'il est d'accord avec le Rapporteur spécial pour considérer que ceux-ci sortent du champ du sujet défini par la Commission à sa quarante-neuvième session.

36. M. FERRARI BRAVO rappelle qu'à la quarante-neuvième session il a émis des doutes sur la possibilité d'exclure les considérations d'environnement d'une étude consacrée à la prévention des dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses. Le problème est extrêmement grave, surtout pour les petits pays dans lesquels aucun point du territoire n'est suffisamment éloigné de la frontière pour que l'éventualité d'un dommage transfrontière soit totalement exclue; pour les pays insulaires ou ceux qui possèdent un très grand territoire, il se pose peut-être avec moins d'acuité. M. Ferrari Bravo espère que les articles que rédigera le Rapporteur spécial s'attaqueront à ces questions et il redit qu'à son avis il pourrait se révéler peu judicieux de rejeter la question de l'indivis mondial en dehors du champ du sujet.

37. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) estime lui aussi que le point qui vient d'être soulevé est important. Comme il l'a indiqué dans les conclusions de la première partie de son rapport (par. 111 à 113), les dommages causés à l'environnement mondial en soi sont effectivement exclus du champ du sujet à l'étude, mais il pense personnellement qu'ils sont comparables aux dommages causés à la haute mer qui portent atteinte à sa jouissance par les autres États. Lorsqu'il n'y pas de lien de causalité possible, on voit mal comment des dommages causés à l'indivis mondial pourraient être pris en considération dans le cadre du sujet à l'examen. Cela dit, il sera sans aucun doute possible de trouver d'autres moyens de traiter la question, et le Rapporteur spécial compte sur la Commission pour le guider.

38. M. PELLET trouve que M. Ferrari Bravo a fort justement fait remarquer que la Commission ne peut pas ne pas tenir compte des dommages causés à l'environnement, mais il est également d'accord avec M. Mikulka pour considérer qu'il convient d'éviter de privilégier par trop l'aspect environnemental. Il note par exemple qu'au paragraphe 153 du rapport, le mot « écologiques », qui est employé trois fois, aurait parfaitement pu être omis. Si, par exemple, un barrage causait un dommage transfrontière significatif, ce dommage serait également économique et financier. Ce ne serait pas exclusivement un dommage environnemental, dommage qui n'est que l'un des éléments d'un dommage transfrontière découlant d'une activité dangereuse. Il serait sage de s'en souvenir, dans les débats de la Commission, dans la rédaction des articles et, si M. Pellet ose le demander, dans les exposés du Rapporteur spécial, qui sont trop écologistes et cèdent trop à la mode.

39. M. HAFNER, se référant aux observations de M. Pellet sur l'environnement, rappelle que le dommage transfrontière peut revêtir au moins trois formes, à savoir, la perte de la vie et l'atteinte à la santé, le dommage aux biens et le dommage à l'environnement d'autres États. La Commission devra donc inévitablement traiter la question de l'environnement, même si ce n'est pas là le but primordial de son activité. Dans la doctrine, la pratique et même la coutume internationales, l'expression « étude d'impact sur l'environnement » englobe, au-delà de la définition de l'environnement au sens restreint, des questions telles que la prévention des pertes en vies humaines. C'est dans ce sens plus large que M. Hafner a compris les références à « l'environnement » qui émaillent le premier rapport du Rapporteur spécial.

40. M. CRAWFORD note qu'au paragraphe 225 des conclusions, le Rapporteur spécial dit que la norme de diligence pourrait varier d'un État à l'autre, d'une région à une autre et selon les moments. Les obligations de diligence sont beaucoup plus souples que les obligations de résultat, et il est raisonnable de tenir compte de facteurs comme les moyens matériels dont dispose l'État considéré. Néanmoins, il ne faut pas aboutir pour autant à un système faisant deux poids, deux mesures ou, plutôt, à l'absence de norme. Vu les dommages qui pourraient résulter de certaines de ces situations, le coût de la construction des grands ouvrages et la quantité de travaux scientifiques qu'ils exigent, le respect de la norme de diligence due n'a rien d'excessif. Aussi M. Crawford espère-t-il que la Commission, si elle peut admettre que l'idée de diligence due comporte une certaine souplesse, n'admet pas pour autant que cette notion comporte une forme quelconque d'exemption régionale ou particulariste.

41. Au paragraphe 226, le Rapporteur spécial dit qu'un manquement à l'obligation de prendre des mesures de prévention n'entraînerait aucune conséquence juridique. Certes, la Commission est convenue d'examiner la question de la prévention indépendamment de celle de la responsabilité *(liability)*, mais il serait quelque peu étrange d'avoir commencé par insister sur l'importance de la prévention en vue de la dissocier de la responsabilité pour ensuite affirmer, dans le cadre d'une étude consacrée à la prévention, que les obligations de prévention n'emportent pas de conséquences juridiques. M. Crawford peut admettre qu'une simple défaillance — tel le défaut de

notification ou de communication de certaines informations — n'entraîne pas en soi de responsabilité *(liability)* pour les conséquences qui pourraient découler de l'opération à propos de laquelle il y a eu ce manquement. Le fait de ne pas donner notification ou de ne pas communiquer une information pourrait en tout état de cause n'avoir aucun lien particulier de causalité avec le dommage effectivement survenu, ou encore il pourrait se trouver que le dommage se serait de toute façon produit. Il n'en reste pas moins contradictoire d'affirmer l'existence d'une obligation tout en disant que cette obligation n'entraîne pas de conséquences juridiques. S'il est toujours possible de créer une *lex specialis*, encore faut-il que cette *lex specialis* implique à tout le moins une obligation de cessation — sinon, il n'y a pas la moindre obligation. Tout en comprenant le souci d'éviter que les diverses obligations procédurales actuellement élaborées dans ce domaine n'emportent pas, sur le plan de la responsabilité *(liability)*, des conséquences substantielles si radicales que les États les rejetteraient, M. Crawford pense que la Commission devrait se garder de tomber dans l'excès inverse.

42. M. MIKULKA, se référant à l'observation faite par M. Hafner qu'il serait injustifiable d'exclure les dommages causés à l'environnement du champ de l'étude de la Commission, dit que personne n'a rien proposé de tel. Le danger pour la Commission serait de donner dans l'excès inverse en se concentrant sur le dommage causé à l'environnement à l'exclusion des autres types de dommage.

43. En ce qui concerne les remarques de MM. Ferrari Bravo et Crawford, M. Mikulka estime que le Rapporteur spécial s'est acquitté de son mandat, qui était d'établir un rapport non point sur la responsabilité *(liability)*, mais sur la prévention. Tous les membres savent bien par quel long processus le sujet initial s'est trouvé transformé. La prévention est du domaine des règles primaires, et il y aurait bien entendu des conséquences en cas de manquement à ces règles de la part des États, mais ces conséquences entraînent la Commission dans le domaine de la responsabilité des États pour les faits interdits par le droit international, loin de celui de la responsabilité sans faute *(liability)* envisagée à l'origine lorsque Quentin-Baxter avait été nommé rapporteur spécial pour le sujet à la trentième session, en 1978[11]. Par contre, le Rapporteur spécial actuel n'est pas mandaté pour traiter ce sujet.

44. Il y a encore un autre scénario : les règles de prévention sont toutes observées, l'État s'acquitte de toutes ses obligations et il ne s'en produit pas moins un dommage significatif. En pareil cas, l'État aurait rempli toutes ses obligations conformément au droit international et, partant, on ne pourrait pas dire que l'élimination du dommage est une question de responsabilité des États. Là encore, on pénètre dans la sphère de la responsabilité sans faute *(liability)*. Cette question devra un jour ou l'autre être examinée, mais, M. Mikulka le souligne à nouveau, elle n'entre pas dans le mandat du Rapporteur spécial actuel.

45. M. SIMMA, revenant sur les remarques de M. Ferrari Bravo, dit que c'est sans doute généraliser un peu hâtivement que d'affirmer que les grands États sont mieux placés que les petits pour prévenir les dommages transfrontières. Cela dépend beaucoup des particularités concrètes de chaque situation. Ce que l'on peut affirmer, c'est que tous les États, petits ou grands, ont la même tendance, lorsqu'ils se dotent de centrales nucléaires et autres, à les implanter dans des zones frontalières. Tout d'abord, en effet, les fleuves délimitent souvent les frontières nationales, et ces installations exigent de grandes quantités d'eau, pour le refroidissement notamment; deuxièmement, les zones proches des frontières nationales sont souvent parmi les régions les plus pauvres du pays et bénéficient en conséquence de programmes spéciaux de promotion du développement industriel.

46. Sur la question de la distinction entre le dommage causé à l'environnement, d'une part, et les atteintes à la vie, à la santé et aux biens, d'autre part, M. Simma doute qu'il soit possible de distinguer entre les diverses formes de dommage que causerait un accident nucléaire dans une zone frontalière. Le dommage causé à l'environnement comporterait inévitablement des atteintes à la vie, à la santé et aux biens, et il ne faudrait pas donner à tort l'impression que le dommage causé à l'environnement est ce qui reste une fois que l'on a fait la part de ces atteintes.

47. Quant à l'obligation de diligence, c'est une notion qui, comme le souligne l'article 3 de la résolution sur la responsabilité en droit international en cas de dommages causés à l'environnement adoptée par l'Institut de droit international à sa session de Strasbourg de 1997, devrait être mesurée suivant des normes objectives concernant le comportement à attendre d'un bon gouvernement. Elle objectivise des notions subjectives de responsabilité telles que la faute. Déclarer, comme le Rapporteur spécial le fait au paragraphe 225, que la norme en la matière peut varier d'un État à l'autre, d'une région à une autre et selon les moments, c'est priver cette notion d'environ 99 % de sa valeur pour apprécier si un devoir de prévention a été effectivement observé.

48. Enfin, pour ce qui est des obligations, si — comme M. Simma en a d'abord eu l'impression — le Rapporteur spécial soutient vraiment qu'un manquement aux devoirs de prévention n'entraîne pas de conséquences juridiques, il instaure ainsi une nouvelle sorte de droit souple, en détachant toute une branche du droit international de l'appareil de sanctions et de responsabilité qui normalement s'y rattacherait. M. Crawford a certes eu raison de faire remarquer à la Commission que ces régimes peuvent créer leur propre mécanisme de mise en œuvre et prévoir en cas de manquement leurs propres conséquences juridiques, mais s'il en est ainsi, la Commission devrait prêter attention aux conséquences juridiques spécifiques qu'entraînerait le manquement à ces devoirs de prévention.

49. M. PELLET se plaît à constater que M. Simma adopte une approche unitariste du droit international, au lieu de chercher à le compartimenter selon la matière.

[11] Lors de cette session, la Commission a constitué un groupe de travail qu'elle a chargé d'examiner, à titre préliminaire, l'étendue et la nature du sujet. Pour le rapport du Groupe de travail, voir *Annuaire... 1978*, vol. II (2e partie), p. 167 à 169.

50. En ce qui concerne les observations de M. Crawford au sujet du paragraphe 226, M. Pellet souscrit en substance aux remarques de M. Mikulka, mais il aimerait ajouter encore un mot. Les règles applicables à la prévention sont effectivement des règles primaires, et leur violation est source de responsabilité. À l'instar de M. Crawford, mais pour des raisons un peu différentes, il ne saurait au grand jamais admettre que, comme le dit le Rapporteur spécial, un manquement aux obligations de prévention n'entraîne pas de conséquences juridiques. La violation d'une règle de droit, quelle qu'elle soit, comporte nécessairement une conséquence juridique, que l'on appelle responsabilité. Une fois la responsabilité établie, la question se pose de savoir quelles conséquences découlent de cette situation de responsabilité résultant de la violation. Il pourrait y avoir ou non des conséquences selon qu'un dommage aurait ou n'aurait pas été causé.

51. En conséquence, du fait que la violation des règles régissant les obligations de prévention a toujours une conséquence juridique, à savoir, la responsabilité de l'État qui a violé ces règles — y compris, notamment, celle de la notification —, M. Pellet ne comprend pas ce que M. Crawford veut dire en affirmant que le défaut de notification n'a pas de conséquence juridique : la conséquence est que l'État est responsable. S'il apparaît par la suite qu'un dommage a découlé de cette violation, l'État devra fournir la réparation appropriée. Le lien de causalité entre la non-notification et le dommage sera probablement difficile à établir. Néanmoins, il n'est pas juste d'affirmer, comme le fait le Rapporteur spécial au paragraphe 226, qu'un manquement aux obligations de prévention n'entraînerait pas de conséquences juridiques. C'est confondre la réparation avec les conséquences juridiques de la violation d'une règle de droit.

52. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) se dit très heureux des observations importantes qui ont été faites dans la seconde partie du débat. Il tient toutefois à dissiper un malentendu. La conclusion formulée au paragraphe 225 n'est pas l'expression de son avis personnel en sa qualité de rapporteur spécial mais la conclusion à laquelle la Commission elle-même est parvenue au fil des ans. Ses prédécesseurs ont posé en principe que les obligations de comportement n'ont pas de conséquences juridiques à moins qu'un dommage ne soit effectivement survenu et que c'est seulement en pareil cas que les conséquences du manquement au devoir de diligence entrent aussi en jeu. L'ébauche de plan[12] mentionne cet aspect particulier de la question au paragraphe 4 de la section 5.

53. Dans les paragraphes suivants, le Rapporteur spécial a commencé à explorer la difficile question des conséquences. Quand bien même l'occasion lui en serait donnée à la cinquante et unième session, il n'est pas sûr qu'il serait bien avisé de s'engager dans une étude en règle des conséquences juridiques du manquement à un devoir dont la teneur n'est pas clairement établie. Le devoir de prévention débouche sur toutes sortes de dispositions procédurales. À titre d'exemple, tout État est censé avoir mis en place une législation nationale prescrivant l'autorisation préalable, les procédures applicables à l'évaluation de l'impact sur l'environnement, et ainsi de suite. Or, rares sont ceux qui ont à ce jour promulgué une législation complète en la matière, et les législations qui existent ne sont encore ni fermement établies ni uniformes. Dans ces conditions, quelles conséquences tirer de l'inobservation ? Tel est le problème qui le préoccupe.

54. Cela dit, le Rapporteur spécial admet très volontiers que, si la Commission pose en principe l'existence d'une obligation juridique, son inobservation emporte nécessairement des conséquences juridiques. Celles-ci peuvent varier. Comme M. Crawford l'a signalé, il ne saurait y avoir d'exemption, mais on ne saurait davantage prescrire le même type de normes que pour les violations de règles de fond, d'autant moins que les violations de règles de procédure n'ont pas encore donné de situation où deux demandeurs seraient en litige. Le Rapporteur spécial demande à la Commission des directives dans ce domaine très délicat et il espère pouvoir à la session suivante livrer quelques réflexions supplémentaires sur la question des conséquences, toujours à la condition que cela ne détourne pas la Commission de l'accomplissement de sa tâche. Les divers projets d'articles dont elle a déjà été saisie intègrent bon nombre des idées qu'il a évoquées, mais aucun des projets rédigés par les divers groupes de travail ne renferme d'article visant les conséquences de l'inobservation d'un devoir de prévention. Un nouvel article devrait donc être formulé. La question est de savoir si la Commission devrait étudier l'inobservation dans l'optique plus générale de la responsabilité des États ou dans le contexte d'un sujet spécial relevant de la responsabilité *(liability)*. Le choix pourra être fait à un stade ultérieur.

55. Pour récapituler, le Rapporteur spécial a d'emblée deux précisions à apporter. En premier lieu, le paragraphe 225 ne constitue pas son commentaire personnel, mais son exposé de la situation qui s'est créée au fil des travaux menés jusqu'ici par la Commission. Comme il l'indique au paragraphe 228, la Commission, ayant séparé le régime de la prévention de celui de la responsabilité *(liability)*, n'a plus d'excuse pour ne pas examiner la question des conséquences. Si elle décide qu'elle ne veut à aucun moment envisager la responsabilité *(liability)* comme un prolongement du sujet à l'examen, elle sera obligée d'étudier les conséquences du manquement aux devoirs de prévention. Si, en revanche, ce sujet devait ultérieurement être rattaché d'une manière ou d'une autre à la responsabilité *(liability)*, elle aurait alors la possibilité de traiter les conséquences dans ce contexte.

56. Deuxièmement, les paragraphes 224 à 227 des conclusions ont pour but d'exposer comment les choses ont évolué jusqu'ici, et les paragraphes 228 et suivants tentent de faire le point sur ce qu'il est à présent nécessaire de faire. Aux paragraphes 229 et 230, le Rapporteur spécial a clairement indiqué que le manquement à l'obligation de prévention pourrait avoir des conséquences à la fois pour l'État et pour les exploitants. Ce sont là des idées qu'il serait possible de développer.

57. Le Rapporteur spécial ne prétend absolument pas que les obligations de prévention, une fois correctement posées, doivent n'avoir aucune conséquence juridique et être laissées au discernement des parties concernées. En revanche, il serait heureux que les membres lui prêtent leur concours pour tâcher — tâche qu'il espère pouvoir

[12] *Annuaire... 1982*, vol. II (1re partie), p. 76, doc. A/CN.4/360.

mener lui-même — de déterminer ce que sont ces conséquences.

58. Selon M. ROSENSTOCK, la Commission doit prendre soin de garder les notions de responsabilité des États et de responsabilité sans faute *(liability)* séparées. Dans les autres langues de travail que l'anglais, la distinction est apparemment quelque peu artificielle, mais c'est une distinction importante, et M. Rosenstock n'est pas convaincu qu'elle soit appréciée à sa juste valeur dans les paragraphes en question. En cas de manquement à une obligation de prévention, le dommage risque d'être difficile à mesurer, mais — à moins que la Commission n'aille défaire ce qu'elle a plus ou moins accompli dans le domaine de la responsabilité des États — il ne fait aucun doute qu'il y a effectivement des conséquences. La question beaucoup plus difficile de ce qui se passe lorsque toutes les dispositions possibles ont été prises et qu'il s'est quand même produit un dommage n'a pas besoin d'être traitée au stade actuel des travaux de la Commission. Néanmoins, il convient que la Commission sache qu'elle existe et que c'est une question distincte.

59. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA tient simplement à rendre hommage à M. Mikulka dont les observations auront permis à la Commission de circonscrire plus étroitement le champ de l'étude qu'elle envisage du sujet de la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses.

La séance est levée à 13 h 5.

2529e SÉANCE

Mercredi 13 mai 1998, à 10 h 10

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Al-Khasawneh, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Thiam, M. Yamada.

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses) *[suite]* (A/CN.4/483, sect. D, A/CN.4/487 et Add.1[1], A/CN.4/L.556, A/CN.4/L.568)

[Point 3 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

1. Pour M. HAFNER, si, comme l'a dit le philosophe Albert Camus, le XXe siècle est le siècle de la peur et que le risque de nuire à autrui involontairement peut entraîner cette peur, la pertinence de la question de la prévention des dommages transfrontières s'impose d'elle-même. On a déjà parlé des aspects politiques qu'elle comportait — puisque le devoir de prévention imposé à l'État peut être plus difficile à respecter pour les petits pays et faire obstacle au développement —, mais le sujet présente aussi des aspects concrets, et M. Hafner se propose d'en évoquer quelques-uns.

2. Pour étudier ce nouveau sujet, la Commission dispose des nombreux documents qu'elle a déjà élaborés, notamment le projet d'articles présenté à la quarante-huitième session par le Groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international[2] et la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, dont certaines dispositions traitent de la prévention. Elle pourra donc se demander dans quelle mesure ces instruments coïncident ou divergent, d'autant plus que la Convention a déjà été adoptée au plan international[3], et trouvera sans doute utile de comparer les projets d'articles 4, 10, 11 et 12 du Groupe de travail et les articles 7, 21 et 28 de la Convention, sans oublier pour autant qu'il existe un bon nombre d'autres traités et instruments universels qui traitent d'un aspect ou d'un autre du sujet à l'examen.

3. Sur le plan du fond, il est incontestable que le droit international actuel fait obligation aux États de veiller à ce que les activités entreprises sous leur juridiction respectent l'environnement des autres États et l'indivis mondial, comme l'a déclaré la CIJ dans son avis consultatif sur l'affaire de la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*. Cette obligation est à la base du devoir de prévention qu'il s'agit d'analyser. L'une des premières conséquences de cette façon de voir les choses est qu'il faut entendre par environnement non seulement l'environnement proprement dit au sens étroit du terme, mais aussi les personnes et les biens placés sous la juridiction d'autres États. Il ne paraît pas plausible de fonder l'obligation de ne pas causer un dommage aux biens ou aux personnes qui se trouvent dans un autre pays sur un principe différent. Il faudra aussi naturellement examiner séparément la question de la définition du territoire, du contrôle et de la juridiction.

4. Partant de là, il est clair que l'on traite des règles primaires du droit dont la violation comporte certaines conséquences juridiques dans le domaine de la responsabilité. Mais il n'y a aucune raison de s'aventurer dans le sujet de la responsabilité internationale *(liability)*, surtout pas comme on l'a fait jusque-là. Si l'on devait en parler, ce devrait être dans le sens de la responsabilité civile, qui correspond à la pratique effective. La responsabilité de l'État, au sens strict du terme, est une voie sans issue et la pratique conventionnelle internationale n'en offre qu'un

[1] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

[2] Voir 2527e séance, note 17.

[3] Voir résolution 51/229 de l'Assemblée générale.

seul exemple. La prééminence qui revient donc à la notion de responsabilité des États *(responsibility)* apparaît clairement au paragraphe 1 de l'article 7 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, qui impose aux États de prendre toutes les mesures appropriées pour ne pas causer de dommages significatifs aux autres États du cours d'eau. Mais le paragraphe 2 de ce même article prévoit que ce n'est que lorsqu'un dommage significatif est néanmoins causé que l'État doit prendre toutes les mesures appropriées pour éliminer ou atténuer ce dommage, même s'il a entièrement respecté ses obligations. Si l'État n'a pas respecté ses obligations, il doit assumer la responsabilité, au sens ordinaire du terme.

5. On peut évidemment débattre le point de savoir s'il vaut mieux insister sur la réglementation des mesures de prévention ou sur les conséquences du dommage. Cette double option correspond à la dualité des systèmes législatifs nationaux qui insistent les uns sur l'obligation de réparer, les autres sur la réglementation. Au plan international, c'est l'approche réglementaire qui serait la mieux adaptée aux particularités du droit international, sphère où il n'existe pour l'instant aucune institution judiciaire de compétence universelle pour se prononcer sur les affaires et où les disparités de puissance et de taille entre les États ne sont pas sans incidence pour le respect du droit. La mise en place de règles de prévention claires faciliterait la détermination des responsabilités si un dommage se produit. La Commission devrait donc s'efforcer d'élaborer des règles concrètes applicables aux mesures de prévention que les États auraient à respecter, et ne pas s'imaginer qu'un principe vague répondra aux besoins du monde contemporain.

6. M. Mikulka s'est interrogé (2528e séance) sur la nécessité d'établir une distinction entre le devoir général de protection de l'environnement et le devoir particulier de prévention des dommages transfrontières. C'est une distinction intéressante sur le plan de ce que l'on appelle parfois la « responsabilité différenciée ». Ainsi, l'article 194 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer fait une nette distinction entre le devoir de prendre des mesures pour réduire la pollution du milieu marin et le devoir de prendre des mesures pour éviter que des activités ne causent un dommage à d'autres États et à leur environnement. On trouve une distinction analogue dans les principes 2 et 7 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement[4]. Dans les deux cas, une sorte de responsabilité différenciée vise uniquement le premier type de devoir. Mais cette différenciation ne dispensera pas la Commission d'analyser la portée et la nature de la diligence due *(due diligence)*, qui est au cœur de l'obligation de prévention. Il y a deux façons de le concevoir : soit ce devoir a une portée distincte, c'est-à-dire que la règle primaire elle-même prévoit déjà une certaine différenciation; soit la différenciation peut s'opérer au niveau des règles secondaires de la détermination générale des obligations, par exemple le principe « à l'impossible nul n'est tenu ».

7. Le point de départ du débat doit être la définition de ce qu'il faut entendre par dommage. Dans la plupart des instruments internationaux, cette notion couvre trois éléments différents : les dommages aux personnes (maladie, blessure, décès); les dommages aux biens; et l'altération de l'environnement. Il faut donc aussi définir ce qu'est l'environnement si l'on veut délimiter le champ d'application du régime de prévention. Certains documents, notamment européens, y incluent explicitement le paysage, les monuments historiques, le patrimoine culturel ou les conditions socioéconomiques. Il faudra aussi préciser la notion de seuil, sur laquelle la Commission s'est longuement étendue, et dont elle devra sans doute reprendre l'examen. Pour ce qui est enfin de la définition des activités dont il s'agit, certains membres pensent qu'elle devrait couvrir les activités visées à l'alinéa *b* de l'article premier du projet présenté par le Groupe de travail à la quarante-huitième session de la Commission, soit les autres activités non interdites par le droit international qui ne comportent pas le risque visé à l'alinéa *a* mais causent néanmoins un dommage transfrontière significatif de par leurs conséquences physiques. Mais cette dernière catégorie d'activités ne semble pas relever du sujet de la prévention. La Commission doit, par conséquent, se consacrer aux activités dangereuses et non aux autres activités.

8. Le Rapporteur spécial semble avoir négligé un problème qui est étroitement lié au principe de l'égalité des États : L'État d'origine qui prend des mesures de prévention doit-il respecter les normes adoptées par l'État potentiellement affecté ou ne doit-il respecter que ses propres normes, également à l'égard de cet autre État ? C'est le problème de la disparité des niveaux de protection que les États accordent à leur population. On peut soutenir que c'est l'État affecté qui doit décider du seuil que devra respecter l'État d'origine, car c'est à lui de décider de la protection qu'il assure à sa population. On peut aussi soutenir à l'inverse qu'un État n'est pas obligé d'accorder à la population d'un autre État une protection plus large que celle qu'il offre à sa propre population. Divers principes de droit international — égalité des États, intégrité territoriale, souveraineté — peuvent alimenter l'une et l'autre argumentation. Comme il semble impossible de trancher le problème par une disposition de fond, il faudra insister sur la procédure permettant aux États en cause de trouver une solution leur convenant à tous deux.

9. Au lieu de répéter ce que la Commission a déjà entendu maintes fois, ses membres doivent s'attacher à mettre un régime au point dans les plus brefs délais. Le mieux serait sans doute de reprendre le projet d'articles présenté par le Groupe de travail à la quarante-huitième session de la Commission et de l'examiner du point de vue du nouveau sujet. On verra alors dans quelle mesure il correspond à l'état actuel des réflexions, et dans quelle mesure il faut le modifier ou le compléter. Ce travail devra se faire à la lumière d'autres instruments, notamment de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, afin d'éviter d'aggraver encore la fragmentation du droit international.

10. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) tient à préciser qu'il a voulu faire le point, dans son premier rapport (A/CN.4/487 et Add.1), sur l'état d'avancement des travaux de la Commission, sans partager forcément les positions théoriques qu'elle avait adoptées. Ainsi, il ne

[4] Voir 2527e séance, note 8.

pense pas que le non-respect de l'obligation de diligence ne devrait pas entraîner de conséquences juridiques. C'est par souci de faire avancer la question qu'il suggère, au paragraphe 229, que la Commission replace la question des conséquences dans le contexte de la responsabilité de l'État. En effet, comme l'a fait remarquer M. Hafner, les travaux peuvent s'orienter soit vers le domaine de la responsabilité internationale *(liability)*, sujet pour lequel la jurisprudence n'offre qu'un seul précédent, soit vers celui de la responsabilité des États.

11. Pour ce qui est de délimiter la portée et la nature du devoir de diligence, les principes évoqués à ce propos dans le rapport (précaution, évaluation de l'impact sur l'environnement, autorisation préalable, encadrement législatif et répression des violations) permettent d'en donner une définition beaucoup plus large, qui tient compte de l'évolution entraînée par l'adoption de diverses conventions. Peut-être faudrait-il aussi intégrer dans les débats la notion de tort ou de quasi-délit, qui a été très étudiée sur le plan interne et qui pourrait éclairer aussi un cas de figure comparable en droit international.

12. M. MELESCANU pense que le Rapporteur spécial a raison de poser la question de savoir si le sujet à l'examen doit être traité dans le cadre de la responsabilité des États ou si la Commission doit inventer une sorte de responsabilité civile de l'État *(liability)*. La Commission devra de toute manière faire l'effort de comprendre, d'une part, qu'il peut y avoir responsabilité de l'État, même si l'État ne commet pas d'acte illicite, du fait qu'il manque à l'obligation fondamentale de prévention et, d'autre part, qu'il y a une obligation de solidarité entre les États qui doivent assurer la protection de leurs citoyens. De la même manière que le Code civil prévoit la figure de la responsabilité sans faute *(liability)* — par exemple, en droit romain, la responsabilité des parents pour les actes de leurs enfants et la responsabilité des propriétaires d'immeubles —, la Commission devra s'efforcer de définir la responsabilité de l'État pour les activités très dangereuses, à haut risque ou pouvant causer des dommages au-delà de ses frontières. Cette notion de responsabilité est d'ailleurs déjà acceptée dans certains domaines très particuliers, par exemple dans le domaine nucléaire. Pratiquement tous les régimes conventionnels en vigueur, au niveau européen (Euratom) ou au niveau international (AIEA), prévoient une responsabilité limitée mais à trois degrés : responsabilité de l'exploitant des centrales, plafonnée d'ailleurs à une certaine somme; responsabilité de l'État, qui supplée l'exploitant au-delà de la somme en question; responsabilité de tous les États parties, qui sont tenus de réparer les dommages éventuels.

13. De l'avis de M. Melescanu, c'est dans cette direction que la Commission doit chercher la solution au problème du régime de la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, qui consistera à définir les conditions concrètes dans lesquelles l'État peut être tenu responsable des dommages prenant leur origine sur son territoire.

14. M. BROWNLIE dit craindre que le travail de codification de la matière à l'examen ne prenne le pas sur le développement progressif de ce que l'on pourrait appeler le droit de l'environnement. En fait, on sait bien que le Rapporteur spécial a été chargé d'une mission de sauvetage parce que le sujet de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international était enlisé et que l'on ne voulait pas laisser se perdre le projet d'articles déjà élaboré.

15. L'essentiel pour M. Brownlie est de retirer la question des dommages transfrontières du sujet de la responsabilité internationale *(liability)*. Il soutient qu'il s'agit plutôt d'un aspect de la responsabilité des États, laquelle n'a jamais été limitée aux conséquences préjudiciables d'actes qui étaient en eux-mêmes interdits par le droit international. D'ailleurs, si la Commission codifie les principes de la prévention en partant de l'hypothèse que ces principes sont distincts de ceux de la responsabilité des États, elle risque de déroger aux normes qui existent déjà dans cette dernière matière. On sait d'ailleurs que les principes de la responsabilité des États sont extrêmement souples et changeants et qu'ils ne peuvent être codifiés en détail. L'exemple parfait en est l'obligation de diligence.

16. Si l'on s'aventure dans le domaine du droit de l'environnement en tant que tel, on risque de commencer à fixer par écrit le principe que l'État n'est pas tenu de demander d'autorisation préalable à son voisin avant d'entreprendre telle ou telle activité économique. Mais cela n'a plus rien à voir avec la responsabilité des États. Cependant, M. Brownlie se dit heureux de traiter le sujet que vient de présenter le Rapporteur spécial comme un exemple de développement progressif d'un certain domaine de la responsabilité des États, celui des dommages transfrontières, plutôt que de l'isoler de la responsabilité internationale *(liability)* tout en continuant de le traiter sur le plan théorique comme s'il continuait d'en faire partie.

17. M. Brownlie indique pour terminer qu'il n'a pour sa part jamais bien compris la distinction que l'on voulait faire entre responsabilité des États et responsabilité internationale.

18. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA souscrit tout d'abord à l'idée d'une appréhension concrète du problème par référence au projet d'articles existant, lequel doit être la base de travail. Deuxièmement, il approuve l'appel à ne pas perdre de vue les rapports étroits qu'il y a entre le sujet à l'examen et celui de la responsabilité des États; cela pourrait justifier l'élaboration, à un moment ou à un autre — au début du projet d'articles ou à la charnière entre le régime de prévention et les conséquences qu'il faudra en tirer —, d'un jeu de dispositions pouvant servir de « pont » entre les deux sujets. L'approche globale de la Commission à l'égard de la question de la responsabilité s'en trouverait crédibilisée. Enfin, quel que soit le traitement que la Commission réservera à la prévention, il lui faudra rapidement faire œuvre d'imagination pour voir, au plan des conséquences, de quelle manière devrait être rendue la spécificité du sujet; l'exemple d'autres domaines comme celui du droit de la mer pourrait à cet égard l'aider à progresser.

19. Selon M. HE, le sujet de la prévention, au contraire de celui de la responsabilité *(liability)* au sens strict, étant déjà mûr pour la codification, la CDI a bien fait de décider de l'examiner séparément, sur la base de la série complète de projets d'articles proposée par le Groupe de travail à la

quarante-huitième session de la CDI et présentée dans son rapport à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-huitième session. Certaines délégations à la Sixième Commission ont cependant estimé que la prévention ne constituait qu'une introduction à ce qui est le cœur du sujet, à savoir les conséquences des actes considérés. En cas de dommage, il doit y avoir réparation. De plus, il pourrait y avoir lieu à une responsabilité de l'État en cas de manquement de celui-ci aux obligations résultant du projet d'articles sur la prévention, ou à une responsabilité internationale d'ordre civil si, malgré le respect desdites obligations, un dommage se produisait. Ces considérations justifient qu'après l'achèvement des travaux sur la prévention la CDI aborde l'examen de la responsabilité *(liability)*.

20. S'agissant de la portée du sujet limité à la prévention, elle est convenablement définie à l'alinéa *a* de l'article premier du projet d'articles proposé par le Groupe de travail à la quarante-huitième session de la Commission, l'alinéa *b* de l'article premier devant par contre être supprimé.

21. M. He approuve les propositions que fait le Rapporteur spécial dans la deuxième partie de son rapport en ce qui concerne les principes de procédure et les principes fondamentaux, à l'exception du principe « pollueur-payeur » qui aurait plutôt sa place dans le projet d'articles sur la responsabilité *(liability)*.

22. M. He se félicite que le Rapporteur spécial ait réparé l'omission de son prédécesseur concernant les pays en développement et que, dans le droit fil de la Déclaration de Rio, il ait insisté sur la nécessité de s'attacher aux besoins, particularités et intérêts de ces pays dans le cadre du régime de prévention. Soulignant que la définition de l'alinéa *a* l'article premier doit s'entendre comme visant naturellement un dommage aux personnes ou aux biens, ainsi qu'un dommage à l'environnement, il observe que le respect des obligations internationales d'ordre général concernant l'environnement et des obligations particulières relatives à la prévention des dommages transfrontières suppose qu'un État ait la capacité de concevoir les normes nécessaires pour introduire des technologies plus respectueuses de l'environnement dans le processus de production, et qu'il puisse se doter des ressources financières, matérielles et humaines indispensables pour gérer le processus de développement, de production et de suivi des activités. D'où l'intérêt d'un esprit de coopération à l'échelon mondial, qui permettra aux pays en développement et aux pays en transition de s'acquitter des obligations liées à la prévention des dommages transfrontières dans leur intérêt propre et dans celui de la communauté universelle.

23. M. HAFNER, faisant observer que différents instruments prévoient, dans le contexte européen par exemple, que l'éventuel pollueur doit supporter le coût des mesures de prévention, considère que cet aspect justifie le traitement du principe pollueur-payeur dans le cadre du régime de prévention.

24. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) précise que, comme il est indiqué aux paragraphes 73 à 86 de son rapport, l'étude de la documentation existante sur le principe pollueur-payeur en fait clairement ressortir les deux aspects, à savoir la réparation et la prévention.

25. Selon M. ROSENSTOCK, la première partie du rapport constitue une extraordinaire base de travail pour l'avenir. Il approuve tout d'abord la recommandation faite au paragraphe 112 de supprimer l'alinéa *b* de l'article premier du projet proposé par le Groupe de travail à la quarante-huitième session de la Commission, et juge ce changement déterminant pour prendre du champ par rapport à l'épineux sujet de la *liability* et privilégier la *responsibility* et la prévention. Il pense par contre qu'au paragraphe 111 la référence à l'environnement mondial en soi qui figure à l'alinéa *g* risque de compliquer la tâche de la Commission, laquelle serait dès lors mieux avisée de s'appuyer sur l'alinéa *h* qui fait l'économie de cette notion. À ces réserves près, son seul regret est que le Rapporteur spécial n'ait pas ajouté à la première partie une analyse détaillée des vingt principes restants du projet d'articles proposé par le Groupe de travail, assortie de propositions, ce qui aurait donné à la Commission toutes les chances de terminer ses travaux lors de sa cinquante et unième session.

26. Dans la deuxième partie du rapport, les principes de procédure énoncés au chapitre V semblent à première vue acceptables; ils reprennent *grosso modo* le chapitre II du projet d'articles, y compris les commentaires, proposé par le Groupe de travail à la quarante-huitième session.

27. Les principes fondamentaux, quoique également intéressants, posent davantage de problèmes et certains d'entre eux semblent excessifs. Le principe de précaution est examiné de manière approfondie et équilibrée, les paragraphes 184 et 185 cadrant pour l'essentiel avec les sections correspondantes du projet du Groupe de travail. L'examen du principe pollueur-payeur est utile et également équilibré; il est en outre encourageant qu'il se conclue par la citation d'une phrase de Mme Edith Brown-Weiss, selon laquelle on « ne passe pas facilement du principe pollueur-payeur au principe de responsabilité *(liability)* entre États »[5], bien que le problème se pose différemment dans le contexte de la prévention.

28. Dans la section C du chapitre VI, le Rapporteur spécial semble abandonner le domaine du droit pour aborder des questions qui relèvent davantage de celui de la déclaration politique et ressortissent à la compétence d'autres organes. Même si l'on peut soutenir que tout est lié, la Commission ne peut tout examiner, à plus forte raison dans le délai qu'elle s'est imparti. S'agissant plus particulièrement du principe de bonne gouvernance, cette notion excède largement la simple capacité de mettre en œuvre l'obligation de prévention et, même si la Commission se bornait à indiquer aux gouvernements comment développer leur législation interne dans les domaines qu'elle étudie, elle outrepasserait son mandat, perdrait de vue le sujet, sans grands résultats à la clef.

29. Parmi les conclusions du rapport, celles contenues au paragraphe 224 semblent généralement acceptables. Au paragraphe 225, le Rapporteur spécial définit avec raison l'obligation de diligence comme la norme permettant

[5] « Environmental equity: The imperative for the 21st century », *Sustainable Development and International Law*, Londres/Dordrecht/Boston, Graham and Trotman/Martinus Nijhoff, 1995, p. 21.

de mesurer l'obligation de prévention — obligation de comportement et non de résultat. À ce propos, si la Commission décide d'approfondir cette notion, malgré les hésitations de certains membres, dont M. Rosenstock fait partie, elle devrait tenir compte de l'article 3 de la résolution sur la responsabilité en droit international en cas de dommages causés à l'environnement adoptée par l'Institut de droit international à sa session de Strasbourg de 1997, où il est dit que l'obligation de diligence devrait être mesurée selon des normes objectives.

30. Au paragraphe 226, l'affirmation selon laquelle un manquement à l'obligation de prendre les mesures de prévention, telles qu'elles sont envisagées, ou le non-respect des obligations de conduite n'entraînerait aucune conséquence juridique semble résulter d'une interprétation totalement erronée du droit de la responsabilité des États. Tout autre serait le problème d'un dommage survenu malgré le respect des obligations de diligence visant à le prévenir.

31. Le paragraphe 229 n'est pas clair : il n'a de sens que s'il envisage le cas où, malgré le respect de l'obligation de prévention, un dommage survient néanmoins dans un autre État. Le paragraphe 230, bien qu'exact, n'a pas vraiment sa place dans le rapport. Le paragraphe 232 appelle les mêmes commentaires que ceux relatifs à la section C du chapitre VI.

32. Enfin, M. Rosenstock ne peut souscrire à la démarche que propose le Rapporteur spécial à la Commission au paragraphe 233, en ce qu'elle suppose que celle-ci approuve l'orientation et l'analyse générales du rapport avant d'examiner les recommandations faites par le Groupe de travail à la quarante-huitième session de la Commission. Compte tenu du délai qu'elle s'est imposé, la Commission devrait au contraire entreprendre immédiatement cet examen.

33. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) explique que son intention, au paragraphe 233 du rapport, était d'obtenir certaines directives de la Commission, dans la perspective de l'élaboration éventuelle de quelques articles supplémentaires, eu égard à l'effort qu'il a fait pour combler, notamment à la section C du chapitre VI, ce qu'il percevait comme des lacunes dans les travaux de son prédécesseur ou pour approfondir certaines notions comme le principe pollueur-payeur.

34. M. LUKASHUK fait remarquer que la deuxième partie du premier rapport se présente comme une charte de principes relatifs à la protection de l'environnement, mais des principes qui sont très éloignés du droit positif : bonne gouvernance, bon voisinage, prévention des différends, équité, etc. Dans le même temps, au paragraphe 146, le Rapporteur spécial affirme que, d'un point de vue normatif, on peut difficilement conclure à l'existence d'une obligation générale de coopération dans le droit international coutumier. Or, ce principe de coopération est cité expressément 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[6], mais c'est un principe qui existe comme idée générale, c'est-à-dire non comme obligation de coopérer mais comme obligation de régler les différends dans un esprit de coopération. Les autres principes — information, notification, consultation, etc. — ne font en réalité qu'expliciter le principe de coopération. Par ailleurs, les tentatives de codification du principe de coexistence pacifique faites à l'initiative des ex-pays socialistes montrent que la partie centrale du principe de coexistence est constituée par le principe de coopération et qu'il n'y a donc pas contradiction entre les deux principes. Enfin, cette charte de principes instaure différents niveaux d'obligations juridiques car, comme il est rappelé dans la résolution sur la responsabilité en droit international en cas de dommages causés à l'environnement adoptée par l'Institut de droit international à sa session de Strasbourg de 1997, le droit international de l'environnement a beaucoup évolué et se compose d'un grand nombre et d'une grande diversité de principes et de règles de valeur juridique variable. Le projet d'articles sur le sujet doit donc exprimer l'esprit de ces principes sans nécessairement les mentionner expressément.

35. Selon M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial), il n'y a, sur le plan normatif, aucune obligation pour un État A de coopérer avec un État B continuellement et dans tous les domaines, mais lorsque l'État A et l'État B sont en litige ou, de quelque autre manière, conjointement responsables de parvenir à certaines fins, il y a une obligation de coopérer et c'est dans ce cadre-là que le Rapporteur spécial a examiné plus en détail tant le principe de coopération que son mode de fonctionnement. S'agissant du rapport entre coopération et coexistence pacifique, il est vrai que l'une ne va pas sans l'autre mais la coexistence est celle d'États souverains que seule la nécessité peut réunir. Il s'agit donc simplement de remplacer une certaine passivité du droit par une interdépendance plus délibérée. En réalité, il n'y a guère de gros désaccords au sein de la Commission sur tous ces points.

36. Pour que la Commission puisse achever ses travaux sur le sujet à la session suivante, il faut d'abord qu'elle évite autant que faire se peut le débat sur le couple responsabilité sans faute *(liability)*/responsabilité des États *(responsibility)*. Il faut ensuite qu'elle concentre ses travaux sur les conclusions figurant à la fin du rapport et, plus précisément, sur l'aspect conséquences, aspect sur lequel la Commission est désormais tenue d'aller plus avant. L'on peut certes pour le moment isoler la prévention de la responsabilité *(liability)* mais il n'est plus permis de repousser l'examen de la question des conséquences. Si l'on opte pour la solution qui consiste à établir quelques principes primaires et à renvoyer toute difficulté au domaine de la responsabilité des États, on bute sur le problème de la responsabilité de l'État en cas d'engagement de la responsabilité *(liability)* d'un exploitant. Des désaccords très nets sont déjà apparus au sein de la Commission sur la question de savoir quand la responsabilité du second passerait au premier. C'est pourquoi le Rapporteur spécial a conclu dans son rapport que la responsabilité de l'État doit être séparée de celle de l'exploitant. Cela étant, le Rapporteur spécial ne pourra que tenir compte de l'opinion majoritaire au sein de la Commission.

37. M. SIMMA estime que la première partie du premier rapport constitue un outil fiable de récapitulation du

[6] Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, annexe.

travail accompli par la Commission sur le sujet de la responsabilité sans faute, qui s'est concrétisé à la quarante-huitième session de la Commission par des propositions concrètes et viables. La Commission doit à présent donner une suite à ce travail si elle veut établir un projet d'articles sur la prévention. M. Simma appuie pleinement les propositions formulées dans cette première partie. S'agissant de la deuxième partie du rapport, elle constitue également une récapitulation, mais aussi une synthèse, de tous les écrits, propositions et accords relatifs à la « prévention » au sens très large du terme. Mais cette deuxième partie va plus loin que le projet d'articles proposé par le Groupe de travail à la quarante-huitième session de la Commission et introduit un grand nombre d'éléments controversés qui risquent d'empêcher la Commission d'achever ses travaux sur le sujet dans le délai prévu. Peut-être conviendrait-il de laisser ces éléments de côté pour les reprendre plus tard, dans le cadre de l'examen de l'aspect responsabilité sans faute.

38. En ce qui concerne le contenu de la deuxième partie du rapport, si l'on observe l'état du droit relatif à la protection de l'environnement, y compris la prévention, on constate qu'il y a certains principes qui sont sans conteste juridiquement contraignants (*sic utere tuo*, principe 21 de la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement [Déclaration de Stockholm][7]), mais, en raison même de leur caractère universel, ces principes ne sont réellement opérants que s'ils sont suivis d'accords complémentaires plus concrets. C'est ainsi que le principe posé dans l'article premier proposé par le Groupe de travail à la quarante-huitième session de la Commission ne peut être appliqué concrètement que s'il y a accord ou consensus sur le sens exact de l'expression « dommage significatif ». En droit de l'environnement, il ne peut véritablement y avoir progrès que par la conclusion de traités dans un nombre toujours plus grand de domaines. Et l'on retrouve dans ce corpus conventionnel le même dualisme entre des traités-cadres énonçant des principes primaires relativement intemporels, d'une part, et des instruments énonçant des règles secondaires, qui concrétisent les principes généraux et évoluent davantage dans le temps. Hors de ce domaine des traités, l'on trouve dans le domaine du droit de l'environnement, y compris la prévention, un très grand nombre de déclarations ou proclamations normatives qui relèvent, au mieux, du droit souple et, au pire, d'une tendance à prendre ses désirs pour des réalités. Dans toutes ces déclarations et proclamations, les arguments proprement juridiques côtoient, dans un équilibre instable, des considérations d'un autre ordre. Ce type d'équilibre instable se retrouve dans une certaine mesure dans la deuxième partie du rapport. En vérité, c'est la prévention, au sens modeste, concret et technique du terme, qui doit constituer l'élément central du droit international de l'environnement, et les principes fondamentaux qui doivent figurer dans ce noyau central ont déjà été développés et perfectionnés dans de très nombreux traités bilatéraux et dans des instruments de droit souple, qui font néanmoins autorité, élaborés, notamment, dans le cadre de l'OCDE ou du PNUE.

[7] *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.II.A.14), première partie, chap. 1er.

39. Les principes énoncés dans la deuxième partie du rapport sont de deux sortes si l'on s'en tient à leur nature juridique. Les premiers — information, notification, consultation, voire précaution — valent que l'on se pose la question de savoir s'ils relèvent du droit international coutumier, et la Commission est en mesure de faire à leur propos œuvre d'élaboration du droit. Les seconds — prévention des différends, équité, renforcement des capacités, bonne gouvernance — entraînent la prévention vers des considérations politico-juridiques controversées avec lesquelles elle est amenée à entretenir des rapports ambigus analogues à ceux que les droits de l'homme peuvent entretenir avec le droit au développement. Affirmer que des principes comme ceux énoncés aux paragraphes 205 et 223 du rapport relèvent du droit international coutumier, voire constituent des obligations juridiques, procède en réalité d'une volonté de conférer une légitimité juridique à des arguments d'ordre politique. Pour le premier groupe de principes, en revanche, il est effectivement légitime de se demander si l'existence d'un nombre considérable de dispositions plus ou moins analogues permet de dire que l'on est en présence d'un droit international coutumier. Cette question est aussi légitime que dans le cas des traités d'extradition ou des accords de services aériens. En tout état de cause, en élaborant un solide projet d'articles sur le sujet, la Commission contribuerait à la constitution d'une *opinio juris* en la matière.

40. Les conclusions du Rapporteur spécial (par. 224 et suiv.) sont également problématiques sur certains points. En premier lieu, si l'on dit que la norme de diligence peut varier d'un État à l'autre, d'une région à une autre et selon les moments (par. 225), on rend cette norme *ipso facto* inopérante. En second lieu, la combinaison des paragraphes 226 et 229 semble édifier une sorte de régime autonome de la prévention où le manquement à l'obligation de prévention ne constituerait pas une violation de la loi. Il est extrêmement important de ne pas introduire une rupture entre la prévention et la responsabilité des États mais au contraire de concevoir une interface efficace entre les deux en ayant principalement deux considérations à l'esprit. La première est que les principes régissant la prévention doivent être envisagés comme des règles juridiques primaires dont la violation devra entraîner, dès lors qu'il y aura dommage, toutes les conséquences qui s'attachent aux faits internationalement illicites, tels que ceux-ci sont définis dans le cadre du projet d'articles sur la responsabilité des États[8]. Deuxièmement, il faut aussi envisager les cas où il n'y a pas eu de dommage, et donc élaborer plus avant les conséquences juridiques des faits internationalement illicites qui consistent en un manquement à des obligations de prévention. Une telle démarche est conforme à l'esprit du projet, qui est celui de la responsabilité objective, à savoir que c'est l'acte internationalement illicite lui-même qui engage la responsabilité, même en l'absence de dommage, à moins bien entendu que ce dernier soit un élément constitutif de la règle primaire. À cet égard, une observation s'impose : les conséquences juridiques des faits internationalement illicites consistant en des omissions n'ont guère été envisagées dans le cadre du projet d'articles relatif à la responsabilité des États, et il serait peut-être bon que le Rapporteur spécial chargé de ce sujet se penche sur cette question.

[8] Voir 2520e séance, note 8.

41. Du point de vue de la terminologie, l'expression « prévention *ex post* » constitue logiquement une contradiction et il vaudrait mieux la remplacer, en conservant bien entendu la notion.

42. Faisant observer que la tâche du Rapporteur spécial est facilitée par tout ce qui a été déjà accompli dans le domaine à l'examen par la Commission, M. Simma dit en conclusion qu'il souhaiterait que le Rapporteur spécial suive l'orientation qui ressort clairement des travaux accomplis entre la quarante-sixième et la quarante-huitième sessions et s'inspire du projet d'articles qui a déjà été élaboré.

43. M. ECONOMIDES, se référant à l'observation de M. Simma concernant le terme « significatif » utilisé pour qualifier le dommage, estime que ce terme était nécessaire lorsqu'on était dans le domaine de la responsabilité mais qu'il ne l'est peut-être plus lorsque l'on parle de la prévention. Ni la Déclaration de Stockholm ni l'avis consultatif rendu par la CIJ dans l'affaire de la *Licéité de l'emploi ou de la menace d'armes nucléaires* ne qualifient le dommage, et peut-être la Commission se doit-elle d'être plus ambitieuse et d'envisager la prévention de tout dommage quel qu'il soit.

44. En ce qui concerne l'obligation de coopérer, M. Economides regrette que le Rapporteur spécial n'ait pas davantage tenu compte des principes du bon voisinage. Les dommages transfrontières sont presque par définition des dommages causés aux pays voisins, et on peut se demander si, compte tenu des principes du bon voisinage, l'obligation de coopérer ne doit pas dans un tel cas être une obligation stricte.

45. M. HAFNER fait observer que ni le principe 21 de la Déclaration de Stockholm ni l'avis consultatif rendu par la CIJ dans l'affaire de la *Licéité de l'emploi ou de la menace d'armes nucléaires* n'étayent l'idée que tout dommage, quel qu'il soit, doit être évité. Tant que le dommage n'a pas atteint un seuil, il doit être toléré, faute de quoi tout développement industriel deviendrait impossible, que ce soit pour des raisons techniques ou financières.

46. M. FERRARI BRAVO, évoquant la résolution sur la responsabilité en droit international en cas de dommages causés à l'environnement adoptée par l'Institut de droit international à sa session de Strasbourg de 1997, fait observer qu'il existe toute une série de règles applicables en amont du dommage. Il s'agit en effet d'éviter le dommage, parce que souvent il sera intolérable. On songera à cet égard au dommage qui serait causé par l'utilisation d'armes nucléaires. C'est donc dans cette optique, en se plaçant en deçà du dommage, qu'il faut concevoir le sujet de la prévention.

47. M. BROWNLIE, se référant à une observation de M. Simma, pense qu'il faut s'abstenir de codifier de manière trop détaillée certains concepts du droit international qui sont souples et fort utiles tels quels. La notion de diligence due et celles de dommage significatif et de seuil du dommage sont de bons exemples à cet égard. C'est ainsi que le sens de significatif est lié au contexte dans lequel ce mot sera utilisé. En tentant de codifier ces notions, on risque d'y porter atteinte.

48. M. PELLET souhaiterait que, dans la traduction française des rapports où figurent les mots *responsibility* et *liability*, ce dernier mot soit traduit par « responsabilité *(liability)* »; à défaut, un rapport comme le premier rapport du Rapporteur spécial est, pour le lecteur francophone, pratiquement incompréhensible.

49. Une question qu'il convient de se poser est celle du moment où naît la responsabilité de l'État pour manquement à ses obligations de prévention. On se souviendra sur ce point que, dans le projet d'articles sur la responsabilité des États, l'obligation de prévenir est visée aux articles 23 et 26 mais qu'à l'inverse de l'obligation de diligence envisagée dans le cadre de la prévention, on est en présence d'une obligation de résultat, à savoir prévenir un événement donné. La responsabilité de l'État n'est engagée que si le dommage survient, mais elle l'est presque « rétroactivement », puisque l'article 26 indique que la violation d'une obligation internationale requérant de l'État de prévenir un événement donné se produit au moment où l'événement commence. Bien qu'il y ait obligation de résultat d'une part et obligation de comportement de l'autre, il y a très certainement des traits communs dont l'étude pourrait contribuer à apporter une réponse à la question de savoir quand naît la responsabilité *(liability)* en cas de manquement à l'obligation de prévenir dans le cadre de la prévention actuellement envisagée. De même, dans le domaine de la responsabilité des États, le Rapporteur spécial pourrait utilement réfléchir aux situations dans lesquelles il y a obligation de comportement, et non obligation de résultat.

50. M. ROSENSTOCK ne croit pas qu'il soit utile, pour déterminer le moment où intervient la violation d'une obligation d'exercer la diligence due, de comparer cette obligation de comportement avec l'obligation de résultat envisagée dans le cadre du projet sur la responsabilité des États. Si le moment en question est difficile à déterminer en fait, il ne l'est pas en théorie : il s'agit du moment où l'on peut établir que la diligence due n'est pas exercée de telle manière qu'un autre État est exposé à un risque qu'il ne devrait pas avoir à tolérer.

51. Selon M. ELARABY, l'observation faite par M. Pellet en ce qui concerne l'utilisation du mot responsabilité en français vaut également pour l'arabe.

52. Le droit de l'environnement s'est considérablement développé au cours des trente dernières années et ce fait devrait pousser la Commission à s'engager sur la voie du développement progressif en ce qui concerne la prévention. Il y a lieu de noter qu'en ce qui concerne les conséquences juridiques du manquement à l'obligation de prévention, le Rapporteur spécial n'exclut aucune solution et de fait sollicite l'avis des membres de la Commission. L'obligation de diligence est certes une obligation de comportement, mais étant donné la gravité des conséquences que peut parfois avoir un manquement à cette obligation, peut-être faut-il l'envisager dans une autre optique, en lui associant, par exemple, une procédure de règlement des différends. Enfin, M. Elaraby estime que les principes visés à la section II.C du rapport ne relèvent pas de la prévention.

53. M. AL-KHASAWNEH, se référant aux observations de M. Brownlie au sujet de l'emploi du terme

« significatif », convient que le seuil du dommage doit être apprécié dans son contexte mais se demande s'il n'existe pas un élément objectif, valant dans tous les contextes, à savoir le caractère réparable ou non du dommage causé.

54. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial), répondant à la critique formulée par M. Simma à l'encontre de la dernière phrase du paragraphe 225 de son rapport, dit qu'en ce qui le concerne, il s'agit presque d'un truisme tant il est vrai que le seuil du dommage à prendre en considération variera avec, notamment, l'expérience et le progrès technique. Il renvoie à cet égard aux explications figurant dans la note à l'alinéa *e* du paragraphe 111.

La séance est levée à 13 h 10.

2530e SÉANCE

Jeudi 14 mai 1998, à 10 h 15

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Al-Khasawneh, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rosenstock, M. Simma, M. Thiam, M. Yamada.

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses) *[suite]* (A/CN.4/483, sect. D, A/CN.4/487 et Add.1[1], A/CN.4/L.556, A/CN.4/L.568)

[Point 3 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

1. M. YAMADA dit que, faute de temps, il ne lui a pas été possible de pleinement se pénétrer du premier rapport du Rapporteur spécial sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses (A/CN.4/487 et Add.1), qui est fouillé, renferme une analyse détaillée et abonde en notes utiles. Il souhaite cependant formuler quelques observations, dans l'espoir qu'elles encourageront la Commission à entreprendre sans retard l'élaboration de projets d'articles sur le sujet.

2. La première partie du rapport rend compte fidèlement de l'affrontement dont la question de la responsabilité internationale *(liability)* pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international a été, de longues années durant, l'objet à la Commission. Il a fallu à celle-ci près de vingt ans pour décider, à sa quarante-neuvième session, en 1997, de limiter pour le moment le sujet à la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, sans préjuger de ses travaux futurs sur d'autres aspects de la question plus large de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international[2]. C'est pourquoi la Commission devrait s'abstenir d'engager un débat théorique qui sortirait du cadre du sujet effectivement confié au Rapporteur spécial.

3. M. Yamada appuie sans réserve les conclusions énoncées aux paragraphes 111 à 113 du rapport, concernant le champ d'application du projet d'articles. Conformément à son mandat, la Commission ne devrait traiter que des dommages transfrontières et des activités qui risquent de causer de tels dommages. La question plus large de la pollution larvée et de l'indivis mondial devrait être exclue, du moins à ce stade.

4. M. Yamada pense que la Commission, dès le débat général conclu, devrait décider de prendre note des deux projets d'articles mentionnés au paragraphe 112 du rapport et de les renvoyer au Comité de rédaction, lequel est impatient de se mettre à l'ouvrage. Il exprime l'espoir que le Comité de rédaction disposera de suffisamment de temps pour pouvoir achever ses travaux sur ces deux articles dans le courant de la session en cours à Genève.

5. M. Yamada ne croit pas que les deux projets d'articles soulèveront beaucoup de difficultés. Un problème pourrait se poser, celui de la notion de dommage significatif, évoquée par M. Economides (2529e séance). Sur ce point, M. Yamada partage les observations de M. Hafner (ibid.) : la CDI doit nuancer la notion de dommage en fixant un seuil de tolérance. Comme M. Al-Khasawneh l'a rappelé (ibid.), la CDI a longuement débattu de cette question lorsqu'elle a élaboré le projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. Lors des négociations sur la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, qui ont eu lieu au sein de la Sixième Commission se constituant en groupe de travail plénier, certaines délégations se sont opposées à la notion de dommage significatif[3]. Finalement, l'article 7 sur l'obligation de ne pas causer de dommages significatifs a été largement accepté. À l'évidence, la notion de dommage significatif est le critère le plus largement accepté actuellement par la communauté internationale. Les paragraphes 2 à 7 du commentaire relatif à l'article 2 élaboré par le Groupe de travail à la quarante-huitième session de la CDI[4], qui reprennent pratiquement les commentaires sur les dom-

[1] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

[2] Voir *Annuaire... 1997*, vol. II (2e partie), par. 168, al. *a*, p. 60.

[3] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Sixième Commission*, 51e à 62e séances.

[4] Voir 2527e séance, note 16.

mages significatifs correspondant au projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation[5], permettront aussi de clarifier cette notion.

6. M. Yamada a l'impression que certains des éléments figurant dans la deuxième partie du rapport vont au-delà du mandat du Rapporteur spécial. Il note cependant avec satisfaction que celui-ci a donné l'assurance qu'il s'en tient strictement à son mandat, et suppose que l'idée est tout simplement d'appeler l'attention de la CDI sur le fait que ses travaux sur la prévention influeront inévitablement sur d'autres questions qui ne relèvent pas de ce mandat.

7. M. Yamada n'a rien contre la teneur de la section C du chapitre VI, qui concerne les principes d'équité, de renforcement des capacités et de bonne gouvernance. Mais, ces principes revêtant des aspects éminemment politiques, sociaux et économiques, il craint, comme M. Rosenstock (ibid.), que leur prise en compte ne vienne compliquer indûment la tâche de la CDI.

8. Le paragraphe 225, qui concerne l'obligation de diligence, a suscité des observations. Tel que le Rapporteur spécial l'a défendu, il reflète la réalité. Il serait difficile de définir une norme objective, et une définition abstraite risque d'être inutile. Il est à rappeler que l'article 7 du projet de convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation renfermait la notion de diligence due *(due diligence)*, notion qui s'est heurtée à une vive résistance au cours des négociations qui ont eu lieu au sein de la Sixième Commission se constituant en groupe de travail plénier, en particulier de la part de certains pays européens. Il a donc fallu remplacer cette notion par celle de prendre « toutes les mesures appropriées » pour ne pas causer de dommages significatifs aux autres États du cours d'eau. M. Yamada ne voit personnellement pas de grande différence entre ces deux notions, et il préfère celle de diligence due qui est une notion juridique bien établie. Le Rapporteur spécial devra toutefois tenir compte de l'expérience récente lorsqu'il formulera le projet d'articles.

9. Le paragraphe 226, qui concerne la question du manquement à l'obligation de prendre les mesures de prévention, a lui aussi suscité diverses observations. Ce manquement entraînera naturellement des conséquences. Néanmoins, la question de savoir s'il devrait en être traité dans le cadre du régime général de la responsabilité des États, dans le cadre du régime de la responsabilité internationale *(liability)* ou dans celui d'une *lex specialis* pourrait être laissée de côté jusqu'à ce que la CDI achève ses travaux sur la prévention.

10. M. Yamada croit comprendre que le Rapporteur spécial souhaite que la CDI approuve l'orientation générale de son premier rapport et son analyse de la teneur de la notion de prévention. Il sera plus facile à la CDI de le faire à partir de propositions concrètes de projets d'articles touchant les procédures et les principes fondamentaux en matière de prévention. C'est pourquoi M. Yamada invite le Rapporteur spécial à soumettre à la CDI dès que possible des projets d'articles fondés sur les articles figurant aux chapitres I et II du projet proposé par le Groupe de travail à la quarante-huitième session de la Commission, éventuellement avec l'aide d'autres membres dans le cadre du Groupe de travail. En tout état de cause, il est à espérer que ces projets d'articles pourront être renvoyés au Comité de rédaction dès à présent, à Genève même, afin que celui-ci puisse ultérieurement les développer lors de ses réunions à New York, en juillet 1998.

11. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA se déclare consterné par le fait que, souhaitant sortir de l'impasse dans laquelle l'étude du sujet de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international l'a conduite, la Commission a adopté pour stratégie de se concentrer sur la question de la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses. Ses travaux ont pris désormais un nouveau tour, qui équivaut à une réorientation radicale. Il sera nécessaire d'établir un nouveau cadre pour traiter du contenu et des conséquences de l'obligation de prévention que le régime appelé à être élaboré mettrait à la charge des États.

12. Dans un tel régime, l'obligation de prévention ne changerait-elle pas de nature, cessant d'être une obligation de comportement pour devenir plutôt une obligation de résultat ? Dans un tel régime, sera-t-il possible d'échapper à la nécessité de définir, sinon d'énumérer non limitativement les « activités dangereuses » ? Un tel régime laisserait-il sans réponse la question des conséquences inhérentes à la violation de l'obligation de prévention et celle de la mesure de leur détermination et donc de leur cessation ? M. Pambou-Tchivounda serait comblé si ces interrogations trouvaient leur place dans la logique du sujet que les Rapporteurs spéciaux précédents, Quentin-Baxter et M. Barboza, ont légué à la Commission, car si tel n'était pas le cas, le Rapporteur spécial ne pourrait ignorer les appels lancés par MM. Ferrari Bravo et Simma en faveur d'une notion *ex ante* stricte de la prévention, et par M. Economides en faveur d'une approche globale du dommage.

13. Hélas, le Rapporteur spécial est loin d'avoir achevé sa tâche, car il a traité de ce qui est, malheureusement, un sujet totalement différent dans son esprit du sujet précédent. Le Rapporteur spécial doit retourner aux sources mêmes du sujet pour que le traitement de la prévention, dans le sillage des travaux du précédent Rapporteur spécial, M. Barboza, recueille l'appui qu'il sollicite de la Commission, plus particulièrement aux termes des paragraphes 112 et 113 du rapport.

14. Les réserves de M. Pambou-Tchivounda concernent non seulement l'interprétation du sujet et la méthode, mais aussi le fond. Rien n'interdit à la Commission de prendre du champ vis-à-vis de ses propres travaux afin de trouver le moyen de les améliorer, sans forcément être obsédée par l'idée de perfection. Dans ce sens, M. Pambou-Tchivounda exprime quelque doute quant à la possibilité de parvenir à une construction homogène qui n'occulte pas les disparités entre les États — disparités quant à leur niveau de développement, quant à la maîtrise des connaissances scientifiques et de leurs applications. S'il s'avère possible de mettre en place un

[5] Pour le projet d'articles et les commentaires y relatifs, voir *Annuaire... 1994*, vol. II (2e partie), p. 94 et suiv., par. 222.

système homogène, il craint que celui-ci ne présente tout le charme des généralités et des abstractions qui étaient la marque du droit international il y a plus de deux siècles mais qui ne cadreraient pas avec les réalités actuelles et avec la soif de droit international que celles-ci inspirent. En tout état de cause, pareille construction ne valoriserait pas le « principe d'équité » énoncé dans la section C du chapitre VI du rapport. Mais si le régime doit acquérir quelque originalité, ce serait plutôt par l'actualité et la pluralité des règles dont il se compose.

15. Curieusement, dans le système en cours d'élaboration, le régime applicable à l'évaluation de l'impact sur l'environnement est appréhendé en dehors de la sphère du droit international, qu'il soit général ou régional. Or, s'il est possible d'admettre que la détermination du type d'étude d'impact sur l'environnement qui convient à l'activité susceptible de causer des dommages doit être laissée à la discrétion des États, il ne semble pas déraisonnable de soumettre la validité de ces études au droit international. L'aménagement dans le cadre du régime en gestation d'un minimum de normes que les États seraient appelés à respecter donnerait un surcroît de crédibilité à ce régime aux yeux de la communauté internationale et aurait un effet d'entraînement sur le droit interne.

16. Dans son rapport, le Rapporteur spécial a attribué au dommage un rôle ambigu. Le dommage apparaît sous deux facettes. La première est celle de « l'irréalité », qui devrait servir de fondement à la construction d'un régime de prévention. Sous cette facette, le dommage est perçu comme étant à ce point terrifiant qu'on ne saurait l'envisager, et tout doit être fait pour le prévenir. Ce dommage-là peut-il être susceptible de gradation à priori ? Est-il possible de limiter à priori le nombre d'États engagés dans la bataille de sa prévention *ex ante* ?

17. La seconde facette est celle de la « quantifiabilité » en fonction du seuil critique. Il n'est plus question de prévenir ce dommage, car ses victimes se comptent par milliers. C'est pourquoi M. Pambou-Tchivounda est frappé de lire au paragraphe 87 du rapport qu'il est admis qu'un certain degré de dommage est inévitable lors du déroulement normal d'activités de développement et d'autres activités ayant des effets bénéfiques lorsque les activités en question risquent de causer un dommage transfrontière. Néanmoins, il est également admis que les États doivent éviter tout dommage transfrontière substantiel en prenant toutes les mesures applicables et raisonnables compte tenu des circonstances. La prévention jouera dans ce cas un rôle dissuasif : elle aura pour objet de déterminer le « déroulement normal » d'une activité, puisque, par définition, une activité ne peut être exercée que si elle est conforme à l'exigence de prévention. La prévention et le dommage se neutralisent donc mutuellement : le déroulement normal d'une activité fait perdre sa raison d'être à la prévention, tout comme la prévention a le pouvoir de « purifier » le dommage. Le dommage est censé n'être jamais survenu, alors même que les victimes se comptent par milliers. Or, s'il n'existe pas, le dommage n'existe pas seulement pour l'État; il n'existe pas non plus pour l'exploitant, aussi longtemps que l'activité est exercée en conformité avec l'exigence de prévention. Est-ce là le type de régime que la Commission souhaite établir ? Dans l'affirmative, quelles seront les conséquences à tirer d'un régime de prévention fondé sur la notion de « dommages significatifs » pour que le régime serve la cause des victimes, des plus faibles ? C'est cette question qu'il faudra avoir constamment à l'esprit lors de la formulation du droit de la responsabilité internationale *(liability)*.

18. Selon M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial), M. Yamada a indiqué un moyen d'accélérer les travaux sur le sujet et, si la Commission l'approuve, il essaiera de rédiger des projets d'articles pour les soumettre au Groupe de travail. Vu le riche débat qui a déjà eu lieu, il devrait être possible de finaliser autant d'articles que possible sur le contenu de la prévention. D'autre part, à en juger par les observations des membres de la Commission, le Rapporteur spécial pense qu'il n'y aura pas de difficulté à parvenir à un accord sur les deux articles proposés concernant le champ d'application du sujet. Le nombre exact d'articles que la Commission pourra adopter dépendra du calendrier de ses travaux.

19. Se référant à l'excellente analyse de M. Pambou-Tchivounda, le Rapporteur spécial déclare partager les préoccupations suscitées par le tour nouveau donné au sujet. L'orientation qui a guidé les travaux de la Commission pendant vingt ans a été resserrée, mais c'est là le fruit d'une décision mûrement réfléchie prise à l'issue d'un long débat. Repenser le sujet ne servirait à rien. Le fait que le Rapporteur spécial a supprimé de son analyse certains éléments n'exclut en aucune manière la possibilité de reprendre ceux-ci séparément, selon que de besoin et selon les souhaits de la Commission elle-même.

20. Il est vrai que le seuil fixé pour le dommage — dommage significatif — est trop élevé, et qu'au stade de la prévention, il faudrait s'attacher à éviter tous dommages susceptibles d'être causés par les activités des États. En cas de survenance d'un dommage significatif, il pourrait être trop tard pour faire front à certains de ses effets désastreux. Le Rapporteur spécial ne partage cependant pas la lecture que M. Pambou-Tchivounda a faite du paragraphe 87 de son rapport. Il a essayé de montrer qu'une obligation juridique peut donner lieu à des litiges et à un certain nombre de réclamations si le seuil de dommage significatif est dépassé. Au stade de la prévention, la seule chose à faire est de prendre certaines mesures. On doit veiller à ce que les activités, en particulier les activités dangereuses comme l'exploitation d'un réacteur nucléaire ou d'une usine chimique, soient aussi « propres » que possible. Telle est l'idée-force des Règles sur la pollution des eaux d'un bassin de drainage international (Règles de Montréal) adoptées par l'ILA en 1982[6].

21. M. Al-Khasawneh a mentionné la possibilité d'abaisser le seuil du dommage de « significatif » à « appréciable ». M. Yamada, fort de la connaissance profonde qu'il a de l'élaboration de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, a rappelé que le terrain a déjà été bien déblayé et qu'il serait malencontreux de s'écarter de la voie tracée. Pour sa part, le Rapporteur spécial considère que, dans le cas des activités licites, abaisser le seuil pour le ramener à la prévention de tout type possible de dommage serait inacceptable pour une large partie de l'opinion publique.

[6] ILA, *Report of the Sixtieth Conference, Montreal, 1982*, Londres, 1983, p. 13 et p. 535 et suiv.

22. L'observation faite par M. Pambou-Tchivounda, selon laquelle même le concept d'équité militerait contre une construction homogène, rappelle des déclarations faites par d'autres membres de la Commission, mais il a été souligné aussi que diverses considérations entrent en jeu et que nombre d'entre elles sont interdépendantes. Le Rapporteur spécial analysera toutes les observations qui ont été faites et s'efforcera de les prendre en compte au stade suivant des travaux.

23. Le Rapporteur spécial essaiera aussi de répondre au souci exprimé et par M. Pambou-Tchivounda et par M. Simma concernant l'approche *ex ante* par opposition à l'approche *ex post*. Le fait que l'accent est mis sur l'approche *ex ante* est incontestable; M. Simma, en sa qualité de président du Comité de rédaction, pourra peut-être trouver une meilleure formule que l'expression *ex post*. Cette expression s'entend des mesures de circonstance que les États et les exploitants sont appelés à prendre dans le cadre de la prévention, mais qui ne doivent être appliquées qu'après la survenance de l'événement. On peut prendre pour exemple, dans le cadre de la prévention des incendies, l'installation d'extincteurs qui ne sont utilisés qu'une fois le dommage survenu, et non avant. Le Rapporteur spécial précédent, M. Barboza, a proposé des mesures destinées à maîtriser les dommages après le fait, mesures qu'il serait possible de qualifier de correctives.

24. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit que, conformément à l'usage en cours à la Commission, il n'a pas félicité le Rapporteur spécial pour son rapport, qu'il trouve impressionnant pour la perspicacité de l'analyse et l'audace des propositions, encore que sa longueur soit quelque peu un inconvénient. Les propositions faites par le Rapporteur spécial à propos du principe d'équité sont les bienvenues. Personnellement, M. Pambou-Tchivounda ne préconise pas l'exclusion de ce principe, qui tient compte de l'éventail des différences entre pays quant au niveau de développement, à la maîtrise des connaissances scientifiques et à l'aptitude à appliquer celles-ci. Il s'interroge plutôt sur la méthode à suivre pour l'inclure dans le projet d'articles de telle sorte que tous les pays bénéficient également du futur instrument.

25. M. ECONOMIDES remercie le Rapporteur spécial pour son premier rapport en tous points brillant. Il est indiqué au paragraphe 28 que le principe 21 de la Déclaration de Stockholm[7] est devenu une règle du droit international coutumier. Dans l'avis consultatif qu'elle a rendu sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la CIJ a dit clairement que les États ont pour obligation générale de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres États. Il se trouve donc qu'il existe une obligation juridique de vigilance, qui vise à empêcher au niveau international que des dommages soient causés à l'environnement. Étant donné les similitudes qui existent entre les dommages transfrontières et les dommages causés à l'environnement, la même obligation de vigilance devrait s'appliquer aux dommages transfrontières, conformément au raisonnement suivi dans l'affaire du *Détroit de Corfou* (voir p. 22), citée au paragraphe 43 du rapport, selon lequel tout État a l'obligation de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États. Il appartient à la Commission d'analyser la règle de vigilance et de l'adapter au problème des dommages transfrontières.

26. M. Economides convient avec le Rapporteur spécial que la Commission ne devrait traiter que de la prévention des dommages transfrontières, et non de la responsabilité *(liability)* à laquelle ils donnent naissance. M. Mikulka a clairement expliqué pourquoi il doit en être ainsi (2528e séance) : une infraction à un régime de prévention engage directement la responsabilité internationale des États *(responsibility)*, sujet dont la Commission traite séparément. De l'avis de M. Economides, l'utilité pratique de la notion de responsabilité internationale *(liability)* est extrêmement limitée, pour ne pas dire nulle. Les dommages causés à un autre État sont presque toujours la conséquence d'une négligence lourde, ou encore d'un manquement grave à une obligation de vigilance — ce qui ramène au domaine de la responsabilité internationale des États. M. Economides convient donc avec M. Yamada qu'il faudrait laisser de côté les aspects théoriques de la prévention et ne traiter de celle-ci que du point de vue pratique et concret.

27. M. Economides ne peut souscrire aux conclusions énoncées aux alinéas *a* à *e* du paragraphe 111 du rapport. Comme elle ne s'intéresse qu'à la prévention, la Commission peut fixer des objectifs moins élevés et essayer de couvrir la prévention de tous les dommages transfrontières, et non uniquement des dommages significatifs — dommages résultant de tout type d'activités quelles qu'elles soient, licites ou illicites, dangereuses ou non dangereuses.

28. On a fait valoir que pareille démarche desservirait les États en faisant obstacle à leur développement industriel. C'est peut-être vrai. Mais, il conviendrait sans ambiguïté de donner la priorité à la protection de l'environnement par rapport au développement industriel. On peut toujours trouver de l'argent, mais on ne peut revenir sur des dommages irréparables causés à l'environnement. M. Economides croit en conséquence qu'il conviendrait de remanier profondément l'alinéa *a* de l'article premier et l'alinéa *a* de l'article 2 du projet. En fait, comme M. Pambou-Tchivounda l'a souligné, il faudrait peut-être repenser tout le projet d'articles, et peut-être le réécrire, à la lumière de la place nouvelle et importante qu'occupe la prévention et de l'avis consultatif susmentionné, rendu par la CIJ sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*.

29. En ce qui concerne la deuxième partie du rapport, M. Economides souscrit à toutes les procédures et à tous les principes fondamentaux, qui sont admirablement exposés. Mais il conviendrait d'appréhender les principes d'équité, de renforcement des capacités et de bonne gouvernance dans une perspective à long terme. Ces principes devraient régir intégralement et sans faille la prévention. Il faut cependant prévoir dans le projet d'articles une solution dans les cas où les consultations et les négociations ne débouchent pas sur un accord entre les parties et où il existe en conséquence un risque de dommages transfrontières grave. Il conviendrait donc d'envisager un recours obligatoire à une enquête impartiale, en s'inspi-

[7] Voir 2529e séance, note 7.

rant de l'article 33 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. De même, il conviendrait de prévoir expressément dans le projet d'articles une obligation générale de coopérer, semblable à celle énoncée à l'article 8 de ladite Convention.

30. Quant aux conclusions du premier rapport, M. Economides pense, à propos du paragraphe 224, que l'activité contestée ne devrait pas être entreprise avant que la procédure d'enquête préliminaire n'ait été achevée. Il conviendrait de prévoir une étape supplémentaire avant d'autoriser une action unilatérale. Pour ce qui est du paragraphe 225, il conviendrait de préciser que l'État agit unilatéralement, mais en vertu d'une obligation internationale de diligence, laquelle devrait être exécutée d'une manière aussi uniforme que possible. Tel devrait être l'objectif de la Commission. M. Economides doute fort de l'exactitude du paragraphe 226 du point de vue juridique, mais il n'a aucune difficulté à le rejeter du point de vue de la pertinence. Il souscrit pleinement au contenu du paragraphe 228, mais à propos du paragraphe 229 il pense que cette forme de responsabilité, la responsabilité des États, et ses conséquences ne devraient pas relever de l'étude de la Commission.

31. M. HAFNER ne voit pas bien ce que le principe d'un devoir de coopérer, mentionné par M. Economides, signifierait en pratique. Ce principe pourrait-il imposer à l'État affecté une obligation entraînant des frais, alors que seul l'État qui a initialement entrepris l'activité en bénéficie ? Dans l'affirmative, l'État affecté devrait assumer une charge financière sans aucun avantage compensatoire. Une autre possibilité est que le principe doit être interprété uniquement comme exprimant ce qui pourrait également l'être en termes de bonne foi, à savoir que l'État affecté aussi est tenu d'agir de bonne foi. M. Hafner doute que le principe, ainsi interprété au sens très large, doive s'appliquer.

32. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) a pris note des remarques de M. Economides et a déjà pris en considération son thème central de réorientation de la notion de prévention. Il serait heureux que les autres membres de la Commission formulent des observations sur cette question.

33. Le Rapporteur spécial partage le point de vue de M. Economides selon lequel la CIJ a maintenant introduit la notion de sécurité dans le corps du droit de l'environnement. Mais la Cour n'est pas entrée dans les particularités du sens de cette notion. Les divers aspects de ce qui constitue une question extrêmement complexe demandent à être examinés plus avant dans le contexte du projet d'articles de la Commission. Nombre des points maintenant soulevés ont été examinés dans le passé, au cours de l'élaboration des articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, par exemple. La Commission est parvenue à un certain degré de discernement pour ce qui est des moyens de résoudre les difficultés. La question est de savoir si elle doit aller plus loin. S'agissant de la prévention, par exemple, pourquoi ne pas prendre en considération tous les types de dommages et pas simplement les dommages transfrontières ?

34. Le Rapporteur spécial a parfaitement compris que d'autres membres auraient rédigé de façon totalement différente la deuxième partie du rapport. Il a commencé par se poser la question de savoir quelles conséquences le principe de prévention et le principe pollueur-payeur ont en pratique pour un exploitant — et y a répondu en fonction des notions générales exposées dans le rapport. La prévention est une notion à strates multiples, et il ne prétend pas que son rapport constitue une analyse objective. Il marque toutefois une tentative pour exposer les questions qui surgiront en pratique en fonction des situations juridiques et de leurs conséquences.

35. L'idéal serait de prévenir tous les dommages, mais cela est impossible. Aussi la Commission devrait-elle fonder sa démarche sur des critères déclenchant une obligation juridique en cas de dysfonctionnement, soit le point où les conséquences juridiques commencent à jouer. Une autre solution consiste en la possibilité de déclencher les conséquences juridiques même lorsque aucun dommage n'a encore été causé. Par exemple, il pourrait y avoir lieu d'imposer des sanctions à un État n'ayant pas adopté de législation interne en matière de prévention. Ou certains États pourraient avoir besoin d'assistance ou de l'« encouragement » de sanctions pour améliorer leur législation.

36. M. ECONOMIDES ne saurait aller aussi loin que M. Hafner. L'obligation de coopérer de bonne foi doit être interprétée dans le contexte de relations de bon voisinage. Le coût de toute action est une question qui concerne les deux parties en cause. M. Economides ne partage pas le point de vue du Rapporteur spécial sur le rôle de la CIJ. La Cour n'élabore pas le droit international. Elle se contente de l'appliquer. Il appartient à la Commission d'élaborer le droit international si elle estime que des avantages en résulteront.

37. Vu que des dommages seront toujours causés, le Rapporteur spécial suggère de fixer un seuil du dommage au-delà duquel une réaction est déclenchée. C'est là une mauvaise politique. Le but, quand bien même il serait utopique, doit être de prévenir tout dommage.

38. Selon M. HAFNER, le Rapporteur spécial a soulevé une importante question qui n'a encore jamais été éclaircie : des conséquences juridiques se produisent-elles seulement lorsqu'un dommage a été causé ou peuvent-elles découler de la non-exécution de l'obligation de prévention ? Le Rapporteur spécial adopte la première position. Mais un État qui ne s'acquitte pas de l'obligation de prévention accroît automatiquement le risque de dommage et doit en assumer la responsabilité. Il faut que la Commission s'efforce de résoudre ce problème.

39. M. BROWNLIE dit qu'en tentant de définir la prévention le Rapporteur spécial pourrait s'attirer des ennuis. Ce qui est clair est que l'obligation de prévention est une donnée politique et que la première partie du rapport offre le mécanisme nécessaire pour mener cette politique.

40. S'agissant de la question soulevée par M. Hafner, M. Brownlie estime, pour sa part, que le projet d'articles a sa logique propre et constitue un élément complémentaire spécifique de l'appareil juridique existant dans le cadre de l'élaboration progressive du sujet de la responsabilité des États. Il ne voit pas comment la Commission

pourrait utilement lier le projet d'articles à toutes les autres conséquences juridiques éventuelles de quelque menace posée à un État voisin, vu que des régimes différents de droit international — le droit des traités et le droit de la responsabilité des États, par exemple — pourraient s'appliquer en fonction des circonstances, voire se chevaucher. Le Comité de rédaction ne doit pas tenter d'anticiper cette situation en élaborant son propre projet d'articles dans sa modeste structure.

41. Selon M. HAFNER, plusieurs solutions sont possibles. La Commission pourrait considérer ses règles détaillées de prévention comme des *leges imperfectae*, mais tel n'est pas vraiment son propos. Subsidiairement, elle pourrait les considérer comme un régime autonome avec ses conséquences propres mais cela compliquerait sa tâche. Dans le cas de la responsabilité des États, les conséquences d'un fait illicite sont trop souples, si bien qu'elles pourraient aussi être déclenchées par la non-exécution de l'obligation de prévention. Il conviendrait de laisser les choses en l'état pour l'instant. Dans le cas contraire, la Commission serait appelée à examiner des questions qui outrepassent ses attributions.

42. M. SIMMA dit qu'il y a manifestement une différence entre la position de M. Brownlie et celle de M. Hafner : à l'attitude très pragmatique du premier s'oppose la démarche systématique du second, à laquelle la Commission est dans une certaine mesure liée. Rien ne s'oppose à ce que la Commission se demande si, vu l'existence d'un devoir de prévention, ce devoir devrait être assorti de conséquences juridiques, que le dommage soit ou non causé ou seulement lorsque celui-ci est causé. En d'autres termes, la question de la manière dont l'obligation juridique internationale de prévention doit être liée à la responsabilité des États entre dans le cadre du mandat de la Commission.

43. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que, à moins que la Commission ne comprenne ce qu'il faut entendre par prévention, elle ne saurait dûment définir la « diligence due » ni, partant, examiner vraiment les conséquences du non-respect de l'obligation de prévention. Le Rapporteur spécial préférerait lui aussi l'approche de M. Brownlie : à savoir, s'en remettre pour certains des aspects détaillés aux États qui se livrent à des activités spécifiques, dont chacune serait régie par son régime autonome propre, comme c'est déjà le cas pour les réacteurs nucléaires, les cours d'eau et les usines chimiques, par exemple. À mesure que des activités nouvelles feraient leur apparition, on établirait des règles de gestion pour elles, peut-être sur la base d'une ébauche de plan telle que celle conçue par Quentin-Baxter[8] ou d'une autre que la Commission élaborerait. En fait, depuis que l'étude du sujet a été entreprise, tous les rapporteurs spéciaux ont souligné l'impossibilité d'établir des principes à priori pour l'ensemble des situations. Tout ce qu'on peut faire, c'est engager vivement les États à se réunir et convenir d'arrangements à propos de questions telles que le coût, la réparation et ainsi de suite.

44. Le paragraphe 226 s'achève là. En cas de non-observation des procédures exposées dans le projet d'articles, les États concernés pourraient ou non parvenir à un accord sur la manière de procéder. C'est dans ce contexte que M. Economides a proposé une procédure de règlement des différends, à l'épuisement de laquelle seulement le recours à des mesures unilatérales de prévention serait autorisé. Une situation pourrait se présenter dans laquelle, sans qu'aucun dommage soit causé, le jeu de certaines conséquences — la notification, la consultation, la négociation et le règlement des différends — soit déjà engagé. Le recours à ces procédures constitue une obligation en soi. Toutes sanctions complémentaires qui pourraient s'imposer après ce stade sont examinées aux paragraphes 229 et 230 du rapport. Au paragraphe 231, le Rapporteur spécial a souligné que les différentes mesures de prévention correspondent à des obligations auxquelles les États sont censés se plier de plein gré. Peu d'activités dangereuses sont sciemment destinées à causer des dommages à un autre État; la plupart sont des activités de développement, dangereuses pour l'État d'origine lui-même. Dans les relations internationales, les États ont en fait fait preuve de pragmatisme en pratiquant le bon dosage dans l'application des principes.

45. Au paragraphe 232, le Rapporteur spécial a appelé l'attention sur le cas des États qui sont à même de respecter les obligations établies mais n'en ont cure. Il faut également examiner ce cas à propos de la question des conséquences juridiques, conclusion à laquelle est parvenu le séminaire du Groupe d'experts du PNUE sur le droit international de l'environnement dans la perspective du développement durable.

46. Il importe de se rappeler qu'en matière de responsabilité des États, la responsabilité qui est engagée est celle de l'État, non celle de l'individu. Les mesures que l'État peut prendre à l'égard de ses propres exploitants, avant qu'un État voisin ne soit impliqué, pour s'assurer que ses normes soient respectées font également partie intégrante des conséquences juridiques. C'est là un domaine très complexe, et il est essentiel que la Commission examine la question plus avant.

47. Selon M. BROWNLIE, la question générale des conséquences juridiques précises des violations des obligations à l'examen débouche sur la question du statut du document que la Commission se propose d'élaborer. Pour sa part, M. Brownlie a jusqu'à présent présumé que, les principes en cause relevant du développement progressif, la Commission se contenterait de les introduire dans une déclaration qui serait soumise à l'Assemblée générale pour approbation, dans l'espoir que, par un processus d'acceptation progressive, ils acquerraient en définitive valeur de principes du droit coutumier. Une autre possibilité consisterait à élaborer un régime autonome doté de dispositions intrinsèques de règlement des différends mais, vu la controverse qui entoure la question du règlement des différends dans le contexte de la responsabilité des États, cette solution pourrait ne pas être opportune en l'espèce. M. Brownlie se demande quel type de mécanisme le Rapporteur spécial a à l'esprit.

48. Selon M. ROSENSTOCK, la question de la responsabilité sous telle ou telle forme en cas de violation d'une obligation est une question distincte de celle de savoir si une obligation existe ou non. Le document que le Comité de rédaction est appelé à produire traitera de cette dernière question. À l'évidence, la violation d'une obligation

[8] Voir 2528e séance, note 12.

entraîne des conséquences juridiques. Quant à la phrase du paragraphe 232 citée par le Rapporteur spécial, à savoir le cas des États qui sont en mesure de le faire — c'est-à-dire respecter les obligations établies ou contractées — mais qui n'en ont cure, son libellé est singulièrement malheureux en raison de l'importance excessive qu'il attribue à des facteurs subjectifs. On pourrait incontestablement dire que l'obligation ne consiste pas à prévenir le dommage mais est plutôt une obligation de comportement. Le libellé ne doit pas tendre vers une perception subjective de la question.

49. M. HAFNER dit que la conception selon laquelle la responsabilité ne joue qu'en présence d'un dommage effectif est incompatible avec la pratique en ce qui concerne, par exemple, des centrales nucléaires exploitées sans que des mesures appropriées de sécurité aient été adoptées. Ces questions ont donné lieu, au cours des dernières années, à une intense activité diplomatique qui s'est soldée, notamment, par l'élaboration, par l'AIEA, de la Convention sur la réparation complémentaire des dommages nucléaires. M. Hafner ne peut croire qu'en cas de non-dommage une violation de ladite Convention n'entraînerait aucune responsabilité ou n'entraînerait pas de conséquences juridiques en vertu du droit des traités.

50. M. SIMMA fait observer que la Commission est saisie de plusieurs questions. L'une est la question des conséquences juridiques qu'entraînerait une violation de l'obligation primaire de prévention. Tout comme M. Hafner, il estime que la question doit nécessairement être soulevée, encore qu'il reconnaisse qu'elle n'entre pas dans le cadre du mandat actuel du Rapporteur spécial. Une autre question, distincte, est celle des régimes autonomes. À son sens, décomposer le droit international en éléments indépendants ne favoriserait pas son intégrité et son efficacité.

51. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit qu'à un stade ultérieur la Commission devra assurément aborder la question des conséquences juridiques qu'entraînerait, le cas échéant, le manquement d'un État à s'acquitter de ses obligations de prévention ou de ses obligations de comportement.

52. M. ECONOMIDES fait observer que les conséquences juridiques qui apparaissent lorsque aucun dommage n'est causé mais qu'il y a violation d'une obligation varient d'un cas à l'autre en fonction de la nature précise de l'engagement international contracté par l'État concerné. À son sens, le projet sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses devrait comporter une disposition de *lex specialis* faisant clairement comprendre que tous les régimes autonomes susceptibles d'avoir une incidence sur telle ou telle situation continueront de fonctionner. Quant à l'observation faite par le Rapporteur spécial, le dommage transfrontière est une question très grave et la prévention, elle aussi, chose très délicate. Aussi faut-il veiller à attribuer un sens large au terme « dommage », alors que les conséquences, qu'il faut mentionner dans le projet, devront être examinées ultérieurement.

53. M. BROWNLIE continue malheureusement de s'interroger sur la forme finale du document que la Commission est appelée à produire. Sera-ce une déclaration contenant un certain nombre de principes normatifs mais procéduraux, censés compléter le droit existant de la responsabilité des États relatif aux risques et dommages transfrontières, ou une convention, dotée ou non d'un mécanisme de règlement des différends et exposant des obligations de comportement ? Dans ce dernier cas, un État agissant en violation de ces obligations engagera à l'évidence sa responsabilité conventionnelle d'État. En cas de catastrophe transfrontière, la violation de la convention établissant l'obligation de prévention viendrait s'ajouter aux prétentions de l'État lésé se fondant sur le droit coutumier. La question de la forme finale ne saurait, de l'avis de M. Brownlie, être soustraite au présent débat.

54. Selon M. HAFNER, les conséquences du manquement à se conformer à une obligation dépendent de la nature de celle-ci. La difficulté tient à ce que les conclusions formulées dans le premier rapport peuvent être interprétées comme s'appliquant même aux situations où une obligation juridique existe déjà. Il faut éviter de donner cette impression.

55. M. BROWNLIE partage le point de vue selon lequel la Commission doit veiller à ne pas amoindrir, par ses déclarations au titre du développement progressif, les possibilités qu'offre le droit international général.

56. M. DUGARD félicite le Rapporteur spécial pour une étude approfondie qui permettra à la Commission d'accomplir des progrès concrets dans sa recherche d'un consensus sur le sujet de la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses. Certains membres ont critiqué le paragraphe 232 des conclusions du premier rapport comme étant trop politique. Certes, le rapport traite des questions mentionnées dans ce paragraphe dans un contexte politique, mais il le fait d'une manière franche et ouverte et les problèmes en cause ne pouvaient, à son sens, être éludés.

57. L'attachement des pays en développement à la protection de l'environnement est attesté par des documents tels que la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. En même temps, un conflit surgira immanquablement dans les pays pauvres entre les intérêts de la protection de l'environnement et le droit au développement. Il faut tenir compte de la question des dommages transfrontières pouvant être causés par les activités de sociétés étrangères, et des conséquences du clivage Nord/Sud à cet égard. Aux paragraphes 205 et 207 du rapport, le Rapporteur spécial mentionne ces problèmes ainsi que les principes pertinents de la Déclaration de Rio[9] alors qu'au paragraphe 210 il indique diverses mesures qui pourraient être prises. Faisant observer que les idées de ce type n'ont pas occupé une place prépondérante dans les travaux passés de la Commission, M. Dugard demande si le Rapporteur spécial entend faire état, dans le corps du projet d'articles, des principes mentionnés dans la section C du chapitre VI et dans le paragraphe 232, ou s'il entend réserver ses principes pour le commentaire. À cet égard, la question de M. Brownlie concernant la forme future du projet d'articles vient fort à propos. Pour sa part, M. Dugard doute que des principes susceptibles d'être exposés dans une déclaration aient leur place dans un traité multilatéral.

[9] Voir 2527e séance, note 8.

58. Selon M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial), les idées évoquées par M. Dugard sont actuellement débattues dans d'autres instances et échappent, comme M. Rosenstock l'a relevé, au mandat de la Commission pour le sujet à l'examen. En ce qui concerne la forme future du projet d'articles, le Rapporteur spécial ne peut faire aucune proposition précise mais il attend des orientations de la part du Président du Comité de rédaction et d'autres membres. Une démarche souple atteindra incontestablement aux meilleurs résultats.

59. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA ne voit pas la nécessité d'insister sur la distinction entre les principes de procédure, d'une part, et les principes de fond, d'autre part; il y a de nombreuses interférences entre les deux domaines, notamment en ce qui concerne la précaution et la bonne gouvernance. Le principe d'équité est peut-être le seul qui représente une orientation entièrement nouvelle par rapport aux travaux des rapporteurs spéciaux précédents. En ce qui concerne la forme future de l'instrument proposé, il ne croit pas qu'il soit urgent de parvenir à une décision vu qu'il ne s'agit en aucun cas de produire un catalogue de principes.

Organisation des travaux de la session *(suite*)*

[Point 1 de l'ordre du jour]

60. Le PRÉSIDENT annonce que le Groupe de travail sur la nationalité en relation avec la succession d'États se compose comme suit : M. Mikulka (Président; Rapporteur spécial), M. Addo, M. Al-Baharna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Economides, M. Galicki, M. Hafner, M. Rosenstock et M. Dugard en tant que membre de droit.

La séance est levée à 13 h 5.

* Reprise des débats de la 2519e séance.

2531e SÉANCE

Vendredi 15 mai 1998, à 10 h 10

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Al-Khasawneh, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Galicki, M. Hafner, M. He, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Thiam, M. Yamada.

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses) *[suite]* (A/CN.4/483, sect. D, A/CN.4/487 et Add.1[1], A/CN.4/L.556, A/CN.4/L.568)

[Point 3 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(fin)*

1. M. ADDO souscrit aux conclusions auxquelles le Rapporteur spécial est parvenu dans son premier rapport (A/CN.4/487 et Add.1) et pense notamment que les projets d'articles proposés par le Groupe de travail à la quarante-huitième session de la Commission[2] devraient être renvoyés au Comité de rédaction pour examen. Se référant aux dispositions des projets d'articles 4, 5, 10 et 13, M. Addo note que d'une manière générale elles obligeraient les États à prévenir le dommage, à en atténuer les effets, à le réparer ou à indemniser l'État lésé et à notifier à d'autres États des risques que comportent les activités envisagées. Comme l'a dit M. Hafner, le dommage doit être défini et le Rapporteur spécial devrait se pencher sur cette question. Le « dommage » et le « risque » sont des notions clefs qu'il n'est pas facile de définir simplement et précisément. Une vaste gamme de situations très diverses ont été recensées comme constituant un dommage transfrontière à l'environnement mais aucune définition générale n'est apparue qui soit susceptible de faire autorité. Il semble néanmoins légitime d'affirmer que tous les effets préjudiciables résultant de facteurs environnementaux transfrontières ne relèvent pas de la notion, et quatre conditions sont à cet égard nécessaires.

2. La première est que le dommage doit résulter d'une activité humaine, à l'exclusion de la force majeure et du cas fortuit. Seraient aussi exclus les effets préjudiciables causés par des facteurs environnementaux qui n'ont pas une relation causale raisonnablement immédiate avec une activité humaine. Une deuxième condition est que le dommage doit résulter d'une conséquence matérielle de l'activité humaine. La troisième condition est que les effets matériels doivent traverser une frontière nationale. La quatrième condition est que le dommage doit être significatif ou substantiel. Cette dernière condition laisse néanmoins place à des appréciations subjectives et c'est pourquoi elle a fait l'objet de critiques. Pourtant, pour M. Addo, la fixation d'un seuil est particulièrement importante pour définir le dommage juridiquement significatif parce que les atteintes à l'environnement sont extrêmement répandues et nombreuses.

3. Par ailleurs, la non-exécution des obligations de prévention devrait engager la responsabilité de l'État. En vertu des principes de la responsabilité des États, les États sont tenus responsables de leurs violations du droit international. Ces violations du droit international conventionnel ou coutumier permettent à l'État lésé de formuler une revendication contre l'État auteur par la voie diplomatique ou en recourant à des mécanismes internationaux

[1] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

[2] Voir 2527e séance, note 16.

lorsqu'il en existe. En tant que violation du droit international, le non-respect des règles de la prévention doit engager la responsabilité de l'État, même en l'absence de dommage.

4. Un des problèmes qui subsistent est celui de la situation dans laquelle le dommage transfrontière à l'environnement est causé non par l'État lui-même mais par un exploitant privé, par exemple une société transnationale. Peut-être est-ce dans ce cas que doit intervenir le principe pollueur-payeur, mais M. Addo serait reconnaissant au Rapporteur spécial de fournir des éclaircissements à cet égard.

5. Il y a assurément une grande différence entre le sujet de la responsabilité internationale *(liability)* et celui de la responsabilité des États. Cette dernière dépend de la violation préalable du droit international, alors que la responsabilité internationale concrétise une tentative de développer une branche du droit afin que la responsabilité internationale de l'État puisse être engagée à raison des conséquences préjudiciables d'une activité qui n'est pas en elle-même interdite par le droit international. On peut douter que des règles de prévention puissent être énoncées sous cette rubrique.

6. En ce qui concerne le paragraphe 229 du rapport, tout manquement aux obligations de prévention doit engager la responsabilité de l'État. C'est la seule manière d'assurer que les États qui ont contracté de telles obligations les prendront au sérieux. Pour ce qui est du paragraphe 230, le Rapporteur spécial conclut que le manquement de la part de l'exploitant à l'obligation de prévention entraînerait nécessairement, comme il se doit, les conséquences prévues par les lois nationales en vertu desquelles le permis aurait été accordé. On peut se demander ce qui se passerait si la législation nationale ne prévoit pas de sanction civile ou est muette sur ces conséquences.

7. En conclusion, M. Addo souscrit aux recommandations faites à la quarante-huitième session de la Commission par le Groupe de travail, aux paragraphes 4 et 5 de son rapport, et pense aussi que le Rapporteur spécial devrait dès que possible élaborer des projets d'articles sur la base de ceux proposés par le Groupe de travail.

8. M. AL-KHASAWNEH rappelle que, comme l'a déclaré Quentin-Baxter, le raisonnement juridique n'admet que deux principes d'obligation, à savoir la responsabilité pour faute et la responsabilité pour dommage en l'absence de faute. Celle-ci repose en dernière analyse sur le principe d'équité selon lequel la victime innocente ne doit pas supporter seule son préjudice. Ce principe a été progressivement développé sur le plan national par les États, en particulier les États industrialisés, pour répondre aux exigences de la vie moderne, l'exécution de nombre d'activités indispensables risquant en effet de causer un dommage. Le succès de ce principe dépend de l'existence d'un système exclusif et bien financé d'assurance et de réassurance. Un tel système n'existe pas sur la scène internationale, mais il n'y a aucune raison de ne pas élaborer une réglementation appropriée dans le cadre du développement progressif du droit, même s'il ne faut pas se faire d'illusion, car à cette fin la dose de développement progressif nécessaire est plus importante que celle à laquelle la plupart des États sont habitués.

9. Le sujet a été mis en lumière pour la première fois lorsque la Commission s'est penchée sur les circonstances excluant l'illicéité dans le cadre de l'étude de la responsabilité des États. Mais ces circonstances couvrent le dommage environnemental découlant d'activités licites et les autres dommages non physiques. Un exemple classique est celui de l'État qui, agissant en vertu de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, inspecte la cargaison d'un navire qu'il suspecte de transporter de la drogue ou des marchandises de contrebande, à l'évidence une situation où l'illicéité est exclue alors même qu'aucune marchandise prohibée n'est découverte et qu'un dommage découle néanmoins de cette activité. C'est pourquoi réduire le champ d'application du projet pour exclure de telles activités, comme le suggère le Rapporteur spécial au paragraphe 111 de son rapport, risque de compromettre l'unité d'objectif du projet d'articles.

10. M. Al-Khasawneh se demande par ailleurs pourquoi sur le sujet, qui était censé combler une lacune dans le système d'obligations envisagé dans le cadre de la responsabilité des États, doit subir une telle métamorphose et devenir un sujet environnemental, celui de la prévention du dommage transfrontière résultant d'activités dangereuses. La raison en est probablement que mieux vaut prévenir que guérir, ce que nul ne contestera, même si dans la réalité les gens sont plus prompts à s'opposer dans le cadre de procès une fois le dommage survenu que disposés à être prudents lorsqu'ils entreprennent une activité. C'est pourquoi la prévention *ex post*, aussi contradictoire que soit l'expression, correspond bien aux réalités pratiques. En tout état de cause, c'est la survenance du dommage et non la prévention qui est au coeur du sujet, et c'est en définissant les conséquences du dommage que la Commission peut jouer le rôle qui est le sien.

11. Pour ce qui est de la prévention, le Rapporteur spécial énumère un certain nombre de principes tant de procédure que concernant le contenu de l'obligation de prévention. S'agissant de ces derniers, ils sont énoncés en termes assez généraux, l'idée étant probablement de réaliser un équilibre entre le droit au développement durable et le droit à un environnement non pollué. On peut bien sûr déduire des règles différentes de ces principes, mais si c'est parce qu'il vaut mieux prévenir que guérir que l'on a décidé de traiter la prévention à part, alors le but de la Commission devrait être d'élaborer un régime dans le cadre duquel, dans certains domaines, l'obligation de prévention serait une obligation de résultat et non de comportement. Une norme de diligence est très importante, mais il ne faut pas oublier que la portée du sujet a déjà été réduite à plusieurs reprises : premièrement en excluant les activités physiques, deuxièmement en limitant le sujet aux activités extrêmement dangereuses, et troisièmement en subordonnant l'engagement de la responsabilité au dépassement d'un seuil au-delà duquel, si un dommage se produit, il sera pratiquement impossible à réparer. Il s'agit donc de l'expression la plus faible de l'adage *sic utere tuo ut alienum non laedas*. Enfin, M. Al-Khasawneh ne saurait souscrire à la proposition figurant au paragraphe 226 du rapport selon laquelle un manquement à l'obligation de prendre les mesures de prévention n'entraînerait aucune conséquence juridique.

12. M. HAFNER convient que l'on pourrait dans certains domaines prévoir une obligation de résultat mais il se demande dans lesquels. Par ailleurs, s'agissant des activités, fort nombreuses, auxquelles se livrent des exploitants privés, il se demande si ce n'est pas aller trop loin que de rendre l'État responsable du dommage qui pourrait être causé par de telles activités. Il s'agit là d'une question importante du point de vue économique.

13. M. AL-KHASAWNEH estime que la réponse dépend de l'importance relative qu'on attache au développement d'une part et à la prévention du dommage de l'autre. L'ère du développement à tout prix semble révolue et à cet égard le droit islamique considère qu'éviter le dommage a priorité sur l'acquisition d'avantages. Dans les situations envisagées, le dommage sera difficile à réparer d'autant que de plus en plus d'activités dangereuses, du fait de la privatisation, sont exécutées par des exploitants privés. Il s'agit d'une question importante si l'on veut que le régime de prévention soit réellement efficace.

14. M. BROWNLIE dit qu'il faut prendre garde, lorsqu'on élabore des règles en matière de prévention, de ne pas adopter des normes qui soient bien moins contraignantes que celles que la responsabilité des États impose déjà à ceux-ci dans divers contextes. Sans aller jusqu'à inclure dans le projet une clause de sauvegarde indiquant que les normes qui figurent ne doivent pas être considérées comme moins rigoureuses que celles qui existent déjà en droit international coutumier, il faut être prudent et ne pas oublier que dans de nombreuses situations l'État a déjà le devoir de contrôler l'activité de l'exploitant privé. En ce qui concerne par ailleurs la responsabilité sans faute et l'opinion de Quentin-Baxter, M. Brownlie s'étonne que la responsabilité sans faute soit comprise en son sens littéral. À tout le moins dans la « common law », il y a uniquement inversion de la charge de la preuve, c'est-à-dire qu'il appartient au défendeur de se disculper et de prouver qu'il n'a pas commis de faute.

15. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial), tirant les conclusions du débat, croit comprendre que la tentative qu'il a faite pour synthétiser les très nombreuses notions qui relèvent du sujet à l'examen a suscité une certaine confusion. Ceci est tout à fait compréhensible, en particulier parce que la deuxième partie du rapport couvre un terrain qui, s'il est étudié dans de nombreuses instances, est encore loin d'avoir fait l'objet d'un consensus. Quoi qu'il en soit, certaines des idées formulées ont été extrêmement enrichissantes et doivent assurément être présentées à la communauté internationale par la Commission dans le cadre du développement progressif du sujet.

16. Parmi les questions abordées dans la première partie du rapport, celle qui a été la plus commentée lors du débat est celle du seuil du dommage. À cet égard, il convient de dissiper un malentendu : le seuil est conçu non pas pour éviter aux États de prendre les mesures nécessaires pour prévenir tout dommage, mais pour créer une relation juridique contre les États en cause. Il semble, dans ce contexte, généralement admis qu'il doit y avoir un seuil raisonnable et, en l'occurrence, l'adjectif « significatif » a déjà été abondamment commenté dans le rapport remis par le Groupe de travail à la quarante-huitième session de la Commission, auquel les membres de la Commission pourront se reporter utilement. Il ne semble pas nécessaire de poursuivre le débat sur ce point.

17. Quant aux autres questions soulevées à propos du champ d'application du projet d'articles, le Rapporteur spécial se déclare encouragé par la quasi-unanimité qui s'est faite autour de l'idée de renvoyer au Comité de rédaction l'alinéa *a* de l'article premier — et non l'alinéa *b* — et l'article 2 du projet proposé par le Groupe de travail à la quarante-huitième session. Cela permettrait en effet à la Commission de se prononcer rapidement, d'autant plus que le sujet a atteint une certaine maturité.

18. Pour ce qui est du concept même de prévention, le Rapporteur spécial se félicite que le chapitre VI du rapport ait suscité si peu de critiques.

19. En ce qui concerne le chapitre V, les débats ont bien fait apparaître que l'obligation de prévention trouvait sa meilleure traduction dans les principes de l'autorisation préalable, de l'évaluation de l'impact sur l'environnement et, le cas échéant, de la notification, de la consultation et de la négociation.

20. Ce qui a suscité le plus d'observations, c'est la question de la norme à laquelle doit répondre la diligence due. Qu'il soit entendu qu'il est inutile d'essayer de cristalliser dans l'abstrait ce qui ne peut se définir que dans des circonstances concrètes. Cela dit, les débats auront eu le double mérite d'abord de souligner que le devoir de diligence couvre l'ensemble des précautions raisonnables et prudentes qu'un gouvernement doit prendre, et qu'il couvre donc l'obligation de mettre en place un encadrement réglementaire et administratif et des mécanismes de contrôle des activités dangereuses; ensuite, de faire comprendre que la manière dont cette obligation est accomplie ne peut s'apprécier que dans un contexte réel. Au lieu d'essayer de mettre en place une structure rigide, il faudra essentiellement laisser le soin de cette appréciation aux États concernés eux-mêmes.

21. On a soulevé la question des conséquences du manquement à la diligence due, qui se pose avec plus d'acuité encore quand les États concernés ne s'entendent pas. Après réflexion, il semble qu'elle se ramène au point de savoir dans quelle mesure on peut mettre en cause un État qui a pris toutes les mesures que la raison recommandait et dans quelle mesure un exploitant privé peut avoir l'obligation de réparer. Il n'est pas sûr que les systèmes nationaux, législatif et judiciaire, offrent le meilleur moyen de traiter les cas de manquement. La responsabilité de l'État *(responsibility)* considérée dans ses rapports avec la responsabilité de l'exploitant *(liability)* soulève certes une question très intéressante, mais il faudra en approfondir l'analyse au regard des réalités contemporaines. La Commission aurait sans doute avantage à y revenir plus tard, dans une phase ultérieure de ses travaux. Pour l'instant, elle a pour tâche de définir le contenu de l'obligation de diligence. Comme indiqué au paragraphe 219 du rapport, elle pourrait considérer le manquement à l'obligation de prévention dans le contexte de la responsabilité de l'État. Nul doute d'ailleurs que les États auront une responsabilité majeure dans la prévention, puisqu'ils devront légiférer, exercer un contrôle et

mettre en place des mesures de protection des autres États.

22. Un membre s'est aussi demandé si l'État peut poursuivre l'activité dangereuse alors qu'il n'a pu s'entendre avec ses voisins sur la manière d'en gérer les risques. On a proposé de mettre en place un système de règlement obligatoire des différends. La Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation prévoit, en son article 33, un système assez peu contraignant de commission d'établissement des faits. Ce dispositif a été assez vivement débattu, mais la majorité des représentants de la Sixième Commission semblent l'avoir approuvé. Mais si l'on renvoie au niveau des États toute la problématique du non-respect de l'obligation de diligence et de l'évaluation de la conformité à une norme de comportement, c'est-à-dire si on l'inscrit dans le cadre du sujet de la responsabilité de l'État, un régime obligatoire de règlement risque de ne plus convenir du tout.

23. En tout état de cause, l'obligation de prévention sera toujours considérée favorablement par les États, qui n'y verront jamais un devoir excessif. Elle les sert en effet puisqu'elle protège leur population en même temps que celle des autres États, et fait d'ailleurs partie de ce que la société civile contemporaine exige des gouvernements. Quels que soient donc les procédures que la CDI proposera et les principes qu'elle dégagera, les États seront attentifs à ses conclusions. Ils s'efforceront de leur mieux de mettre ces procédures et ces principes au service de leurs propres intérêts, car on sait que le respect du droit international n'est que la mise en oeuvre d'un égoïsme national bien compris.

24. M. ECONOMIDES, revenant sur la notion de « seuil », c'est-à-dire sur le niveau du dommage que l'État est censé prévenir, note que la Commission semble hésiter entre deux possibilités : soit fixer ce seuil au « dommage significatif », option qui a la faveur de la majorité de ses membres; soit s'en tenir à l'idée, qu'il a défendue lui-même, que l'État doit s'efforcer de prévenir « tout » dommage. On peut se demander aussi s'il n'existe pas de solution intermédiaire et si la Commission ne pourrait pas dégager un nouveau critère, par exemple celui du « dommage minime », puisqu'on est dans le domaine de la prévention et non du dommage effectif. M. Economides continue pour sa part de penser que l'État doit tendre à ne causer aucun dommage, comme le veut le principe général de la « gestion de bon père de famille ».

25. M. AL-KHASAWNEH pense qu'il est impossible de définir ce qu'est un dommage « significatif ». Le qualificatif figure dans la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, mais il faut y voir une sorte de présomption juridique, comme la notion de « bon père de famille ». Comme M. Economides, on peut préférer une règle absolue (« aucun dommage ») aux solutions qu'offre un système gradué allant de l'insignifiant au massif en passant notamment par le raisonnable, l'appréciable et le significatif. En tout état de cause, M. Al-Khasawneh pense que la Commission ne doit pas précipiter sa décision.

26. M. ROSENSTOCK conseille à la Commission, pour sa gouverne, de se reporter à la manière dont le commentaire des articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation[3] explique le qualificatif « significatif », qui s'applique à un dommage plus important que minime et moins grave que substantiel. Les auteurs ont écarté « appréciable » parce qu'ils craignaient que cet adjectif ne couvre que tout ce qui serait scientifiquement détectable. Peut-être la Commission pourrait-elle adopter la même démarche, c'est-à-dire fixer en matière de prévention un seuil relatif, qu'elle analyserait dans le commentaire de l'article correspondant.

La séance est levée à 11 h 15.

[3] Voir 2530e séance, note 5.

2532e SÉANCE

Mardi 19 mai 1998, à 10 h 5

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Al-Khasawneh, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Mikulka, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Thiam, M. Yamada.

Responsabilité des États[1] (A/CN.4/483, sect. C, A/CN.4/488 et Add.1 à 3[2], A/CN.4/490 et Add.1 à 7[3], A/CN.4/L.565, A/CN.4/L.569)

[Point 2 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

1. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial sur le sujet de la responsabilité des États à présenter l'introduction de son premier rapport (A/CN.4/490 et Add.1 à 7).

2. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) rend hommage aux rapporteurs spéciaux précédents pour leurs tra-

[1] Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2e partie), p. 62, doc. A/51/10, chap. III, sect. D.

[2] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

[3] Ibid.

vaux sur un sujet difficile, exprime sa gratitude à la Commission pour lui avoir confié la deuxième lecture du projet et indique que ses observations seront, dans un premier temps, centrées sur les questions liminaires traitées dans son premier rapport. À l'issue du débat sur ces questions, il présentera les parties du rapport consacrées aux crimes internationaux. Une bibliographie provisoire a été distribuée aux membres pour information; le Rapporteur spécial leur serait reconnaissant de toutes les suggestions qu'ils pourraient faire en vue d'adjoindre des éléments de bibliographie, notamment dans des langues autres que l'anglais.

3. Le rapport dont la Commission est saisie, qui expose dans les grandes lignes l'historique de ses travaux sur la responsabilité des États, examine certains problèmes généraux. Le premier a trait à la distinction entre les règles primaires et les règles secondaires régissant la responsabilité des États, distinction sur laquelle les travaux sur le sujet se fondent depuis 1963. Le précédent Rapporteur spécial, Roberto Ago, a déclaré que les règles secondaires concernent

> des principes qui régissent la responsabilité des États pour faits illicites internationaux, en maintenant une distinction rigoureuse entre cette tâche et celle qui consiste à définir les règles mettant à la charge des États les obligations dont la violation peut être cause de responsabilité[4].

[et que]

> définir une règle et le contenu de l'obligation qu'elle impose est une chose et établir si cette obligation a été violée et quelles doivent être les suites de cette violation en est une autre. Seul ce deuxième aspect fait partie du domaine propre de la responsabilité[4].

Cette distinction est absolument essentielle si la Commission veut mener sa tâche à bonne fin.

4. L'objet des règles secondaires, tel qu'il ressort d'une façon générale du projet d'articles sur la responsabilité des États, est de définir le cadre dans lequel les règles primaires prendront effet dans des situations caractérisées par une violation. Il s'agit là d'une distinction cohérente, même si elle peut difficilement être établie dans le cas d'espèce et quand bien même certains des projets d'articles pourraient être considérés comme s'égarant un peu dans la sphère des obligations primaires. Il importe de noter à cet égard que l'article 37 *(Lex specialis)* de la deuxième partie du projet d'articles prévoit effectivement la possibilité de déroger aux règles générales ou de les assujettir à quelque régime spécial. Si on laisse de côté les questions de *jus cogens*, il semble en aller de même pour les règles énoncées dans la première partie. Aussi, en un sens, les projets d'articles fonctionnent-ils comme des règles supplétives.

5. De l'avis du Rapporteur spécial, un débat général prolongé sur la distinction entre règles primaires et règles secondaires ne serait guère utile, mais il importe de garder cette distinction présente à l'esprit en examinant tels ou tels articles. On ne pourra toutefois déterminer si la Commission a été à même d'établir une distinction cohérente que lorsqu'elle aura examiné le projet d'articles dans son ensemble. Il en est un ou deux qui semblent franchir la limite — l'article 27 (Aide ou assistance d'un État à un autre État pour la perpétration d'un fait internationalement illicite), pour n'en citer qu'un —, mais l'on pourrait être parfaitement fondé à l'inclure nonobstant le fait qu'il semble énoncer, du moins en partie, une règle primaire. Cependant, le but de la Commission doit être celui fixé à sa quinzième session, en 1963, à savoir : définir le cadre général dans leque l les règles primaires, positives et de fond du droit international joueront dans le contexte de la responsabilité[5].

6. Le deuxième problème d'ordre général est de savoir si le projet est suffisamment vaste en sa portée. Les commentaires et observations reçus des gouvernements sur la responsabilité des États (A/CN.4/488 et Add.1 à 3) sont davantage centrés sur des aspects dont le projet d'articles traite effectivement, alors qu'il ne le devrait pas, que sur des aspects dont il ne traite pas. Relativement peu de suggestions ont été faites sur la question effective de la portée. L'une d'elles est que les articles sur la réparation, s'agissant plus particulièrement du paiement d'intérêts, demandent à être précisés plus avant. Cette suggestion a incontestablement quelque mérite et la question devrait être abordée à la prochaine session.

7. Deux questions en particulier demandent probablement à être étudiées plus avant. La première est celle des obligations *erga omnes*, auxquelles le Gouvernement allemand a fait référence dans les commentaires et observations reçus des gouvernements. Actuellement, le projet traite cette notion de façon assez insuffisante, notamment au paragraphe 3 de l'article 40 (Sens de l'expression « État lésé »). C'est là certainement un point sur lequel la Commission devra revenir. La seconde question a trait à l'action dite conjointe des États ou à ce qui est connu dans certains systèmes juridiques comme étant la responsabilité conjointe et solidaire. Bien que certains des articles traitent effectivement cette question, ils le font un peu au petit bonheur; il faudra certainement la réexaminer à la lumière de faits nouveaux. Cependant, à l'exception des dispositions sur les crimes d'État, la première partie du projet représente une excellente performance pour l'heure. Certaines de ces dispositions sont trop détaillées ou pourraient être considérées comme superflues, à les examiner de près, mais l'objet principal de la deuxième lecture de la première partie est d'assurer qu'il soit dûment tenu compte des progrès accomplis depuis les années 70.

8. Un troisième problème à caractère général concerne la relation entre le projet d'articles et d'autres règles de droit international. L'une des observations faites par plusieurs gouvernements est que l'article 37 devrait être érigé en principe général et que le projet d'articles, sous sa forme actuelle, n'exprime pas pleinement l'idée qu'il joue de façon supplétive. Cette proposition semble en principe pertinente, sauf peut-être en ce qui concerne les questions de responsabilité découlant des obligations à caractère de *jus cogens*. Aussi la Commission voudra-t-elle peut-être examiner l'ensemble du projet d'articles, étant entendu que là où d'autres règles de droit international, telles que des régimes conventionnels spécifiques, offrent leur propre cadre pour la responsabilité, celui-ci prévaudra généralement.

[4] *Annuaire... 1970*, vol. II, p. 190, doc. A/CN.4/233, par. 7

[5] *Annuaire... 1963*, vol. II, p. 238, doc. A/5509, annexe I, par. 6.

9. Dans leurs commentaires et observations, les gouvernements ont désigné deux domaines du projet comme prêtant à contestation : les dispositions détaillées concernant les contre-mesures et celles concernant le règlement des différends. Le Rapporteur spécial le rappelle pour qu'il soit pris acte de ce que les questions en cause demeurent très délicates mais aussi pour engager vivement la Commission à respecter le calendrier qu'elle a établi à sa quarante-septième session pour l'achèvement de son examen du projet[6]. À cet égard, il voudrait signaler que le Groupe de travail a procédé à un examen initial de l'ensemble de la première partie, à l'exception de l'article 19 (Crimes et délits internationaux), et que M. Simma rendra succinctement compte des travaux du Groupe de travail avant que le Rapporteur spécial lui-même ne présente les sections A et B du chapitre II de son rapport. Selon son calendrier, la Commission doit procéder à un examen détaillé des contre-mesures dans le cadre d'un groupe de travail à sa cinquante et unième session, année au cours de laquelle il lui faudra inéluctablement étudier avec soin la forme à donner au projet d'articles. Aussi le Rapporteur spécial espère-t-il qu'elle ne consacrera pas trop de temps à la forme du projet d'articles lors de la session en cours et qu'elle négligera complètement les questions des contre-mesures et du règlement des différends.

10. Le dernier problème d'ordre général concerne la forme définitive du projet d'articles. La Commission ne se prononce généralement pas sur la forme tant qu'elle n'a pas mené à bien l'examen du projet, encore que, il est vrai, dans certains contextes, comme les réserves aux traités et la nationalité en relation avec la succession d'États, la décision a été arrêtée plus tôt. Le projet sur la responsabilité des États a toutefois été conçu comme un corps neutre d'articles, destiné à n'être érigé ni en convention ni même en déclaration mais à constituer simplement une tentative pour réaliser un équilibre entre la codification et le développement progressif dans le domaine des règles secondaires. Pour sa part, le Rapporteur spécial préférerait garder cette position pendant une autre année au moins. Il reconnaît que la Commission devra prendre position sur la forme définitive du projet d'articles lorsque la question du règlement des différends aura été tranchée.

11. Rien ne s'oppose à ce que la Commission se prononce sur des questions de règlement des différends, pour autant qu'elles concernent les contre-mesures, lorsqu'elle abordera cette dernière question à sa cinquante et unième session, indépendamment de la question de la forme du projet d'articles. L'on pourrait fort bien adopter la position selon laquelle, si des procédures de règlement des différends sont expressément liées à l'adoption de contre-mesures, une telle solution ne serait pas viable, pour plusieurs raisons. Mais on pourrait aussi adopter la position contraire, à l'occasion d'une décision plus générale. Une telle décision sera assurément prise dans le contexte de la troisième partie, les dispositions relatives au règlement des différends ne pouvant figurer dans une déclaration. Elles ne peuvent figurer que dans une convention, et la Commission devra adopter une position ferme à cet égard. Elle pourrait d'ailleurs accorder la préférence à une convention sur la responsabilité des États ne prévoyant aucunement le règlement des différends, ou s'en remettre pour cette dernière question à une conférence diplomatique ultérieure. Le Rapporteur spécial préférerait laisser la question de côté à la présente session car elle exigerait beaucoup de temps. Un certain nombre de commentaires et observations reçus des gouvernements et d'autres sources préconisant une forme non conventionnelle pour le projet ont à l'évidence été inspirés par le fond des articles existants que les auteurs de ces commentaires réfutent, souvent énergiquement. Ce n'est qu'après que la Commission aura examiné le fond et statué sur les questions essentielles que la question pourra être abordée objectivement. Comme on l'a constaté à propos du projet de statut pour une cour criminelle internationale[7], les attitudes des États à l'égard de la notion de cour pénale ont très sensiblement évolué à mesure qu'il est apparu que des progrès ont été effectués.

12. Une raison supplémentaire de ne pas prendre de décision à ce stade est qu'elle pourrait tendre inopportunément à amoindrir l'importance du débat de la Commission sur le fond du projet d'articles. La Commission doit faire en sorte que ce dernier soit aussi parfait que possible et rencontre autant que possible l'approbation générale, sans adopter l'« option molle » d'une déclaration, encore qu'en définitive, et pour les raisons exposées par certains gouvernements, le parti le plus sage pourrait consister à opter pour une déclaration ou quelque autre forme non conventionnelle. On se rappellera avec intérêt qu'à un certain stade de l'élaboration de la Convention de Vienne de 1969, d'aucuns ont fait valoir que ce droit devrait assumer la forme non d'une convention mais d'un réexposé du droit ou d'une déclaration[8]. Mais l'histoire a montré que l'opinion de Waldock sur le sujet était plus judicieuse que celle de Fitzmaurice car l'adoption du projet d'articles sur le droit des traités sous forme de convention a plus contribué à éclaircir et codifier les règles en la matière qu'aucune déclaration ne pouvait le faire.

13. Certes, le climat des années 90 est différent de celui des années 60 mais la Commission doit néanmoins attendre que l'attitude générale des États à l'égard du sujet — sujet aussi vital à sa manière que celui du droit des traités — soit devenue claire et que la démarche propre de la Commission à l'égard de certaines des questions litigieuses ait été clarifiée. À cet égard, la proposition du Gouvernement autrichien, qui figure dans les commentaires et observations reçus des gouvernements, d'établir un texte à deux volets, en ce sens qu'un projet de déclaration de principes destiné à être adopté plus immédiatement serait suivi d'un projet de convention plus détaillé, offre assurément une solution encore que le Rapporteur spécial craigne que les gouvernements hostiles à une convention n'y demeurent hostiles même si un tel texte leur est proposé. Par ailleurs, dans d'autres domaines, des projets de déclarations ont certainement été adoptés en tant que précurseurs de conventions si bien qu'il ne faut pas complètement écarter cette idée. Le Rapporteur spécial souhaiterait toutefois qu'à la session en cours, au moins, la Commission procède sur la base du texte unique qui figure dans la première partie, en s'efforçant de le déve-

[6] Voir *Annuaire... 1997*, vol. II (2e partie), par. 161, p. 59.

[7] Voir *Annuaire... 1994*, vol. II (2e partie), p. 28, par. 91.

[8] Voir *Annuaire... 1959*, vol. II, p. 93, doc. A/4169, par. 18.

lopper et d'y pratiquer toutes les excisions nécessaires, et qu'elle aborde la question de la forme du texte à la cinquante et unième session peut-être, dans le cadre d'un groupe de travail au sein duquel les diverses options pourraient être débattues. L'on risque fort, au stade de la deuxième lecture, de discuter de généralités plutôt que de particularités.

14. Le moment est toutefois venu de faire prendre bonne forme aux projets d'articles de la première partie. Le Rapporteur spécial n'est pas en train d'insinuer qu'ils sont en mauvaise forme mais il faut reconnaître qu'ils ont été adoptés dans l'environnement juridique et politique très différent de la fin des années 60 et des années 70, époque depuis laquelle les choses ont beaucoup évolué dans le domaine de la responsabilité des États proprement dit ainsi que dans d'autres domaines comme le droit pénal international. Il faut à l'évidence repenser certains des projets d'articles. La Commission ne l'a jamais fait car elle a adopté systématiquement pour politique de ne revenir sur aucune section de la première partie après son adoption à sa trente-deuxième session, en 1980[9], si bien que près de vingt ans se sont écoulés depuis que les articles ont été examinés pour la dernière fois. Le moment est venu de centrer l'attention sur eux. La Commission devrait se concentrer maintenant sur les particularités car les généralités prendront soin d'elles-mêmes.

15. M. PELLET, parlant de la forme définitive du projet, dit qu'il n'est pas entièrement convaincu par l'argumentation du Rapporteur spécial tendant à remettre à demain ce qu'on peut faire aujourd'hui. Tel semble être le thème constant du premier rapport. Par exemple, c'est comme si l'on devait mettre les crimes au congélateur dans l'espoir que la question parviendra à maturité; mais ce n'est pas en mettant des fruits ou des fleurs au congélateur qu'on les fait mûrir ou fleurir. La même observation s'applique à la question de la forme définitive du projet d'articles, que le Rapporteur spécial souhaite laisser en chambre frigorifique mais qu'il faudra bien traiter un jour.

16. L'affirmation faite dans la première phrase du paragraphe 41 du rapport n'est pas tout à fait correcte car, en fait, la Commission prend presque toujours position, par voie de recommandation, sur la forme que ses projets doivent revêtir. Certes, elle le fait généralement lorsqu'elle a mené à bien l'examen de telle ou telle question, mais comme elle médite déjà sur la question de la responsabilité des États depuis quelque trente ans, elle devrait assurément avoir atteint ce stade à présent. Il semble aussi quelque peu étrange de laisser entendre que la Commission serait incapable de prendre position sur la question à la session en cours, mais qu'elle pourrait avoir une illumination soudaine l'année prochaine ou dans deux ans. Cela n'est pas à dire que M. Pellet croit que la Commission doit à tout prix prendre d'avance une décision sur la forme d'un projet mais, en l'espèce, il estime qu'une raison fondamentale milite en faveur d'un témoignage d'intérêt immédiat de la Commission pour la question.

17. Contrairement à ce qui est affirmé dans le point 5 de la section D de l'introduction du rapport, M. Pellet ne pense pas que le problème de la forme du projet soit lié à la question du règlement des différends. S'il faut prévoir le règlement des différends, on ne peut manifestement le faire qu'en incorporant un mécanisme approprié à cet effet dans un projet d'instrument conventionnel. Mais un tel mécanisme peut aussi soit faire l'objet d'un traité plus général sur la responsabilité des États, soit assumer la forme d'un protocole, peut-être facultatif, à un traité sur la responsabilité, voire d'un instrument autonome prévoyant le règlement des différends en matière de responsabilité, sans qu'il soit aucunement nécessaire que le projet principal soit de nature conventionnelle. L'on peut parfaitement envisager d'offrir aux États un mécanisme de règlement des différends en matière de responsabilité, chargé d'appliquer le droit coutumier et éclairé par le projet qui sera adopté.

18. Aussi n'est-ce pas le problème du règlement des différends qui préoccupe M. Pellet. En réalité, la question de la forme du projet d'articles lui semble bien plus liée à un autre problème soulevé par le Rapporteur spécial, à savoir les questions exclues du projet d'articles ou insuffisamment développées dans celui-ci, et, plus généralement, le caractère inégalement précis et inégalement opérationnel du projet adopté en première lecture. À la cinquante-deuxième session de l'Assemblée générale, M. Pellet a été frappé par les apparentes contradictions dans les interventions faites à la Sixième Commission : il a souvent été reproché au projet d'articles, d'une part, d'être trop court et insuffisamment précis et, d'autre part, d'être excessivement détaillé et pointilleux. Les deux reproches sont dans une certaine mesure fondés, et M. Pellet partage l'analyse du Rapporteur spécial en la matière.

19. Le Rapporteur spécial devrait s'intéresser à certains éléments du projet. Laissant de côté la troisième partie, qui ne lui paraît être qu'un exercice de style dépourvu du moindre intérêt, M. Pellet estime que la première partie du projet est plutôt trop détaillée, notamment en ce qui concerne l'attribution et les diverses catégories d'obligations violées. Elle demeure cependant muette sur des problèmes importants, dont certains sont apparus après la première lecture, problèmes tels que la responsabilité découlant d'une action conjointe des États — ou ce que les Anglo-Saxons dénomment responsabilité conjointe et solidaire. À cet égard, M. Pellet partage entièrement l'avis du Rapporteur spécial selon lequel il y a une lacune dans le projet. Inversement, la deuxième partie est incroyablement superficielle. Elle passe complètement sous silence des questions aussi essentielles et techniques que le calcul des intérêts et apporte une réponse bien trop générale aux besoins des États. Là encore, M. Pellet se félicite des observations du Rapporteur spécial à cet égard.

20. Une solution possible consisterait à rétablir l'équilibre entre les deux parties en élaguant la première et en donnant plus de poids à la deuxième, qui est tout à fait superficielle. Mais, comme le Rapporteur spécial l'a rappelé, l'Autriche a fait à la Sixième Commission une proposition[10] que M. Pellet trouve personnellement très séduisante et qui lui paraît mériter la plus grande attention, bien qu'il ne l'interprète pas exactement de la même manière que le Rapporteur spécial. S'il reconnaît que

[9] *Annuaire... 1980*, vol. II (2e partie), p. 25 à 61.

[10] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-deuxième session, Sixième Commission*, 23e séance.

l'essence de la proposition autrichienne est d'élaborer non pas un mais deux instruments, il lui semble que ni l'un ni l'autre de ces instruments ne devra nécessairement revêtir la forme d'une convention, encore qu'ils assumeraient en tout état de cause celle d'un projet d'articles. Ce qui est intéressant dans cette proposition est qu'elle pourrait offrir la possibilité d'élaborer une déclaration générale se limitant à énoncer les principes essentiels du droit de la responsabilité des États, conjointement avec un autre instrument qui constituerait un guide de la pratique aussi détaillé que possible, se fondant sur l'énorme volume des travaux accomplis par la CDI sur le sujet jusqu'à la fin des années 70, et destiné à répondre aux besoins concrets des États, notamment des États petits et pauvres qui sont souvent désemparés devant la technicité des problèmes posés par la responsabilité des États.

21. La proposition autrichienne est donc extrêmement intéressante et appelle un débat sérieux qui ne saurait être différé. La proposition du Rapporteur spécial tendant à ce que la Commission examine les projets d'articles de la première partie à la session en cours mais reporte à la prochaine session l'examen de la forme qu'ils devraient revêtir paraît illogique. En effet, si la proposition autrichienne est adoptée, la Commission devra revoir la rédaction des articles, sinon il lui faudra faire deux fois le travail, examinant d'abord les projets d'articles puis isolant les principes fondamentaux appelés à figurer dans la déclaration, avant de revenir ensuite à l'examen des aspects plus détaillés du sujet — solution qui n'est pas pratique. M. Pellet ne doute pas que l'adoption d'une solution telle que celle proposée par l'Autriche entraînera un volume de travail très considérable. Mais le Rapporteur spécial est très éminemment qualifié pour mener rapidement et fructueusement ces travaux à bonne fin.

22. M. SIMMA demande si M. Hafner est en mesure de donner quelques indications quant à la signification de la proposition autrichienne, qui ne se prête pas nécessairement à l'interprétation que M. Pellet vient de proposer.

23. M. HAFNER précise qu'il n'est pas l'auteur de cette proposition et qu'il n'est, partant, pas en mesure de donner de son sens une interprétation faisant autorité. Il admet que le libellé de la proposition n'est pas tout à fait clair, et il entendait demander de plus amples informations en vue de les communiquer ensuite à la Commission, conjointement avec son interprétation personnelle de la proposition, qui a le même poids que celle de tout autre membre de la Commission.

24. M. PELLET dit qu'il n'est pas de bonne politique d'instituer les membres de la Commission interprètes de l'orthodoxie des propositions des États dont ils sont ressortissants. Aussi se félicite-t-il de la réponse que M. Hafner a donnée à M. Simma. Peu importe que sa propre interprétation de la proposition autrichienne soit ou non la bonne; sa position est qu'il souhaite que la Commission établisse une distinction entre une déclaration de principes et un guide de la pratique.

25. M. KATEKA recommande vivement à la Commission de tenir compte de la sage exhortation du Rapporteur spécial à s'abstenir d'engager un débat sur la forme du projet d'articles. M. Pellet vient de faire un certain nombre de propositions très intéressantes. Mais le sujet de la responsabilité des États est si vaste que la Commission peut difficilement se permettre de perdre un temps précieux à examiner la question procédurale de la forme que le projet d'articles devrait revêtir. À son sens, il ne sera en tout état de cause pas possible de régler d'avance cette question.

26. M. FERRARI BRAVO se demande comment Roberto Ago, qui a rédigé le premier les articles sur la responsabilité des États il y a près de trente ans, aurait réagi au présent débat. Il est plus que probable qu'avec son sens aigu de la faisabilité, il aurait reconnu la nécessité, pour la Commission, d'engager le présent débat avant de poursuivre ses travaux. La Commission a engagé, après son départ, l'examen du sujet dans différentes directions, au cours des années. Aussi lui faut-il veiller attentivement à sa ligne de conduite future et, surtout, recueillir les réactions des gouvernements à cet égard. Plutôt que d'attendre une autre année pour consulter les États, il lui faut leur proposer des options concernant le champ d'application général du projet; ses conséquences éventuelles; la question du règlement des différends — sur laquelle M. Ferrari Bravo a toujours trouvé le projet d'articles étrangement défectueux; et la question cruciale des crimes — sur laquelle la Commission reviendra prochainement. Qu'on le veuille ou non, ces questions existent — comme l'attestent les volumes produits en hommage à Roberto Ago[11], et leurs très nombreux éléments de documentation sur ces problèmes, ainsi que la riche bibliographie qui figure dans l'annexe du premier rapport du Rapporteur spécial. Les projets d'articles d'Ago[12], qui font autorité, ont déjà énormément contribué à l'évolution de la pratique des États en la matière, et il faut éviter que cette autorité soit réduite à néant par une décision de quelques membres de la Commission de ne pas traiter le problème des crimes.

27. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), prenant la parole pour un rappel au règlement, dit qu'il n'a pas encore présenté le sujet des crimes. C'est la forme du projet d'articles qui est l'objet du débat.

28. M. FERRARI BRAVO n'a mentionné la question des crimes qu'à titre d'exemple. Il approuve certains aspects de la proposition de M. Pellet. La Commission devrait débattre du champ d'application du projet d'articles et, prenant en considération les vues des gouvernements qui ont communiqué leurs commentaires et leurs observations sur le sujet, soumettre diverses options, y compris celle concernant les crimes; il serait ridicule de renvoyer à la prochaine session l'examen d'un aspect aussi important. La Commission doit en outre, à la mémoire de Roberto Ago, tenir un débat sérieux sur le sujet.

29. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit qu'il semble y avoir quelque confusion : il ne s'oppose aucunement à ce que la proposition autrichienne soit approfondie, avec le concours de M. Hafner, qui est au moins un parent par le sang, quoique éloigné, d'une proposition dont la paternité demeure peu claire et que, pour un moment, M. Pellet semble avoir adoptée. Il ne s'oppose

[11] *Le droit international à l'heure de sa codification. — Études en l'honneur de Roberto Ago*, vol. I à IV, Milan, Giuffrè, 1987.

[12] Voir *Annuaire... 1980*, vol. II (2e partie), p. 30, par. 33 et 34.

pas non plus à ce que l'opinion des gouvernements soit sollicitée sur toutes les questions, y compris celle des crimes, comme la CDI ne manquera pas de le faire pendant toute la durée de l'exercice. Il est tout à fait évident que la CDI doit tenir soigneusement compte des vues des gouvernements. Jusqu'à présent, les vues de vingt gouvernements sur nombre des questions ont été recueillies et sont exposées dans les commentaires et observations reçus des gouvernements.

30. Si la CDI se contente de prendre en considération les vues déjà recueillies, elle décidera très probablement que le projet d'articles doit revêtir la forme d'une déclaration plutôt que d'une convention — bien que des vues divergentes s'expriment même dans les commentaires et observations reçus des gouvernements. Mais la CDI, tout en ayant présentes à l'esprit les vues des gouvernements, doit parvenir, si possible par consensus, à ses propres conclusions sur la solution à retenir. Ces conclusions devront être soumises à la Sixième Commission en tant que position provisoire, et la CDI devra tenir très soigneusement compte des réactions qu'elles susciteront, afin de pouvoir présenter en définitive un projet d'articles répondant aux vœux de M. Pellet, et en fait du Rapporteur spécial lui-même.

31. Le Rapporteur spécial hésite sur le sens précis de la proposition autrichienne. Elle lui semblait plutôt préconiser un projet de déclaration initial suivi d'une convention, qui aborderait peut-être des aspects plus détaillés et comporterait l'option de dispositions relatives au règlement des différends. Mais peut-être a-t-il mal interprété son intention sous-jacente.

32. Le Rapporteur spécial a aussi soigneusement réfléchi à la meilleure manière de présenter la très riche documentation contenue dans les commentaires. Une solution possible consisterait à élaborer un commentaire en deux phases, composé d'une première partie, plus générale et explicative, et d'une seconde partie, plus détaillée. M. Pellet a eu raison de souligner le contraste entre la première et la deuxième parties du projet, contraste qui est tout aussi manifeste dans les commentaires. D'importantes questions de forme se posent donc. Mais la CDI ne renvoie pas à plus tard — non plus qu'elle ne le devrait — la question critique, qui concerne l'ensemble du projet d'articles, de ce qu'il faut faire à propos des obligations multilatérales. Telle est précisément la question qu'il faut résoudre dans le contexte des crimes, puis approfondir. Le Rapporteur spécial ne voit pas comment un gouvernement pourrait raisonnablement penser que le texte pourrait revêtir la forme d'une convention, aussi longtemps que la CDI n'aura pas réexaminé cette question, comme il espère qu'elle le fera prochainement. Par la suite, il faudra de toute évidence que la CDI informe les gouvernements de ses vues, prête oreille aux leurs, et réagisse en conséquence.

33. Quant aux autres questions de principe, il sera procédé durant la session en cours à une évaluation des principes généraux énoncés dans la première partie — que la proposition autrichienne soit ou non adoptée et conjointement à un examen détaillé de l'attribution (art. 5 à 15), qui soulève d'importantes questions de principe. Si la CDI parvient à s'acquitter de ces deux tâches en séance plénière et au Comité de rédaction, elle aura bien travaillé. Ces questions devront apparaître dans une déclaration de principes et aussi dans une convention. Il faudrait peut-être opérer quelque distinction mais le Rapporteur spécial ne voit pas la nécessité de le faire à la session en cours. Il se satisfait volontiers de la proposition qu'il induit des interventions de MM. Pellet et Ferrari Bravo : à savoir que la CDI doit expressément interroger la Sixième Commission sur l'option autrichienne, une fois qu'elle en aura éclairci la nature, et qu'à la prochaine session elle devra respecter tout consensus qui se dégagera, soit de ses propres débats soit de ceux de la Sixième Commission. Le Rapporteur spécial ne croit pas toutefois que la CDI ait besoin d'arrêter cette décision à la session en cours.

34. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA se dit surpris de ce que le Rapporteur spécial attende un apport important d'un débat sur un rapport qui comporte quatre parties, et dont il n'a présenté que l'introduction. Cela étant, le Président devrait peut-être envisager de donner aux membres de la Commission pour instruction de limiter leurs observations à l'introduction, en vue de valoriser le débat ultérieur sur les questions de fond.

35. M. Pambou-Tchivounda souscrit sans réserve aux observations de M. Pellet concernant le déséquilibre entre la première et la deuxième parties du projet. Le jugement ainsi porté peut être considéré comme une réflexion visant l'ensemble de la Commission car la manière dont celle-ci a traité dans la deuxième partie l'approche définie par Roberto Ago, dans la première n'est pas très heureuse. La deuxième partie demande à être développée plus avant pour tenir compte des acquis substantiels qu'on trouve dans la première partie.

36. M. Pambou-Tchivounda se demande aussi si la Commission peut se permettre de différer l'examen de la forme définitive du projet d'articles. Les États-nations demeurent tout puissants mais on peut discerner une tendance vers l'intégration de la société internationale, et M. Pambou-Tchivounda se demande si une « forme » qui ne correspondrait pas au mode classique d'élaboration du droit servirait cette tendance ou si elle n'opérerait pas dans le sens contraire. Étant donné que le droit de la responsabilité des États est fondé sur le droit international général et le droit international coutumier, que la Commission est appelée à formaliser, il craint fort que, si elle devait le faire dans un instrument dont la nature, la portée et l'autorité seraient peu claires, il pourrait en résulter un affaiblissement de ce droit au point qu'il ne saurait plus légitimement porter ce qualificatif.

37. Le PRÉSIDENT, réagissant aux observations que M. Pambou-Tchivounda a adressées à la présidence, rappelle avoir, au début de la séance, annoncé que la Commission examinerait l'introduction du rapport. Elle est maintenant engagée dans un « mini-débat » sur les déclarations du Rapporteur spécial et de M. Pellet.

38. M. SIMMA ne partage pas le point de vue exprimé par M. Ferrari Bravo. Le simple fait que la Commission est saisie du projet d'articles depuis vingt-cinq ou trente ans ne veut pas dire qu'il soit gravé dans la pierre ou que la Commission doit éviter toute approche nouvelle. Pour enchaîner sur les métaphores de M. Pellet, on pourrait dire que certains des articles de la première partie — comme l'article 19 — n'ont pas simplement été mis en

chambre froide mais ont été placés sur une table de dissection. Au cours de l'examen de la première partie au Groupe de travail, le Rapporteur spécial a pris soin d'établir une distinction entre les dispositions qui sont et celles qui ne sont pas consacrées par la pratique des États. C'est là la bonne approche. La Commission se créerait un problème si elle devait décider d'éliminer des dispositions sur la base desquelles quelque jugement international ou sentence arbitrale internationale a déjà été adopté, mais aucun manque de respect pour la jurisprudence n'est décelable dans ce que le Rapporteur spécial a écrit ou dit sur le sujet.

39. Un problème se pose à propos de la deuxième observation de M. Pellet, concernant la forme définitive du projet d'articles. Les premiers articles de la première partie, notamment, sont actuellement conçus dans un libellé que les membres formés dans le système anglo-saxon trouvent extrêmement formaliste et creux, au point que les auteurs tendent à recommander que l'on se concentre sur les commentaires où, affirment-ils, se trouve la substance des articles. Si, ultérieurement au cours de la session, le Comité de rédaction décidait de garder le libellé actuel des articles de la première partie, cette décision préjugerait la question de la forme définitive. Aussi le Comité de rédaction doit-il garder ce problème à l'esprit. Cela étant, M. Simma estime comme le Rapporteur spécial que la décision finale sur la forme peut être renvoyée à la cinquante et unième session, mais non à plus tard.

40. M. ROSENSTOCK souscrit à la quasi-totalité des propos tenus par M. Simma. La CDI n'est pas engagée dans un exercice *memento mori* : elle examine à quels égards, le cas échéant, il y a lieu de modifier la première partie. Aussi la question se pose-t-elle de savoir s'il faut à ce stade prendre une décision sur la forme du projet d'articles. Bien qu'à certains égards les articles aient manifestement été conçus avec l'arrière-pensée de les ériger en articles d'une convention, M. Rosenstock ne croit pas que des problèmes surgiront à propos de la première partie, qui contraindront la CDI à prendre une telle décision à la présente session. La prochaine session sera le moment approprié de prendre une décision et, dans l'intervalle, l'on pourrait inviter les gouvernements à commenter la question par écrit et à la Sixième Commission.

41. Si M. Rosenstock saisit bien le sens de la proposition autrichienne, la CDI devrait élaborer deux textes et laisser à l'Assemblée générale le soin d'opérer un choix entre eux. Si cette interprétation est correcte, la CDI pourrait d'une certaine manière compromettre le résultat en omettant d'agir immédiatement. Il lui faut cependant reconnaître que si, à un certain stade, une décision s'impose sur la forme définitive que l'instrument doit revêtir, l'année prochaine sera probablement le meilleur moment d'arrêter cette décision. Dans l'intervalle, la CDI devrait poursuivre sa tâche d'examen progressif des divers articles de la première partie.

42. M. MIKULKA estime, comme M. Pellet, attrayante la proposition tendant à élaborer successivement deux produits, d'abord une déclaration puis une convention. Toutefois, à l'instar de M. Rosenstock, il ne pense pas que la question ait à être résolue dès à présent. La CDI pourrait entreprendre les travaux qu'elle doit consacrer à la première partie, étant entendu qu'avant de prendre une décision définitive quant à la forme elle demandera aux gouvernements ce qu'ils pensent de l'idée d'une déclaration suivie d'une convention. En tout état de cause, ce ne serait pas la première fois qu'une telle démarche serait suivie puisque la Déclaration des principes juridiques régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique[13] a été rapidement suivie par l'adoption du Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes, dont le contenu était pratiquement identique.

43. Quand la Commission a commencé à s'occuper de ce sujet, l'élaboration d'une convention semblait la démarche la plus logique. Depuis toutefois, l'expérience a montré que d'autres options pourraient être tout aussi viables et les années de retard prises dans la ratification de certaines conventions ont suscité des doutes quant à l'opportunité d'opter pour ce type d'instrument. En conséquence, il faudrait dûment réfléchir à la possibilité d'élaborer un document qui tout en n'ayant pas force obligatoire ferait autorité — par exemple pour avoir été adopté par l'Assemblée générale.

44. M. AL-KHASAWNEH ressent, comme M. Ferrari Bravo, un profond respect devant l'immense contribution de Roberto Ago au droit international et ne peut non plus oublier le précédent Rapporteur spécial, M. Arangio-Ruiz, et sa passion pour la justice. Ses propres souvenirs de l'évolution passée le ramènent à une situation présentant une forte ressemblance avec les travaux relatifs à la responsabilité des États : le processus d'adoption de la Convention de Vienne de 1969. Des tentatives de dernière heure visant à faire accepter une approche minimaliste qui aurait altéré le contenu de la Convention furent déjouées par des manifestations d'autorité dans la conduite des débats et de clairvoyance.

45. La CDI devrait se ranger à l'avis du Rapporteur spécial et s'abstenir de prendre une décision sur la forme définitive du projet d'articles. Pareille décision serait prématurée pour une raison de fond et pour une autre d'ordre pratique. La raison de fond est que retenir à l'avance une de ces options — déclaration ou convention — éliminerait automatiquement l'autre. La raison d'ordre pratique tient à ce que les vues exprimées par les gouvernements sont tout sauf claires : trop peu de commentaires et d'observations ont été reçus par écrit et les délibérations de la Sixième Commission n'ont en rien été concluantes. La CDI dispose donc d'une grande marge pour dégager ses propres conclusions. On peut penser que ce projet est le plus important de l'histoire de la CDI et la décision quant à sa forme définitive ne devrait pas être prise à la légère.

46. M. HAFNER note que des échanges accrus de vues entre la Commission et les États ont été jugés souhaitables pour assurer la bonne prise en considération des positions de ces derniers dans les travaux de la Commission. Ce constat est d'autant plus vrai lorsque aucune orientation ne semble se dégager des commentaires et observations reçus des gouvernements, comme dans le cas présent. Vu

[13] Résolution 1962 (XVIII) de l'Assemblée générale, du 13 décembre 1963.

que la proposition de l'Autriche paraît susciter une certaine confusion, on pourrait le charger d'adresser aux autorités autrichiennes, au nom de la Commission, une demande officielle d'éclaircissements.

47. Le PRÉSIDENT juge que la proposition a du bon mais que c'est à lui qu'il revient d'adresser une telle demande aux autorités autrichiennes.

48. M. MIKULKA fait valoir que ni le Président, ni aucun autre membre de la Commission n'est en fait habilité à poser directement des questions aux États et que c'est par l'intermédiaire de l'Assemblée générale que le contact doit être établi.

49. M. LUKASHUK abonde dans le sens de M. Mikulka. C'est à la Commission elle-même et non au Gouvernement autrichien qu'il incombe de trancher en la matière.

50. M. HE trouve riche d'enseignement l'échange de vues sur la forme définitive des travaux relatifs à la première partie. Nombre de possibilités s'offraient et un certain nombre de propositions intéressantes ont été avancées — en particulier celles de l'Autriche — tendant à élaborer d'abord une déclaration puis une convention, comme pour la Déclaration des principes juridiques régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique. Toutes les options devraient être considérées eu égard aux principaux problèmes restant à résoudre, notamment la notion de crime international de l'État, qui est au cœur de la responsabilité des États. Prendre une décision à la session en cours serait prématuré; cette question devrait être soumise aux États afin de recueillir leurs vues et l'Autriche pourrait apporter des éclaircissements sur sa proposition.

51. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) note que M. Pambou-Tchivounda a souligné à juste titre que son premier rapport revêtait un caractère préliminaire et que le débat de fond devait se poursuivre. En particulier, le débat relatif à la notion de crime ne doit nullement être tronqué, et M. Ferrari Bravo n'a pas à s'inquiéter à ce propos.

52. Selon M. LUKASHUK, le Rapporteur spécial a établi un rapport circonstancié exposant clairement les principales étapes des travaux ultérieurs relatifs à la responsabilité des États et s'est ainsi acquitté de sa tâche avec responsabilité. À ce propos, si le terme a certaines connotations positives — le plus souvent au sens moral et même juridique —, des connotations négatives y sont en général associées dans le domaine juridique, et c'est précisément sur ces manifestations de la responsabilité que porte le projet d'articles.

53. Eu égard aux nombreuses connotations du terme responsabilité, l'intitulé du point est imprécis. Cet intitulé peut avoir été acceptable dans les premières années de travaux de la Commission, mais à présent une formulation juridiquement plus précise doit être trouvée. La responsabilité des États peut être engagée en vertu du droit interne et du droit international ou encore de considérations d'ordre moral, civil ou politique; dans les commentaires et observations reçus des gouvernements, l'accent est toutefois mis sur la responsabilité dans l'optique du droit international et ce point devrait en conséquence être réintitulé : la responsabilité des États en droit international.

54. Quant à la forme définitive du futur instrument, il est en désaccord avec ceux qui préconisent de renvoyer à une date ultérieure la décision à ce sujet. La forme retenue commande aussi bien sa structure que son contenu : une déclaration s'élabore d'une certaine manière et une convention d'une autre — assez différente. Face au scepticisme exprimé par les gouvernements quant aux chances de voir une convention adoptée à brève échéance, il pourrait être préférable d'opter pour une solution de compromis : ni pour une convention ni pour une déclaration, mais pour un code de la responsabilité des États en droit international. Pareil code s'apparenterait à une déclaration de l'Assemblée générale du point de vue de la force obligatoire mais à une convention par le contenu.

55. Le droit international n'englobe pas la responsabilité, fait qui a souvent été perçu comme symptomatique de l'état embryonnaire de son développement. La nécessité d'un droit de la responsabilité des États est pourtant si pressante que des tribunaux internationaux ont déjà considéré que l'approbation du projet d'articles par un certain nombre d'États attestait l'existence de règles du droit coutumier. Dans de nombreux manuels juridiques, il est par ailleurs indiqué que le droit de la responsabilité des États constitue une branche distincte du droit international. Accélérer les travaux relatifs au projet d'articles revêt la plus grande importance pour le développement de cette branche nouvelle du droit et aura des incidences sur les travaux concernant d'autres thèmes dont est saisie la Commission, notamment la responsabilité internationale et la protection diplomatique. S'adressant à la Commission en 1949, Georges Scelle a en substance dit la même chose[14].

56. Mais, plus important encore, en l'absence d'un droit de la responsabilité, les États se sont vus amenés lors de la formulation des règles primaires dans certains domaines précis à les assortir d'un ensemble de règles secondaires précises, avec pour résultat la création de régimes juridiques quasi autonomes en matière de responsabilité. M. Simma a appelé l'attention sur ce problème en 1985[15]. Des règles spéciales relatives à la responsabilité ont été formulées dans des domaines nouveaux comme le droit de l'espace et le droit de l'environnement. Cet état de choses se répercute dans la pratique de la CIJ qui, dans l'affaire relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, a estimé (par. 86) que « les règles du droit international constituent un régime se suffisant à lui-même ».

57. Le problème qui se pose dès lors est la fragmentation du droit de la responsabilité internationale et, par voie de conséquence, la levée des contradictions entre droit général de la responsabilité et régimes spéciaux. À son sens, le développement de régimes spéciaux ne constitue en rien un phénomène totalement négatif et ce phénomène

[14] *Yearbook... 1949*, 6e séance, p. 49 et 50, par. 32. Pour une liste provisoire de quatorze matières choisies en vue de leur codification, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quatrième session, Supplément n° 10* (A/925), par. 16.

[15] B. Simma, « Self-contained regimes », *Netherlands Yearbook of International Law*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1985, vol. XVI, p. 111 et suiv.

est au demeurant parfaitement naturel, mais la tâche à accomplir est de leur trouver une place dans le droit général de la responsabilité internationale. La Commission a employé l'expression « régime se suffisant à lui-même » en relation avec l'article 37 du projet mais, dans son analyse assez approfondie de ce concept, le précédent Rapporteur spécial, M. Arangio-Ruiz, a peut-être été par trop critique à l'égard de ces régimes.

58. Nulle part dans le projet — ni dans les articles ni dans le commentaire — ne figure de définition suffisamment précise de la responsabilité en droit international, alors qu'une telle définition est absolument indispensable à la structure d'ensemble. Cette responsabilité doit selon lui se concevoir comme une relation juridique secondaire, de protection, s'établissant automatiquement, indépendamment de la volonté des parties, chaque fois qu'une violation au droit international se produit. En vertu d'une telle relation, une partie est habilitée à exiger que la violation cesse et à demander — et recevoir — une réparation pour tout dommage qu'elle a subi. Les contre-mesures sont extérieures à la responsabilité, mais interviennent si la partie en cause n'assume pas sa responsabilité. Les contre-mesures emportent un élément de volonté, contrairement à la responsabilité : l'État habilité à prendre des contre-mesures décide par lui-même de les prendre ou non.

59. De nombreux juristes ont une idée assez floue de la responsabilité, la concevant comme un ensemble de conséquences négatives, dont les contre-mesures s'attachant à la violation du droit. Dans un article récent, le Ministre autrichien des affaires étrangères, M. Marschik, estime que les contre-mesures constituent un pilier de la responsabilité des États[16]. Les contre-mesures sont toutefois une institution spécifique distincte de la responsabilité tout en y étant étroitement liée en ce qu'elles ont pour objet d'obtenir que la responsabilité soit assumée. Les contre-mesures devraient donc faire l'objet d'un chapitre ou article distinct, au cas où une place leur serait faite dans le projet.

60. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), répondant à ces observations, dit que dans le projet d'articles ne figure effectivement aucune section consacrée aux définitions générales mais que des définitions implicites, notamment de la responsabilité, sont habilement dissimulées en de nombreux endroits. Les tableaux qui figurent au chapitre II de son rapport portent sur les questions de terminologie. Le terme « responsabilité » est à présent trop profondément ancré dans le projet et dans la doctrine pour être abandonné mais des éclaircissements s'imposent incontestablement, ce qui pourrait se faire dans le commentaire. Les contre-mesures sont indubitablement une question d'importance et la Commission l'abordera à sa prochaine session.

61. Enfin, le débat relatif à l'introduction de son premier rapport a fait apparaître qu'il était nécessaire d'obtenir des éclaircissements sur la proposition autrichienne puis que des discussions informelles s'imposaient pour déterminer la manière dont procéder à cet effet. Le fond de la question doit à présent être étudié plus avant, étant entendu qu'à la prochaine session le Rapporteur spécial proposera une procédure pour déterminer la forme à retenir.

62. Présentant le chapitre premier de son premier rapport, le Rapporteur spécial note que de nombreuses dispositions de la première partie du projet font désormais à un certain point partie du droit international — en ce qu'il y a été fait référence dans des décisions et dans les ouvrages spécialisés —, mais que tel n'est pas le cas de l'article 19. Cet article a suscité un débat très virulent entre juristes et ni ces derniers ni les États ne s'entendent sur ce qu'il convient d'en faire.

63. De surcroît, l'article 19 n'a dans la pratique donné lieu à aucune application, ce qui est loin d'être le cas des articles 5 (Attribution à l'État du comportement de ses organes) et 8 (Attribution à l'État du comportement de personnes agissant en fait pour le compte de l'État) ou de nombreux autres de la première partie, d'où la nécessité de revenir sur la question. Quiconque a pris part aux délibérations relatives aux conséquences des crimes au cours du dernier quinquennat n'en a que trop conscience. La Commission n'a pas consacré de débat à part entière à ce thème depuis vingt ans et le temps est venu de le faire.

64. L'article 19 a été incorporé dans le projet à la vingt-huitième session, en 1976, et n'a pas été réexaminé depuis[17]. Certaines dispositions de cet article pourraient être traitées assez rapidement. Au paragraphe 1 de l'article 19, il est indiqué que l'objet de l'obligation n'entre pas en ligne de compte : s'il y a violation de l'obligation c'est un fait illicite. Cela est incontestable et ressort déjà clairement de l'article premier (Responsabilité de l'État pour ses faits internationalement illicites). Le paragraphe 4 de l'article 19 définit à titre résiduel un délit international comme tout ce qui n'est pas un crime international. Le devenir de l'article dépend donc des paragraphes 2 et 3.

65. Le paragraphe 2 définit le crime international comme tout fait internationalement illicite qui résulte de la violation par un État d'une obligation internationale si essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale que sa violation est reconnue comme un crime par la communauté dans son ensemble. Cette définition est tautologique mais un bon précédent le justifiant existe — l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, dont le caractère tautologique n'a pas été invoqué pour en demander la suppression. D'autres manières de définir le crime sont possibles mais celle retenue dans le paragraphe 2 de l'article 19 soulève de grands problèmes. Cette difficulté est illustrée par la tentative même de la Commission d'apporter des éclaircissements dans le paragraphe 3. À son avis, le paragraphe 3 est l'un des plus mauvais de la première partie. Non seulement il ne contient pas de définition du crime mais en outre il enrobe la notion de crime de tant de restrictions et d'obscurité tout en contredisant à tel point le

[16] A. Marschik, « Too much order? The impact of special secondary norms on the unity and efficacy of the international legal system », *European Journal of International Law*, vol. 9, 1998, n° 1, p. 212 à 239, notamment p. 221.

[17] Pour le texte de l'article 19 adopté par la Commission à sa vingt-huitième session, ainsi que le commentaire y relatif, voir *Annuaire... 1976*, vol. II (2e partie), p. 89 et suiv.

paragraphe 2 qu'il nuit à la crédibilité de l'ensemble de l'entreprise. Le paragraphe 3 s'applique « sous réserve des dispositions du paragraphe 2 »; il ne s'applique que « d'après les règles du droit international en vigueur ». D'après quelles autres règles pourrait-il s'appliquer ? Il est purement indicatif (« peut [...] résulter ») — et n'est pas exclusif (« notamment »). Plus loin dans le paragraphe figure une série d'exemples qui, vu ces restrictions, n'en sont en fait pas. Le paragraphe 3 ne permet tout simplement pas de savoir ce qui constitue un crime ou même si quoi que ce soit constitue un crime. De plus, ce paragraphe introduit un nouveau critère concernant les crimes qui ne se trouve pas dans le paragraphe 2 — le crime étant défini dans ce dernier comme la violation d'une obligation internationale essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté, définition au plus haut point générale. Mais plus loin encore, il est stipulé « que sa violation est reconnue comme un crime », déplaçant ainsi l'accent de l'obligation vers la violation. Indiquer que pour constituer un crime une violation doit être reconnue comme telle équivaut à affirmer que la communauté internationale se réserve le droit, après la commission d'un crime, de décider si ladite violation doit être considérée comme un crime. Cette interprétation du paragraphe 2 pourrait ne pas être la bonne s'il figurait isolément, mais elle devient pratiquement inévitable dès que référence est faite au paragraphe 3, puisqu'il y est dit qu'un crime « peut [...] résulter » d'une violation d'une obligation internationale (une agression par exemple, comme envisagé à l'alinéa *a*, si elle est suffisamment grave. Comment peut-on savoir si elle est suffisamment grave ? La communauté internationale devrait rester dans l'expectative. L'article 19 ne contient ainsi pas de définition du crime, mais laisse entrevoir un système de qualification à posteriori des violations selon leur gravité. À l'évidence, un crime ne peut porter que sur des normes essentielles — des normes fondamentales pour la communauté dans son ensemble —, mais c'est tout autre chose de dire que seule une violation grave de telles normes peut constituer un crime. Le paragraphe 3 contredit en l'occurrence le paragraphe 2 sur un point revêtant une importance capitale.

66. Dans les systèmes de droit, les crimes se définissent habituellement en y attachant des conséquences spéciales, dites pénales. Le crime qualifié de même que l'auteur et les conséquences sont spéciales. Dans le projet d'articles aucune conséquence distinctive ne s'attache au crime.

67. La Commission a eu pleinement conscience, à sa vingt-huitième session, en 1976, que l'article était matière à controverse, et dans le commentaire elle a tenu à préciser sa démarche. Cette précision a été incorporée dans la note de bas de page relative à l'article 40 du projet, où il est indiqué que le terme « crime » a été employé par souci de cohérence avec l'article 19 tout en notant que des formulations autres comme « un fait internationalement illicite de nature grave » pourraient être substituées au terme « crime », évitant ainsi l'implication pénale de ce dernier. On a ainsi avancé l'idée que, dans le projet d'articles, par crimes la Commission n'entend en fait pas des crimes au sens ordinaire du mot mais dans un sens spécial. Pour la Commission, cela revient à dire que tout ce qui n'est pas un crime constitue un délit et tout ce qui n'est pas un délit constitue un crime. Il peut en être ainsi, mais ce n'est pas constructif.

68. Les commentaires et observations reçus des gouvernements sur ce qu'il convient — dans un souci de simplicité — de dénommer crimes d'État (puisque le terme employé dans le projet d'articles, à savoir « crimes internationaux », a désormais acquis un sens assez différent) sont analysés dans la section B du chapitre premier. Manifestement, un certain nombre de gouvernements sont farouchement opposés à la notion de crime, la considérant susceptible de réduire à néant le projet dans son ensemble. D'autres gouvernements adoptent une position plus nuancée. L'observation figurant dans la réponse de la République tchèque, selon laquelle en droit international une distinction est faite selon la gravité des violations, représente une des tentatives les plus judicieuses tendant à résoudre le problème. Mais cela peut se faire de diverses autres manières, et le terme « crime » pourrait être inapproprié. D'autres gouvernements, tout en appuyant la distinction, constatent que le projet d'articles n'est pas satisfaisant parce que cette distinction ne débouche sur aucune différenciation, et qu'après avoir proclamé cette distinction en fanfare à l'article 19 on s'est ainsi contenté d'une petite opération de toilettage à la fin de la deuxième partie. Cette critique justifiée a été formulée par la Mongolie au sujet des incidences procédurales de la notion de crime, par le Mexique d'une façon assez neutre, par l'Italie et par l'Argentine. L'important dans ces commentaires, dont le Rapporteur a essayé de tirer certaines conclusions au paragraphe 54, est que pour autant qu'il puisse en juger aucun gouvernement ayant communiqué des commentaires concernant l'article 19 n'a trouvé le projet satisfaisant. Les gouvernements ont souhaité soit une distinction beaucoup plus élaborée entre crimes et délits soit aucune distinction du tout. Aucun gouvernement n'a été d'avis que la Commission était parvenue à un équilibre satisfaisant — opinion que le Rapporteur spécial partage totalement.

69. Le chapitre premier de son premier rapport aborde la notion de crime dans l'état actuel du droit international. M. Ferrari Bravo a fait judicieusement observer que la Commission ne saurait modifier les dispositions du projet d'articles — qu'elles emportent ou non son adhésion — ayant été incorporées dans la structure et les schémas de pensée juridique et adoptées dans des décisions ou dans la pratique des États. Mais, comme le Rapporteur spécial a essayé de l'expliquer dans les paragraphes 55 et suivants de son rapport, l'article 19 n'a pas été adopté de la sorte. Il est vrai que dans l'entre-deux-guerres, suite à l'inclusion de la désastreuse clause dans le Traité de Versailles de culpabilité quant au déclenchement de la guerre — qui à ce jour constitue le point extrême vers la criminalisation d'un État atteint par la communauté internationale —,un certain nombre d'auteurs se sont employés à donner de la consistance à la notion de crime international de l'État. Une certaine tradition existe donc bien dans la doctrine à cet égard mais elle n'est pas dominante. La conception classique a été formulée par le Tribunal de Nuremberg dans la déclaration bien connue selon laquelle « ce sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la répression s'impose, comme sanction du droit international[18] ». L'opinion établie était que les dispositions du droit international n'étaient applicables

[18] *Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre 1945-1er octobre 1946*, Nuremberg, 1949, t. 22, p. 496.

qu'en punissant les individus se rendant coupables de tels crimes. C'est sur cette base qu'a été prise en 1945 à Nuremberg la décision délibérée de punir les individus, ou du moins de punir des personnes pour avoir appartenu à certaines organisations, mais de ne pas criminaliser les États vaincus. Par sa clairvoyance, cette décision tranchait avec les tentatives menées à la fin de la première guerre mondiale et le monde s'en est trouvé mieux.

70. En 1976, cette position demeurait inchangée. La notion de crime avait fait l'objet de débats intenses dans certains ouvrages spécialisés, mais dans la pratique on constatait un certain retour en arrière par rapport à l'avancée de Nuremberg : peu ou pas de progrès avaient été accomplis s'agissant de traduire les auteurs de crimes internationaux devant des tribunaux internationaux, la tendance étant plutôt à la mise en jugement des auteurs d'un éventail croissant de crimes dans le cadre de systèmes ressortissant pour l'essentiel à la coopération judiciaire. La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide a pourtant constitué une importante exception. Au niveau du principe, elle envisage la mise en jugement international des individus pour crime de génocide mais pas le crime d'État. L'article IX de la Convention, relatif à la responsabilité de l'État, a été proposé étant expressément entendu qu'il n'instituait pas de responsabilité pénale des États. En 1976, une pratique conséquente à l'appui de la notion de crime d'État faisait donc tout simplement défaut, malgré la rhétorique du crime en relation avec les États et les tentatives faites, avec très peu de réussite, en vue de définir le crime d'agression, qui de tous les actes contraires au droit international était potentiellement celui qui se prêtait le mieux à la qualification de crime d'État à l'époque — l'agression ne pouvant être commise que par un État. Cet état de choses ressort de manière implicite du commentaire relatif à l'article 19, où il est fait référence à trois opinions judiciaires faisant autorité favorables à l'introduction de la notion de crime. Deux étaient des décisions sur les contre-mesures, se rapportant à des actes ne constituant en aucun cas des crimes, et la troisième la proposition incidente de la CIJ dans sa décision relative à l'affaire de la *Barcelona Traction* (voir par. 33), dont il ressortait tout à fait clairement que la Cour n'établissait pas de distinction entre crime et délit, mais entre obligation dont la violation concerne la communauté internationale dans son ensemble et les autres.

71. Cette distinction — entre les obligations *erga omnes* et les autres — est devenue partie intégrante du droit international. Elle remplit le critère de M. Ferrari Bravo puisque la Cour s'y est référée à maintes reprises dans ses décisions ultérieures. Cela étant, il convient de noter que la CIJ, dans son traitement des obligations *erga omnes* — que l'on adhère ou non à toutes les décisions particulières en question —, s'est efforcée de les intégrer dans le droit international général. Elle a procédé ainsi par exemple pour la question de la recevabilité dans l'affaire relative au *Timor oriental (Portugal c. Australie)*[19] et s'agissant des demandes reconventionnelles ayant fait l'objet d'un arrêt récent au titre de l'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*[20]. Elle n'a pas traité ces éléments comme un corps distinct. À l'opposé, elle a essayé de faire une place à la notion d'obligations *erga omnes* dans le droit international général. De l'avis du Rapporteur spécial, c'est la stratégie appropriée. Quoi que la Commission puisse dire sur la manière dont ces obligations sont traitées dans le projet d'articles — et à son sens elles le sont de manière inadéquate —, ce projet n'établit pas de démarcation nette entre crime et délit. De nombreuses violations des obligations *erga omnes* ne constituent pas un crime tel que « défini » à l'article 19 ni où que ce soit ailleurs du reste.

72. Telle était la position en 1976. Aucune opinion juridique ni aucune pratique généralement acceptée de l'après-guerre n'allait dans le sens de cette distinction. La notion de crime avait été employée, au moins au niveau de la qualification, en rapport avec l'agression mais le Conseil de sécurité se montrait systématiquement très réticent à recourir à cette notion et n'avait du reste pas besoin de le faire en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies.

73. Pour ce qui est des décisions et de la pratique depuis 1976, l'article 19 a suscité un débat de très grande ampleur dans les ouvrages spécialisés, mais les ouvrages universitaires ne font pas à eux seuls le droit international. La question se posant était de savoir ce que disent les sources primaires, c'est-à-dire les traités, les décisions et la pratique des États. Au paragraphe 57 de son rapport, le Rapporteur spécial a analysé ces décisions, notamment des décisions faisant clairement ressortir que la doctrine des dommages-intérêts pénaux ne s'est pas imposée en droit international général. Or, s'il en est ainsi, la notion de crime tombe. Les dommages-intérêts pénaux peuvent se concevoir comme ayant un champ d'application ne se limitant pas au crime. Dans plusieurs systèmes juridiques, des dommages-intérêts pénaux ou exemplaires sont prévus pour certains faits illicites choquants autres que les crimes. Ce qui est inconcevable, c'est un régime du crime qui ne fasse pas place à quelque chose d'analogue à des dommages-intérêts pénaux, et en particulier un régime où sur la notion de crime vient se plaquer ce qui peut sembler être une procédure de type civil, comme dans le cas de l'article 19. Exclure la possibilité de dommages-intérêts pénaux revient à rendre inopérante la notion de crime, comme tel est le cas dans le projet d'articles.

74. Dans une décision récente concernant la question d'une injonction de produire, la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a affirmé sans détour que, dans l'état actuel du droit international, les États, par définition, ne pouvaient faire l'objet de sanctions pénales semblables à celles prévues dans les systèmes pénaux internes[21]. La Chambre d'appel a certes pris soin d'ajouter ces qualificatifs, mais quant au fond sa décision a été d'exclure la possibilité de sanctions judiciaires — qualifiées comme telles à juste titre — à l'égard du comportement d'un État. Le point sur lequel porte cette décision est certes assez éloigné de la question du crime puisqu'en l'occurrence il s'agissait de savoir si un gouvernement pouvait se voir ordonner, sous la menace d'une forme ou d'une autre de sanction, de produire des

[19] *Arrêt, C.I.J. Recueil 1995*, p. 90 et suiv., notamment p. 102, par. 29.

[20] *Demandes reconventionnelles, ordonnance du 17 décembre 1997, C.I.J. Recueil 1997*, p. 243 et suiv., notamment p. 258, par. 35.

[21] Arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance II, rendue le 18 juillet 1997, *Le Procureur c. Tihomir Blaskic*, affaire n° IT-95-14-PT, Chambre d'appel, 29 octobre 1997, par. 25.

éléments de preuve établissant le comportement criminel de certains de ses agents. Ce point n'est pourtant pas sans rapport avec la question du crime. Si les agents en cause ont été, dans le cadre d'un plan du gouvernement, impliqués dans le crime de génocide, on peut alors affirmer que l'État lui-même a commis ce crime. Néanmoins, le Tribunal a pris grand soin d'écarter la possibilité de ce qu'il a dénommé « sanctions pénales ».

75. L'analyse de la pratique judiciaire depuis 1976 fait donc apparaître que la CIJ s'est efforcée d'intégrer la notion d'obligation *erga omnes* dans le cadre du droit international général et a sans conteste affirmé ce concept à suffisamment de reprises pour permettre de conclure qu'il s'est finalement imposé. La Cour a, soit dit en passant, été beaucoup plus réticente à l'égard de la notion de *jus cogens*. Elle est restée muette au sujet des crimes et, comme aucun autre tribunal du reste, elle n'a en rien concouru à conforter la notion selon laquelle les crimes constituent une catégorie distincte, dans le cadre de la responsabilité des États.

76. Un nombre considérable de changements sont, à l'évidence, intervenus dans la pratique des États depuis 1976 — liés en particulier au regain de l'activité du Conseil de sécurité au titre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Une autre évolution importante —associée elle aussi aux travaux du Conseil — s'est produite avec l'extension des instances de mise en jugement et de répression des individus pour crimes contre le droit international, évolution qui aboutira — il faut l'espérer — à une cour criminelle internationale dotée d'un statut satisfaisant. Ces progrès ne vont pas toutefois en eux-mêmes dans le sens du maintien de l'article 19 dans le projet d'articles. Pour ce qui est du Conseil, le premier point à souligner est qu'il n'a jamais, à la connaissance du Rapporteur spécial, employé le terme « crime international » au sens de l'article 19 en relation avec un État. Le Conseil a, par contre, employé ce terme à maintes occasions en relation avec les actes de fonctionnaires d'État ou de personnes associées à des États. Le Conseil n'a cessé d'être extrêmement réticent à employer le terme « agression ». Le deuxième point est que le projet d'articles sur la responsabilité des États n'accédera jamais au statut de la Charte. La Commission n'est pas en position d'infléchir par un texte les prérogatives du Conseil au titre du Chapitre VII, et elle devrait s'en garder car c'est toute l'entreprise qui s'en trouverait décrédibilisée. La Commission doit — c'est la seule voie s'offrant à elle — s'en tenir à la codification et au développement progressif du droit de la responsabilité des États, en s'abstenant de s'occuper de la position du Conseil, qui sera arrêtée selon d'autres modalités.

77. Le troisième point relatif à la pratique du Conseil de sécurité est qu'il n'a guère été cohérent s'agissant de condamner des comportements qui, si elle existait, entreraient dans la catégorie des crimes d'État. Le Conseil n'a rien fait pour s'opposer au génocide d'État perpétré au Cambodge. Il n'a pas davantage condamné de manière satisfaisante les actes manifestes d'agression intervenus durant cette période. Plus récemment, il a toutefois pris des dispositions beaucoup plus vigoureuses, en particulier dans l'affaire du Koweït ainsi que dans l'affaire du Rwanda, encore qu'après une interruption indécente. Un degré d'incertitude considérable a cependant prévalu et la communauté internationale n'a pas réagi à ces situations en criminalisant les États en cause. Criminaliser le Cambodge pour le génocide aurait signifié sanctionner les victimes, et cette considération a sans doute pesé très lourd dans l'esprit de ceux qui s'évertuaient à déterminer la marche à suivre. La communauté internationale a préféré opter pour un moyen autre, plus constructif il faut l'espérer, de rétablir à terme la situation dans ce pays.

78. Ainsi, alors que le droit pénal international a connu un développement sensible en ce qui concerne les individus, aucune évolution n'est intervenue sur le plan de la notion de crime d'État.

79. Le Rapporteur spécial a déjà exposé l'évolution intervenue depuis 1976 en ce qui concerne les normes impératives du droit international et les obligations *erga omnes*. Quelqu'ait été la situation antérieure, désormais existe effectivement une hiérarchie des normes de fond du droit international; l'existence de ces concepts est dans l'ensemble admise. Tout en persistant et en conservant leur importance, les formes bilatérales anciennes de responsabilité ne sont plus seules. Une des principales critiques susceptibles d'être adressées aux dispositions relatives aux crimes d'État est bien d'avoir détourné l'attention d'une tâche encore plus importante : mettre de l'ordre dans les différentes catégories d'obligation dans le cadre de la responsabilité. Par exemple, l'article 19 traite le crime d'État plus ou moins comme la seule éventualité de violation d'une obligation *erga omnes*. Or, dans tous les ouvrages spécialisés, sans exception, les obligations *erga omnes* sont considérées comme une catégorie beaucoup plus large que le crime d'État, si tant est que cette dernière catégorie existe.

80. Des faits nouveaux significatifs se sont donc produits. Un ou deux gouvernements ont beau persister à s'opposer à la notion d'obligation *erga omnes*, ils sont plutôt isolés à l'heure actuelle et la Commission, n'ayant cessé de souscrire à ce concept, ne saurait changer de cap à ce stade. Certaines normes, en nombre restreint peut-être, sont susceptibles de dérogation. D'autres normes forment une catégorie plus ample constituant un légitime sujet de préoccupation international. La Commission devrait veiller à ce que les conséquences s'attachant à ces catégories de normes soient exposées avec soin dans le projet d'articles. Mais cela ne revient pas à introduire une distinction entre crimes et délits — c'est même tout le contraire, en fait. Il est possible et souhaitable de définir plus systématiquement les conséquences des obligations *erga omnes* et des normes de *jus cogens* sans introduire de distinction entre crimes et délits.

81. En adoptant l'article 19 à sa vingt-huitième session, en 1976, la Commission a fait un vœu que l'on pourrait qualifier de monastique — résister à toute tentation de dire en quoi cette distinction consiste — et elle s'y est parfaitement conformée et, comme le montrera le Rapporteur spécial, la Commission n'est récemment pas parvenue à exposer clairement ces conséquences.

La séance est levée à 13 heures.

2533e SÉANCE

Mercredi 20 mai 1998, à 10 h 10

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Al-Khasawneh, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Thiam, M. Yamada.

Responsabilité des États[1] *(suite)* [A/CN.4/483, sect. C, A/CN.4/488 et Add.1 à 3[2], A/CN.4/490 et Add.1 à 7[3], A/CN.4/L.565, A/CN.4/L.569]

[Point 2 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

1. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), présentant la section E du chapitre premier de son premier rapport (A/CN.4/490 et Add.1 à 7), rappelle avoir essayé (2532e séance) de démontrer que la notion de crime d'État recueille, dans la pratique, un certain appui dans le contexte précis de l'agression, mais qu'elle ne s'est pas imposée. En particulier, l'article 19 de la première partie du projet (Crimes et délits internationaux)[4] n'a pas été suivi dans la pratique et, de son côté, la Commission n'a pas élaboré quoi que ce soit qui puisse ressembler de près ou de loin à un véritable régime des crimes. Et ce n'est pas parce qu'elle a pris, en 1976, à sa vingt-huitième session, une décision qu'elle jugeait alors potentiellement progressiste que celle-ci est irrévocable ou réellement progressiste. La Commission se trouve donc placée devant un choix.

2. Cinq possibilités s'offrent à elle, qui sont exposées au paragraphe 70 de son premier rapport, compte tenu de contraintes d'ordre structurel tenant tant à la communauté internationale qu'à la CDI elle-même. En particulier, il n'est pas possible d'imposer au Conseil de sécurité un régime des crimes qui nuancerait sur des points importants les dispositions en vigueur de la Charte des Nations Unies, et la CDI doit achever, au cours du mandat actuel de ses membres, l'examen du sujet, sauf à voir son prestige terni aux yeux de la Sixième Commission. Mais une autre question, majeure, se pose, qui est celle de l'analogie avec le droit interne, ou plutôt celle de savoir si, à la CDI, le mot « crime » est utilisé à bon escient. Ce mot a une connotation générale, en anglais et dans d'autres langues d'ailleurs : il désigne un fait illicite caractéristique qui appelle la condamnation de la communauté internationale tout entière et qui se distingue des autres formes d'infractions, qu'il s'agisse de la qualité du fait ou des conséquences qu'il entraîne. Dans tous les systèmes juridiques que le Rapporteur spécial connaît, le « crime » entraîne des conséquences spéciales et est assujetti à des procédures spéciales. Il n'est pas appréhendé comme faisant partie d'un continuum du droit général des obligations, lequel fonctionne parallèlement au droit des crimes : les deux ont des liens entre eux, mais ils sont distincts.

3. Il a été et il est dit parfois à la Commission que le mot « crime » en l'occurrence n'est pas utilisé dans son sens courant. Le Rapporteur spécial, pour sa part, juge inadmissible de ne pas suivre l'usage et considère donc que l'analogie avec le droit interne ne doit pas être totalement rejetée, même s'il existe des différences entre le système international et les systèmes nationaux. Somme toute, l'expression « crime international » a cours dans les instances internationales. Plus de deux cents utilisations en ont été recensées dans les documents de l'Assemblée générale produits ces quatre dernières années, mais aucune au sens de l'article 19.

4. Quelles sont dans ces conditions les solutions ? La première consisterait à maintenir le statu quo, c'est-à-dire les dispositions du projet d'articles qui concernent les crimes. Mais, en fait, il ne s'agit en aucune manière de dispositions à proprement parler. En effet, comme le Rapporteur spécial l'a expliqué aux paragraphes 77 et suivants de son rapport, la Commission n'a élaboré pour les crimes aucun régime caractéristique et approprié. Dans la première partie du projet d'articles, par exemple, aucune distinction n'est opérée entre « crime » et « délit », de sorte que les règles régissant l'attribution sont exactement les mêmes pour les deux catégories. D'autre part, la notion de faute *(dolus, culpa)* ne joue pas un grand rôle dans le droit général des obligations, et ce à juste titre. Mais, dans le cas des crimes d'État, cette exigence est plus forte, ce que les articles 1 (Responsabilité de l'État pour ses faits internationalement illicites) et 3 du projet (Éléments du fait internationalement illicite de l'État) n'envisagent pas. Enfin, rien ne justifie que les règles de la complicité soient les mêmes pour les crimes et les délits, comme le prévoit l'article 27 du projet (Aide ou assistance d'un État à un autre État pour la perpétration d'un fait internationalement illicite).

5. Quant à la deuxième partie du projet, il est vrai qu'elle établit aux articles 52 (Conséquences spécifiques) et 53 (Obligations incombant à tous les États) certaines distinctions entre les crimes et les délits, mais celles-ci sont mineures et ne changent rien à la réalité. Le Rapporteur spécial ne reviendra pas sur le curieux article 52, qu'il a analysé au paragraphe 78 de son rapport, mais s'attardera sur ce qui doit être la disposition clef de la deuxième partie, à savoir l'article 53 qui énonce les obligations qui incombent à tous les États face à un crime international. Ces obligations doivent être spécifiques, lourdes, sauf à assimiler crime et délit. La plus importante est celle de ne pas reconnaître comme licite la situation créée par le crime. Mais il est incontestable

[1] Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2e partie), p. 62, doc. A/51/10, chap. III, sect. D.

[2] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

[3] Ibid.

[4] Voir 2532e séance, note 17.

qu'en droit international cette obligation n'est pas limitée aux seuls crimes : elle vaut aussi pour l'acquisition de territoires par la force, la détention ou l'assassinat d'un diplomate, entre autres exemples. Une autre obligation consiste à ne pas prêter aide ou assistance à l'État qui a commis le crime pour maintenir la situation ainsi créée. Mais, là encore, cette obligation vaut par exemple en cas de détention d'un diplomate. Il y a du reste à cet égard quelque contradiction avec l'article 27, qui pose l'obligation stricte de ne pas se rendre complice d'un fait internationalement illicite en général. En fait, chaque obligation énumérée à l'article 53 s'applique, ou du moins peut fort bien s'appliquer, aux délits graves.

6. Enfin, la troisième partie du projet ne prévoit, pour les crimes, aucune procédure spécifique. Or, non seulement les systèmes juridiques que le Rapporteur spécial connaît en prévoient, mais encore les instruments internationaux qui traitent des garanties d'une procédure régulière *(due process of law)*, en particulier le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, établissent explicitement une distinction entre la responsabilité pénale et les autres formes d'obligations. On ne saurait parler de crime international de l'État sans en tirer des conséquences sur le plan de la procédure. Il se trouve que la Commission n'en a tiré aucune. Il s'ensuit que le statu quo, en réduisant au minimum les conséquences des crimes, banalise les délits.

7. La deuxième solution découle de la note à l'article 40 du projet (Sens de l'expression « État lésé ») tel qu'adopté en première lecture et consiste à substituer la notion de fait illicite d'une exceptionnelle gravité à celle de crime international. Soit il s'agit d'un simple changement de nom, d'une nouvelle étiquette accolée à une catégorie juridique spécifique, soit tel n'est pas le cas. Dans cette dernière hypothèse, il est évident que cette expression recouvrirait tout un éventail de faits illicites plus ou moins graves, allant des actes qui ont les pires conséquences pour les populations à la simple absence de notification d'une catastrophe nucléaire — laquelle pourrait d'ailleurs avoir aussi des conséquences tragiques pour les populations —, d'une violation extrêmement grave des règles régissant l'immunité diplomatique à une violation banale des règles régissant l'utilisation de la force. Et dans ces conditions, dire que les violations graves ne s'attachent qu'à certaines normes équivaut à banaliser le reste du droit international. La Commission ne saurait s'engager sur cette voie. Quant à la première hypothèse, elle revient à réintroduire la notion de crime sous un autre nom. Or, si elle entend traiter des crimes, la Commission doit les appeler par leur nom. En tout état de cause, c'est à cette solution que le Rapporteur spécial est le plus farouchement opposé.

8. Les trois solutions qui restent sont les plus sérieuses. La troisième consisterait à criminaliser la responsabilité des États, c'est-à-dire admettre qu'il peut exister des crimes d'État, étant entendu que ceux-ci doivent être traités comme des crimes véritables, comme étant les faits les plus odieux qui appellent une condamnation, un traitement spécial, une procédure spéciale et des conséquences spéciales. Ce n'est pas là une vue de l'esprit, pour deux raisons : premièrement, depuis les années 30, les pires calamités dont l'humanité a souffert ont été le fait d'États, et deuxièmement la règle de la primauté du droit veut qu'en droit international toutes les personnes morales soient assujetties à toutes les interdictions et sanctions qui y sont prévues. Il est vrai que de nombreux systèmes juridiques ne reconnaissent de responsabilité pénale qu'aux individus, mais la maxime *societas delinquere non potest* se révèle fausse, et il est admis, petit à petit, que l'État peut commettre un crime. Mais cela suppose qu'il faut dûment définir le crime, et pas seulement par référence à la gravité du fait commis, mettre au point un mécanisme collectif judicieux d'enquête et non un mécanisme ad hoc, élaborer une procédure adéquate pour établir la culpabilité de l'État, et mettre en place un régime de sanctions judicieux ainsi qu'un système permettant à l'État criminel de purger sa culpabilité. Moyennant un peu d'imagination et des instructions dans ce sens des gouvernements, cette tâche n'est pas impossible.

9. La quatrième solution consiste à exclure la possibilité de crimes d'État, parce que le système international actuel ne s'y prête pas et qu'il est difficile de s'élever contre le Conseil de sécurité, sauf à modifier la Charte des Nations Unies — chose impossible. Il serait alors tentant de renoncer à criminaliser la responsabilité des États, en se contentant de poursuivre les crimes commis par des individus. À cet égard, la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda et la création éventuelle d'une cour criminelle internationale constituent un progrès incontestable.

10. Enfin, la cinquième solution consiste, dans un système où le droit international lui-même admet qu'un « crime » et une simple violation d'une obligation diffèrent quant aux procédures et au fond, à traiter séparément les crimes d'État, s'il est établi qu'ils existent. Il est vrai que certains systèmes juridiques commencent à mettre en œuvre une méthode de poursuite des criminels décentralisée, mais la communauté internationale l'a interdite, au nom du respect de la légalité. Aussi cette méthode ne peut-elle être appliquée en droit international. Il se trouve donc qu'il est non seulement indiqué de ne pas traiter de la question critique des crimes dans le contexte du projet d'articles sur la responsabilité des États, mais encore que cette démarche est parfaitement conforme aux normes civilisées qui régissent le respect de la légalité. Que la CDI ne mette pas au placard les crimes, mais qu'elle examine les moyens par lesquels, dûment autorisée par la Sixième Commission, elle pourrait en traiter. L'inclusion des crimes dans le droit général des obligations n'a rien d'automatique; dans tous les systèmes juridiques, ce droit embrasse toutes les catégories de faits, et le régime de réparation et celui des conséquences s'appliquent pleinement. Mais, dans le même temps, il existe des procédures spéciales pour les crimes, qui s'appliquent lorsqu'il y a lieu. Ce système est parfaitement conforme à l'expérience juridique de l'humanité et c'est le seul moyen judicieux pour la CDI d'aller de l'avant. Que la CDI parte de l'hypothèse que des crimes peuvent être perpétrés, et que la communauté internationale a peut-être besoin d'admettre que des États peuvent en commettre, et qu'elle élabore en conséquence les procédures que la communauté internationale devrait suivre alors. Mais qu'elle ne crée pas une situation par laquelle le projet d'articles sur la responsabilité des États serait démantelé au nom d'une illusion pratique.

11. M. PELLET, tenant à faire une mise au point avant d'aborder le sujet, reconnaît avoir peut-être eu tort (2532e séance) d'emboîter le pas au Rapporteur spécial au sujet de la proposition autrichienne, car le débat a tourné autour des interprétations « authentiques » de cette proposition. Or, il pense qu'au-delà des propositions de tel ou tel pays, aussi respectables soient-elles, ce qui compte c'est ce que la Commission veut faire. Il souhaiterait que la Commission réfléchisse à la possibilité d'élaborer deux instruments : d'une part, une déclaration de principes, à la fois solennelle et brève, énonçant les principes fondamentaux du droit de la responsabilité des États et, d'autre part, un guide de la pratique ou, comme l'a proposé M. Lukashuk (ibid.), un code, beaucoup plus complet et entrant dans le détail des règles — ce dont les États ont certainement besoin. La forme, conventionnelle ou non, que pourrait revêtir chacun de ces deux instruments, qui seraient de toute façon des projets d'articles accompagnés de commentaires, n'a certes pas à être décidée à la session en cours. En revanche, la Commission doit se prononcer d'urgence sur la dissociation éventuelle entre principes d'une part et règles de l'autre, car il y va de sa méthode de travail.

12. Passant au rapport à l'étude, M. Pellet dit que celui-ci est en fait à son avis moins un rapport qu'un plaidoyer, et la présentation que le Rapporteur spécial en a faite n'a fait qu'aggraver son malaise. Le Rapporteur spécial veut aboutir à un certain résultat, et, à cette fin, il montre une tendanc e très nette à présenter tous les arguments dans un sens et à passer très légèrement sur les autres. Cette technique est adroite, mais son objectif est clair et évident : il s'agit de « tuer le crime » — non pas de l'extirper, ce qui serait une tâche tout à fait noble — en tant que concept, le jeter aux oubliettes de l'histoire en lui tirant naturellement un grand coup de chapeau. Pour M. Pellet, c'est là un crime contre l'esprit même du projet formidable conçu et mené à bien, malheureusement partiellement, par le précédent Rapporteur spécial, Roberto Ago.

13. Il n'y a pas que des choses fausses dans le rapport, et c'est ce qui le rend si dangereux. Au paragraphe 77, le Rapporteur spécial dit que la notion de responsabilité « objective » est l'un des thèmes majeurs de tout le projet d'articles. C'est tout à fait exact, et c'est bien là un des traits de génie de Roberto Ago, comme l'a reconnu le Rapporteur spécial dans un autre débat, trait de génie qui a consisté à dissocier la responsabilité du dommage : « Tout fait internationalement illicite d'un État engage sa responsabilité internationale » (art. 1er)[5]. C'est la reconnaissance éclatante qu'il existe une licéité internationale, qu'elle est globale, que les États doivent respecter le droit international, même si, en ne le respectant pas, ils ne portent pas atteinte aux intérêts particuliers d'un autre État, même si une violation ne lèse pas forcément directement un autre sujet de droit international. Il en est ainsi parce qu'il existe une société internationale fondée sur le droit, une société et pas une anarchie.

14. Malheureusement, le Rapporteur spécial poursuit par une affirmation totalement erronée, de l'avis de M. Pellet, en disant que cette notion de responsabilité « objective » est plus contestable en matière de crimes internationaux que de délits internationaux. Or, c'est précisément en matière de crimes que le caractère « objectif » de la responsabilité est le plus apparent car il s'agit alors de protéger les intérêts généraux et « objectifs » de la communauté internationale dans son ensemble. Bien sûr, la société internationale est infiniment moins intégrée et solidaire que ne le sont les sociétés internes, mais il n'empêche qu'il existe une société d'États, et ceci se traduit par l'existence d'un minimum de règles intransgressables dont l'existence est reconnue, encore timidement, par la Convention de Vienne de 1969 et dont le respect est l'affaire de tous, car leur violation menace non seulement l'État qui en est la victime, mais aussi la communauté internationale tout entière. Il n'est même pas besoin, s'agissant de la violation de ces règles, qu'un État en soit victime. Elles peuvent protéger la population de l'État qui les viole contre celui-ci, et la prohibition du génocide et de l'apartheid en sont un exemple. Ces obligations fondamentales pour la communauté internationale dans son ensemble pèsent sur chacun de ses membres et sont si essentielles pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de cette communauté que leur violation est intolérable et ne peut être assimilée à la violation, par exemple, d'un accord sur le commerce des agrumes ou le trafic aérien. Or, en voulant éliminer cette distinction du projet d'articles, le Rapporteur spécial met tout au même niveau.

15. Si c'est le mot « crime » qui fait problème, M. Pellet ne s'oppose pas à ce qu'on le remplace, mais le Rapporteur spécial sait très bien qu'il risque ainsi de ne pas atteindre son objectif. C'est pour cette raison que, dans l'une des parties les moins convaincantes de son « plaidoyer », aux paragraphes 76 à 82, extrêmement faibles sur le plan du raisonnement intellectuel, il critique les autres solutions proposées. Or, pour M. Pellet, il est tout à fait possible de ne pas nommer ce qu'on appelle aujourd'hui « crime », ou de trouver un autre nom. Il convient à cet égard de reconnaître que l'adresse et la perspicacité de Roberto Ago ont été prises en défaut car les mots « crime » et « délit » ont tous deux une connotation pénaliste dont on doit admettre qu'elle détonne dans la sphère internationale. Le droit régissant les relations entre les États, en effet, n'est pas le domaine du droit pénal, et M. Pellet n'est pas partisan qu'il le devienne. C'est d'ailleurs sur cette connotation pénaliste que le Rapporteur spécial fait porter tous ses efforts même s'il évoque du bout des lèvres, sans la reprendre à son compte, l'idée dont M. Pellet croit qu'elle est profondément exacte, à savoir que la responsabilité internationale n'est ni civile ni pénale mais *sui generis*.

16. Le Rapporteur spécial part en réalité d'une idée toute faite de la notion de « crime » et de la définition de cette notion. Il semble vouloir condamner la Commission à transposer dans la sphère internationale la définition du crime que donne le droit interne. La preuve en est dans les cinq incroyables conditions qu'il a énumérées et qui seraient, selon lui, nécessaires pour criminaliser la responsabilité de l'État. Il affirme que, pour que l'on puisse parler de crime en droit international, il faut que le crime soit en tous points identique à ce qu'on connaît sous ce nom en droit interne. Or, la société internationale est différente des sociétés nationales. Il y a certes des rapprochements, et il faut admettre que la notion de crime en est une

[5] Pour les commentaires des articles 1 à 6, voir *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 175 et suiv., doc. A/9010/Rev.1.

preuve, mais cela n'autorise pas à poser à priori une définition du crime identique à celle du droit interne. En droit, les mots ont le sens que le système juridique auquel ils appartiennent leur donne et les définitions sont normatives. Si c'est le mot qui gêne une majorité des membres de la Commission, il est très possible de le remplacer par une autre expression, par exemple « violation d'une règle d'importance essentielle pour la communauté internationale dans son ensemble ». Néanmoins, pour M. Pellet, le problème de terminologie n'a aucune espèce d'importance. On peut à la rigueur supprimer le mot « crime », mais on ne peut évacuer le concept lui-même, sauf à admettre un énorme retour en arrière. Or, le Rapporteur spécial veut, en se débarrassant du mot, se débarrasser de ce qu'il désigne, alors même qu'il sait très bien, et qu'il concède çà et là, qu'un génocide ne peut être comparé ni dans ses conséquences ni dans sa définition à la violation d'un traité de commerce.

17. Pour M. Pellet, il ne faut pas que la Commission se laisse intimider ni impressionner par les oppositions bruyantes et voyantes mais rares qui se sont manifestées contre le concept de crime. D'après la liste dressée fort honnêtement au paragraphe 52 du rapport, il n'y a que quelques États, certes puissants, qui se sont déclarés opposés à cette notion. Mais sont absents de cette liste la plupart de ceux qui sont le plus susceptibles d'être victimes de crimes, ceux qui naguère ont applaudi à l'avancée considérable qu'a constitué la consécration du *jus cogens*, à savoir, pour l'essentiel, les États du tiers monde et ceux qu'on appelait à l'époque les pays de l'Est. Ils ne sont pas dans la liste soit parce qu'ils n'ont pas les moyens d'y être, soit parce qu'ils sont intimidés par l'offensive lancée par les plus grands des pays les plus riches contre la notion de crime et, à travers elle, contre la notion de *jus cogens*. La fonction de la Commission n'est cependant pas de faire plaisir à une poignée d'États, aussi puissants soient-ils, mais bien de dégager l'esprit des règles juridiques et d'en tirer des conséquences en développant progressivement le droit international. C'est ce que le projet de Roberto Ago a fait, et il serait désastreux de revenir sur ce qu'il n'y a pas si longtemps, comme le rappelle le Rapporteur spécial, était considéré presque unanimement, en tout cas à l'Est et au Sud, comme une avancée fondamentale du droit international et comme un acquis. Les membres de la Commission ne doivent pas défaire ce qu'ont fait leurs prédécesseurs, cela dans l'intérêt d'une approche cohérente du droit international, et ils doivent accepter les concepts de *jus cogens* et de crime, qui sont la marque de l'existence d'une solidarité réelle entre les membres de la communauté internationale.

18. M. Pellet examine ensuite quelques points plus précis sur lesquels le Rapporteur a insisté : le fait, pour le Rapporteur spécial, que la notion de crime n'aurait pas de caractère opérationnel, la faiblesse des conséquences juridiques propres aux crimes, les risques que présenterait la criminalisation de la société internationale et les relations de la notion de crime avec celle d'obligations *erga omnes* et de *jus cogens*.

19. Sur le premier point, le Rapporteur spécial souligne que la notion de crime n'a jamais été utilisée depuis sa consécration à l'article 19. Pour M. Pellet, cela n'est d'ailleurs pas tout à fait exact : dans l'affaire de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la CIJ a admis (voir p. 616, par. 32) que la responsabilité de l'État lui-même pouvait être engagée pour toute violation de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, y compris, par conséquent, pour la commission par l'État du crime de génocide. Mais, et surtout, il en va du crime comme du *jus cogens*, à savoir que ce sont des notions destinées à exister et à ne pas être utilisées. En effet, depuis l'adoption de la Convention de Vienne de 1969, et même depuis le tout début des années 60, lorsque la notion de normes impératives a été incluse dans le projet d'articles sur le droit des traités, cette notion n'a, concrètement, pratiquement jamais servi. Ceci est dû premièrement au fait que, dans la société très peu intégrée qu'est la société internationale, et les règles de *jus cogens* et les crimes sont inévitablement extrêmement rares. Ils sont la manifestation d'un sentiment communautaire encore très balbutiant. Il n'en reste pas moins qu'il existe quelques règles impératives, comme il existe quelques violations du droit international qui sont particulièrement intolérables parce qu'elles portent atteinte aux intérêts de la communauté internationale dans son ensemble. Mais en l'occurrence la rareté ne justifie pas que l'on néglige ces cas de crimes ou de *jus cogens* car ces concepts sont l'avenir du droit international, la promesse d'une société au sein de laquelle les solidarités se renforcent, et il serait désastreux que la Commission mette un coup d'arrêt à cette lente progression.

20. En second lieu, ces notions ont un caractère « dissuasif » et, à l'instar de l'arme nucléaire, ne sont pas destinées à être utilisées, ce qui n'est évidemment pas une raison pour que l'on s'en désintéresse. Il faut que les États sachent que, s'ils violent une obligation internationale essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble, ils font quelque chose de plus grave que lorsqu'ils violent un simple traité de commerce ou d'assistance financière et que les conséquences seront aussi plus graves. Or, le Rapporteur spécial propose que l'on ne s'occupe pas de cela, ce qui n'est certainement pas de nature à renforcer cette indispensable fonction dissuasive.

21. Sur le deuxième point, le Rapporteur spécial se gausse de la distinction entre crimes et délits en se référant aux articles 51 à 53 du projet à l'examen. M. Pellet admet qu'à cet égard il est en grande partie d'accord avec le Rapporteur spécial et il pense que le texte de ces trois articles est à la limite du ridicule, même s'il ne souscrit pas à l'interprétation que donne le Rapporteur spécial de l'alinéa *a* de l'article 53 : en cas de crime, l'obligation de ne pas reconnaître comme licite la situation créée par un fait illicite s'impose à tous les États, y compris la victime directe; c'est ainsi que la victime d'une agression ne peut pas reconnaître celle-ci comme licite, à la différence de la victime de la violation d'un traité de commerce. Il s'agit là d'une différence fondamentale puisqu'elle reflète l'existence de violations, que le projet appelle « crimes », auxquelles la victime ne peut acquiescer. Par contre, pour les délits, seuls les États tiers ont l'interdiction de reconnaître comme licite la situation créée par le fait illicite, et ceci montre à quel point la deuxième partie du projet d'articles, et notamment les articles 51 à 53, est rédigée d'une façon désastreuse parce que les distinctions qui auraient dû y figurer n'y sont pas. Cette énorme carence s'explique par deux raisons, dont la première tient à la

méthode suivie par la Commission sous l'impulsion de son précédent Rapporteur spécial, qui l'a incitée à codifier d'abord, d'une façon indifférenciée, les conséquences des délits et celles des crimes, puis, une fois que le mal avait ainsi été fait, qui l'a invitée à se pencher sur les conséquences propres au crime. C'était déjà trop tard, car une partie des conséquences qui auraient dû être réservée aux crimes avaient été prévues pour les simples délits. Ainsi, les dispositions relatives aux contre-mesures, par exemple, sont acceptables lorsqu'il s'agit de réagir à des crimes mais définissent un régime infiniment trop laxiste, et bien dans l'intérêt des États les plus puissants, lorsqu'il s'agit de répondre à de simples délits. La leçon qu'il faut en tirer n'est pas, comme le voudrait le Rapporteur spécial, qu'il faut renoncer à s'intéresser aux conséquences des crimes, mais qu'il faudra en toutes circonstances avoir la distinction entre crimes et délits à l'esprit lorsqu'il s'agira d'aborder la deuxième lecture, de manière à faire systématiquement la différence entre les conséquences des crimes et celles des délits, pour éviter de plaquer la distinction entre les uns et les autres à la fin, comme la Commission l'a fait en première lecture.

22. La deuxième raison pour laquelle les articles 51 à 53 paraissent si décevants est que la Commission a négligé les conséquences fondamentales de la notion de crime. Par exemple, le Rapporteur spécial affirme que la notion de dommages et intérêts punitifs n'existe pas en droit international. Le paragraphe 2 de l'article 45 du projet actuel tendrait plutôt à prouver le contraire. Un autre exemple est fourni par ce que l'on peut appeler la « transparence » de l'État en cas de crime, c'est-à-dire ce phénomène par lequel les responsables d'un gouvernement peuvent être attraits devant des juridictions pénales internationales. Les condamnés de Nuremberg n'avaient probablement jamais tué personne de leurs mains et ce qu'on leur reprochait, ils l'avaient commis au nom de l'État. En pareil cas, l'individu est normalement protégé par l'immunité de l'État. Mais, comme à Nuremberg, cette immunité ne vaut plus quand les violations commises par l'État et en son nom sont si graves qu'elles ont pour effet de rendre responsables ensemble et l'État et les individus par lesquels il agit. Un fonctionnaire ou un chef d'État violant un traité de commerce n'est pas exposé à ce genre de conséquences.

23. À propos du troisième point, à savoir la « criminalisation » de la responsabilité des États, traitée aux paragraphes 83 et suivants du rapport, il semble que le Rapporteur spécial confonde deux choses : lorsqu'un crime est commis par un État, les gouvernants sont certes tenus pour pénalement responsables, mais cela ne signifie pas que la responsabilité de l'État lui-même est pénale, au sens que le Rapporteur spécial donne à ce terme. Cela signifie plutôt, là encore, que l'État devient « transparent » et que l'on peut poursuivre directement ses dirigeants. Ce cas est illustré par l'affaire *Le Procureur c. Tihomir Blaskic*[6] devant le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : la Chambre d'appel a très clairement conclu que le Tribunal ne pouvait adresser des injonctions *sub poena* de produire aux États, car leur responsabilité internationale n'est pas une responsabilité pénale.

24. Ainsi, il faut se garder d'assimiler les diverses formes de responsabilité que connaît le droit interne à la responsabilité dans la sphère internationale et, en particulier, de transposer dans cette sphère la distinction entre responsabilité civile et responsabilité pénale qui caractérise le droit interne. La responsabilité internationale de l'État n'est ni civile ni pénale, elle est tout simplement internationale. Le Rapporteur spécial semble, pour sa part, partir d'une idée de crime toute faite, fondamentalement inspirée du droit interne. Or, parler du « crime » international d'un État ne veut pas dire que l'on va mettre cet État en prison. Encore une fois, s'il s'agit d'une simple question de mots, il suffit de changer de vocable. Le Rapporteur ne semble pas vouloir le faire d'une part parce que sa démonstration s'en trouverait fragilisée et d'autre part parce que la conclusion à laquelle il arrive est l'aboutissement d'un raisonnement fondé sur le mot « crime », avec la forte connotation pénale qui s'y attache en droit interne. On pourrait soit remplacer ce terme par l'expression déjà proposée, soit même parler de violation d'une norme de *jus cogens*, car c'est bien de cela qu'il s'agit.

25. En ce qui concerne le dernier point, celui des rapports entre la notion de crime et celle d'obligations *erga omnes* et de règles de *jus cogens*, M. Pellet constate que le Rapporteur spécial propose en substance d'oublier la notion de crime pour s'intéresser à quelque chose de plus anodin qui ne dérange personne, la violation d'obligations *erga omnes*. Un crime consiste nécessairement en la violation d'une obligation *erga omnes*, mais il doit s'agir d'une obligation d'une importance essentielle pour la communauté internationale dans son ensemble, ce qui n'est pas le cas de toutes les obligations *erga omnes*. Par contre, ce que M. Pellet a à l'esprit ressemble beaucoup plus à une notion proche du *jus cogens*, que l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 définit comme « une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise ». Cette définition ressemble tout à fait à la définition du crime donnée au paragraphe 2 de l'article 19 du projet.

26. Cela n'a pas échappé au Rapporteur spécial, qui s'emploie à évacuer le problème de diverses façons. D'abord, il met l'accent sur la question des obligations *erga omnes*; ensuite, il évoque de temps à autre, en passant, la question de la violation des normes impératives, qu'il assimile pratiquement à des règles *erga omnes*, par exemple au paragraphe 81 du rapport; enfin, en oubliant dans sa conclusion du paragraphe 95 le *jus cogens* pour ne se souvenir que des obligations *erga omnes*. En effet, s'intéresser de trop près à la violation du *jus cogens*, ce serait tout simplement revenir au crime, c'est-à-dire, selon la définition donnée au paragraphe 2 de l'article 19, aux violations d'obligations « essentielles pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale [...] dans son ensemble ». On pourrait d'ailleurs tout aussi bien parler de violations des normes impératives du droit international général.

27. Faute de pouvoir revenir sur cette avancée considérable de la pensée internationaliste qu'est le *jus cogens*, c'est au crime que l'on s'attaque. M. Pellet espérait, au contraire, qu'à l'occasion de l'analyse de la responsabilité des États la Commission approfondirait un autre aspect de l'édification patiente par le droit international d'une

[6] Voir 2532e séance, note 21.

fragile communauté internationale à laquelle la notion de crime, comme celle de *jus cogens*, peut apporter cet élément de moralisation qui lui est indispensable.

28. En conclusion, M. Pellet justifie sa longue intervention par la nécessité de contre-balancer un rapport rédigé avec talent, mais qui lui paraît déséquilibré en ce qu'il ne présente qu'une face du problème essentiel sur lequel il porte, et qui appelait donc un contrepoids. Il espère que le Rapporteur spécial tiendra compte d'observations inspirées par l'importance même du sujet et que la Commission ne se repliera pas dans un conservatisme frileux et servile.

29. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) constate que M. Pellet soutient une argumentation apparemment contraire à la sienne. Il appartient donc à la Commission de faire un choix, qui soulève la question du rôle du Rapporteur spécial : les travaux en sont arrivés à la deuxième lecture et, si la Commission, épousant les vues de M. Pellet, veut disposer d'un régime complet applicable aux crimes dans le cadre du projet d'articles sur la responsabilité des États, le Rapporteur spécial s'en remettra à sa décision, mais elle devra alors songer aux conséquences de celle-ci sur le calendrier.

30. En réalité, malgré les apparences, M. Pellet et le Rapporteur spécial sont d'accord sur plusieurs points : d'abord, dans le projet d'articles sur la responsabilité des États, tout ce qui touche aux crimes d'État est en effet rédigé de façon désastreuse comme l'a dit M. Pellet, et ce, après quarante-neuf réunions du Comité de rédaction; ensuite, le droit international ne se limite pas aux relations bilatérales de responsabilité; enfin, le projet d'articles doit expliciter de façon plus systématique les conséquences à la fois des violations des normes de *jus cogens* et des violations des obligations *erga omnes*.

31. La divergence de vues essentielle tient à ce que M. Pellet souhaite introduire dans le projet d'articles sur le droit général des obligations une nouvelle distinction entre les actes « graves » et les autres. Il essaie en fait d'isoler quatre, peut-être cinq, normes de droit international qu'il qualifie de « sérieuses », et de banaliser toutes les autres. Ainsi, il parle de « simples » obligations bilatérales. Mais que l'on songe à la situation de l'État pour lequel ces obligations bilatérales sont non pas « simples » mais vitales, par exemple parce que sa subsistance dépend d'un fleuve qu'il partage avec un voisin.

32. On ne peut pas procéder à un classement aussi strict et, même si cela était possible, il faudrait en faire l'objet d'une analyse distincte, c'est-à-dire rechercher une définition séparée du crime — ce que l'on n'a jamais fait — sans pour autant jeter bas le droit général de la responsabilité. Il ne faut pas minimiser l'expérience nationale : en matière de crime, on n'a qu'elle. De surcroît, chaque fois que l'on essaie d'introduire la notion de crime dans la sphère internationale — et la chose est en train de se produire au sein de l'Union européenne, où l'on voit des États mis à l'amende —, les conséquences semblent aller au-delà du droit ordinaire des obligations. La notion de crime international a des connotations particulières, et ce n'est pas en changeant de vocable que l'on évitera ce phénomène.

33. Le Rapporteur spécial propose donc à la Commission de procéder à un débat général et de prendre une décision nette. Pour sa part, il ne nie pas la notion d'obligation multilatérale, qu'au contraire il essaie de rendre opératoire. Il n'écarte pas non plus la possibilité qu'il existe des crimes d'État, mais il s'efforce de laisser cette possibilité ouverte pour l'avenir. La voie qu'il conseille de prendre à la Commission lui paraît la meilleure.

34. M. FERRARI BRAVO se déclare profondément persuadé que la notion de crime d'État commence réellement à se former. Le défaut principal de l'approche suivie jusque-là par la Commission est qu'elle fait de l'agression l'exemple fondamental de ce type de crime. Ce faisant, la Commission s'est engagée dans la mauvaise voie, car l'agression ne peut pas être définie dans le cadre du projet d'articles à l'examen, pour la simple raison qu'il y a dans son cas une entité externe aux États en cause, le Conseil de sécurité. Il y avait en revanche d'autres crimes d'État auxquels s'appliquait l'idée d'obligation fondamentale et que l'on pouvait raccrocher à la notion de *jus cogens*. *Grosso modo*, on peut dire qu'il y a crime international lorsque la voie de l'*actio popularis* est ouverte. Si un pays peut intervenir alors qu'il n'a pas subi directement de dommages, cas de l'*actio popularis*, c'est sur ce terrain que commence à se former, de façon très incertaine, très embryonnaire, la notion de « crime ».

35. La CIJ s'en rend compte, comme l'attestent deux arrêts et l'avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* qu'elle a rendus en 1996, auxquels M. Ferrari Bravo renvoie pour illustrer son propos. Ainsi, l'arrêt dans l'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* contient des éléments de réflexion qui touchent à la notion de crime d'État, notamment dans la déclaration individuelle de M. Oda (voir p. 625 et suiv.). En effet l'article IX de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide prévoyait l'existence d'une cour criminelle internationale et, celle-ci n'existant pas, on a assisté à un élargissement considérable de cette disposition. La CIJ s'est trouvée dans une position très inconfortable, car elle ne pouvait pas ne rien faire, et elle a fini par se déclarer compétente. Dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières* (*République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique*)[7], elle s'était également reconnue compétente pour interpréter un article applicable à des relations commerciales dans le cadre d'une affaire concernant le recours à la force. On voit donc, même au niveau de la CIJ, s'élargir certaines clauses conventionnelles. Certains traités contiennent des dispositions présupposant telle ou telle structure de la communauté internationale. Cette structure peut être absente ou avoir changé, et les clauses n'en produisent pas moins des effets qui n'étaient pas prévus à l'époque où elles ont été conclues. Il convient donc de réfléchir à cette évolution récente de la jurisprudence de la CIJ pour mieux comprendre ce qui se passe dans le domaine du droit du crime international.

36. M. Ferrari Bravo pense qu'il faut établir une distinction entre le crime de l'État d'un côté et, de l'autre, les

[7] *Exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996*, p. 803.

actes criminels commis par les gouvernements, qui ont quelque chose à voir avec la responsabilité de l'État.

37. Il rappelle que la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour criminelle internationale se tiendra à Rome du 15 juin au 17 juillet 1998 en vue d'achever et d'adopter une convention portant création d'une cour criminelle internationale[8]. Malgré le retard pris dans la codification du droit international de la responsabilité, il conseille d'attendre de connaître la position que prendront les États à la Conférence. Pour sa part, il souhaiterait voir proclamer l'existence des crimes internationaux. Codifier la matière sans même mentionner cette figure juridique, ce serait aller en arrière et se faire peut-être accuser de cécité devant l'évolution de la vie internationale contemporaine.

38. Selon M. PAMBOU-TCHIVOUNDA, la Commission, « prise en otage » entre les plaidoiries de deux avocats, doit tirer parti de cette situation pour faire de la codification du droit de la responsabilité son « affaire », même si c'est à la demande et à l'intention des États qu'elle effectue ce travail.

39. S'agissant de la forme des instruments à élaborer, il est prêt à adhérer à la proposition qu'a faite M. Pellet d'une déclaration de principes suivie d'un code. Quant à la question de l'autorité que revêtiraient ces deux instruments, il est bon de la laisser ouverte, étant toutefois entendu que ce devra être du droit et non pas du non-droit.

40. S'agissant du problème des crimes, c'est autour des concepts de souveraineté d'une part, et de solidarité d'autre part, qu'il faut trouver un équilibre, sans toutefois perdre de vue l'État dans la construction envisagée. Souscrivant dans l'ensemble aux idées exprimées par M. Pellet, M. Pambou-Tchivounda souligne qu'au-delà des présupposés conceptuels, la Commission devra peut-être examiner les implications structurelles, normatives et institutionnelles, en veillant à préserver les acquis.

41. M. ECONOMIDES exprime de manière générale son étonnement et sa déception devant la recommandation finale du Rapporteur spécial, dans laquelle il voit une régression, contraire de surcroît à l'esprit de synthèse et de compromis qui caractérise la Commission. Sur l'exposé de M. Pellet, dont il approuve pour l'essentiel la teneur, il n'a qu'une objection à formuler, estimant qu'il serait erroné d'abandonner la distinction entre crimes et délits, d'une part parce que le mot même de crime a une force dissuasive non négligeable et d'autre part parce que les deux termes sont entrés dans la conscience générale et appartiennent au patrimoine du droit international et de la responsabilité internationale.

42. Dans ce dernier domaine en effet, on assiste depuis une trentaine d'années à une double évolution. Il y a tout d'abord une tendance, pour les violations les plus graves qui concernent la communauté internationale tout entière, à dépasser la stricte relation bilatérale traditionnelle entre l'État auteur et l'État victime, laquelle tend à se briser au profit d'une nouvelle relation bilatérale dans laquelle l'État victime n'est plus seul mais bénéficie de la solidarité de tous les États de la communauté internationale. En second lieu, pour les mêmes infractions très graves, il y a une tendance à ne plus envisager la réparation comme la conséquence exclusive de la responsabilité et à y ajouter d'autres mesures, voire des sanctions, pour obliger l'État fautif à renoncer à sa conduite illicite.

43. L'objectif de cette double évolution, que la CIJ a admise dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, était, sur le fondement de l'institution de la responsabilité internationale, de développer et consolider la notion d'ordre public international dans l'intérêt de toute la communauté des États. En 1976, lors de la vingt-huitième session, le Rapporteur spécial, Roberto Ago, a eu le génie de proposer l'article 19 de la première partie opérant la distinction entre crimes et délits, et la Commission, comme il est indiqué au paragraphe 56 du commentaire dudit article, a adopté celui-ci à l'unanimité en première lecture. Cette disposition, qui relevait alors du développement progressif du droit, n'en reposait pas moins sur des bases solides, essentiellement de deux ordres.

44. C'est tout d'abord la Charte des Nations Unies elle-même, et plus particulièrement le Chapitre VII, qui avait brisé de façon solennelle la relation bilatérale classique du droit de la responsabilité et sa tradition d'unité, en autorisant le Conseil de sécurité à appliquer, au nom de la communauté internationale tout entière, des mesures préventives et répressives de caractère collectif — y compris l'emploi de la force armée — contre l'État qui aurait menacé ou violé la paix, ou commis un acte d'agression. La sécurité collective, l'un des axes fondamentaux de l'ordre international contemporain, réunit incontestablement toutes les conditions d'un régime particulier de responsabilité applicable aux États qui violent gravement la paix et la sécurité internationales; il serait inconcevable que le projet de la Commission n'en tienne pas compte, d'autant plus que le Chapitre VII de la Charte s'applique de plus en plus à des actes autres que l'agression qui, de l'avis du Conseil, menacent la paix et la sécurité internationales. C'est en second lieu dans les normes impératives ou de *jus cogens* que l'article 19 de la première partie trouve sa base. Comme il est dit au paragraphe 62 du commentaire de cet article, il existe une relation très étroite entre la notion de règles impératives et celle de crimes internationaux. Certains auteurs établissent d'ailleurs un parallélisme entre la nullité de stipulations contraires aux règles de *jus cogens* dans le domaine du droit des traités et l'inopposabilité aux autres États d'une renonciation à son pouvoir de sanction de l'État victime d'un crime international dans le domaine de la responsabilité des États. Dans le paragraphe 65 de son premier rapport, le Rapporteur spécial conclut d'ailleurs à l'existence d'une hiérarchie de normes dont certaines présentent une différence de nature, et qu'une telle différence devrait avoir des conséquences dans le domaine de la responsabilité des États; toutefois, pour des raisons qui ne sont guère convaincantes, il choisit de ne pas donner effet à cette conclusion.

45. De l'avis de M. Economides, il est donc évident qu'à l'époque contemporaine, pour des raisons tenant à la justice et à la défense de l'ordre public international, la distinction entre crimes et délits est un impératif de la justice la plus élémentaire car il est inconcevable, comme l'a dit Aristote, de traiter également deux choses foncière-

[8] Résolution 52/160 de l'Assemblée générale.

ment inégales, en l'occurrence des violations bénignes et les crimes les plus graves.

46. Passant à des remarques plus particulières, M. Economides regrette tout d'abord que le Rapporteur spécial, après avoir constaté que les conséquences du crime international, telles que prévues dans le projet, sont assez limitées, ne propose pas d'enrichir ces conséquences pour les rendre plus valables. Il va de soi que la Commission doit être réaliste et s'abstenir, dans le projet, de criminaliser l'État. Il n'en reste pas moins que l'article 19 existant l'autoriserait à faire progresser d'un petit pas les conséquences, certes modestes mais non négligeables, prévues à l'article 53 du projet.

47. Deuxièmement, M. Economides approuve l'essentiel des remarques que fait le Rapporteur spécial aux paragraphes 49 et 50 de son rapport à propos des paragraphes 2 et 3 de l'article 19. L'agression, la domination coloniale par la force, le génocide, l'esclavage, l'apartheid étant en eux-mêmes des crimes graves, il n'est pas justifié d'exiger une condition supplémentaire de gravité.

48. S'agissant en troisième lieu du nombre d'États ayant formulé des commentaires et observations sur le projet, M. Economides estime, comme le Rapporteur spécial, que ce nombre n'est pas représentatif et qu'il faudra sans doute attendre encore longtemps avant de pouvoir en tirer des arguments.

49. Enfin, M. Economides juge critiquable le choix que fait le Rapporteur spécial de donner la primauté aux obligations *erga omnes*, alors qu'il existe en la matière trois types de règles formant en quelque sorte des cercles concentriques : d'abord le cercle immense des obligations *erga omnes*, qui correspondent à une notion très générale et produisent des effets variables selon la question de droit international considérée, puis le cercle plus restreint des normes de *jus cogens*, et enfin le cercle très étroit des règles dont la violation constitue un crime international. Déplacer la discussion du terrain du crime international ou même de celui des violations du *jus cogens*, vers celui, plus mou et plus souple, des violations d'obligations *erga omnes*, est un choix contraire à l'efficacité.

La séance est levée à 13 heures.

2534e SÉANCE

Vendredi 22 mai 1998, à 10 h 10

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Al-Khasawneh, M. Bennouna, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Galicki, M. Hafner, M. He, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Mikulka, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Thiam, M. Yamada.

Responsabilité des États[1] *(suite)* [A/CN.4/483, sect. C, A/CN.4/488 et Add.1 à 3[2], A/CN.4/490 et Add.1 à 7[3], A/CN.4/L.565, A/CN.4/L.569]

[Point 2 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

1. M. SIMMA croit qu'au paroxysme atteint à la séance précédente par le débat sur la question du crime d'État ne peut succéder que la décrispation. Les propos de M. Simma s'adresseront tout particulièrement à M. Pellet, qui sera la partie la plus gravement lésée — au sens de l'article 40 (Sens de l'expression « État lésé »). Le feu d'artifice tiré à la Commission à la séance précédente n'a pas permis d'avancer sur la voie d'une solution qui serait acceptable pour tous, et M. Simma se propose, par son intervention, de montrer le chemin qui y mène.

2. Les débats sur les crimes, aussi bien à la session en cours qu'aux sessions précédentes, ont été très confus. La Commission doit dire clairement quelle est son intention. Est-elle, d'une part, favorable ou opposée à l'incorporation dans le projet d'articles d'un régime prévoyant que les violations particulièrement graves du droit international doivent entraîner des conséquences juridiques plus lourdes ? Ou, d'autre part, ne fait-elle que défendre ou critiquer la méthode par laquelle le précédent Rapporteur spécial, Roberto Ago, et la Commission, antérieurement, ont essayé d'introduire une différenciation dans la responsabilité ? La Commission dans sa composition actuelle est-elle opposée au principe, ou est-elle opposée à la méthode suivie jusqu'ici pour appliquer ce principe ?

3. Pour sa part, M. Simma est profondément convaincu que le projet d'articles doit prendre pleinement et singulièrement en considération les violations particulièrement graves. Mais il est tout aussi convaincu que la notion de « crime d'État » est imparfaite et qu'elle doit être abandonnée — non pas parce qu'il ne parvient pas à comprendre les préoccupations qu'elle recouvre, mais parce qu'il croit que la Commission peut mieux faire. Il ne peut tout simplement pas concevoir que la Commission puisse méconnaître le fait que les règles de droit international consacrant les intérêts fondamentaux de la communauté internationale doivent être assorties d'un régime idoine définissant les conséquences juridiques de leurs violations. Les membres de la Commission sont certainement d'accord sur ce point : leur désaccord porte sur la manière d'atteindre cet objectif. C'est pourquoi les tenants de la

[1] Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2e partie), p. 62, doc. A/51/10, chap. III, sect. D.

[2] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

[3] Ibid.

notion de « crime international » devraient donner à ses adversaires la possibilité de prouver qu'ils ne préconisent pas un retour en arrière au bilatéralisme, mais plutôt que l'objectif commun peut être atteint dans la sérénité, loin des polémiques. C'est précisément ce que M. Simma croit être l'intention du Rapporteur spécial.

4. M. Simma a parlé de « possibilité » d'élaborer une notion qui se substituerait à celle qui sous-tend l'article 19 de la première partie (Crimes et délits internationaux). À cet égard, cela ne l'amuse guère d'être qualifié de « conservateur servile » — observateur froid, non engagé, incapable ou non désireux de distinguer la violation d'un accord commercial d'un cas de génocide — tout simplement parce qu'il ose critiquer l'article 19, alors que les partisans de cet article se réservent les qualificatifs de « progressistes » et de « sensibles ». M. Simma convient pleinement avec M. Pellet que si la Commission, dans sa composition actuelle, doit décider de se contenter de codifier les règles classiques strictement bilatérales sur la responsabilité des États, elle méritera assurément d'être qualifiée de « conservatrice » au sens péjoratif du terme. Mais il compte bien, ou plutôt il est convaincu, que la Commission ne choisira pas cette voie.

5. Comme M. Pellet l'a signalé à juste titre (2533e session), la Commission, dans les années 70, a pris une décision véritablement révolutionnaire en détachant la responsabilité des États de l'ancien ethos bilatéral — qualifié par M. Philip Allott de « ethos contrat-délit » — reposant sur le dommage matériel. Elle a choisi plutôt une démarche objective qui permet de rapprocher la responsabilité des États du régime régissant l'ordre public dans le droit interne moderne. La Commission doit maintenant prendre la mesure qu'il reste à prendre, la deuxième, pour appliquer la notion révolutionnaire élaborée par Roberto Ago, et prendre cette mesure précisément dans les cas où elle s'impose le plus, à savoir en réponse aux violations du droit international qui portent atteinte à la communauté internationale dans son ensemble. Sur ce point aussi, M. Simma se déclare en parfait accord avec le Rapporteur spécial. Rien dans le premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/490 et Add.1 à 7) ni dans la présentation orale qu'il en a faite ne permet de soupçonner que celui-ci, comme le pense M. Pellet, « s'apprête à ne pas traiter de la question » de la responsabilité différenciée.

6. De fait, le premier rapport est axé sur la destruction de la notion de « crime international » et ne laisse entrevoir que brièvement, çà et là, les solutions que le Rapporteur spécial envisagerait pour tenir compte, dans le régime de la responsabilité des États, de l'intérêt de la communauté. Si le Rapporteur spécial avait développé un peu plus son argumentaire sur ce point, il aurait peut-être échappé, du moins en partie, à la véhémence de l'attaque de M. Pellet. Une fois encore, M. Simma pense que M. Pellet a mal compris le Rapporteur spécial. Celui-ci n'a pas l'intention de limiter le projet de la Commission à une codification des règles en matière de responsabilité d'un point de vue purement bilatéral : les nombreuses mentions des obligations *erga omnes* lèvent tout soupçon à ce sujet. D'après M. Simma, le paragraphe 95 du rapport ne préconise un traitement séparé de la notion de « crime international » que si celle-ci est entendue comme engageant une responsabilité authentiquement pénale des États; il n'y annonce pas qu'il ne tiendra pas compte, dans ses travaux futurs, du problème de principe qui sous-tend l'article 19. M. Simma souhaiterait que le Rapporteur spécial le corrige aussi rapidement et clairement que possible s'il se trompe sur ce point.

7. Il n'est pas admissible de prétendre que critiquer le texte de l'article 19, c'est s'opposer à l'élaboration d'un régime de responsabilité différenciée. M. Simma ne s'attardera pas sur les critiques que lui-même a à formuler à l'encontre de l'article 19, premièrement parce qu'il lui a été déjà donné, en plusieurs occasions ces dernières années, d'écrire des articles sur ce sujet et qu'il ne souhaite pas se répéter, et deuxièmement parce que la « déconstruction » du texte à laquelle le Rapporteur spécial s'est livré est totale et à juste titre dévastatrice.

8. M. Pellet a dit (2533e session) que le problème de terminologie n'a aucune espèce d'importance. Malheureusement, cela n'est pas vrai. La terminologie compte beaucoup, notamment en droit, et si M. Simma avait à choisir un seul exemple pour démontrer comment une idée louable peut être dénaturée par des mots mal choisis, il choisirait tout naturellement l'article 19. La terminologie utilisée dans cet article a suscité une grande confusion dans les débats — confusion qui, soit dit en passant, se trouvait déjà dans le commentaire relatif à l'article[4] et qui n'a fait que croître depuis. Les mentions faites de la responsabilité pénale internationale des individus servent à fonder la notion de « crime d'État », etc. La vérité est que, à l'évidence, la responsabilité des États est *sui generis*, façonnée pour tenir compte des relations entre souverains égaux. Étant donné cette structure, la responsabilité des États comporte peut-être quelques analogies avec le droit de la responsabilité civile délictuelle, mais il est inacceptable d'établir des analogies avec le droit pénal interne, voire d'adopter ses notions. Parler de responsabilité pénale des États *sui generis* ne ferait qu'ajouter à la confusion.

9. Mention a été faite des réparations de guerre. Abstraction faite de la propagande et de la polémique, ces réparations ont toujours été réputées être des conséquences *sui generis*. Deuxièmement, mention a été faite également des dommages et intérêts dits « punitifs ». Mais cette expression aussi prête à confusion, car ce n'est pas parce que, aux États-Unis d'Amérique par exemple, il est possible de demander au civil des dommages et intérêts énormes que ces actions au civil deviennent pour autant des actions au pénal. Troisièmement, mention a été faite aussi des sanctions visées au Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, mais rien dans ce chapitre n'oblige à supposer que l'on se trouve dans ce contexte en présence d'éléments de droit pénal. Ce qu'on y trouve, c'est la possibilité de mener une action coercitive au nom de la sécurité collective. Il s'agit là aussi d'une notion véritablement *sui generis*, qui n'a rien à voir avec la responsabilité pénale. Il n'y a pas lieu de s'efforcer d'incorporer ces phénomènes, divers, dans le carcan de la théorie des « crimes d'État ».

10. Comme l'a démontré un éminent spécialiste, Mme Marina Spinedi, dont la contribution à l'élaboration de l'article 19 est bien connue des initiés, l'expression

[4] Voir 2532e séance, note 17.

« crime d'État » est née après la seconde guerre mondiale, notamment chez certains auteurs soviétiques, dont l'intention évidente était de justifier en droit les mesures prises contre l'Allemagne nazie à Yalta et à Potsdam. Une lecture du commentaire relatif à l'article 19 montre qu'on a fait appel à Potsdam et à Nuremberg pour concocter un mélange riche de charge politique indigeste. Ce mélange présentait encore apparemment des attraits dans les années 70. Mais la Commission telle que composée actuellement ne devrait pas compromettre ses travaux futurs avec un vestige du « politiquement correct » de la guerre froide.

11. M. Simma entend faire quelques remarques sur ce que pourrait être un régime approprié de responsabilité des États à raison de violations d'obligations fondamentales existant dans l'intérêt de la communauté. La reconnaissance de l'existence de telles normes de droit international protégeant les intérêts de la communauté a trouvé une triple expression dans le discours juridique moderne : tout d'abord, dans l'acceptation du *jus cogens*, en tant que restriction à la liberté des États de déroger, *inter se*, à aucune de ses normes bien que, comme M. Economides et d'autres membres l'ont signalé (ibid.), le *jus cogens* a une portée beaucoup plus vaste que celle désormais consacrée dans le droit des traités; deuxièmement, dans l'apparition du concept d'obligation *erga omnes* qui, conformément à la jurisprudence *Barcelona Traction*, intéresse tous les États, chacun ayant un intérêt juridique à ce qu'elles soient respectées; et troisièmement, dans la théorie des crimes d'État, à laquelle il faudrait renoncer. L'élément important est que toutes ces théories ont un seul et même fondement, à savoir que certaines règles de droit international consacrent des valeurs dont les États n'ont pas — ou n'ont plus — la libre disposition *inter se*, et que certaines obligations de droit international destinées à protéger les intérêts fondamentaux de la communauté internationale doivent être plus « renforcées » que d'autres. Le moyen, pour la Commission, de tenir dûment compte de ces intérêts de la communauté dans le cadre de la responsabilité des États devrait être, à partir de cet élément central, d'officialiser deux des trois évolutions doctrinales qui sont largement, sinon universellement, acceptées, à savoir le *jus cogens* et les obligations *erga omnes*. Incidemment, un examen attentif des arguments avancés à l'appui de l'article 19 montre qu'ils font constamment référence au *jus cogens* et aux obligations *erga omnes*, conjugués de manière à tenter de faire apparaître le concept de crime international comme une sorte de conséquence logique et nécessaire de la reconnaissance du *jus cogens* et des obligations *erga omnes*, ce qui n'est assurément pas le cas.

12. En mettant l'accent sur le *jus cogens* et les obligations *erga omnes* en tant que fondement conceptuel d'un système de responsabilité différenciée, M. Simma se trouve très proche des vues de M. Pellet. Il souscrit par ailleurs à l'idée exprimée par celui-ci selon laquelle la Commission ne saurait répondre à la préoccupation qui sous-tend l'article 19 en se fondant uniquement sur le concept d'obligations *erga omnes*. Il faut prendre en considération deux éléments : d'abord, celui de la portée *erga omnes* d'une obligation et, deuxièmement, l'élément tenant à l'importance essentielle de cette obligation pour la protection des intérêts de la communauté. Le concept d'obligations *erga omnes* seul, tel qu'il est en grande partie présenté dans le premier rapport du Rapporteur spécial, ne suffit pas à intégrer les deux éléments. M. Simma admet que les relations entre les concepts qu'il utilise ne sont pas parfaitement claires, mais la plupart des auteurs s'accordent pour considérer que le champ des obligations *erga omnes* est plus large que celui du *jus cogens*. Autrement dit, il pourrait y avoir une obligation *erga omnes* qui ne procède pas d'une norme impérative de droit international. Ainsi, les obligations qu'ont les États, en vertu du droit international général, de respecter et de protéger les droits de la personne constituent des obligations *erga omnes*, mais on ne saurait certainement pas tenir pour établi que la totalité de ces règles constitue du *jus cogens*.

13. Il lui faut aussi faire une distinction entre le droit international général coutumier en tant que tel et les obligations *erga omnes* — s'écartant à cet égard de la position de M. Economides, qui a attribué (ibid.) au droit international général coutumier un caractère *erga omnes*. À son avis, ce point de vue est exact au niveau de la théorie mais, dans la pratique, ce droit s'applique à des États déterminés, et un État n'est obligé, par exemple, qu'envers l'État avec lequel il a une frontière commune ou envers l'État qui a envoyé un diplomate sur son territoire.

14. Il ne faut, par ailleurs, naturellement pas perdre de vue que seules des violations particulièrement graves d'obligations *juris cogentis* et *erga omnes* mériteraient un traitement « exceptionnel » dans les travaux de la Commission sur la responsabilité des États. À cet égard, M. Pellet a raison, et il existe un nombre considérable d'ouvrages relatifs à ces concepts. À l'instar de M. Pellet, il voit dans la formule employée au paragraphe 2 de l'article 19, pour désigner les obligations internationales envers la communauté internationale, une bonne base de départ pour l'élaboration d'un nouveau concept destiné à remplacer celui de crime.

15. L'un des meilleurs bancs d'essai pour le nouveau concept serait ce qui constitue dans le projet actuel l'article 40. Tel qu'il est libellé, cet article prévoit de faire respecter les intérêts de la communauté, en ferme réaction aux faits réputés « crimes d'État », en qualifiant chaque État de « lésé ». Autrement dit, le projet s'efforce d'être fidèle à sa promesse de créer un système objectif de responsabilité dans l'intérêt public en multilatéralisant le préjudice subjectif. Il s'agit là d'un concept éminemment problématique mais il se demande si, au stade où en est l'organisation de la communauté internationale, il est possible d'échapper à ce dilemme. Il ne serait pas nécessairement contraire à l'idée de réactions énergiques aux violations d'obligations envers la communauté de prévoir un régime différencié de réactions à la disposition des différents États, suivant ce que l'on pourrait appeler leur « proximité » par rapport à la violation. Mais il n'existera de telles différences de proximité que lorsque des États seront aussi les victimes de la violation. Dans le cas où un État commet des violations massives des droits de l'homme contre sa propre population par exemple, un tel régime différencié ne fonctionnerait pas. Tel qu'il est formulé, l'article 40 accorde à tous les États l'entière panoplie des réactions, y compris le droit de prendre des contre-mesures. Il est manifeste qu'un tel dispositif ne peut qu'aggraver considérablement le risque d'abus.

En l'occurrence, la seule solution réellement efficace consisterait à élaborer des régimes spécifiques taillés sur mesure, tenant compte, pour y remédier, des inconvénients d'un système qui tente d'instaurer une sorte de régime objectif en se bornant à réunir les droits subjectifs de tous les États. Mais cela n'entre certainement pas dans le mandat de la Commission et dépasserait probablement ses moyens. Néanmoins, le dilemme n'est peut-être pas aussi considérable qu'il peut sembler.

16. La dernière remarque de M. Simma se rapporte à ce qui constitue l'article 37 du projet *(Lex specialis)*. Si l'on examine la liste de faits susceptibles d'être qualifiés de « crimes » à l'article 19 — sans souscrire à cette liste en tant que telle, il reconnaît néanmoins que les obligations qui y sont mentionnées devront certainement être envisagées dans tout système de responsabilité différenciée —, on doit se rendre compte que, selon le droit international en vigueur, il existe déjà à cet égard davantage de régimes, au demeurant plus exhaustifs, de *leges speciales* qu'on ne pourrait le supposer à première vue. Il suffit de penser au Chapitre VII de la Charte concernant l'agression, au régime très exhaustif et différencié de protection des droits de l'homme édifié au fil des années dans le cadre des Nations Unies, ou au réseau de traités relatifs à l'environnement. Ces observations vaudront encore à l'égard de tout nouveau mode d'approche du problème du respect des obligations envers la communauté dans le cadre de la responsabilité des États. Il perçoit dans ce domaine une certaine tension, qui devrait inciter la Commission à avancer avec une particulière prudence : dans le cas des obligations les plus susceptibles d'un traitement particulier dans le cadre de la responsabilité des États, on est en présence de régimes spécifiques taillés sur mesure par des experts — bien que M. Brownlie considère la plupart d'entre eux comme des spécialistes du droit souple. La Commission devrait éviter de pousser ces systèmes spécifiques à s'enfermer dans des régimes autonomes par crainte d'une contamination politique. Tel est certainement le cas pour ce qui est de la communauté des droits de l'homme. Dès lors, la conclusion pourrait bien être que plus le futur système des conséquences juridiques de la violation d'obligations envers la communauté aura un caractère résiduel, mieux cela vaudra.

17. Si, au lieu de rester braqués sur une terminologie malheureuse, les débats de la Commission abordaient la véritable question de savoir comment concevoir une solution constructive et généralement acceptable du problème, la voie serait alors ouverte à de réels progrès. La Commission devrait cesser de « revenir sur le passé avec colère » et regarder désormais vers l'avenir. Si ses membres s'entendent sur leur but, la Commission sera capable de concevoir le moyen de l'atteindre. M. Simma est persuadé que la décision quant au sort de l'article 19 et des préoccupations sous-jacentes sera l'une des plus importantes, sinon la plus importante, de l'histoire de la Commission.

18. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que la déclaration de M. Simma n'était certainement pas faite pour décourager les esprits. Pour sa part, il a l'impression d'être un nageur de fond dans un mauvais pas qui est tiré des vagues par quelque maître nageur bronzé, sous les espèces de M. Simma. Il est vrai que la Commission s'est engagée dans une course de fond et qu'elle n'aboutira à rien si elle se laisse aller à des controverses stériles sur les notions dont M. Simma et lui-même ont parlé. Un point cependant mérite d'être relevé : le Rapporteur spécial souhaiterait conserver la possibilité de prévoir l'existence de crimes internationaux réels de la part des États et autres entités collectives car, à son avis, un régime de responsabilité pénale collective a de l'avenir en matière pénale s'il est bien élaboré. Mais, pour ce qui est du projet d'articles sur la responsabilité des États, il n'y a pas un mot à ajouter à ce que M. Simma a dit.

19. Pour M. HAFNER, c'est à juste titre que M. Simma a invité à faire une nouvelle distinction entre les crimes, le *jus cogens* et les obligations *erga omnes*. Il se demande à ce propos si l'on peut imaginer une règle de *jus cogens* ou une norme péremptoire de droit international faisant naître une obligation qui ne serait pas *erga omnes* au sens strict.

20. M. SIMMA dit que la question soulevée par M. Hafner est très intéressante et qu'elle mérite un plus ample examen.

21. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit qu'à la quarante-neuvième session beaucoup de membres ont insisté auprès du Rapporteur spécial d'alors, M. Arangio-Ruiz, pour qu'il développe l'idée de régime différencié. Le problème tenait à ce que l'article 40 servait en quelque sorte de charnière entre la première partie et la deuxième mais qu'aucune distinction n'était faite entre les différents États lésés ni à l'article 40 ni aux fins de la deuxième partie. Là gisent tous les problèmes que M. Simma a évoqués. Roberto Ago avait perçu cette difficulté et on ne saurait le blâmer de n'avoir pu la résoudre. Telle est la raison pour laquelle le premier rapport du Rapporteur spécial lui-même n'approfondit pas la réflexion que ces problèmes méritent assurément.

22. M. BENNOUNA dit que ce qui ressort de l'excellente communication de M. Simma est qu'il est impossible de faire un sort aux règles secondaires sans se référer aussi aux règles primaires. Dans l'analyse qu'il a faite des sources du droit et de la hiérarchie des règles, M. Simma a montré que les questions que la Commission avait présumé réglées lorsqu'elle a fait la distinction entre crimes et délits n'étaient en fait pas résolues du tout. D'où la confusion qui règne depuis dans un débat sur un régime des crimes qui ne satisfait personne. La Commission n'a abordé ces problèmes que superficiellement. Elle aurait dû soit traiter des règles primaires dans leur ensemble, soit préciser davantage la distinction entre crimes et délits. M. Bennouna dit craindre qu'il ne soit maintenant trop tard pour ce faire et que la question des crimes aient des conséquences pénales pour l'avenir du sujet sur la responsabilité des États. Pour sa part, il souhaite sauver le projet d'articles, quitte à renoncer à la notion de crime.

23. M. ADDO dit que les grands exposés magistraux tendent à égarer les praticiens du droit, parmi lesquels il se range. M. Simma s'est déclaré très opposé aux idées de M. Pellet, mais il n'a pas dit sans équivoques s'il voulait ou non que l'article 19 fût supprimé. Les « obligations collectives » dont il a parlé font-elles partie du droit général des obligations ou sont-elles un cas de figure qu'il faudrait approfondir pour l'incorporer dans le projet d'articles ?

24. M. SIMMA dit espérer que les tenants des « crimes » et leurs adversaires s'accordent à penser que la responsabilité des États ne peut être codifiée d'une seule manière, limitée au bilatéralisme normatif des manuels. La Commission a déjà dépassé cette position théorique en adoptant à l'article premier (Responsabilité de l'État pour ses faits internationalement illicites) la notion que la doctrine française connaît sous le nom de « responsabilité objective », c'est-à-dire non la responsabilité sans faute mais la responsabilité que fait naître la transgression d'une règle, indépendamment du dommage réel. Une fois ce postulat posé, il est devenu impossible de traiter toutes les infractions au droit international de la même manière, comme M. Pellet l'a fait valoir *ad nauseam* (2533e séance). Il s'agit de faire une distinction. Tous les membres en sont d'accord et leurs vues ne divergent que sur la manière de répondre à cette préoccupation en fixant des règles juridiques précises. Malgré la thèse des « crimes d'État », si brillamment défendue par M. Pellet (ibid.), M. Simma reste convaincu que cette voie d'approche est trop embroussaillée et qu'elle doit être abandonnée.

25. Pour ce qui est de la question de la différenciation de la responsabilité soulevée par M. Bennouna, le problème n'est peut-être pas aussi insoluble qu'il y paraît. On ferait un grand pas en direction de la solution si l'on remaniait l'article 40 pour l'aligner sur l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969, qui distingue trois catégories d'États lésés par les infractions.

26. M. LUKASHUK constate que le Rapporteur spécial a réuni des arguments tout à fait convaincants contre l'idée de qualifier de criminelle la conduite des États. Mais la Commission a depuis longtemps décidé qu'elle ne le ferait pas. Elle s'intéresse à quelque chose de tout à fait différent, à savoir les infractions particulièrement graves au droit international et l'analyse de deux régimes juridiques distincts de responsabilité internationale, et non de responsabilité pénale. C'est un parti pris qu'elle a maintes fois réaffirmé.

27. La notion de crime d'État n'est pas simplement née de l'imagination des juristes soviétiques ou de la Commission : elle a germé dans l'esprit des peuples après la seconde guerre mondiale. Cette prise de conscience s'est traduite par l'idée que les infractions extrêmement graves au droit international, comme l'agression et les crimes contre l'humanité, étaient le fait des États et de leurs administrations. Ces crimes exceptionnellement dangereux appelaient un traitement particulier.

28. Il serait assurément difficile de convaincre l'homme de la rue que l'agression, comme celle qui a provoqué la seconde guerre mondiale, ou le génocide faisant plusieurs millions de victimes, pourraient être qualifiés de délits. Les arguments du Rapporteur spécial ne sont pas sur ce point très convaincants car ils se réfèrent essentiellement à la pratique du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda, lesquels ont été mis sur pied pour régler le sort de personnes physiques et non d'États. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a jugé à juste titre qu'il n'était pas habilité à imposer des mesures de contrainte à un État. De son côté, la CIJ n'a pas de compétence pénale. À ce propos, le Rapporteur spécial a rappelé l'avis de Lauterpacht, membre de la Cour, selon qui celle-ci a une compétence essentiellement civile, et non pénale[5]. Tel est bien le cas. Beaucoup de juristes britanniques pensent cependant que la responsabilité juridique internationale est une responsabilité civile. Les gouvernements sont plus près de la vérité, qui estiment que les États n'encourent ni responsabilité pénale ni responsabilité civile, mais une espèce particulière de responsabilité internationale. C'est pourquoi M. Lukashuk a une hésitation sur le terme « délit », terme de droit civil emprunté au droit romain. Cela devrait être expliqué dans le commentaire de l'article 19, dont le titre devrait dire clairement qu'il traite du délit de droit international, sans confusion possible avec le délit de droit interne. On voit d'ailleurs qu'il est nécessaire de changer le titre du projet tout entier, pour y mentionner la responsabilité juridique internationale des États ou la responsabilité des États en droit international.

29. Les travaux que la Commission mène en vue de mettre en place un régime spécial de responsabilité pour les infractions les plus graves vont parfaitement dans le sens du droit international contemporain. L'agression, qui est l'infraction la plus sérieuse, est si dangereuse pour la communauté internationale dans son ensemble que celle-ci a conféré au Conseil de sécurité des pouvoirs tout à fait singuliers pour la faire disparaître. Une agression est commise non par un individu mais par un État, comme le montre la définition de l'agression adoptée en 1974[6] : un individu n'est responsable de crime contre la paix que lorsqu'il y a acte d'agression de la part de l'État. Il s'agit non pas des individus en général, mais des personnes d'autorité qui exercent le pouvoir d'État. Presque tout ce qui a été dit de l'agression peut se dire du génocide, qui est plutôt un crime du pouvoir d'État qu'un crime individuel. À moins que la Commission ne rende justice à cette dernière considération, son travail sur la responsabilité restera vain.

30. Le Rapporteur spécial a cité le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie qui a déclaré qu'aux termes du droit international actuellement en vigueur il est évident que les États, par définition, ne peuvent faire l'objet de sanctions pénales semblables à celles prévues dans les systèmes pénaux internes (par. 57, al. *d*). La Cour interaméricaine des droits de l'homme a rendu une décision comparable[7]. Il est donc clair que la question relève bel et bien du droit international contemporain, mais rien n'empêche de la faire progresser dans la bonne direction. Il est tout aussi clair, comme on le voit à l'avis du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, que la responsabilité des États mettra en jeu à l'avenir quelque chose d'entièrement différent des sanctions pénales imposées par les systèmes juridiques nationaux.

31. La pratique internationale a jeté quelque lumière sur le problème. L'agression de l'Iraq contre le Koweït a été décrite par les hommes politiques et les médias comme un crime, et les mesures prises par le Conseil de sécurité

[5] Voir *Demandes reconventionnelles*... (2532e séance, note 20), p. 286.

[6] Résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale, annexe.

[7] Cour interaméricaine des droits de l'homme, affaire *Velásquez Rodríguez*, dommages-intérêts compensatoires, arrêt du 21 juillet 1989 [art. 63(1) de la Convention américaine relative aux droits de l'homme], série C, n° 7.

étaient pour une bonne part d'ordre punitif. On ne peut que souscrire à l'opinion du Rapporteur spécial, qui constate que le terme « crime » est utilisé de temps à autre pour qualifier la conduite des États dans des domaines tels que l'agression, le génocide, l'apartheid et le maintien de la domination coloniale (par. 58). Il n'en faut pas moins tenir compte de l'opposition de certains gouvernements et de la mauvaise volonté qu'ils marquent à adopter ce terme de « crime ». Celui-ci pourrait éventuellement être remplacé par la formule proposée, à laquelle même M. Pellet, qui aurait du mal à passer pour un conservateur, s'est référée. En tout état de cause il faudra conserver une catégorie particulière de responsabilité pour les crimes en question. De la même manière, les considérations exposées indiquent l'existence d'une certaine tendance du développement progressif du droit de la responsabilité des États. Le Rapporteur spécial n'a pas exclu ce développement et a évoqué les mesures qu'il fallait prendre pour mettre en place un régime des crimes internationaux des États, au sens propre du terme (par. 84).

32. On a aussi affirmé qu'il fallait déterminer le contenu du crime d'État et régler la question des procédures. À l'heure actuelle, il serait difficile de garantir les droits de la défense, encore que certains de ses éléments soient en voie d'apparition. Le Conseil de sécurité prend ses décisions en vertu de l'Article 39 de la Charte des Nations Unies, non seulement en cas d'agression, mais aussi lorsqu'il considère qu'il y a menace à la paix, par exemple dans les affaires de violation massive des droits de l'homme. Les résolutions consacrées à l'agression iraquienne ont dans une mesure considérable remplacé non seulement les armistices qui assuraient auparavant cette fonction, mais même les accords de paix. Elles ont réglé des questions très diverses, et même celle de la responsabilité. Cela n'est qu'un premier pas. Le Conseil, s'autorisant de l'Article 36 de la Charte, pourrait recommander aux États intéressés d'envisager de régler la question de la responsabilité par les procédures appropriées, notamment la saisine de la CIJ, saisine qui serait une condition préalable de la levée des sanctions par le Conseil. Pour le proche avenir, cette procédure pourrait être satisfaisante à l'égard des responsabilités dans les crimes particulièrement graves. Elle a la faveur de beaucoup de gouvernements et de juristes et représente une solution médiane entre ce qui est souhaitable et ce qui est possible.

33. La recommandation du Rapporteur spécial, tendant à éliminer l'article 19 serait une mesure rétrograde, pour les raisons que M. Pellet a expliquées. Un projet d'articles fondé sur cette hypothèse signifierait que ne seraient pas reconnues certaines infractions graves au droit international, ni la responsabilité particulière de ceux qui s'en rendent coupables. D'où un problème fondamental, pour lequel on entrevoit deux solutions. La première consisterait à abandonner le postulat de l'existence d'une catégorie spécifique de violations particulièrement graves du droit international, mais c'est une décision qui ne serait pas conforme au droit international positif moderne, et qui n'irait pas non plus dans le sens de son développement progressif. Bloquer le grand mouvement qui se dessine en droit international serait une responsabilité qui retomberait sur les épaules non pas des gouvernements, mais bien de la Commission. La deuxième solution consisterait à adopter l'article sur les violations particulièrement graves : malgré les imperfections qu'il présente en termes de procédure, il consacre suffisamment la notion et ouvre la voie à un règlement futur du problème.

34. Un nouveau développement de la responsabilité du droit international ne conduirait pas à la mise en place d'un droit pénal international applicable aux États que l'on pourrait comparer au droit interne. Le but de l'opération est de créer une forme spéciale de responsabilité juridique internationale. Si les États continuent de rejeter les propositions de la Commission, la responsabilité de ce rejet leur incombera; ce ne sera pas la faute de la Commission. Celle-ci aura fait son devoir d'organe d'experts indépendants chargé d'assurer le développement progressif du droit international.

35. M. BENNOUNA dit que c'est précisément en vue de qualifier de criminel un certain comportement de l'État que Roberto Ago a introduit la notion de responsabilité découlant d'un fait illicite, fait qui peut lui-même revêtir une gravité telle qu'il équivaut à un crime. Aussi bien les États que les particuliers peuvent évidemment commettre un acte criminel mais seul un particulier peut être incarcéré ou décapité pour ce motif. Ce qui est si terrible en la matière est que toute tentative pour punir l'État à raison de ses crimes, plutôt que les dirigeants qui en sont responsables, risque en pratique d'entraîner une répression collective — comme lorsque, à l'époque fasciste, la population d'un village tout entier a été exécutée en raison d'une seule infraction commise dans ce village.

36. Si l'on doit maintenant conclure qu'il existe des degrés de responsabilité en fonction de la règle primaire violée, il y aura divers niveaux de responsabilité plutôt que simplement des crimes et des délits, ce qui pourrait d'ailleurs mieux correspondre à la réalité. À ces fins, il faudra procéder à une analyse complémentaire pour déterminer les différentes conséquences sur le plan de la codification des normes en cause, laquelle, de son côté, exigera une approche moins conservatrice que celle qui consiste à ne penser qu'en termes de crimes et de délits. Aussi la question que M. Bennouna souhaite poser à M. Lukashuk est-elle de savoir si l'on ne parviendrait pas à un résultat plus satisfaisant en demandant au Rapporteur spécial de déterminer les degrés de responsabilité par rapport au type de règles violées plutôt que simplement par rapport au problème des crimes — qui, dans le passé, a entravé plus qu'il n'a accéléré les choses, en introduisant un élément de passion dans un domaine où ce sont les compétences juridiques qui sont nécessaires.

37. M. LUKASHUK dit qu'il ne se propose pas, il s'en faut, de faire décapiter ou incarcérer des États. Il ne saurait toutefois admettre que la violation d'un accord commercial international et le massacre de millions de personnes soient des délits assortis, l'un et l'autre, du même degré de responsabilité. En d'autres termes, il faudrait, pour les crimes particulièrement graves, instaurer un régime spécial.

38. M. THIAM dit que ses réserves à l'égard de l'article 19 sont parfaitement connues. Une question plus urgente toutefois concerne les pouvoirs de la Commission. Plus particulièrement, la Commission est-elle autorisée à revenir en deuxième lecture sur une question qu'elle a tranchée en première lecture ou les membres

doivent-ils limiter leurs commentaires aux questions de forme ?

39. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit qu'il ressort clairement de la pratique de la Commission que la deuxième lecture d'un projet constitue un exercice de fond.

40. Quant aux commentaires de M. Lukashuk, nul ne donne à entendre que le génocide et la violation d'un accord commercial international doivent être mis sur le même plan. Le Rapporteur spécial souhaiterait toutefois qu'on cesse de caricaturer ceux qui tiennent à abandonner la distinction simpliste établie à l'article 19, et à se livrer à l'exercice bien plus sophistiqué auquel MM. Bennouna et Simma ont fait référence.

41. M. ADDO demande si le régime spécial que M. Lukashuk a évoqué serait élaboré dans le cadre ou en dehors du projet d'articles sur la responsabilité des États.

42. M. LUKASHUK précise qu'il a parlé non de crimes mais des violations les plus graves de la loi. Si le titre est modifié, il se satisfera du projet.

43. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit qu'il souscrit aux conclusions de M. Lukashuk et tient à le remercier d'avoir rappelé à la Commission ses responsabilités, compte tenu de ce que les États attendent d'elle.

44. M. PELLET dit qu'il approuve, dans une très large mesure, les propos tenus par M. Lukashuk, sous réserve cependant d'une petite nuance concernant la nécessité d'envisager des procédures. Il faudra évidemment réfléchir à un mécanisme permettant de déterminer ce qu'est un crime, de même que la Convention de Vienne de 1969 prévoit un mécanisme permettant de déterminer si l'on est ou non en présence d'une règle de *jus cogens*. C'est là toutefois un point sur lequel la Commission a décidé de revenir. M. Pellet est un peu plus réticent à l'égard de la nécessité de disposer d'un mécanisme pour évaluer les conséquences d'un crime, car cela irait au-delà de ce que la Commission peut faire dans le cadre d'un projet d'articles sur la responsabilité des États et risquerait de l'entraîner dans des ornières où elle s'embourberait. Une distinction très soigneuse s'impose.

45. Par ailleurs, M. Pellet ne saurait être d'accord avec M. Bennouna, qui semble se tromper de terrain. La notion de crime est une notion normative, et il faut éviter de confondre la notion de responsabilité à l'examen avec la question de l'action du Conseil de sécurité. Bien que l'article 40 du projet (l'ancien article 5) — sur lequel le précédent Rapporteur spécial, M. Arangio-Ruiz, a désespérément, mais à juste titre, essayé de revenir — ait été mal conçu, il faut préserver l'idée qu'il contient. Ce n'est pas parce que la Commission décide d'évacuer la notion de crime que le Conseil verra ses pouvoirs changer.

46. M. Pellet est très content d'entendre le Rapporteur spécial dire que nul ne suggère de mettre sur un pied d'égalité des violations anodines et des violations très graves qui portent atteinte aux intérêts fondamentaux de l'ensemble de la communauté internationale. Cependant, la recommandation formulée au paragraphe 95 évoque la possibilité de parler de violations d'obligations *erga omnes*. Et le paragraphe 95, qui ne fait pas mention du *jus cogens*, de poursuivre qu'il doit être entendu que l'exclusion du projet d'articles de la notion de « crime international » d'État est sans préjudice du champ d'application du projet d'articles et de la possibilité de développer cette notion à l'avenir. En d'autres termes, le Rapporteur spécial souhaite enterrer la notion sans le dire effectivement, et cela ne correspond pas à ce qu'il vient de déclarer à la Commission. Pour sa part, M. Pellet est en désaccord avec cette recommandation.

47. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), répondant à M. Pellet, relève que le paragraphe 95 apporte la précision « notamment ». S'il s'est référé à la notion d'obligations *erga omnes,* c'est avant tout parce qu'elle est à l'origine de l'article 19 et que le *dictum* relatif à la *Barcelona Traction* est l'autorité primaire invoquée par la Commission. Il s'agit là d'une déclaration très importante : la Cour a été en avance sur son temps en la formulant, et la Commission se doit de la traduire en pratique. À cet égard, le Rapporteur spécial est entièrement d'accord avec MM. Simma et Bennouna. Par ailleurs, la notion de « crime », à proprement parler, pourrait avoir un rôle à jouer dans l'avenir; le Rapporteur spécial, contrairement à la plupart des personnes, n'y est pas opposé et il pourrait lui-même, à cet égard, être en avance sur son temps. Aussi est-il disposé à laisser cette notion de côté mais il se refuse absolument à exprimer un élément dénommé « crime », dont M. Pellet souhaite la présence, sans lui donner son nom, à l'article 19, perturbant ainsi l'exercice bien plus important d'élaboration et de concrétisation de la notion d'obligations intéressant l'ensemble de la communauté internationale, notion qui a effectivement sa place dans le projet d'articles.

48. M. BENNOUNA dit que le débat a clarifié un certain nombre de problèmes. Pour avancer sur le plan méthodologique, il faudra décider si la Commission entend ou non garder la notion de « crime ». Une fois cette question tranchée, la Commission sera libre d'aborder des questions plus sérieuses. Il n'y a pas lieu de s'engager dans un débat métaphysique sur l'existence de la notion de « crime », qui ne présente aucun intérêt du point de vue du droit international en l'état actuel.

49. M. KATEKA dit qu'il souhaite tout d'abord commenter la proposition autrichienne, qui a beaucoup retenu l'attention de la Commission. Certains membres ont vu dans cette proposition une approche à deux voies : soit une déclaration de principes devant être accompagnée d'une convention. D'autres membres ont interprété cette proposition comme préconisant une déclaration générale devant être suivie d'un guide de la pratique ou d'un code non contraignant. D'autres encore l'ont interprétée comme signifiant que la Commission produira deux instruments dont l'Assemblée générale en retiendra un. C'est en raison de cette confusion que M. Kateka trouve la proposition séduisante, encore qu'elle recèle des pièges potentiels. Il craint qu'une fois que la déclaration aura été adoptée, l'on ne s'en tienne là, et que l'idée d'un instrument contraignant ne soit oubliée. Un membre a appelé l'attention sur la Déclaration des principes juridiques régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique[8], qui a

[8] Voir 2532e séance, note 13.

ultérieurement été suivie du Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes. Mais, en l'absence de tout lien étanche entre les deux instruments éventuels, M. Kateka n'approuve pas l'approche à deux voies.

50. Dans son premier rapport, le Rapporteur spécial rappelle à la Commission qu'elle est engagée dans la deuxième lecture, vingt-sept rapports ayant été soumis au cours de près de cinquante ans d'histoire du sujet. Toutefois, l'existence de maints volumes sur le sujet de la responsabilité des États ne justifie aucunement la suppression proposée au paragraphe 95. La Commission doit éviter de tuer, par recours à une chirurgie radicale, ce qu'elle peut guérir en administrant le médicament approprié. Il faut éviter de réduire à néant les efforts rédactionnels antérieurs consacrés à l'article 19. M. Kateka est préoccupé par le fait que les membres de la Commission tentent de détruire au cours d'une session ce que leurs prédécesseurs ont mis des années à accomplir. À cet égard, il souscrit largement aux commentaires formulés par M. Thiam.

51. C'est cependant un soulagement d'entendre le Rapporteur spécial déclarer que, si la Commission décide de garder les crimes, il agira en conséquence. Pour sa part, M. Kateka ne prévoit aucune difficulté pour ce qui est de développer le sujet plus avant, la première lecture s'étant déroulée sur la base de l'existence de crimes d'État.

52. Après avoir envisagé, dans son premier rapport, cinq approches distinctes de la question de la responsabilité pénale de l'État, le Rapporteur spécial écarte les trois premières et retient les deux dernières, en militant en faveur du rejet de la notion de responsabilité pénale de l'État. Si M. Kateka est prêt à accorder au Rapporteur spécial le bénéfice du doute sur le fait que la valeur probante des éléments de preuve fait actuellement pencher la balance en faveur de l'avis selon lequel le droit international ne reconnaît pas la criminalité d'État, il conteste qu'il ne soit ni nécessaire ni opportun de tenter de faire évoluer les choses. C'est là une question qu'il appartient aux membres de la Commission et, en définitive, à l'Assemblée générale de trancher. Dans les commentaires et observations reçus des gouvernements sur la responsabilité des États (A/CN.4/488 et Add.1 à 3), les commentaires préconisant la suppression de la notion de crime d'État émanent d'une minorité bruyante et insignifiante d'États et ne reflètent pas les vues de l'ensemble de la communauté internationale. La majorité silencieuse n'a pas encore fait connaître sa position.

53. M. Lukashuk a eu raison de dire que la notion de crime d'État n'a pas été inventée par des juristes soviétiques. Le paragraphe 36 du commentaire de l'article 19 fait mention d'un juriste suisse du xix^{e} siècle et d'autres experts juridiques qui ont établi une distinction entre les violations graves et d'autres, moins graves, d'obligations internationales. Peut-être s'agit-il d'une question de libellé ou de terminologie.

54. M. Kateka conteste également l'avis exprimé par le Rapporteur spécial au paragraphe 94, selon lequel la CDI a besoin d'un mandat de la Sixième Commission pour traiter la question de la criminalité d'État. La CDI est déjà en possession de ce mandat, que l'Assemblée générale n'a pas limité à certains aspects de la responsabilité des États. La Sixième Commission, dans son ensemble, n'a pas contesté l'article 19, qui a été adopté provisoirement à la vingt-huitième session, en 1976. Comme il ressort du paragraphe 89, le Rapporteur spécial n'a pas entièrement écarté la notion de crime d'État, puisqu'il la prend en considération dans le cas de l'agression; pour sa part, M. Kateka ajouterait le génocide comme autre exemple.

55. Les cinq éléments envisagés par le Rapporteur spécial pour un régime de la responsabilité de l'État ne sont pas tous indispensables; le cinquième élément, par exemple — éviter de stigmatiser un État en qualifiant son comportement de criminel — méconnaît la réalité actuelle. Le raisonnement rejoint celui adopté à propos du châtiment de la population tout entière d'un État. En pratique, cela s'est déjà produit. La Commission n'a nullement besoin de dire au peuple iraquien que l'adoption de la notion de crime d'État peut avoir pour conséquence d'infliger un châtiment à une population tout entière. Le peuple iraquien a souffert avant même que la Commission n'ait adopté ladite notion.

56. Certains crimes internationaux peuvent en fait être commis aussi bien par des individus que par des États. L'opinion traditionnelle, inspirée de la conception de Nuremberg selon laquelle les crimes contre le droit international sont le fait de particuliers, est trop étroite. Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal pénal international pour le Rwanda traitent de la criminalité de l'individu, et même la cour criminelle internationale dont la création est envisagée se contentera de prendre en considération les crimes commis par un individu. Toutefois, comme il ressort des observations écrites des pays nordiques, qui figurent dans les commentaires et observations reçus des gouvernements sur la responsabilité des États, le comportement d'un individu peut entraîner la responsabilité de l'État qu'il ou elle représente. En pareil cas, il faut faire en sorte que l'État lui-même assume la responsabilité sous une forme ou une autre, soit en l'obligeant à verser des dommages-intérêts dissuasifs, soit en lui infligeant des mesures portant atteinte à sa dignité d'État. Bien entendu, la sanction pénale ne saurait être la même pour un individu et pour un État.

57. Pour s'opposer à une criminalisation de la responsabilité des États, l'on a invoqué la crainte qu'il ne soit porté atteinte à leur souveraineté. Mais les dispositions juridiques concernant la répression ont été limitées à l'indemnisation, la restitution en nature et la satisfaction. Si un État commet un fait internationalement illicite, il est tenu, par exemple, de verser une indemnisation « seulement [pour les] conséquences immédiates et naturelles de [ses] actes », pour citer M. Brownlie[9]. De même qu'en droit interne une personne est censée avoir voulu les conséquences naturelles et probables de ses actes, un État est tenu d'assumer la responsabilité internationale pour les violations graves et autres infractions.

58. Il faut établir une distinction entre les crimes internationaux et les délits internationaux, le recours au critère

[9] J. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility*, première partie, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 224.

de la gravité de la violation étant à cet égard essentiel. Comme on a eu raison de le souligner, la violation d'une clause tarifaire internationale ne saurait être mise sur le même plan que l'agression ou le génocide. M. Kateka n'est pas opposé à l'emploi du terme « crime », encore que des expressions prêtant moins à contestation telles que « acte illicite grave » ou « violation grave » soient également acceptables. Cela étant, il faut garder la notion fondamentale, à savoir qu'un État peut commettre un fait internationalement illicite de caractère grave.

59. On a également laissé entendre que les puissants pourraient abuser de la notion de crime d'État pour opprimer les faibles. Il n'en sera rien si la Commission prévoit un mécanisme institutionnel approprié pour établir objectivement qu'un crime ou un délit a, le cas échéant, été commis, question pour laquelle il faudrait éviter de s'en remettre à la décision subjective de l'État lésé. Même le recours à des contre-mesures a été limité, des conditions ayant été imposées et l'emploi ou la menace de la force exclus. Un tel mécanisme, associé à un mécanisme de règlement obligatoire des différends, devrait permettre de dissiper les craintes de certains membres de la Commission.

60. Des imperfections et des lacunes subsistent dans le projet d'articles, mais la poursuite du débat à la Commission et des travaux complémentaires au Comité de rédaction permettront d'y remédier. Des points faibles existent, notamment à l'article 40, où l'expression « État lésé » s'entend de tous les autres États si le fait internationalement illicite constitue un crime international. Cette disposition est trop large et pourrait donner lieu à des abus. Il faut fixer des paramètres : tous les États pourraient être lésés par la violation d'une obligation *erga omnes*, mais tout État ne sera pas autorisé à présenter une demande.

61. Quant aux conséquences d'un crime international, certains membres ont vu dans les articles 51 à 53 un obstacle. M. Kateka se demande si quiconque pourrait être opposé à l'obligation de ne pas reconnaître comme licite la situation créée par un crime international. Qui prêterait assistance à un État qui a commis un crime international pour maintenir la situation ainsi créée ? M. Kateka peut concevoir la réticence de certains États à l'égard d'une obligation de coopérer mais il ne comprend pas qu'ils adoptent la même attitude à l'égard des obligations de non-reconnaissance. On a fait valoir que la criminalisation de la responsabilité des États pourrait amoindrir le rôle du Conseil de sécurité, mais nul n'a proposé d'apporter une modification à la responsabilité primaire du Conseil de maintenir la paix et la sécurité internationales. En pratique, c'est le Conseil qui a manqué à ses engagements envers la communauté internationale en intervenant trop tard, comme dans l'ex-Yougoslavie, ou en omettant d'agir aucunement, comme lors du génocide au Rwanda en 1994. L'existence d'un système indépendant aurait peut-être permis d'éviter les drames que ces pays ont connus.

62. L'article 19 a fait l'objet de critiques visant tout particulièrement son paragraphe 3, pour le motif que ce paragraphe donnerait le démenti au paragraphe 2 et se contenterait d'énumérer de vagues notions de crimes. Pourtant, cet argument n'a pas été invoqué contre le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité[10], qui ne donne pas non plus de définition expresse des crimes mais se contente de les énumérer. L'énumération au paragraphe 3 appelle un certain nombre de modifications rédactionnelles pour rencontrer l'approbation de tous. À ce propos, M. Kateka a été intrigué par une communication de M. Pellet dans laquelle celui-ci a fait valoir que les puissances industrielles craignent que la notion juridique de crime ne puisse servir d'arme contre elles : après tout, ce sont les petites puissances qui devraient éprouver cette crainte, les grandes étant, en tout état de cause, déjà protégées par leur droit de veto au Conseil de sécurité.

63. Il ressort du commentaire de l'article 19 que toutes les questions n'ont pas été résolues et qu'il faudra s'en préoccuper. Il est possible d'établir une distinction plus nette, fondée sur le degré de gravité, pour autant que la Commission le veuille réellement. Cela contribuera au développement progressif du droit international au vrai sens de l'expression. M. Kateka souscrit à l'avis de M. Simma selon lequel la Commission devrait préciser si elle est contre le principe de traiter les crimes internationaux, ou contre la méthode.

64. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), demandant la parole pour une précision, dit qu'il n'est pas pour la quatrième, mais pour la cinquième variante. Ses vues sont exposées aux paragraphes 83 et 89. Par ailleurs, en ce qui concerne la cinquième des cinq conditions dont il a affirmé qu'elles devront être réalisées pour qu'il y ait un régime de crimes au sens propre de l'expression, le fait est qu'en stigmatisant une entité et en taxant de crime son comportement, il faudra, à quelque stade, déclarer que l'affaire est close, que la question a été réglée et que ladite entité peut être réintégrée dans la communauté internationale. C'est là à l'évidence un problème très complexe s'agissant du traitement à réserver à des États, à long terme. Le Rapporteur spécial ne se préoccupe pas de savoir si ces États seront stigmatisés sur le moment : il est évident qu'ils le seront. La question est de savoir à quel stade ces stigmates seront considérés comme ayant été effacés. Le problème est réel, car des pays tels que l'Afrique du Sud et le Cambodge se débattent actuellement avec la difficulté de refermer le livre de certains crimes effroyables.

65. M. OPERTTI BADAN dit qu'il a de graves doutes sur le sujet. Il approuve les commentaires de plusieurs États dans les commentaires et observations reçus des gouvernements sur la responsabilité des États, par exemple ceux de la France, lorsqu'elle déclare, à propos de l'article 19, que la responsabilité des États n'est ni pénale ni civile, mais simplement *sui generis*. Concernant le commentaire fait par le Gouvernement français à propos du paragraphe 3 de cet article, M. Opertti Badan souscrit à son argumentation selon laquelle, à l'échelon international, il n'y a encore ni législateur, ni juge, ni police chargés d'attribuer la responsabilité pénale à des États ou de veiller à ce que ceux-ci se conforment à toutes les dispositions de droit pénal qui pourraient leur être applicables. Toutefois, la Commission est engagée dans le développement progressif du droit international. Elle doit

[10] Pour le texte des articles adoptés par la Commission à sa quarante-huitième session, ainsi que les commentaires y relatifs, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2e partie), p. 17, doc. A/51/10, par. 50.

éviter d'adopter d'entrée de jeu une position susceptible de bloquer ce développement, en refusant d'examiner une question qui est certes *sui generis* mais qui, en tout état de cause, lui fait aussi obligation d'envisager une procédure spéciale ou des règles qui répondraient au vœu légitime de la communauté internationale de disposer de quelque mécanisme de protection.

66. La communauté internationale est sur le point de créer une cour criminelle internationale, et la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour criminelle internationale[11] se tiendra à Rome du 15 juin au 17 juillet 1998. La Commission examine actuellement des questions connexes. Le meilleur signal qu'elle puisse donner est qu'en engageant le débat elle ne part pas de zéro; le passé doit être pris en compte. La Commission doit par conséquent s'efforcer de se mettre d'accord sur le point de savoir si elle traitera de la responsabilité des États au niveau d'un fait internationalement illicite — que cette responsabilité soit pénale ou *sui generis*. Mais il ne convient pas de se débarrasser du sujet de la responsabilité en faisant valoir que punir l'État équivaut à punir la population. Inutile de le préciser, la population ressent l'effet des actes de ses dirigeants. Toutefois, en présence d'une population qui souffre sous les dirigeants de son propre État et de populations d'un autre État qui pâtissent également des conséquences de la violation du droit international par le premier État, le Rapporteur spécial accorde une attention plus grande à cette dernière population, car elle ne dispose d'aucun moyen d'exercer un contrôle ou une influence sur les dirigeants de l'État qui commet un acte d'agression. Aussi importe-t-il de ne pas céder à la tentation de se montrer d'emblée très radical. On pourra le faire à la fin. Au début, il est indispensable de manifester une certaine ouverture d'esprit.

67. M. ROSENSTOCK dit que la confusion créée par la Commission à l'article 19 et dans la deuxième partie a conduit M. Kateka à conclure que ceux qui sont opposés à la conception tout entière de l'article 19 sont dans un certain sens peu favorables à la non-reconnaissance d'événements engendrés par les faits criminels des États. Le problème n'est pas là : nul n'est opposé à la non-reconnaissance de conséquences découlant de crimes dits d'État. L'exemple suivant permet d'illustrer cette confusion : si le Canada devait attaquer les États-Unis d'Amérique et les États-Unis repousser cette agression et finir par occuper le Manitoba, les États-Unis, ce faisant, auront exercé la force en état de légitime défense. Il s'agira d'un acte parfaitement légitime, et aucun crime n'aura été commis par les États-Unis ni probablement par le Canada. Une telle acquisition de territoire par recours à la force devra-t-elle être reconnue ? Dans la négative, l'on sera nécessairement amené à s'interroger quelque peu sur un régime qui instaure un système dans lequel les conséquences *a contrario* de la deuxième partie, sous sa forme actuelle, reconnaîtront cette acquisition. Qu'il soit ou non possible de remédier à la confusion en gardant la notion de l'article 19 tout en lui donnant une autre dénomination ou en supprimant cet article, il est essentiel de trouver un moyen de sortir de la situation actuelle. La deuxième partie tout entière, pour autant qu'elle se rapporte aux soi-disant crimes ou faits de caractère particulièrement grave, ou quelle que soit la manière dont la notion est exprimée, crée une situation chaotique non seulement pour les soi-disant crimes, mais aussi pour le droit international en général. M. Rosenstock est loin d'être convaincu qu'une solution puisse être trouvée aussi longtemps que la Commission gardera le néologisme « crime » ou quelle que soit la dénomination qu'elle décidera en définitive de lui donner.

68. M. PELLET, se référant aux commentaires de M. Rosenstock, dit qu'on comprend difficilement, dans l'exemple cité du Canada attaquant les États-Unis, comment le Canada ne serait pas inévitablement responsable d'un crime, à savoir d'une agression contre les États-Unis. M. Pellet partage le point de vue de M. Rosenstock selon lequel il est indispensable de mettre de l'ordre dans la confusion qui entoure la question du crime, mais cela n'est pas à dire qu'il faut supprimer l'article 19. M. Pellet est sensible à ce que M. Opertti Badan a dit au sujet des risques de blocage et il ne pense pas que la Commission ait besoin d'entrer dans le détail des choses. Pour l'instant, elle devrait simplement prendre acte de ce qui est, et M. Pellet continue à penser que le crime est, même si M. Bennouna estime qu'il ne s'agit là que d'une conviction métaphysique.

69. M. Kateka a mis en doute une assertion faite par M. Pellet, dans une conférence qu'il a donnée à l'Institut universitaire des hautes études internationales, à savoir que l'une des raisons pour lesquelles l'on souhaite actuellement revenir sur la notion de crime est que les grandes puissances ont peur de cette notion. M. Pellet peut faire valoir deux arguments à l'appui de cette assertion. Premièrement, les concepts sont généralement l'arme des faibles : la souveraineté, par exemple, loin d'être un instrument employé contre les petits États est en fait dans leurs mains un formidable instrument juridique dont ils se servent contre les grands États. La notion de crime est une notion qui peut avoir un effet analogue. Deuxièmement, les grandes puissances possèdent déjà une arme pour imposer des sanctions, à savoir le Conseil de sécurité. La notion de crime est une façon de se placer sur un autre terrain, sans donner au Conseil le pouvoir de susciter des obstacles dans une situation où les membres permanents pourraient créer un blocage alors qu'un crime a été commis.

70. M. GALICKI dit que le sentiment qu'il retire du débat est que la Commission est en train de se livrer à des travaux non de juristes, mais de géologues. En explorant les vestiges du passé, elle a déterré toute une gamme de substances minéralogiques, tantôt solides, tantôt liquides. Les crimes commis par les États participent de la dernière variété — mais aucun édifice juridique ne saurait être construit sur des fondations aussi mouvantes. En tout état de cause, la Commission a pour tâche principale d'élaborer un projet sur la responsabilité des États. Cela n'est pas à dire qu'elle peut définitivement renoncer à définir les crimes d'État. Le Rapporteur spécial a raison de dire qu'elle doit se concentrer sur des notions plus solides, et de préconiser une approche très souple, que M. Galicki, pour sa part, approuve entièrement. Enfin, il n'est guère judicieux d'établir une analogie entre la responsabilité pour les crimes d'État et la responsabilité pour les crimes

[11] Voir 2533e séance, note 8.

commis par des individus, et le procédé est de surcroît source de malentendus.

71. M. Sreenivasa RAO dit qu'il fait siens, d'une façon générale, les commentaires de M. Kateka. Le Rapporteur spécial a pour l'essentiel obligé la Commission à répondre par l'affirmative ou la négative à la question de savoir si l'article 19 doit demeurer dans le projet. À mesure que le débat avance, un certain nombre de considérations valables pour l'économie tout entière du projet sont émises — considérations qui demandent à être examinées bien plus avant, quel que soit le sort qui sera réservé à l'article 19.

72. L'une des questions qui se sont posées — question philosophique à ramifications pratiques — est de savoir s'il est possible de punir un État en la personne des individus responsables de ses décisions à tel ou tel moment, sans punir l'ensemble des citoyens de cet État. Dans quelle mesure un dirigeant peut-il exercer ses fonctions en toute autonomie par rapport à la société qu'il ou elle gouverne ? Même sous la pire des dictatures, il existe souvent une corrélation affective entre la société et ses dirigeants, alors que dans une démocratie, où les dirigeants sont supposés exprimer la volonté du peuple, l'on constate souvent, en politique, une certaine distanciation à l'égard de cette volonté.

73. Un certain nombre de questions juridiques ont également été soulevées et sont en train d'être élucidées grâce aux nombreux commentaires des membres de la Commission : quelle est la distinction entre le crime et les obligations *erga omnes*/de *jus cogens* ? Comment les États lésés, quoique à des degrés divers, seront-ils couverts, et l'intérêt commun garanti ?

74. M. AL-KHASAWNEH dit que M. Rosenstock a raison d'affirmer que le projet est vicié parce qu'il limite la non-reconnaissance aux crimes : il devrait s'appliquer à de nombreuses situations d'illicéité, qu'elles soient ou non qualifiées de criminelles. Le meilleur exemple est constitué par l'avis consultatif de la CIJ dans l'affaire de la *Namibie* dans lequel la Cour a invité les États à ne pas reconnaître la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie. En limitant la non-reconnaissance aux crimes, l'on risque en fait de susciter des interprétations *a contrario*. Dans l'exemple donné par M. Rosenstock, peu importe que l'action du Canada constitue un crime car le Canada est à l'évidence l'agresseur, et tout territoire acquis par les États-Unis le sera dans l'exercice du droit de légitime défense.

75. M. DUGARD note que ceux qui sont favorables à la notion de crime d'État — comme c'est son cas — ont indiqué qu'ils ne s'opposeront pas à l'emploi de quelque expression autre que celle de « crime d'État ». Il serait toutefois plus cohérent que les défenseurs de ce point de vue s'efforcent d'assimiler la notion de crime d'État à celle de crime en droit interne, de manière à rattacher au crime d'État les conséquences graves normalement liées au crime en droit interne. En modifiant la terminologie, on risquerait de banaliser la notion et de réduire le crime d'État à une infraction intermédiaire entre un délit international et un crime international. M. Kateka et d'autres partisans du « crime d'État » estiment-ils qu'un compromis peut logiquement être trouvé ? Si M. Kateka préfère prendre en considération le crime international dans toutes ses ramifications, estime-t-il que la CDI peut faire droit à cette tentative dans le cadre du projet d'articles à l'examen ? Ou devrait-elle entreprendre une étude distincte dans le cadre de son mandat existant ? M. Dugard trouve très séduisante la proposition de M. Kateka d'entreprendre une nouvelle étude sans solliciter de nouveau l'approbation de la Sixième Commission, celle-ci l'ayant déjà donnée tacitement. Cette façon de procéder permettrait peut-être de sortir du présent dilemme.

76. M. KATEKA dit que, si l'emploi du terme « crime » crée des problèmes philosophiques à certains membres de la Commission, son remplacement par un autre terme pourrait créer des difficultés au Rapporteur spécial. Une analogie entre les crimes internes et les crimes internationaux soulève de même un problème : comment pourrait-on établir la *mens rea* (l'intention délictueuse) d'un État ? Et l'expression « crime international » est déjà employée dans le contexte des crimes commis par des individus, notamment pour les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et les génocides.

77. Quant à savoir si la Commission peut faire droit, dans le projet d'articles à l'examen, à la notion qui sous-tend l'article 19, il appartient au Rapporteur spécial d'en décider. Il a déjà indiqué qu'une nouvelle étude devrait être entreprise à cet effet; M. Kateka, en revanche, estime que le problème peut être résolu dans le cadre du projet à l'examen. Il faudra harmoniser des points de vue nettement divergents sur plusieurs questions — les crimes, l'État lésé, le règlement obligatoire des différends et les mécanismes en cause. Si l'on y parvient — et M. Kateka est convaincu que cela est possible —, il sera superflu de recommencer le travail : on pourra utiliser le projet à l'examen comme point de départ.

78. M. PELLET dit qu'il souscrit à ces observations. Par contre, il ne partage aucunement l'opinion de ceux qui estiment qu'il existe un sens propre, inéluctable du mot « crime », à savoir celui qui existe en droit interne. Il est absolument convaincu du contraire et s'associe, sur ce point, à l'avis émis par la France dans ses commentaires : la responsabilité internationale n'est ni pénale ni civile, il s'agit d'un système juridique différent. Il ne voit pas pourquoi les « partisans du crime » ne seraient pas conséquents avec eux-mêmes : en fait, ils sont prêts à vivre sans le mot « crime » alors que nombre de ceux qui sont hostiles à la notion de crime font une fixation sur la dénomination. M. Pellet n'a aucune objection à ce qu'on parle du crime international de l'État, comme M. Kateka l'a suggéré. Subsidiairement, l'on pourrait remanier le texte du paragraphe 2 de l'article 19 comme suit : « Un fait internationalement illicite qui résulte d'une violation par un État d'une obligation si essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble produit des effets juridiques particuliers ». Ce que M. Pellet refuse absolument, c'est d'accepter l'idée qu'un État puisse être criminel au même sens qu'un individu peut l'être en droit interne.

79. M. Galicki a fait observer que les membres de la Commission tendent souvent à parler de responsabilité pénale individuelle. Cela est vrai. Le premier rapport du Rapporteur spécial, et plus encore l'exposé oral qui en a été fait, ont mélangé les deux choses et essayé d'inciter la Commission à abandonner le domaine du crime d'État

pour celui du crime de l'individu, bien que les deux domaines soient complètement différents. Il est inconcevable que les dirigeants d'un État puissent être attraits devant un tribunal pénal international et perdre ainsi leur immunité de juridiction, sans que quelque fait se soit produit : et ce fait est manifestement, selon M. Pellet, le crime.

80. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit qu'on entend les partisans de l'article 19 tantôt exiger un régime distinct, tantôt préconiser un régime non différencié. Pour éclairer le débat, on se reportera au raisonnement de Roberto Ago en la matière. Celui-ci a déclaré très précisément qu'un régime distinct s'impose si l'on veut prendre les crimes en considération — déclaration à laquelle le Rapporteur spécial, pour sa part, souscrit sans réserve. Pour incorporer les crimes dans le projet, il faudra modifier l'article premier, qui est parfaitement bien conçu au regard des faits internationalement illicites en général mais devra en outre faire référence à la faute pour couvrir également les crimes. L'article 10 (Attribution à l'État du comportement d'organes agissant en dépassement de leur compétence ou en contradiction avec les instructions concernant leur activité) devra être modifié, car un État ne saurait être considéré comme ayant commis un crime s'agissant d'un acte d'un représentant officiel agissant en dépassement de sa compétence, alors qu'il peut être considéré comme ayant commis un fait illicite.

81. Certes, la notion de crime comporte une force affective propre et, pour partie, la force souhaitée par M. Pellet est précisément la notion de crime. Pour sa part, le Rapporteur spécial tient à réserver cela pour l'avenir. Il parle non d'individus mais de personnes morales qui sont déjà tenues pour pénalement responsables. Bien que ce stade n'ait pas été encore atteint dans le cas des crimes d'État, il n'est pas impossible qu'il le soit dans l'avenir. L'Iraq est maintenant traité comme un criminel virtuel. L'agression initiale relève, comme M. Simma l'a indiqué, d'un régime spécial en vertu de la Charte des Nations Unies mais, en tant que juriste, le Rapporteur spécial préférerait que le traitement infligé à l'Iraq, et toutes les conséquences qui s'ensuivent, se déroulent selon un processus plus ordonné que ce n'est le cas. Les institutions nécessaires pour procéder de quelque autre manière ne sont pas encore disponibles, mais il faut réserver la possibilité de les voir apparaître dans l'avenir.

82. Dans l'intervalle, si M. Pellet se contente d'affirmer que la violation d'une obligation envers l'ensemble de la communauté internationale entraîne des conséquences particulières, le Rapporteur spécial est nécessairement d'accord avec lui. En fait, il s'efforce d'expliquer de façon systématique quelles pourraient être ces conséquences et comment elles joueraient. Et il est également d'accord avec M. Pellet sur un autre point : à savoir que le projet d'articles, sous sa forme actuelle, omet totalement de ce faire. Pour remédier à ce problème, il propose, pour sa part, de reconnaître l'existence d'obligations envers l'ensemble de la communauté internationale dont la violation grave porte atteinte aux intérêts de cette communauté. Toutes les obligations qui présentent un intérêt pour l'ensemble de la communauté internationale ne donnent pas lieu, en cas de violation, et même de violation grave, à des « crimes », au sens propre du terme. Toutefois, le Rapporteur spécial tient à réserver la possibilité que certaines de ces infractions pourraient constituer des crimes au vrai sens du terme. D'un point de vue moral, un État qui commet un génocide commet un crime. Ce qui s'est passé au Cambodge constitue un crime.

83. M. HAFNER dit qu'il faut bien savoir que la responsabilité individuelle n'a rien à voir avec la responsabilité qu'un État peut assumer. La responsabilité de l'individu relève du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda, et il appartiendra à la future cour criminelle internationale de s'en occuper. Même dans le cas d'un génocide, M. Hafner doute que le crime soit commis de manière identique, que son auteur soit un individu ou un État.

84. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA note que les positions des membres de la Commission convergent progressivement. On semble nettement aspirer à une lecture de l'article 19 en liaison avec l'article premier et prendre de plus en plus conscience que toutes les modifications susceptibles d'être apportées à cet article entraîneront automatiquement des conséquences pour les articles qui précèdent. L'article 19 se situe dans la logique de l'article premier, article qui est à l'origine de la révolution du droit de la responsabilité internationale des États. Si toutes les analogies avec le droit interne doivent être gommées et que, en particulier, le mot « crime » doit être sacrifié, le mot « délit » pourrait avoir à subir le même sort.

85. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit qu'il souscrit pleinement à cette idée vu que les deux termes créent une analogie avec le droit interne et que, si le terme français « délit » a un sens très précis en droit pénal, ce n'est pas le cas du terme anglais *delict*. Vu les maintes imperfections de l'article 19, le Rapporteur spécial est tout à fait partisan d'abandonner provisoirement cet article — sans évidemment renoncer à la distinction entre les obligations envers l'ensemble de la communauté internationale et les obligations envers tels ou tels États. Le débat sera plus clair et un régime approprié pourra être instauré sans l'article 19, qui a créé une confusion incommensurable.

86. M. GALICKI explique que, dans sa précédente intervention, il n'a pas affirmé que le Rapporteur spécial a eu tort de juxtaposer, dans son rapport, les notions de responsabilité des individus et de responsabilité des États, mais plutôt que la Commission semble ce faire dans son débat. Il est partisan, non d'abandonner définitivement la notion de crime d'État mais de la laisser temporairement de côté.

87. M. BENNOUNA dit que la difficulté posée par l'article 19 tient à ce qu'il exige qu'une infraction soit rangée dans l'une des deux catégories que sont les crimes et les délits, alors qu'il existe en fait un continuum de faits illicites et que chaque fait doit être apprécié en tant que tel, individuellement. Cela ne signifie pas, toutefois, que le problème des crimes ne pourra pas être abordé ultérieurement, dans un autre contexte.

88. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit qu'il peut souscrire à la proposition de reprendre le problème du crime à une date ultérieure. Mais il demande s'il serait possible de le faire dans le cadre du même sujet que celui que la Commission est en train d'examiner — notamment s'il existe un continuum de faits internationalement illicites. Il n'est

pas partisan de séparer artificiellement des notions qui sont en fait liées, encore qu'elles se situent à des points différents du continuum.

89. M. AL-KHASAWNEH dit que le Rapporteur spécial semble avoir affirmé que même une violation grave des intérêts fondamentaux de la communauté internationale ne constitue pas un crime. Mais alors, qu'est-ce qui constitue un crime ? M. Al-Khasawneh n'est pas troublé par l'analogie avec les systèmes juridiques nationaux car la question de savoir ce qui constitue un crime dans ces systèmes est en définitive tranchée d'un point de vue subjectif : le degré de réprobation que suscite, dans la conscience collective, la perpétration d'un acte répréhensible. Il n'y a aucune uniformité dans la conscience collective nationale, et il y en aura encore moins dans une société internationale.

Organisation des travaux de la session *(suite*)*

[Point 1 de l'ordre du jour]

90. Le PRÉSIDENT annonce que la Commission a créé un groupe de travail à composition non limitée sur la protection diplomatique qui sera présidé par M. Bennouna, Rapporteur spécial sur le sujet.

La séance est levée à 13 h 15.

* Reprise des débats de la 2530e séance.

2535e SÉANCE

Mardi 26 mai 1998, à 10 h 5

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Al-Khasawneh, M. Bennouna, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Thiam, M. Yamada.

Responsabilité des États[1] *(suite)* [A/CN.4/483, sect. C, A/CN.4/488 et Add.1 à 3[2], A/CN.4/490 et Add.1 à 7[3], A/CN.4/L.565, A/CN.4/L.569]

[Point 2 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

1. M. HAFNER, commentant tout d'abord l'introduction du premier rapport (A/CN.4/490 et Add.1 à 7) et notamment la question de la pertinence de la distinction entre règles primaires et règles secondaires, dit qu'à son avis la véritable distinction tient plus à la fonction de telle ou telle norme qu'à son contenu. Quoi qu'il en soit, l'existence, semble-t-il, d'un accord au sein de la Commission, ainsi qu'entre les États, rend superflue la poursuite de la discussion sur ce point.

2. Pour ce qui est du remaniement du projet d'articles, il préconise, dans la première partie, la suppression des articles excluant l'attribution d'actes à un État et la simplification d'autres articles comme ceux relatifs aux crimes complexes. La deuxième partie, notamment l'article 40 du projet (Sens de l'expression « État lésé »), mériterait une reformulation. Pour ce qui est de la troisième partie, la Commission aura certainement l'occasion de revenir sur la justification même de son existence. Il ne fait toutefois aucun doute qu'il faut conserver le système envisagé par le précédent Rapporteur spécial, Roberto Ago, eu égard à l'état encore embryonnaire de l'organisation de la communauté internationale. Ni l'insertion du dommage comme un des éléments constitutifs d'un fait illicite, ni la référence à une quelconque forme de *culpa* ou *dolus*, autrement dit à la *mens rea*, ne seraient de nature, vu le caractère subjectif de ces notions, à introduire plus de clarté et de stabilité dans les relations internationales.

3. L'idée d'étendre à la première partie du projet la disposition prévue à l'article 37 de la deuxième partie *(Lex specialis)* n'est pas aussi simple qu'elle paraît, puisque le régime particulier ne prévaudrait que s'il prévoyait une règle différente; dans le cas contraire, la règle générale devrait s'appliquer. À propos de l'adjonction éventuelle d'une disposition sur la perte du droit d'invoquer la responsabilité, analogue par exemple à celle de l'article 45 de la Convention de Vienne de 1969, M. Hafner est d'avis que la règle du consentement ne suffirait certainement pas à régler cette question.

4. Pour ce qui est de la forme que prendront en définitive les travaux de la Commission, il observe que la proposition dite « autrichienne » reviendrait à fixer, le plus tôt possible, les principes reconnus sans controverse, sur lesquels les États pourraient fonder leurs activités, sans exclure l'élaboration ultérieure d'un traité sur la responsabilité des États. Selon l'interprétation de M. Hafner, le premier document énoncerait les principes directeurs dans le domaine de la responsabilité des États, correspondant au contenu de la première partie du projet auquel s'ajouteraient certaines idées de la deuxième partie, exclusives de tout développement progressif du droit international et déjà acceptées dans la pratique des États. Une telle formulation aurait un quadruple objectif : refléter et consacrer la pratique existante des États; établir la base des travaux futurs de la Commission sur ce sujet, que les États pourraient considérer comme un acquis à cet égard; offrir un document propre à résister à l'épreuve du temps, qui permettrait notamment à la Commission de voir si la réaction des États exprime une acceptation générale; en cas d'acceptation par les États, contribuer à une meilleure acceptation des futurs projets d'articles de la Commission, qui feraient l'objet du second document.

[1] Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2e partie), p. 62, doc. A/51/10, chap. III, sect. D.

[2] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

[3] Ibid.

Celui-ci, qui pourrait être ou non de nature conventionnelle, serait plus ambitieux, comporterait éventuellement certains éléments de développement progressif et s'efforcerait de traiter tous les aspects de la responsabilité des États. Une telle démarche permettrait à la Commission, en faisant fond sur la partie déjà « mûre » des travaux sur le sujet, de mettre à la disposition des États un instrument utilisable dans leur pratique quotidienne et de favoriser progressivement leur acceptation de la notion de responsabilité des États.

5. À titre personnel, M. Hafner ne juge pas indispensable l'élaboration d'un traité, s'agissant de l'essence réelle du droit international. L'exemple mis en avant par certains de la Convention de Vienne de 1969 n'est pas vraiment concluant, l'effet positif de celle-ci résultant de sa teneur plus que de sa forme. La forme conventionnelle aurait par ailleurs l'inconvénient de créer des différences dans le droit applicable selon que tel ou tel État aurait ou non la qualité de partie au traité. À cela s'ajouterait la rigidité de la formulation conventionnelle et la possibilité pour les États d'exprimer des réserves.

6. En ce qui concerne l'article 19 (Crimes et délits internationaux) et le problème des crimes d'État, M. Hafner perçoit dans les exposés doctrinaux plus ou moins divergents qu'ont fait les membres de la Commission une certaine communauté de vues. Ainsi, il y a apparemment accord sur l'idée que certains faits illicites préoccupent à ce point l'humanité qu'ils méritent d'être traités séparément, à l'intérieur ou en dehors du système de responsabilité des États. La principale idée sous-jacente est qu'il existe un ordre public commun à l'échelon mondial qui doit être protégé, la question étant toutefois de savoir qui est habilité à exercer cette protection. La communauté des États repose encore en grande partie sur le système dit « westphalien », c'est-à-dire un système décentralisé, marqué par la réciprocité et fondé sur la seule compétence des États pour assurer le respect du droit conformément à leurs intérêts individuels. L'époque contemporaine a toutefois connu une évolution des relations internationales en ce qu'un intérêt commun s'est fait jour et que la société internationale a atteint un degré supérieur d'organisation — une solidarité internationale — dont le progrès suppose toutefois un recul de la souveraineté des États. D'où l'incertitude quant à l'évolution future de la communauté des États et la difficulté de traiter de la question des crimes, même si, réserve faite de la terminologie à employer et de la transposition éventuelle de notions du droit pénal interne, l'on doit admettre que ce type de violation mérite un traitement distinct.

7. On ne saurait davantage nier l'existence, que reconnaissent de nombreux ouvrages de doctrine, de ce type particulier de contravention. De fait, comme l'affirment certains auteurs, si les crimes n'ont donné lieu à aucune décision judiciaire, cela résulte non pas de leur inexistence, mais de l'absence d'organes compétents pour en connaître. En outre, l'affirmation de l'existence de crimes remplit déjà une fonction préventive et il serait difficile désormais de faire accepter sa négation aux États. Il n'en reste pas moins qu'en ce sens, la notion de crime contient un certain élément de progressivité, s'agissant en particulier de la mise en œuvre de la responsabilité qu'elle implique. À cet égard, la communauté des États est encore dans une phase de transition et ne s'appuie pas sur des bases très sûres. Une illustration de cette incertitude est notamment fournie par la question de savoir si, ces contraventions étant un sujet de préoccupation pour la communauté internationale et suscitant par exemple un sentiment de solidarité, il pourrait exister non seulement un droit d'action laissé à l'appréciation d'un État, d'un organe ou de cinq États particuliers, mais aussi une obligation d'agir. En effet, dans une communauté internationale régie par la primauté du droit, il doit être prévu une obligation, à la charge des États, de prendre les mesures nécessaires pour traduire en justice l'État responsable. Ainsi, lorsqu'un État commet une agression contre un autre État et occupe le territoire de celui-ci, les autres États pourraient avoir l'obligation d'agir. Il faut rappeler qu'en 1938, lorsque le Reich allemand a occupé l'Autriche, seul le Mexique a immédiatement adressé une protestation écrite à la Société des Nations[4], cette démarche étant d'ailleurs plus inspirée par les intérêts propres du Gouvernement mexicain que par le souci de la primauté du droit. Un autre exemple de ce dilemme peut être trouvé dans l'apparition, à l'époque contemporaine, d'une obligation mise à la charge de l'État côtier par des instruments conventionnels de prendre, à l'égard des navires étrangers, des mesures en vue de protéger le milieu marin.

8. À cet égard, l'obligation de ne pas reconnaître comme licite la situation créée par le crime est incontestablement insuffisante. Ainsi, la confirmation d'une telle obligation dans une résolution adoptée par l'Assemblée de la Société des Nations[5] préalablement aux événements de 1938 n'a eu aucun effet préventif. On peut en outre se demander ce que signifierait la non-reconnaissance dans le cas d'un génocide. S'il paraît excessif, en l'état, d'instituer effectivement une obligation d'agir, il n'en reste pas moins que le dilemme découlera inéluctablement de l'affirmation par la Commission que certains faits préoccupent la communauté internationale tout entière. En qualifiant de crimes certains faits, la Commission s'engagera envers l'humanité à faire en sorte que ceux-ci donnent lieu à une action.

9. On peut dès lors prévoir que l'élaboration de règles relatives aux crimes ne sera pas une tâche facile, tout d'abord pour ce qui est de leur définition. Le procédé employé dans la Convention de Vienne de 1969 pour définir une norme impérative du droit international, à savoir la référence à son processus de création, est impossible à transposer dans le cas des crimes, indépendamment du fait que l'on entre dans le domaine du droit primaire. Il ne semble donc guère réalisable de parvenir à une définition plus générique que celle donnée à l'article 19. À supposer que l'on puisse s'attacher aux conséquences sans avoir une idée claire des crimes eux-mêmes, c'est-à-dire en suivant une approche plus phénoménologique, il sera néanmoins difficile de régler de manière précise la question de la responsabilité résultant de ces crimes, eu égard à la phase de transition et donc d'instabilité dans laquelle se trouve la communauté des États.

[4] Communication de la délégation mexicaine du 19 mars 1938 (Société des Nations, doc. C.101.M.53.1938.VII).

[5] Voir résolution adoptée par l'Assemblée le 11 mars 1932 [publications de la Société des Nations, *VII, Questions politiques*, 1932.VII.5, doc. A.(Extr.)48.1932.VII].

10. M. Hafner souligne à cet égard la nécessité de faire clairement la distinction entre crimes, violations d'obligations *erga omnes* et violations de normes impératives. La notion d'obligations *erga omnes* elle-même ne doit pas être confondue avec celle d'obligations de nature générale, et la violation des premières ne coïncide pas nécessairement avec celle de normes du *jus cogens*. Cette triple distinction devra être reconnue à l'article 40, ce qui justifie sa reformulation.

11. Enfin, dans l'hypothèse où le concept de crime serait maintenu dans le projet, la Commission devrait clairement distinguer ces crimes de ceux impliquant une responsabilité individuelle, en tenant compte de la tendance, illustrée par l'existence de tribunaux ad hoc et le projet de création d'une cour criminelle internationale, à mettre l'accent sur ce dernier type de responsabilité. La Commission devra dès lors envisager ce concept de crime par rapport à deux tendances en apparence contradictoires : d'une part, le degré supérieur d'intégration de la communauté des États à laquelle manque encore un organe supranational central, si bien que l'activation du système est laissée à l'appréciation des États; d'autre part, l'obligation des États de renoncer à certains éléments de leur souveraineté lorsque des individus sont directement poursuivis par des organes internationaux. D'un côté, il y a une demande de criminalisation de l'État mais, de l'autre, des individus sont jugés par des instances internationales. À cela s'ajoute le fait que l'évolution vers un système plus centralisé d'organisation n'est pas encore irréversible, de telle sorte que la domination de l'ancien système des États ne saurait être exclue.

12. La criminalisation des États, avec toutes les conséquences juridiques qu'elle implique, constitue incontestablement un développement progressif du droit international et, à cet égard, la Commission doit respecter également les évolutions en cours, comme celle relative à la cour criminelle internationale. À ce propos, l'argument a été avancé selon lequel il n'est pas nécessaire d'étendre la compétence de ladite cour aux actes d'agression, ceux-ci relevant plutôt de la qualification de crimes d'État. Cette idée s'inscrit donc déjà dans une vue générale.

13. En conclusion, M. Hafner estime nécessaire que la Commission ouvre un débat particulier sur la question des crimes d'État. Le Rapporteur spécial pourrait élaborer un plan général des conséquences résultant de tels crimes — intégrant éventuellement les violations d'obligations *erga omnes* et de normes du *jus cogens* — qui servirait de base pour l'examen de cette question dans le cadre, soit du groupe de travail existant, soit d'un groupe de travail distinct. Cela permettrait de restructurer le débat sans nuire aux travaux sur la responsabilité des États.

14. Selon M. LUKASHUK, la discussion au sein de la Commission serait facilitée si, au lieu de faire référence à la « criminalisation » du comportement de l'État, on revenait à l'idée d'une responsabilité internationale en droit. Deuxièmement, tout en admettant l'opportunité de définir une catégorie de crimes particulièrement graves, il estime que la Commission se heurterait à de grandes difficultés si elle prétendait définir immédiatement toutes les conséquences de ces crimes et les procédures s'y rapportant. Par contre, il est tout à fait possible, dans un premier temps, d'affirmer les principes les plus généraux et fondamentaux de la responsabilité des États, dans la perspective d'une résolution que pourrait adopter l'Assemblée générale.

15. Enfin, M. Lukashuk ne pense pas que la Commission doive nécessairement s'engager dans un examen des violations du *jus cogens* ou des obligations *erga omnes*, notions dont il conteste en l'occurrence la pertinence; pour définir la responsabilité d'un État, le critère principal est le fait que l'acte envisagé a causé des dommages considérables et a provoqué des souffrances pour des millions de personnes.

16. M. HAFNER précise qu'il n'a entendu donner aucun sens technique à l'expression « criminalisation de l'État » et qu'il a laissé totalement ouverte la question d'une éventuelle analogie avec le droit interne. La seule idée qu'implique cette expression est que c'est la conséquence d'un crime d'État.

17. M. BENNOUNA souscrit à l'observation faite par M. Lukashuk à propos de l'utilisation du mot « criminalisation », qui entraîne une certaine confusion dans les esprits. En effet, nonobstant l'argument avancé par les tenants de ce terme, qui écartent toute analogie avec le droit interne, un crime reste un crime.

18. Si M. Bennouna convient avec M. Hafner qu'il est des faits exceptionnellement graves qui peuvent être traumatisants pour un peuple ou un État, et qui ne sauraient être assimilés à une violation ordinaire, il n'en est pas moins convaincu qu'en traiter dans le cadre général du projet sur la responsabilité des États soulèverait de nombreuses difficultés. Somme toute, le « crime » est un fait singulier, en ce qu'il porte atteinte à l'essence même du droit international. Et comme, à ce stade des travaux de la Commission sur le sujet, il est difficile de revenir en arrière et de gommer cette notion, M. Bennouna se demande lui aussi s'il ne vaudrait pas mieux, pour éviter un échec, l'isoler du cadre du droit général de la responsabilité des États et en traiter séparément. Le Rapporteur spécial précédent s'est bien rendu compte des difficultés et a cherché, en vain, une autorité indépendante compétente, qui ne soit ni le Conseil de sécurité ni tel ou tel État pris individuellement, à qui confier le soin de qualifier le crime. Mais ce faisant, il changeait le monde entier, y compris l'Organisation des Nations Unies et la Charte des Nations Unies, en entrant dans un processus dépassant le cadre de la compétence de la Commission.

19. Aussi la voie de la sagesse consiste-t-elle pour la Commission à conserver la notion de crime en tant que sujet devant faire l'objet d'un traitement distinct et à faire des propositions dans ce sens à l'Assemblée générale.

20. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) relève que M. Bennouna a rendu compte fidèlement des discussions qui ont eu lieu sur le sujet lors du précédent mandat. Le projet d'articles prévoit, en substance, que, dans le domaine de la responsabilité générale des États, les conséquences d'un fait qui est un crime sont sans préjudice des autres conséquences qui pourraient découler de la qualification en droit international de ce fait en tant que crime : il s'agit d'un renvoi à quelque régime spécial, prévu dans la Charte des Nations Unies ou ailleurs. Pour ceux qui croient qu'il peut exister un « crime international », cette disposition ne pose pas de problème.

Mais, au-delà de cette considération, la Commission se trouve placée devant un dilemme, qui n'a échappé ni à M. Bennouna ni à M. Hafner, et qu'il faut résoudre. Or, dans le système international, les crimes ne sauraient être appréhendés *ut singuli*. À cet égard, le Rapporteur spécial demande si les propositions procédurales formulées par M. Hafner à la fin de son intervention visent à réintégrer systématiquement les crimes dans le projet d'articles, ou, de façon plus nuancée, à en traiter séparément.

21. M. HAFNER précise que la Commission devrait tout d'abord déterminer les implications réelles du traitement des crimes, établir une ébauche des conséquences des crimes, puis, à partir de là, décider de la marche à suivre. Cet exercice conduira inévitablement à la décision que les crimes ne peuvent être incorporés dans le régime de la responsabilité des États tel qu'il existe. D'ailleurs, en traitant des crimes séparément, la Commission pourra progresser plus vite sur le sujet de la responsabilité des États et aboutir à un résultat, attendu depuis longtemps par la communauté internationale. Elle pourrait peut-être, à titre d'hypothèse de travail, parler de « responsabilité des États simple », qui pourrait englober ou non les crimes d'État, une fois ceux-ci dûment définis.

22. M. ECONOMIDES s'associe aux observations formulées par M. Lukashuk et reprises par M. Bennouna. Le fait est que le projet d'articles sur la responsabilité des États ne contient aucun élément pénal au sens strict du terme. Les articles 19 et 51 à 53 ne font que déterminer les conséquences entraînées par des violations extrêmement graves du droit international : ils prévoient des obligations internationales et non des sanctions pénales au sens usuel du terme.

23. Passant à la question de la définition du mot « crime », M. Economides fait observer que toute définition est nécessairement ardue et quelque peu arbitraire et incomplète, et la définition de l'expression « crime international » donnée à l'article 19 du projet d'articles n'est ni moins précise ni moins complète que celle de « norme impérative du droit international » *(jus cogens)* donnée à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969. Elle serait même en fait plus explicite, et plus claire, car sont énoncés à l'article 19 des exemples de crime international qui éclairent suffisamment cette notion.

24. En ce qui concerne les obligations *erga omnes*, M. Economides note qu'à la différence du *jus cogens* tel qu'il est défini dans la Convention de Vienne de 1969 et de la notion de crime international telle qu'elle résulte du projet d'articles sur la responsabilité des États, elles n'ont pas encore, sur le plan juridique, de statut déterminé, si ce n'est qu'il est établi qu'il s'agit d'obligations incombant à tous les États qui forment la communauté internationale. Elles tirent leurs caractéristiques de la force obligatoire qu'elles ont à l'égard de tous. Reste à savoir si leur violation confère à tous les États un droit de sanction propre. M. Economides pense que la réponse est négative. En d'autres termes, la Commission ne saurait s'appuyer sur cette notion pour traiter des infractions internationales les plus graves. Et ce n'est d'ailleurs pas par hasard que Roberto Ago a laissé de côté les notions de *jus cogens* et d'obligations *erga omnes,* en leur préférant l'expression « crime international », qui est encore plus étroite.

25. M. ADDO avoue que l'intervention de M. Lukashuk le plonge dans la perplexité. À sa connaissance, il n'y a pas eu de décision formelle qui exclurait de la discussion toute référence à la notion de « crime international » ou à celle de « responsabilité pénale des États ». Le fait est que le Rapporteur spécial a soumis un rapport dans lequel il aborde la question du crime d'État et propose cinq options parmi lesquelles la Commission est invitée à opérer un choix. Aussi M. Addo parlera-t-il du « crime d'État » dans son intervention. Le débat doit être ouvert et non indûment limité.

26. M. FERRARI BRAVO constate que plus le débat avance, plus l'incertitude augmente. Il est clair que le sujet concerne les « crimes d'État » et non les crimes commis par des individus représentant des États — lesquels relèveraient de la future cour criminelle internationale. Il est clair également que ces deux notions sont liées entre elles, car un crime d'État est un fait commis par un individu. En l'occurrence, il s'agit d'un fait illicite d'une gravité exceptionnelle. On peut regretter qu'on le désigne par le mot « crime », mais celui-ci existe depuis longtemps, et il serait difficile de le remplacer par un autre.

27. Reste à définir l'expression « crime d'État ». Un crime d'État est un acte étatique qui, vu sa gravité, donne naissance à des conséquences plus lourdes qu'un fait internationalement illicite. Celui-ci est censé entraîner une réaction de la part de l'État victime, lequel peut, par son consentement, l'absoudre en quelque sorte, alors que dans le cas d'un crime d'État, tous les États ont le droit de réagir, dans les formes prévues par le droit de la responsabilité internationale. À partir du moment où un État agit, même s'il n'est pas directement victime d'un fait internationalement illicite, c'est la responsabilité internationale qui entre en jeu.

28. Il importe donc de définir le crime d'État, étant entendu que ses conséquences ultérieures — à savoir les conséquences du fait perpétré par l'individu qui a donné lieu à une activité criminelle de l'État — relèvent du projet de création d'une cour criminelle internationale. Il n'y a pas d'autre solution. Et même changer la terminologie, c'est-à-dire ne plus parler de « crime international », ne résoudrait rien et déséquilibrerait plutôt le projet à l'étude. M. Ferrari Bravo n'approuve en aucune manière cette démarche.

29. M. AL-KHASAWNEH fait observer que nul ne saurait contester que le crime est un fait abominable, quel que soit le nom sous lequel il est désigné et quel que soit son auteur : il en est ainsi par exemple de l'agression, de la pollution massive, du génocide. Il ne voit pas pourquoi, si la Commission s'accorde à penser qu'il existe des crimes — des crimes internationaux —, l'analogie avec le droit interne, avec les systèmes pénaux nationaux, qui traitent tous de ce genre de faits, devrait être écartée. La Commission doit agir d'une façon cohérente : si elle accepte la notion de crime, elle ne peut pas la débarrasser de sa connotation pénale.

30. Après un débat de procédure auquel participent MM. ROSENSTOCK, CRAWFORD (Rapporteur spécial), HE et MIKULKA, le PRÉSIDENT propose, pour éviter tout débordement, que le minidébat à l'intérieur du débat se limite aux seules demandes d'éclaircissement

que les membres de la Commission pourraient avoir à formuler.

Il en est ainsi décidé.

31. M. DUGARD, limitant ses observations à l'article 19 du projet[6], dit qu'à son avis Roberto Ago a lancé, en proposant cet article, une idée qui a profondément changé la nature du droit international, en ce sens qu'elle marque une étape majeure dans l'évolution du droit international, qui est ainsi passé d'un état primitif à un état avancé, du bilatéralisme qui visait à obtenir réparation au bénéfice de la seule partie lésée à un multilatéralisme dans lequel la communauté peut réagir face à la violation de ses valeurs, de la responsabilité pénale individuelle à la responsabilité de l'État pour crimes. Certes, il est mal rédigé, et nul ne semble en disconvenir. C'est une idée, plus qu'un code de la responsabilité pénale. Mais c'est une idée qui a été acceptée dans l'ordre juridique international, bien qu'elle demeure à l'état embryonnaire. Et ce fait est confirmé par le traité de droit international public de langue anglaise le plus conservateur qui soit, où l'on peut lire que la notion générale de fait internationalement illicite va des violations ordinaires d'une obligation conventionnelle, qui n'entraîne rien de plus qu'une réparation pécuniaire, à une violation du droit international qui équivaut à un fait criminel au sens généralement accepté du terme[7].

32. Certes, la notion de « crime d'État » pose des problèmes. Il y a premièrement le problème de l'analogie avec le droit interne, qui trouble certains, mais pas M. Dugard personnellement. En effet, de même qu'une entreprise peut se voir infliger une sanction sous forme d'amende, ou autre, pour fait illicite perpétré par sa direction, de même un État peut être puni pour fait illicite commis par son gouvernement. Deuxièmement, se pose la question de la nature de la sanction qui pourrait être infligée à un État. Et là, il convient d'étudier avec soin la pratique étatique, les mesures prises par le Conseil de sécurité contre des États comme l'Afrique du Sud sous le régime d'apartheid, l'Iraq ou la Jamahiriya arabe libyenne, avant d'exclure la possibilité qu'un État puisse être réputé État criminel. Par exemple, dans l'affaire relative aux *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)*[8], le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord a fait valoir que la demande de la Jamahiriya arabe libyenne de mettre un terme aux sanctions était destinée à « empêcher le Conseil de sécurité de prendre des mesures visant un différend plus large dans lequel il était allégué que l'État libyen était coupable de terrorisme d'État ». La Commission devrait examiner avec soin la pratique des États dont les traits saillants sont rappelés par le Rapporteur spécial au paragraphe 59 de son premier rapport.

33. La notion de crime d'État fait aujourd'hui partie du droit international, aussi incomplète soit-elle. En outre, les États comptent qu'elle sera développée afin qu'elle devienne une institution susceptible d'être invoquée pour dissuader les États de violer les normes les plus fondamentales de la communauté internationale.

34. L'article 19 est certes inspiré par les notions de *jus cogens* et d'obligations *erga omnes*, mais la notion de crime d'État ne saurait se confondre avec elles, comme certains orateurs semblent le penser. À cet égard, M. Dugard ne peut approuver la deuxième solution proposée par le Rapporteur spécial, qui consisterait à remplacer l'expression « crime d'État » par une autre expression, et à reléguer la notion en tant que sous-catégorie du *jus cogens* ou des obligations *erga omnes*. Comme l'a dit Oppenheim, on est en présence ici de faits « criminels » au sens où l'on entend généralement ce terme, et la Commission se doit de se pencher sur cette notion avec tout le sérieux qui convient. Il ne faut pas la banaliser en traitant la responsabilité pour crimes simplement comme une forme grave de la responsabilité délictuelle. On a dit que le commentaire de l'article 19 donne à penser que ce dernier n'envisage pas le « crime » au sens que le droit interne donne à ce mot. Peut-être en est-il ainsi, mais cela n'a aucune importance, puisque cet article a acquis son autonomie et peut désormais être séparé de son commentaire. La question à laquelle la Commission est confrontée n'est pas de savoir si elle doit accepter ou abandonner la notion de crime d'État, puisqu'elle l'a déjà approuvée, mais bien de savoir si elle doit l'envisager et en définir les conséquences dans le projet d'articles sur la responsabilité des États. M. Dugard, qui répondait initialement par l'affirmative à cette question, estime désormais, après avoir suivi les débats au groupe de travail, que cela n'est pas possible, pour trois raisons.

35. La première est que le projet d'articles a été élaboré dans l'optique de la responsabilité civile et délictuelle. C'est ainsi que l'article 3 (Éléments du fait internationalement illicite de l'État) envisage la responsabilité de l'État pour une omission, et M. Dugard voit mal comment une omission, c'est-à-dire une négligence, pourrait constituer un crime. Il en va de même des actes *ultra vires*, envisagés à l'article 10 (Attribution à l'État du comportement d'organes agissant en dépassement de leur compétence ou en contradiction avec les instructions concernant leur activité), à l'article 27 (Aide ou assistance d'un État à un autre État pour la perpétration d'un fait internationalement illicite), qui ne prévoit pas l'intention criminelle *(mens rea)* de l'État qui prête cette aide ou assistance, et à l'article 29 (Consentement), dont on peut se demander s'il pourrait justifier un crime.

36. La deuxième raison est que le projet d'articles ne contient pas les différents éléments que doit comporter tout système de justice pénale digne de ce nom, qui sont mentionnés au paragraphe 85 du rapport et qui constituent des principes généraux du droit pénal dont il faut tenir compte. La troisième raison est que le projet d'articles ne fait pas justice à la notion de crime d'État.

37. Le choix devant lequel est placée la CDI est donc le suivant : soit transformer le projet d'articles en un code complet régissant la responsabilité « criminelle » et délictuelle de l'État, ce qui peut prendre des années et ne

[6] Voir 2532e séance, note 17.

[7] L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 8e éd., dir. publ. H. Lauterpacht, Londres, Longmans, Green, 1955, vol. I, *Peace*, p. 339.

[8] *Mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, C.I.J. Recueil 1992*, p. 3 et suiv., notamment p. 11, par. 27.

pourra de toute façon être achevé avant la fin du quinquennat en cours, soit séparer la responsabilité pour crimes et la responsabilité délictuelle, et traiter chacune comme il convient. Ceci permettrait à la CDI d'achever l'élaboration d'un code de la responsabilité délictuelle durant le quinquennat en cours. M. Dugard préfère cette dernière option, car la Sixième Commission attend un résultat. Mais il conviendra d'inclure dans le projet d'articles une clause de sauvegarde indiquant clairement que la CDI reconnaît l'existence des crimes d'État et qu'elle ne rejette pas l'article 19, comparable à l'article 4 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité[9]. La CDI doit en outre demander à la Sixième Commission de lui donner mandat d'élaborer un code de la responsabilité des États pour crimes, car, contrairement à M. Kateka, M. Dugard ne pense pas qu'elle puisse le faire de son propre chef.

38. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) croit comprendre que M. Dugard n'a pas, dans son intervention, utilisé le mot « délictuelle » au sens de l'article 19 du projet, car ce serait réintroduire la notion de crime.

39. M. DUGARD dit qu'il entendait en effet par ce terme la responsabilité des États au sens traditionnel du terme, et il convient qu'il vaut mieux abandonner l'adjectif « délictuelle » aux fins du projet d'articles.

40. M. ECONOMIDES, notant que M. Dugard estime qu'un système de responsabilité des États pour crimes devrait comporter tous les éléments énumérés par le Rapporteur spécial au paragraphe 85 de son premier rapport, se demande s'il n'est pas utopique d'envisager un tel système. Il craint qu'il y ait une certaine confusion entre les crimes d'État et les violations des droits de l'homme. La démarche du projet d'articles est très timide, du point de vue des conséquences des crimes, mais elle constitue un pas modeste dans la bonne direction. M. Economides se demande s'il est judicieux, en renonçant à traiter des crimes dans le projet, d'abandonner cette démarche.

41. Selon M. PAMBOU-TCHIVOUNDA, le Rapporteur spécial semble faire montre d'un parti pris en faveur de l'exclusion de la notion de crime du projet, pour ne garder que celle de délit. Or, il estime que la construction de Roberto Ago n'est peut-être pas parfaite et sûrement inachevée, mais qu'elle repose sur une représentation binaire dont les deux éléments se tiennent : soit l'on prend le tout, soit l'on rejette le tout. Le principe unitaire de cette construction est le fait internationalement illicite qui est venu se substituer à la notion de faute autour de laquelle s'était élaboré l'ancien droit de la responsabilité des États. M. Pambou-Tchivounda craint que, lorsqu'on aura sacrifié les crimes, on fasse fi des délits, et il voit mal comment on pourrait alors organiser la responsabilité en fonction du dommage ou de la faute. Évacuer la notion de crime équivaudrait à un retour en arrière et ce n'est pas à cette fin que la Commission a chargé le Rapporteur spécial de présenter son premier rapport sur les questions clefs du projet d'articles qu'elle a adopté en première lecture, comme ce n'est pas pour faire régresser la Commission d'un quart de siècle que le Rapporteur spécial a élaboré ce même rapport. Même les États hostiles à la notion de crime considéreraient que la Commission se rendrait coupable en quelque sorte de « forfaiture », au regard des évolutions en cours depuis la fin de la seconde guerre mondiale en faveur de la consolidation d'un ordre public international.

42. Il faut savoir gré au Rapporteur spécial de s'être livré à une lecture « bilan » du projet d'articles adopté en première lecture, mais aussi de tout ce qui a été écrit depuis sur le sujet. Une préoccupation semble à cet égard se faire jour dans l'ensemble du premier rapport, à savoir que le régime de la responsabilité des États devrait s'employer à donner effet à la distinction entre crimes et délits faite à l'article 19. Notant, au paragraphe 80 de son rapport, que les conséquences qui s'attachent aux crimes internationaux dans le présent projet d'articles sont limitées, et pour la plupart non exclusives, et que ce projet ne réalise pas l'objectif que la Commission s'était fixé à la vingt-huitième session, en 1976, à savoir élaborer, pour les crimes internationaux, un régime distinct et spécifique, le Rapporteur spécial semble manifester le souci constant de faire progresser la construction engagée en 1976. Il parle d'insuffisance et d'incohérence, et si l'on peut ne pas être d'accord avec lui, force est de reconnaître que l'article 19 est mal conçu, à la fois dans ses différents éléments et dans l'ordre dans lequel ils se succèdent. C'est ainsi que la notion d'objet de l'obligation violée, visée à l'article premier (Responsabilité de l'État pour ses faits internationalement illicites), n'a pas été mise au service de la distinction entre crimes et délits. Mais il ne s'agit pas seulement d'une question de rédaction ou de technique juridique; pour certains, il s'agit d'un problème de fond, à savoir l'indétermination du référent conceptuel de la construction binaire qu'esquisse l'article 19. On peut se demander pourquoi l'illicite ne se déclinerait, de manière arbitraire, qu'en deux catégories, à savoir celle des délits et celle des crimes.

43. Le Rapporteur spécial note, au paragraphe 94 de son rapport, que reconnaître le concept de « crime international » représenterait une étape majeure dans le développement du droit international; M. Pambou-Tchivounda en convient, mais là où il n'est pas d'accord avec le Rapporteur spécial, c'est lorsque celui-ci envisage, à la fin du même paragraphe, que le sujet puisse être traité séparément par un autre organe que la CDI. C'est en effet cette dernière qui a élaboré la notion de crime, et M. Pambou-Tchivounda se demande quel autre organe pourrait en définir le contenu et établir le régime qui s'y rattache. La CDI peut le faire sans avoir besoin de nouveau mandat de la Sixième Commission.

44. Quant à l'option proposée par le Rapporteur spécial, de traiter séparément du régime des crimes, M. Pambou-Tchivounda pense qu'elle repose sur un malentendu, à savoir que l'illicéité qui fonde le régime des crimes serait différente de celle qui fonde celui des délits. Ceci n'est pas exact, car l'illicéité est, dans la construction de Roberto Ago, le fondement de la responsabilité internationale. C'est pourquoi les projets d'articles 1 et 19 se répondent pour mettre en valeur l'enjeu de modernisation du droit international de la responsabilité des États. Il s'agit du sort que l'on réserve à la notion de faute, au bénéfice de la légalité, source des obligations, notamment de l'obligation de réparer. Dès lors que la légalité internationale moderne emprunte à des origines diverses et que

[9] Voir 2534e session, note 10.

son autorité dérive du multilatéralisme, du communautarisme, de l'impérativité du droit, la sanction pour violation de cette légalité doit être assez élastique pour répondre à la souplesse de la légalité même. La notion de crime international est donc inhérente à celle de légalité internationale, dans laquelle il faut voir le référent fondamental. Ce référent unique vaut non seulement pour les crimes et les délits, mais aussi pour tout ce qui pourrait se situer en deçà du délit ou qu'on pourrait imaginer au-delà du crime. Si l'on oublie ce référent unique, le débat sur le sujet n'a plus de sens.

45. De ce point de vue, tout renvoi au droit interne apparaît totalement inopérant. La « criminalisation » de l'État n'a pas plus de connotation pénale que sa « délictualisation ». Tout le débat autour de la notion de responsabilité « pénale » internationale des États est donc hors de propos parce qu'il résulte d'un autre malentendu. Le Rapporteur spécial rappelle, au paragraphe 75 de son rapport, qu'il faut toujours être prudent lorsqu'on fait des analogies entre droit international et droit interne. La Commission se fourvoierait en effet si elle prenait le parti de cette analogie et s'aventurait en direction d'on ne sait quel code pénal international. On ne trouve ni dans les principes généraux du droit tels que les consacre la jurisprudence, ni dans le droit international coutumier, ni dans les conventions spécifiques qui établissent des régimes spéciaux de responsabilité, de règle qui prévoit telle ou telle peine applicable à des États en cas d'infraction à ses dispositions.

46. Ni la logique de la codification, ni à fortiori celle du développement progressif du droit, ne justifient que la Commission réserve un traitement séparé au régime des crimes internationaux envisagé dans le cadre général du droit de la responsabilité des États, au motif que ce régime serait d'ordre « pénal ». Les arguments avancés par le Rapporteur spécial à l'appui de l'idée de « criminalisation » de l'État n'emportent donc pas la conviction. La même observation vaut pour ce qu'il dit de la position du Conseil de sécurité, c'est-à-dire du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. On remarquera d'ailleurs que le crime d'agression, sur lequel le Rapporteur spécial insiste, est précisément celui pour lequel les règles pertinentes du droit international sont inégalement impératives puisque le Conseil ne réagit pas toujours de la même manière en cas d'agression.

47. La Commission se doit de faire œuvre utile afin que le droit de la responsabilité des États puisse franchir une étape décisive sur la voie de la codification. Elle devra faire preuve d'imagination et de hardiesse pour réajuster les pièces du projet d'articles qu'elle a adopté en première lecture. Elle découvrira alors la clef du message qui est à la base de l'article 19 du projet et qui s'adresse d'une part à tous les rapporteurs spéciaux qui auront pris le relais de Roberto Ago et d'autre part à chaque membre de la Commission sur qui pèsent un devoir de mémoire et une obligation de résultat.

48. M. BENNOUNA s'étonne d'entendre parler de « forfaiture » et de « devoir de mémoire », alors qu'il pensait que les membres de la Commission devaient simplement chercher en leur âme et conscience à faire des propositions logiques et cohérentes, de nature à assurer le développement progressif du droit international.

49. M. AL-KHASAWNEH juge le premier rapport extrêmement convaincant, au point d'avoir été tenté lui-même d'écarter la notion de crime d'État au profit d'une approche qui serait essentiellement civile et bilatérale, mais enrichie de notions touchant aux obligations *erga omnes* et aux normes du *jus cogens*. La tentation est d'autant plus forte que la Commission doit s'efforcer de trouver un équilibre entre, d'une part, le sens de la justice et, de l'autre, les réalités de la vie politique de l'après guerre froide, lesquelles rendent pessimiste quant aux perspectives de codification et de développement progressif du droit, en général, et en particulier dans les domaines qui peuvent avoir une incidence sur la notion de paix et de sécurité internationales. Malgré les qualités de l'argumentation du Rapporteur spécial, M. Al-Khasawneh retiendra la notion de crime d'État pour les raisons suivantes.

50. La première tient au fait que la notion de crime d'État est loin d'être nouvelle. Le projet adopté en première lecture, avec les commentaires dont il est assorti, représente certes une « révolution conceptuelle » comme l'a dit un membre de la Commission, mais il ne faut pas croire que Roberto Ago a créé *ex nihilo* la notion de crimes internationaux ni, comme on l'a dit, qu'elle trouve son origine dans les travaux de certains juristes soviétiques dans l'immédiat après-guerre. En fait, l'idée que certaines violations commises par des États touchent l'ensemble de la communauté des nations et que les conséquences des plus graves de ces violations ne peuvent être effacées par une indemnisation remonte au XIXe siècle. Dans le commentaire de l'article 19, en particulier aux paragraphes 36 à 53, il est fait mention d'un très grand nombre d'auteurs qui ont constaté le passage de la notion d'intérêts bilatéraux à celle d'intérêt commun, mais ces auteurs n'ont jamais exprimé l'idée de responsabilité pour crimes de façon systématique, et le génie de Roberto Ago réside dans le fait qu'il a su comprendre l'évolution de son temps et saisir le sens profond de cette tendance majeure, et l'a reflétée dans son projet d'articles.

51. L'article 19, tel qu'il a été adopté en première lecture, est précisément l'aboutissement de cet effort d'intégration. Il est certain que son libellé laisse beaucoup à désirer, et que, comme l'avait prédit le précédent Rapporteur spécial, Arangio-Ruiz, ses lacunes sont d'autant plus perceptibles — surtout en ce qui concerne les conséquences des violations — que l'on arrive en deuxième lecture. C'est ce que montre le Rapporteur spécial, qui a déconstruit cet article et les conséquences qui en découlent. Cette disposition dérive donc de l'innovation la plus importante qu'a connue le droit international en un siècle, à savoir l'émergence de la notion d'intérêt commun, mais sa formulation et les conséquences qui découlent de la distinction entre responsabilité pour crimes et responsabilité pour délits ne sont pas parfaitement claires. Cela n'est pas une raison cependant pour abandonner totalement la notion de crime d'État. Une telle décision serait à la fois rétrograde et regrettable.

52. La deuxième raison pour laquelle M. Al-Khasawneh tient à conserver la notion de crime d'État est tout simplement que les États commettent des crimes de façon quasi quotidienne. Il est tout aussi vrai que certains États sont actuellement soumis à des conditions qui en font pratiquement des États criminels, cela au titre d'une notion

toujours plus large de menace à la paix ou rupture de la paix internationale. Les incohérences que l'on constate entre l'article 19 et ses conséquences ne sont rien à côté des incohérences qui naîtraient de l'absorption du droit de la responsabilité des États par le droit de la paix et de la sécurité internationales.

53. Que l'on prenne l'exemple de l'Iraq : aucune action n'a été engagée à la suite de l'agression qui a déclenché sa guerre avec l'Iran, or, dans le cas de sa guerre avec le Koweït, des sanctions lui ont été imposées qui ont infligé à la population iraquienne des souffrances massives et irréversibles. Tout cela s'est produit sans que l'Iraq ait été qualifié d'État criminel et sans que l'intention punitive des sanctions ait été reconnue. Il vaut mieux appeler les choses par leur nom, c'est-à-dire qu'il vaut mieux élaborer un régime complet de répression du crime d'État, avec toutes les précisions exigées en matière pénale, en vue d'épargner à la population de l'État criminel, sinon à l'État lui-même, les conséquences du crime. Ce régime pourrait également régler la question de la « purgation de la culpabilité collective », y compris celle de la vertu corrective de la punition et de la réintégration du coupable dans le concert des nations. Il est inconcevable que les États jouissent sur le plan international de moins de garanties de procédure que le droit interne n'en accorde aux individus. S'il n'est pas question de corriger la Charte des Nations Unies par le projet d'articles, comme la Commission l'a reconnu à sa vingt-huitième session, en 1976, il n'est pas question non plus que le droit de la responsabilité des États soit complètement absorbé par le droit de la paix et de la sécurité internationales.

54. Il faut bien sûr se préoccuper du succès qu'aura le projet de la Commission, alors que la grande majorité des faits internationalement illicites sont des délits et non pas des crimes, en tout cas en termes statistiques. Mettre au point un projet qui réglerait le sort des délits répondrait aux besoins de la communauté internationale, mais les crimes sont une menace bien plus grande pour l'état de droit que le fait illicite ordinaire. En fin de compte, la Commission doit définir la nature du droit international qu'elle souhaite voir s'instaurer au XXI^e siècle : si ce droit doit réglementer les transactions commerciales et obliger à réparer les faits illicites ordinaires mais laisser le champ libre aux infractions les plus graves, la Commission doit admettre qu'elle vise simplement à élaborer un projet qui sera réussi mais restera modeste.

55. La troisième raison pour laquelle il ne faut pas renoncer à la notion de crime d'État tient au fait que rien dans les réponses des gouvernements ou les réactions de la communauté internationale ne donne à penser que cela serait justifié. Lorsque l'article 19 a été adopté en 1976, il a été très largement appuyé à la Sixième Commission. En outre, le principe de la responsabilité objective, sur lequel repose l'ensemble du projet d'articles, est lui aussi bien établi, comme l'attestent depuis plus de trois décennies les débats de cette même Commission. L'article 19 a fait l'objet de bien des controverses, notamment parmi les spécialistes, mais la CDI n'en aura pas moins laissé le choix à la communauté internationale. Comme l'a fait observer le Rapporteur spécial, le droit général des obligations est distinct du droit pénal en droit interne. Il a rappelé aussi que Roberto Ago avait à l'origine l'intention d'analyser séparément les conséquences particulières des crimes. Aussi la CDI devrait-elle s'efforcer de développer l'analyse de ces conséquences en tenant compte des aspects procéduraux et des droits de la défense dont doivent bénéficier les États criminels. L'idée de regrouper les conséquences des crimes dans un chapitre distinct qui aurait un caractère facultatif mérite aussi d'être étudiée, dans la mesure où il faut de toute manière laisser à la communauté internationale le plus large choix possible. Mais la question doit être réglée au plus tôt, sinon on verra se perdre l'élan acquis en trente années d'efforts. Cette nouvelle approche devrait en tout état de cause être approuvée par l'Assemblée générale.

56. M. Al-Khasawneh analyse ensuite l'argument qui veut que la responsabilité internationale ne soit ni pénale ni civile, qu'elle soit simplement « internationale » ou *sui generis*. Il le juge inacceptable d'une part parce qu'il consiste à ne rien dire de la responsabilité internationale, d'autre part parce qu'il vise à éliminer l'expérience nationale, qui est considérable et dont dérivent de nombreux concepts du droit international qui se sont développés par analogie. Pour qu'il y ait responsabilité internationale, il faut qu'il y ait violation d'un droit. Mais cette notion de droits de l'État s'est elle-même développée à partir du droit interne. De la même façon, l'aspect civil de la responsabilité de l'État s'est développé à partir du droit général des obligations dans les systèmes nationaux.

57. La société internationale diffère des sociétés nationales par deux traits principaux : d'abord, elle ne compte aucun mécanisme d'enquête et d'exécution; ensuite, elle est beaucoup plus hétérogène. Cela n'empêche aucunement de développer la notion de responsabilité pour crimes par analogie avec le droit interne des sociétés nationales. La question de savoir si les dommages et intérêts punitifs existent en droit international est largement théorique. Le point essentiel est que, dans le cas de certaines infractions graves, la responsabilité civile ne suffit tout simplement pas pour réparer le préjudice subi : on se demande, par exemple, quelle indemnité peut compenser un génocide. D'ailleurs, les dommages et intérêts punitifs font partie de tout système de réparation.

58. Si la Commission souhaite donc poursuivre le projet de traiter à part les conséquences des crimes, elle devra reformuler l'article 19. Celui-ci établit un critère général de définition des crimes et énumère ensuite les crimes les plus évidents. C'est une technique courante mais loin d'être parfaite. Selon le Rapporteur spécial (par. 48 de son rapport), on pourrait procéder autrement, par exemple en considérant la procédure particulière applicable au crime par opposition au délit, ou encore en distinguant le crime par ses conséquences : le délit serait défini comme une infraction à une obligation ne pouvant donner lieu qu'à restitution ou dédommagement, et non pas à amende ou à quelque autre sanction. C'est là une approche très prometteuse. Arangio-Ruiz avait proposé d'apporter simplement certaines modifications aux conséquences des crimes pour les définir plus strictement que les conséquences des délits. L'actuel Rapporteur spécial a analysé les modifications ainsi proposées et a conclu à juste titre qu'elles ne représentaient pas grand-chose, quand elles n'aboutissaient pas à des erreurs comme celle consistant à limiter aux effets des seuls crimes l'obligation de non-reconnaissance, qui est la forme la plus passive du devoir de solidarité. Quelle que soit la décision que la Commission

prendra sur le sort de l'article 19, elle devra examiner et régler ces questions.

59. Le Rapporteur spécial a également rappelé que la Commission avait élaboré la première partie de son projet en partant de l'hypothèse qu'elle aboutirait à un régime général de la responsabilité, qui comporterait à son tour diverses conséquences. Cette démarche était censée éviter que de trop nombreux régimes ne viennent fragmenter la notion de responsabilité. La Commission a voulu, en même temps, tenir compte de l'idée que certains faits internationalement illicites sont si graves et si dangereux pour les intérêts fondamentaux de la communauté internationale qu'ils peuvent être qualifiés de crimes. Cette démarche répondait au développement de la notion d'intérêt commun et faisait écho à l'horreur qu'inspirent de tels actes. Mais elle n'a pas, dans cette première partie, jeté les bases d'un double régime. C'est pourquoi M. Al-Khasawneh serait d'avis de rouvrir le débat sur les dispositions de la première partie de façon à mieux harmoniser les différentes sections du projet. Ces questions sont évoquées au paragraphe 77 du premier rapport et, comme le dit le Rapporteur spécial dans la note relative aux articles 29 à 34, il est possible de rédiger des dispositions clefs en fonction des différents faits illicites et de manière à en tenir compte.

60. En conclusion, M. Al-Khasawneh résume en ces termes son point de vue : la notion de responsabilité criminelle collective, y compris celle de responsabilité criminelle de l'État, est en train de se développer, et devrait être reflétée dans le projet d'articles, d'autant plus qu'il n'a pas été démontré qu'elle devait en disparaître; les insuffisances de l'article 19 peuvent être corrigées, sans doute au prix d'un gros effort; le travail de la Commission doit répondre aux besoins de la communauté internationale, il y va de son prestige; dans l'ensemble, un projet d'articles qui ne couvrirait pas les crimes desservirait le sujet de la responsabilité des États, et ne servirait pas la primauté du droit dans les relations internationales.

61. Rappelant, pour terminer, que le Rapporteur spécial a fait l'objet de critiques d'une vivacité inhabituelle de la part de certains membres de la Commission, M. Al-Khasawneh tient au contraire à le féliciter d'avoir parfaitement rempli son mandat, qui était d'analyser le sujet, de se référer aux précédents, d'exposer des argumentations et de fournir des informations.

La séance est levée à 13 heures.

2536e SÉANCE

Mercredi 27 mai 1998, à 10 h 5

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Al-Khasawneh, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Thiam, M. Yamada.

Responsabilité des États[1] *(suite)* [A/CN.4/483, sect. C, A/CN.4/488 et Add.1 à 3[2], A/CN.4/490 et Add.1 à 7[3], A/CN.4/L.565, A/CN.4/L.569]

[Point 2 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

1. M. ROSENSTOCK pense qu'il serait prématuré de prendre dès à présent une décision sur la forme définitive à donner aux travaux de la Commission. Il doute qu'une convention soit une bonne idée, mais il n'est pas sans réticence à l'égard de la démarche en deux ou trois temps qui paraît être envisagée dans la proposition autrichienne. La Commission serait malvenue de dire à l'Assemblée générale qu'au terme d'un quart de siècle elle ne peut lui soumettre qu'une liste de principes, mais aura d'autres matériaux à présenter plus tard. La proposition de l'Autriche, tout en étant inutilement compliquée, est intéressante, et il conviendrait de la garder à l'esprit pour le jour où il sera temps de prendre une décision sur la forme. D'ici là, la Commission devrait s'efforcer d'achever la première partie du projet d'articles à la session en cours et voir jusqu'où elle peut aller dans la deuxième partie à la cinquante et unième session, en 1999 : elle sera alors en mesure de déterminer le meilleur parti à prendre.

2. Au sujet de la question essentielle, à savoir la notion de crimes des États, M. Rosenstock tient tout d'abord à s'associer à M. Al-Khasawneh et aux autres membres qui ont déploré les remarques *ad hominem* et démagogiques faites par quelques membres. Ce n'est pas à l'identité des personnes ou des États qui sont favorables à la notion de crime international qu'il convient de mesurer la validité de cette idée, mais à l'utilité qu'elle présente, ou non, pour la communauté des États. Un rapporteur spécial qui ne donnerait pas d'avis et n'indiquerait pas d'orientation ne ferait pas son travail. Aucun Rapporteur spécial n'a eu son franc-parler — et même prêché pour sa paroisse — autant que Roberto Ago. Bien que, personnellement, M. Rosenstock rejette totalement certaines de ses idées, il ne pense pas que Roberto Ago ait eu tort de les avoir et de les défendre énergiquement.

3. M. Rosenstock est de ceux qui rejettent la notion de crime d'État, mais pas simplement parce qu'elle n'est pas indispensable à la tâche de la Commission, qu'elle est mal traitée à l'article 19 (Crimes et délits internationaux) et ne saurait être opérante sans une institution judiciaire ou quasi judiciaire que les États ne sont nullement prêts à

[1] Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2e partie), p. 62, doc. A/51/10, chap. III, sect. D.

[2] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

[3] Ibid.

créer. Il la rejette parce qu'elle est viciée dès le départ. Comme l'a dit M. Brownlie, elle n'a « aucune valeur juridique, ne peut pas se justifier sur le plan des principes et se trouve contredite par la majorité des évolutions qui sont apparues dans le droit international »[4].

4. Cette notion remonte aux premiers écrits de Roberto Ago et de M. García Amador, ainsi que de quelques juristes soviétiques. Alors qu'il était rapporteur spécial pour la responsabilité des États dans les années 50, M. García Amador avait suggéré une catégorie, au-delà des délits, qui serait punissable — d'une manière semblable à certains égards à l'article 19[5]. La Commission avait écarté cette distinction au milieu des années 50. L'affaire en serait restée là, sans les circonstances exceptionnelles qui ont marqué les années 70 — la guerre froide, l'avènement d'États qui venaient d'accéder à l'indépendance et tenaient beaucoup à marquer les puissances coloniales du sceau de l'infamie criminelle, la haine de l'apartheid, la déception suscitée par l'avis consultatif de la CIJ dans l'affaire du *Statut international du Sud-Ouest africain*, l'absence de progrès dans le prolongement des principes de Nuremberg et, peut-être, le jeu politique électoral.

5. La déconstruction de l'article 19 à laquelle s'est livré le Rapporteur spécial est incontestablement juste, comme l'est sa conclusion que l'article 19 et les références à deux régimes de responsabilité des États devraient être supprimés du projet parce qu'ils sont mal fondés et impraticables.

6. Ceux qui sont favorables à la création de la notion de crime d'État, ou prétendent qu'elle existe déjà, se fondent pour cela sur un certain nombre de prémices qui sont fausses. Ils s'appuient sur les effets de style occasionnels, sans aucune consistance en doctrine, du discours des politiciens. Ils s'appuient sur des dicta de la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, où il était question de règles pouvant être violées *erga omnes*, non de crimes : la Cour visait le champ de l'obligation *(erga omnes)*, et non pas le type d'obligation. En tout état de cause, la responsabilité en jeu était indubitablement une responsabilité civile. Enfin, les partisans de la notion de crime d'État s'appuient sur l'acceptation très générale — malgré l'absence de pratique très générale — de la notion de *jus cogens*; mais avancer qu'un accord était nul *ab initio* parce que contraire au *jus cogens* ne revient pas à dire que cet accord est un crime dans quelque sens que ce soit. En d'autres termes, ce qui est implicite dans l'acceptation du *jus cogens* et des obligations *erga omnes*, c'est la reconnaissance du fait que les obligations internationales ne sont pas dans la totalité des cas circonscrites aux contextes strictement bilatéraux. Ceux qui veulent défendre le concept de crime d'État en accusant ceux qui y sont opposés d'être des réactionnaires cherchant à revenir à un monde purement bilatéral passent à côté de l'essentiel, ou cherchent délibérément à induire en erreur. Si l'on peut considérer la reconnaissance de l'intérêt de la communauté comme une condition nécessaire de toute idée de crime ou de violation du *jus cogens* ou *erga omnes*, on ne saurait dire qu'elle implique ou exige que l'on concocte cette invention qu'est l'idée de « crimes des États ».

7. Le précédent Rapporteur spécial, M. Arangio-Ruiz, a présenté un mécanisme de règlement des différends très élaboré dans son cinquième rapport[6], qui n'a cependant recueilli l'appui de personne. M. Rosenstock se demande qui allait croire que les États accepteraient la juridiction obligatoire de la CIJ pour des crimes. Le prédécesseur de M. Arangio-Ruiz, M. Riphagen, s'était montré plus réaliste lorsqu'il avait dit dans son quatrième rapport qu'il n'y avait guère de chances de voir les États accepter l'article 19 sans une juridiction[7]. Le Rapporteur spécial actuel évoque, aux paragraphes 75 et 84 de son premier rapport (A/CN.4/490 et Add.1 à 7), la nécessité des garanties d'une procédure régulière — mais cela exige une institution judiciaire ou quasi judiciaire que la communauté internationale ne paraît pas disposée à envisager.

8. Les partisans de la notion de crime d'État s'en rapportent à la décision de la CIJ dans l'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*. Mais tout ce que l'on peut extraire de cette décision est l'idée d'une violation *erga omnes*. De même, ils citent la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide en oubliant tout simplement que la responsabilité pour crime est traitée à l'article IV, lequel vise des personnes, alors que l'article IX, relatif à la responsabilité des États, mentionne le règlement des différends par la CIJ — laquelle n'est guère le genre d'enceinte où traiter de la responsabilité pour crime. Il ressort des travaux préparatoires de la Convention que ce à quoi ses auteurs songeaient était la responsabilité civile : M. Gerald Fitzmaurice, au nom du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, avait exposé cette position sans aucune équivoque[8].

9. Le dossier de l'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* ne contient rien, que ce soit dans la décision et les déclarations de la CIJ ou dans les pièces de procédure du demandeur, qui puisse seulement donner à penser que la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide vise quoi que ce soit d'autre que la responsabilité civile des États. Il n'est ni utile, ni exact, d'affirmer que les observations de la Cour sur les règles d'attribution visaient un autre objet. La Convention parle d'une juridiction, mais qui n'a jamais été destinée à servir à juger des États pour crime.

10. Il faut donc reconnaître qu'il n'y a pas de pratique étatique pour corroborer l'idée de crime d'État. Parler de crime d'État ne ferait que détourner la Commission des tendances d'évolution positives observées en matière de responsabilité individuelle. Il serait plus utile d'envisager un continuum dans la gravité, allant du manquement mineur à la violation substantielle, de ce qui est de peu de conséquence pour les deux États intéressés à ce qui constitue la violation de nature beaucoup plus grave d'une obligation envers tous les États, telle l'invasion du Koweït

[4] I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1963, p. 152.

[5] Voir *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 184 et 185, doc. A/CN.4/96, par. 52 et 53.

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

[7] Voir *Annuaire... 1983*, vol. II (1re partie), p. 13, doc. A/CN.4/366 et Add.1, par. 65.

[8] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, troisième session, première partie, Sixième Commission*, 103e séance, p. 440.

par l'Iraq. Si l'on souhaite améliorer le régime de la responsabilité pour qu'il couvre les obligations *erga omnes*, le meilleur moyen de le faire n'est assurément pas l'idée de crime d'État telle qu'elle est énoncée à l'article 19. Le plus sage, dans la voie tracée par le Rapporteur spécial, est d'élaborer un régime convenablement gradué de responsabilité et de contre-mesures.

11. M. Rosenstock se demande s'il existe, dès lors, une raison de créer, en bonne logique, la notion de crime d'État. Les conséquences de l'article 19 révèlent un mélange d'insignifiance, d'erreur et de confusion. Passe encore d'embrouiller l'applicabilité de la restitution et peut-être de compromettre l'indépendance politique de l'État auteur du fait illicite, mais écarter les dommages-intérêts punitifs est plus grave. Dans les débats de la Commission à ce sujet, une vive opposition au principe de dommages-intérêts punitifs s'est fait jour au fil des ans. Il est faux de laisser entendre que la non-reconnaissance et le devoir de ne pas prêter aide et assistance sont propres à une catégorie spéciale de faits désignés comme crimes : ces obligations sont d'application beaucoup plus générale, comme M. Rosenstock lui-même et le Rapporteur spécial l'ont déjà indiqué. Y a-t-il le moindre motif logique ou rationnel de retenir le crime mais de ne pas accepter les dommages-intérêts punitifs ou exemplaires ? La réponse fréquente est que le « crime », tel que le mot est employé à l'article 19, ne signifie pas réellement le crime au sens habituel. Cela fait songer au refrain d'une comptine, Humpty Dumpty, disant que les mots ne disent pas ce qu'ils ont l'air de vouloir dire, mais ce que veut leur faire dire celui qui les dit. Autre argument, les crimes, entendus dans ce sens spécial, auraient un effet dissuasif. Et pourquoi donc, en l'absence de dommages-intérêts punitifs ?

12. Même si l'idée de crime, ou n'importe quel euphémisme que M. Pellet voudrait forger, est plausible, est-elle pour autant nécessaire, ou seulement utile ? Les actes comportant une menace contre la paix, la rupture de la paix ou les actes d'agression sont couverts par le régime institué dans le cadre de la Charte des Nations Unies. M. Rosenstock se demande comment on pourrait déclencher une obligation de coopérer. Par la constatation d'un crime ? Et qui le constaterait ? Si l'idée de crime était poussée au-delà de ce qui est déjà prévu par le régime de la Charte, elle exigerait selon toute apparence une autorité pour déterminer la nature criminelle de l'acte. M. Rosenstock ne veut pas dire que le régime de la Charte s'adresse aux questions de responsabilité des États. Les mesures envisagées dans le cadre du Chapitre VII ne sont pas des formes de châtiment : ce sont des moyens de parvenir à rétablir la paix. Ce qu'il veut dire, par contre, c'est que l'existence de ce régime élimine ce que d'aucuns ont cité comme la raison d'être de la notion de crime d'État.

13. Sans vouloir engager de polémique, M. Rosenstock signale qu'il considère comme sentimentale et trompeuse l'épithète « quasi criminelles » accolée aux mesures prises contre l'Iraq par le Conseil de sécurité dans le cadre de la résolution 687 (1991) du 3 avril 1991. Il ne pense pas que ces mesures soient punitives au sens ordinaire. C'est de l'Iraq qu'il dépend de s'affranchir des douloureuses mesures économiques mises en œuvre en vertu de l'Article 41 de la Charte des Nations Unies. Personne ne s'attendait à ce que l'absence de coopération de l'Iraq avec la Commission spéciale des Nations Unies et l'AIEA dure des années. Les mesures requises pour rétablir et maintenir la paix quand on a affaire à un État qui a employé des gaz toxiques contre sa propre population, attaqué l'Iran et essayé d'engloutir le Koweït ne sauraient être simples. Néanmoins, ce n'est aucunement une question de crime et de châtiment que des juristes attentifs devraient voir là. L'argument avancé est que la notion de crime serait progressiste et que ceux qui veulent l'éliminer du projet essaient de revenir en arrière. Mais en arrière de quoi ? L'article 19 était un pas en avant dans la mauvaise direction. Ses partisans n'ont donné aucune raison pour laquelle le monde serait meilleur si l'on inventait la notion de crime d'État. Par contre, une telle invention apporterait de quoi exacerber les différends entre États, lesquels pourraient plus facilement se traiter mutuellement de criminels en s'abritant derrière l'autorité de la Commission. Elle ne ferait qu'embrouiller l'idée de violations *erga omnes*. Les forces de progrès qui poussent à l'amélioration des institutions régissant la responsabilité pénale individuelle s'en trouveraient affaiblies. Mais M. Rosenstock ne parvient à voir aucun avantage réel à ce que la République d'Irlande a appelé un bond en avant dans son commentaire concernant l'article 19, qui figure dans les Commentaires et observations reçus des gouvernements (A/CN.4/488 et Add.1 à 3).

14. Bref, le terme « crime » est, au mieux, trompeur. M. Rosenstock ne trouve rien, dans le droit, qui puisse fonder une distinction qualitative entre les violations d'obligations internationales, et il pense que l'existence du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies fait qu'elle s'impose d'autant moins. Il serait plus utile de se concentrer sur les questions de portée, les parties directement et indirectement lésées et la nature de leurs droits. L'article 19 n'apporte rien de bon et il pourrait bien au contraire causer des dégâts. Plus vite il sera extirpé du projet, mieux ce sera. Personnellement, M. Rosenstock ne pense pas qu'il y ait des régimes distincts de responsabilité des États, mais si, comme il paraît peu probable, une majorité de la Commission se prononçait en faveur de deux régimes, il faudrait à tout le moins supprimer les termes « délit » et « crime ». Si, en revanche, comme il l'espère, la Commission opte pour un régime unique de responsabilité, elle n'aura nul besoin de s'en excuser ni d'insister pour que la question des crimes soit rouverte dans l'avenir.

15. Un jour peut-être, les membres de la Commission — ou plus vraisemblablement les participants au Séminaire de droit international — vivront dans un monde tolérant l'existence d'une institution qui puisse statuer sur le point de savoir si un État a commis, ou non, un crime, mais, pour le moment, le monde d'aujourd'hui considère que c'est là une idée que les États n'accepteront jamais. C'est un monde où le nombre des États qui acceptent la juridiction de la CIJ, en vertu de l'Article 36 de son Statut, est inférieur à la moitié du total, et beaucoup d'entre eux assortissent leur acceptation de réserves. Le monde d'aujourd'hui ne pourrait pas assumer l'idée de crime d'État, même si elle n'était pas dénuée de sens. Demander aux États de donner plus qu'ils ne peuvent, ou ne veulent, n'est pas progressiste : c'est une subversion de l'ordre juridique existant.

16. Mis à part les défauts conceptuels, il y a les obstacles politiques. La suppression de l'article 19 n'exclurait pas la possibilité d'étudier un jour la notion de crime d'État. Or, M. Rosenstock ne voit aucune raison d'encourager l'examen de cette notion, que ce soit comme élément de la responsabilité des États ou autrement. S'il s'agit d'éviter la conclusion *a contrario* que la suppression de l'article 19 est sans préjudice de l'utilité ou de l'inutilité de la notion de crime dans un autre contexte, la Commission peut se fonder, pour la décider, sur le fait qu'elle s'occupe, en l'occurrence, seulement du droit général des obligations — que la plupart des systèmes juridiques traitent indépendamment des crimes, comme le relève le Rapporteur spécial au paragraphe 71 de son rapport.

17. M. GOCO, précisant qu'il ne veut pas engager un minidébat, mais souhaite simplement des éclaircissements, rappelle que le Tribunal de Nuremberg a dit que « ce sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la répression s'impose comme sanction du droit international[9] ». Un État doit-il être considéré comme une entité abstraite en ce sens — à savoir, comme ne pouvant pas être pénalement responsable ?

18. M. ROSENSTOCK répond par l'affirmative. La conclusion paraît valide, encore qu'il reste à voir, et seule une analyse historique le dirait, si les juges de Nuremberg entendaient désigner par là un État et non point une autre institution ou organisation.

19. M. ECONOMIDES trouve M. Rosenstock sévère dans son jugement sur l'article 19. Il est vrai que les crimes qui y sont envisagés ne sont pas assortis des conséquences pénales habituelles, mais la Commission cherche timidement à faire œuvre de pionnier. Le terme « crime » n'est peut-être pas le plus indiqué, mais des efforts sont faits actuellement pour établir certaines obligations de caractère international, et ils ne sont pas à dédaigner. Ne pas reconnaître une situation illicite, mettre fin à une agression et promouvoir la coopération entre États pour effacer les conséquences d'un crime sont autant d'idées fécondes. Elles évoquent un esprit de solidarité de plus en plus affirmé entre membres de la communauté internationale et une tentative d'action collective s'inspirant de l'idée d'un ordre public international. C'est là une évolution positive et encourageante, et l'amorce d'un mouvement en direction d'une obligation de solidarité entre États.

20. Selon M. ROSENSTOCK, la notion d'obligations *erga omnes* — envers l'ensemble des États — ne fait pour lui aucune difficulté, mais simplement, il ne lui paraît pas utile de se précipiter dans les abîmes de crimes d'État qui ne seraient assortis d'aucun châtiment, car une telle initiative ne trouverait pas d'appui. Ce qu'il craint, c'est que l'on risque d'en déduire que les obligations de non-reconnaissance et de coopération ne valent que pour les crimes. Il n'en est rien, car elles sont importantes aussi dans bien d'autres circonstances, au premier rang desquelles les situations emportant l'obligation de ne pas reconnaître l'acquisition de territoire par la force. À l'inverse, il y a beaucoup d'actes — qui ne sauraient être qualifiés crimes — auxquels les États devraient refuser de prêter aide et assistance, et qui exigent qu'ils coopèrent pour y faire face. Le crime est dangereux si l'on y rattache la non-reconnaissance et l'obligation de coopérer, en raison de ce que cela implique inévitablement *a contrario*. M. Rosenstock redoute que la notion de crime ne fasse qu'affaiblir la portée des obligations *erga omnes* en général et ne fasse en rien progresser le concept difficile de *jus cogens*. Il y a d'autres moyens de souligner la nécessité pour la communauté internationale d'agir de concert que d'inventer la notion de crime d'État.

21. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) souscrit aux commentaires que vient de faire M. Rosenstock. En ce qui concerne celles de M. Economides, le débat ne roule pas du tout sur la solidarité par opposition à la souveraineté : la notion de solidarité entre États est admise par tous. Pour sa part, le Rapporteur spécial espère que ce débat amènera la Commission à constituer un groupe de travail qui s'efforce, durant le reste de la session, de développer les conséquences que la solidarité implique pour les première et deuxième parties du projet d'articles. Un effort très constructif pourrait être fait pour définir ce que la solidarité entraîne pour l'ensemble de la communauté internationale. Au contraire, il ne servirait à rien de vouloir, à toute force, enfermer les travaux sur le sujet dans le carcan d'une opposition rigide entre crimes et délits. M. Pambou-Tchivounda a fort justement signalé (2535e séance) les inconvénients de la notion de délit, et le Rapporteur spécial ajouterait pour sa part qu'un seul et même fait peut constituer un délit ou un crime par rapport à différents individus. Les implications de cette division rigide devront être étudiées de près, notamment par l'intermédiaire du groupe de travail que le Rapporteur spécial aimerait voir constituer, mais, en tout état de cause, il ne faut pas que les travaux de la Commission soient à nouveau retardés. Or, c'est très certainement ce à quoi l'on aboutirait en la conservant, du fait que les articles 1 (Responsabilité de l'État pour ses faits internationalement illicites), 3 (Éléments du fait internationalement illicite de l'État) et 10 (Attribution à l'État du comportement d'organes agissant en dépassement de leur compétence ou en contradiction avec les instructions concernant leur activité), notamment, devraient nécessairement être complétés.

22. M. LUKASHUK a l'impression que la Commission est maintenant dans une impasse et qu'il ne sert à rien de poursuivre la discussion. Deux points de vue opposés sont perceptibles, mais ni l'un ni l'autre ne recueille suffisamment d'appui pour être retenu. Il faudrait donc s'employer à trouver un compromis qui soit acceptable pour l'ensemble des membres de la Commission. Pour sa part, M. Lukashuk pense qu'il est possible d'y parvenir en instituant une catégorie spéciale constituée des infractions les plus graves, qui englobe le génocide et l'agression, et en convenant que les questions de procédure seront résolues conformément aux principes de la Charte des Nations Unies. Les autres questions peuvent être laissées de côté pour examen ultérieur. Quoi qu'il en soit, il ne faut pas abandonner les acquis du passé.

23. M. DUGARD s'associe à cet appel au compromis. La Commission apparaît également partagée sur la question. Il aimerait savoir si M. Rosenstock peut accepter la

[9] Voir 2532e séance, note 18.

proposition du Rapporteur spécial d'insérer une clause de sauvegarde, précisant que l'examen de la question des crimes d'État est renvoyée à plus tard. Cette clause pourrait être rédigée de manière à indiquer que la Commission n'en écarte pas totalement l'idée, mais la met de côté afin de pouvoir mener à bien sa seconde lecture du projet d'articles.

24. M. ROSENSTOCK peut accepter ce compromis s'il ne fait de tort à aucune des deux parties au débat.

25. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA déclare qu'il souscrit sans réserve à la recommandation du Rapporteur spécial, qui tient compte du fait que la Commission n'a pas suffisamment fouillé certains points — et plus précisément les modifications qui s'imposent aux articles 1, 3 et 10 — si l'article 19 doit être maintenu. Le débat a vraiment mis au jour un certain nombre d'idées intéressantes et positives.

26. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) observe qu'à en croire certaines affirmations, le groupe des membres de la Commission qui sont opposés à la notion de crime serait très restreint, mais que cela reste à voir, et qu'en tout cas, il peut déjà dire que M. Brownlie y est opposé, pour des raisons du même ordre que celles que M. Rosenstock a fait valoir. La Commission est réellement dans une impasse et le Rapporteur spécial se devait, lui semble-t-il, de soulever la question. Il souhaite que la seconde lecture avance, mais il faut pour cela regarder la réalité en face en admettant que la Commission est divisée.

27. M. Sreenivasa RAO estime que M. Rosenstock a soulevé des points fondamentaux. Les questions de procédure pourront être résolues, mais, comme M. Kateka l'a tout récemment fait observer (2534e séance), même la procédure implique des conséquences substantielles. Il ne saurait y avoir de compromis sur des visions du monde divergentes.

28. Il s'est toujours commis des crimes et il s'en commettra toujours. Le mot « crime » connote la violence et la condamnation par l'opinion mondiale. Les actes de cette nature ne peuvent être placés sur le même pied que des délits normaux, qui sont des faits illicites et sont traités à part. Partant, il n'est ni réaliste, ni correct, ni exact de considérer les crimes comme des délits graves. M. Rao ne comprend pas pourquoi la Commission n'admet plus, en 1998, une démarche qu'elle a approuvée en 1976. Assurément, le comportement des États ne s'est pas amélioré au point de priver la notion de crime de toute pertinence. Au contraire, le monde est devenu encore plus dangereux. Des crimes se commettent au niveau international, exactement comme au niveau national. Au demeurant, les notions de *jus cogens* et d'obligations *erga omnes* ne sont pas conçues pour les crimes, encore qu'elles puissent avoir certaines implications dans leur cas. Mais les membres de la Commission ont un but à atteindre, dans certains délais. Le Rapporteur spécial a fait un compromis dans sa présentation, et M. Rao peut le suivre là-dessus.

29. M. SIMMA, se référant à la proposition de M. Dugard, dit qu'une clause de sauvegarde destinée à préserver quelque chose qui n'existe pas ne rime pas à grand-chose. Un véritable concept de crime, comme celui auquel songeait Roberto Ago, n'existe pas, et une clause de sauvegarde est par conséquent inacceptable. M. Simma suggère d'insérer dans le commentaire un membre de phrase disant que, en s'en tenant au droit des obligations, la Commission n'a pas l'intention d'exclure de nouvelles possibilités d'évolution en ce qui concerne ce qu'il appellerait personnellement les vrais crimes.

30. Selon M. AL-KHASAWNEH, M. Rosenstock a fait un certain nombre de remarques importantes. Il pense lui aussi que les devoirs de solidarité devraient être rectifiés dans le projet, parce qu'il est manifestement erroné, à l'heure actuelle, de limiter le devoir de non-reconnaissance aux crimes. Il est également d'avis, comme M. Rosenstock, que les crimes sans châtiment ne riment à rien. Cela dit, si la Commission doit constituer un groupe de travail sur la solidarité, celui-ci se bornera-t-il à rectifier des points qui doivent l'être en tout état de cause, ou convient-il qu'il rende compte du fait que, comme M. Rosenstock l'a dit, l'idée de crimes d'État n'est nullement reconnue en droit international ? D'autres pensent qu'elle l'est dans une certaine mesure. Pour sa part, M. Al-Khasawneh ne voit pas qui irait affirmer que cette notion est aussi solidement établie que dans le cas des délits. Il rappelle à ce propos le mémoire soumis en 1947 par le Gouvernement du Royaume-Uni dans l'affaire du *Détroit de Corfou*[10], où l'attitude de l'Albanie était qualifiée d'*international delinquency*. Il ne sait pas si l'emploi de ce terme au lieu de « crime » faciliterait les choses.

31. Ainsi, les avis divergent sur la mesure dans laquelle le droit international reconnaît l'idée de crime et ce qu'elle signifie en fait de développement progressif ou de codification. Le développement progressif n'est jamais facile à distinguer de la codification. Un compromis, quel qu'il soit, devrait viser l'élaboration d'une définition complète d'un concept de crime assorti de peines — lesquelles devraient être présentées sous forme de variantes — et le développement concomitant du reste du sujet, en laissant la décision finale aux États. Si M. Al-Khasawneh dit cela, c'est, d'une part, parce que l'unité de dessein du droit de la responsabilité des États, tout au moins selon la théorie objective de la responsabilité des États, se trouverait tout simplement détruite et, d'autre part, parce que la dynamique acquise en trente ans de travaux serait perdue. À son sens, c'est là que réside le véritable compromis.

32. M. THIAM a toujours été opposé au concept de responsabilité des États. Il se demande quel compromis trouver pour concilier les positions de ceux qui soutiennent qu'il existe des crimes d'État et de ceux qui affirment le contraire.

33. M. GOCO pense qu'il est encore trop tôt pour dire combien de membres de la Commission sont pour la notion de crime d'État et combien sont contre. Cela apparaîtra plus clairement lorsque tous les membres auront exprimé leurs vues.

34. M. ADDO, félicitant le Rapporteur spécial de ce premier rapport équilibré et pénétrant, se déclare entièrement d'accord avec beaucoup de ce que celui-ci a dit au sujet de la suppression de l'article 19 et il souscrit sans

[10] *C.I.J. Mémoires, Affaire du Détroit de Corfou, arrêt du 9 avril 1949*, vol. I, p. 40.

hésiter à sa recommandation, qui représente la manière la plus pragmatique d'aborder la question à l'étude.

35. Si certains membres sont favorables à la suppression de l'article 19, c'est parce qu'ils ont pesé le pour et le contre avant de parvenir à cette conclusion, et non parce qu'ils se sont laissés intimider, comme M. Pellet paraît le suggérer. Ils pensent par eux-mêmes et sont capables de faire des choix raisonnables sans que quiconque les leur souffle.

36. Le commentaire de l'article 19 précise bien qu'un crime international ne se confond pas avec un crime de droit international, en indiquant que les États sont responsables des crimes internationaux alors que ce sont des individus qui portent la responsabilité des crimes de droit international. Cela laisse M. Addo assez perplexe. Roberto Ago, lui-même, avait averti que les crimes internationaux de l'État auxquels il songeait ne devaient pas être confondus avec les crimes de droit international : « crimes de guerre », crimes contre la paix, crimes contre l'humanité et autres termes employés dans un certain nombre de conventions et d'instruments internationaux pour désigner certains crimes individuels atroces pour lesquels ces instruments prescrivaient aux États de punir les coupables comme ils le méritaient.

37. En premier lieu, la distinction établie entre crime et délit n'est pas nécessaire. Deuxièmement, les contours des crimes dits d'État n'ont pas été bien tracés. Le crime manque de spécificité. La définition qui en est donnée prête au plus haut point à confusion et elle est particulièrement inutile pour la mise en accusation d'un individu ou d'un État. Le crime est une affaire grave, et il faut donc le définir avec précision, ce que l'article 19 ne fait pas. Au contraire, il le fait dépendre de ce que la communauté internationale dit ou reconnaît. Quelle certitude y a-t-il de voir la communauté internationale reconnaître lesdits crimes d'État ? Cet article stipule qu'un fait illicite ne constituerait un crime international que s'il était reconnu comme tel par l'ensemble de la communauté internationale, or cela exige de la part des États une décision unanime qui risque d'être difficile sinon impossible à obtenir. Pourtant, à la vingt-huitième session, en 1976, les membres de la Commission avaient fait observer, au paragraphe 61 du commentaire de l'article 19, que cela n'exigeait pas l'unanimité, mais l'accord de toutes les « composantes essentielles » de la communauté internationale[11]. Peut-on demander aux partisans du maintien de l'article 19 de bien vouloir indiquer qui sont les composantes essentielles de la communauté internationale aujourd'hui et quels sont les critères d'après lesquels les choisir ? Ce qu'il y a de gênant avec le « crime » tel qu'il est défini à l'article 19, c'est qu'abstraction faite d'une définition circulaire et illusoire, le projet ne traite pas de ses conséquences juridiques. À proprement parler, un crime doit nécessairement entraîner des sanctions pénales. Tel n'est pas le cas à l'article 19. M. Addo n'a connaissance d'aucun exemple de peine infligée à un État pour un prétendu crime. Si ledit crime international de l'État n'appelle aucune sanction pénale, il ne mérite pas la qualification de crime.

38. Certes, il y a des faits internationalement illicites plus graves que d'autres, mais cela n'en fait pas nécessairement des crimes. Il peut exister des faits internationalement illicites graves qui pourraient être réparés par des dommages-intérêts correspondant à leur gravité.

39. Si des dommages-intérêts punitifs sont tout ce qu'il exige pour le crime quand il défend l'article 19, M. Pellet peut sans crainte abandonner la distinction entre délit et crime et s'en tenir au fait internationalement illicite de caractère grave, et les dommages-intérêts exemplaires ou punitifs qu'il juge appropriés pour un crime d'État pourront être subsumés sous le délit et le droit général des obligations. M. Addo, quant à lui, pense que les dommages-intérêts punitifs découlent des délits, et non des crimes, qui doivent nécessairement appeler des sanctions pénales; à défaut de telles sanctions, il n'y a aucune raison d'appeler ces faits des crimes. En parlant de délit, il songe à la fois aux relations contractuelles et à la responsabilité civile et, à vrai dire, au droit général des obligations.

40. M. Pellet, appuyé en cela par M. Kateka, a proposé de changer le mot « crime », mais ni l'un ni l'autre n'ont indiqué par quel mot le remplacer. Ce qui est en jeu ne se résume pas à un changement de nom. Un simple changement de nom ferait-il de ces faits autre chose que des crimes, deviendraient-ils des délits ou quelque chose d'autre ? Quelles seraient les conséquences juridiques qui en découleraient ? M. Pellet a dit que la responsabilité des États n'est ni civile ni pénale, mais internationale. Qu'est-ce à dire ? Les dommages-intérêts indemnitaires découlent des délits et du droit général des obligations et les peines criminelles, des crimes — mais qu'est-ce qui découlerait de la position « internationale » de M. Pellet ?

41. Les articles 51 à 53 sont axés sur les sanctions collectives. L'article 53 (Obligations incombant à tous les États) n'exige que la solidarité des États et impose des obligations à tous les États dans leurs rapports avec l'État responsable d'un « crime ». Ils ne doivent pas lui prêter assistance, ni reconnaître comme licite la situation créée par la violation. En fait, cela ajoute très peu de chose à ce qui est prévu de leur part en vertu des projets de règles sur la responsabilité *(liability)* pour délits. Il ne s'agit pas de peines criminelles. M. Addo a fait de son mieux pour se laisser persuader par les observations de M. Pellet, mais il s'est séparé de lui et de ceux qui le suivent dans son raisonnement. Il apporte au contraire son appui au Rapporteur spécial et engage ses collègues à en faire autant, parce que le meilleur moyen d'avancer est d'emprunter la voie tracée par le Rapporteur spécial dans son premier rapport et ses recommandations.

42. Il ne faudrait pas que la Commission retombe dans l'erreur qu'elle avait commise il y a des années à propos des réserves aux traités. En demandant à la CIJ un avis consultatif sur la question des *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, l'Assemblée générale avait aussi invité la Commission à étudier la question des réserves aux conventions multilatérales du point de vue tant de la codification que du développement progressif du droit international[12]. Malgré

[11] Voir 2532e séance, note 17.

[12] Résolution 478 (V) de l'Assemblée générale, par. 1 et 2, al. *a*, respectivement.

l'avis de la CIJ rendu en 1951[13], la Commission avait considéré la même année que le critère de la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du traité, appliqué par la Cour, ne pouvait pas être retenu pour les conventions multilatérales en général[14]. En d'autres termes, elle avait recommandé le retour à la règle traditionnelle de l'unanimité. Le rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa troisième session, en 1951, avait reçu un accueil mitigé à l'Assemblée, d'où l'adoption par celle-ci d'une résolution neutre invitant le Secrétaire général à suivre dans sa pratique l'avis consultatif de la Cour[15]. Il fallut onze ans à la Commission pour se rendre à l'évidence, puisque c'est en 1962 que remonte sa proposition de retenir le système souple[16] qui, avec des modifications mineures, est désormais consacré par la Convention de Vienne de 1969.

43. Il ne faudrait pas que la Commission repasse par le même processus que ses prédécesseurs. Elle devrait supprimer l'article 19. Elle ne devrait pas abîmer le projet, qu'il a fallu quarante ans pour établir, en conservant un article qui n'a pas sa place dans un texte consacré au droit général des obligations. L'idée de Roberto Ago devrait être développée convenablement en dehors du projet, comme le Rapporteur spécial l'a fait valoir.

44. M. Addo ne comprend pas en quoi le Rapporteur spécial, si l'on en croit M. Pellet, chercherait à tuer le crime d'État tel que Roberto Ago le concevait. Le Rapporteur spécial dit simplement que le maintien de la notion de crime d'État parmi des projets d'articles relatifs au droit général des obligations est une bizarrerie, et peut-être même une aberration. M. Ferrari Bravo a admis que cette notion en voie de formation est encore vague.

45. Le Rapporteur spécial a dit de manière parfaitement claire dans sa recommandation que la suppression de l'article 19 serait sans préjudice d'un développement ultérieur possible de la notion de crime international, soit à titre de sujet distinct pour la Commission, soit dans le cadre de la pratique des États, et de celle des organisations internationales. Il n'y a rien à perdre à éliminer l'article 19, car les crimes mentionnés au paragraphe 3 de l'article sont presque tous visés par le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité[17] et ils ont trouvé la juridiction dont ils doivent relever dans le projet de statut pour une cour criminelle internationale[18].

46. Il faut soumettre le concept de Roberto Ago à une réévaluation rigoureuse pour voir s'il peut réellement être retenu aux fins du sujet à l'étude. En y procédant, le Rapporteur spécial n'attaque pas le « crime », pas plus qu'il n'évacue l'idée de Roberto Ago. Quelque mérite que celle-ci ait pu avoir dans le passé, l'évolution intervenue depuis lors fait qu'elle risque de ne plus être de la moindre utilité pratique si rien n'y est changé. Il serait plus intéressant d'aller de l'avant dans le développement du concept de responsabilité pénale internationale des individus, domaine où des progrès importants ont déjà été accomplis. La Commission a adopté vingt articles du projet de code, lesquels retiennent un grand nombre de crimes entrant dans l'idée d'Ago qui sous-tend l'article 19, comme l'agression, le génocide et les crimes contre l'humanité, y compris l'esclavage. Partant, ce qui risquerait d'être perdu avec l'article 19 est déjà couvert tant dans le projet de code que dans le projet de statut. En conséquence, la Commission peut sans danger sonner le glas de l'article 19.

47. À ce que M. Addo croit comprendre, M. Pellet a dit que le concept envisagé par Roberto Ago permettrait de traiter le cas des personnes placées au plus haut niveau qui ont planifié et exécuté des actes d'agression et de génocide. Pour sa part, il n'en est pas si sûr. Ce dont il est sûr, en revanche, c'est que l'article 7 du projet de code (Qualité officielle et responsabilité), qui étend le principe de la responsabilité pénale aux chefs d'État ou de gouvernement, prend plus clairement position sur ce point. Comme la remarque en est faite au paragraphe 1 du commentaire de l'article 7, il serait paradoxal que les individus qui sont, à certains égards, les plus responsables des crimes visés par le code puissent invoquer la souveraineté de l'État et se retrancher derrière elle. Le projet de statut, auquel va être consacrée la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour criminelle internationale, qui se tiendra à Rome du 15 juin au 17 juillet 1998[19], renferme des dispositions similaires. De plus, bien que l'article 19 n'ait pas été adopté, un ancien chef du gouvernement a été reconnu coupable par le Tribunal pénal international pour le Rwanda[20] — verdict qui a pu être assuré sur le fondement de règles semblables à celles qui sont formulées dans le projet de code et dans le projet de statut.

48. La notion de crime d'État est superflue. Les États, après tout, sont constitués d'individus, et les individus qui planifient et exécutent les atrocités des États ne devraient pas être épargnés, quel que soit leur rang. Ce sont eux qu'il faut viser, comme le démontrent admirablement le projet de code et le projet de statut. Leurs crimes diaboliques n'échapperont pas au châtiment. La recommandation du Rapporteur spécial, loin de marquer un retour en arrière, comme l'a laissé entendre M. Economides, est un pas en avant dans la bonne direction.

49. Il faut que ceux qui préconisent le maintien de l'article 19 se rendent compte qu'ils sèment la destruction du projet tout entier, qu'il a fallu plus de quarante ans pour produire. Si cet article devait être gardé, il faudrait incorporer au projet une kyrielle de dispositions procédurales pour traiter de questions comme un éventuel organe chargé des poursuites, le système de saisine, les règles de la défense et de la preuve, l'arrestation, la mise en liberté sous condition et la libération. Il faudrait aussi une autorité judiciaire internationale dotée de pouvoirs contraignants pour déterminer la culpabilité et les questions relatives à la peine. Il en résulterait le plus parfait chaos. M. Addo est donc lui aussi d'avis que les arguments avancés par M. Pellet pour défendre la notion de crime d'État

[13] *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951*, p. 15.

[14] *Documents officiels de l'Assemblée générale, sixième session, Supplément n° 9 (A/1858)*, par. 24, p. 6.

[15] Résolution 598 (VI) de l'Assemblée générale, par. 3, al. *a*.

[16] Voir *Annuaire... 1962*, vol. II, p. 172 et suiv., doc. A/5209.

[17] Voir 2534e séance, note 10.

[18] Voir 2532e séance, note 7.

[19] Voir 2533e séance, note 8.

[20] *Le procureur du Tribunal contre Jean Kambanda*, affaire n° ICTR-97-23-DP, acte d'accusation du 16 octobre 1997.

sont totalement faux. Comme le Rapporteur spécial l'a fort bien précisé, elle ne pourra être développée qu'en dehors du cadre du projet d'articles existant, ce qui devrait être acceptable pour les partisans du concept de Roberto Ago.

50. Lorsque les circonstances le commandent, il est nécessaire de faire preuve de hardiesse. La tâche du Rapporteur spécial est redoutable, mais pas impossible — elle n'est pas impossible parce qu'il possède les capacités requises pour s'en acquitter, mais elle est redoutable parce que les partisans du maintien de l'article 19 ne lui ont donné aucune indication sur la manière dont il faudrait développer et appliquer la notion de crime d'État. Ils se sont bornés à en esquisser le principe. Il est certes embarrassant qu'il ait fallu quarante ans pour mettre au point le projet d'articles, mais on friserait le scandale s'il fallait encore des années pour mettre au point le concept de crime d'État.

51. M. Addo ne saurait être d'accord avec M. Simma sur la nécessité de développer le principe *erga omnes* posé à l'article 19, car cela soulèverait certains problèmes. Tout d'abord, ce que la CIJ a dit sur ce principe dans une affaire n'était pas, à son avis, censé couvrir absolument tout. Pour bien le comprendre, il faut examiner de près le contexte dans lequel ce *dictum* s'inscrivait. Il est évident que le principe *erga omnes* a plus à voir avec le *locus standi* qu'avec quoi que ce soit d'autre, en d'autres termes, avec l'intérêt et la qualité pour agir des États dans tel ou tel cas d'espèce.

52. Une autre affaire dans laquelle la notion d'obligation *erga omnes* a été invoquée, en 1966, avait été portée devant la CIJ par l'Éthiopie et le Libéria, qui attaquaient l'Afrique du Sud dans les affaires du *Sud-Ouest africain* pour violation du mandat de la SDN à propos du traitement des habitants de la Namibie. Le Ghana avait pris une part très active à la saisine de la Cour pour cette affaire. Celle-ci n'a pas reconnu à l'Éthiopie et au Libéria un intérêt juridique ou la qualité pour agir en l'espèce et elle a dit que leur réclamation était analogue à l'*actio popularis* du droit romain. Ces deux précédents sont également valables. Sans caractère obligatoire, ils ont cependant une autorité morale. M. Addo ne pense pas, pour autant, que le *dictum* de la Cour signifie implicitement que tout État aurait le droit d'agir pour protéger un intérêt « public » ou « collectif » de la communauté.

53. Il ne peut à ce propos se défaire d'un certain nombre de doutes tenaces. Il est certain, par exemple, qu'un tel droit ne pourrait être exercé que si l'État défendeur acceptait expressément la juridiction de la CIJ en l'espèce ou avait consenti à sa juridiction obligatoire en vertu du paragraphe 2 de l'Article 35 de son Statut. Il se pose alors un certain nombre de questions. Si la catégorie des plaignants potentiels devenait ainsi plus nombreuse, n'assisterait-on pas à une prolifération d'actions en justice ? Les États hésiteraient-ils davantage à se soumettre par avance à la juridiction de la Cour ? Les États qui estimeraient avoir un intérêt juridique à poursuivre l'intérêt de la communauté ou l'intérêt collectif feraient-ils valoir cet intérêt en dehors de la sphère judiciaire, dans les enceintes internationales par exemple ? Prendraient-ils des contre-mesures, unilatéralement ou de concert, contre l'État ou les États qu'ils considéreraient comme fautifs ? Y a-t-il lieu de craindre qu'en l'absence de contrôle juridictionnel tout État puisse s'ériger en gendarme de la communauté internationale au nom d'une obligation *erga omnes* ?

54. Tous ces problèmes font que M. Addo est d'autant plus réticent à souscrire au principe de l'obligation *erga omnes* tel qu'il est posé à l'article 19. En particulier, ce principe ne devrait pas être étiré comme il l'a été dans cet article. Une demande d'indemnisation de la part d'un État qui n'aurait pas subi de dommage matériel ne lui paraît ni juste ni séante. Soit dit en passant, l'ironie veut que ceux qui, à la quarante-neuvième session, ont plaidé avec tant d'acharnement contre la responsabilité internationale pour pollution massive de l'environnement soient à présent prêts à faire de cette même pollution massive un crime en vertu de l'alinéa *d* du paragraphe 3 de l'article 19.

55. Il importe de ne pas surcharger le projet d'articles qui, avec les commentaires, est déjà un pavé quelque peu indigeste. En tout état de cause, M. Addo, convaincu par les arguments que le Rapporteur spécial a fait valoir dans son premier rapport et dans sa présentation orale, est favorable à la suppression de l'article 19 et, par voie de conséquence, des articles 51 à 53.

56. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA note que, selon M. Addo, ce sont des individus qui dirigent les États et que les États eux-mêmes sont une abstraction. Voulait-il dire par là qu'il était prêt à remplacer le mot « État », tout au long du projet d'articles, par « ministre », « président de la république » ou « chef du gouvernement », par exemple ? En d'autres termes, faudrait-il modifier le projet pour imputer la responsabilité de tous faits jugés illicites ou comportant une faute, au sens traditionnel, aux dirigeants des États ?

57. M. ADDO répond qu'il l'a dit à propos des crimes, et non des délits ou du droit général des obligations. L'idée de crime d'État existe effectivement, mais il lui reste encore à être généralement acceptée. Là où il voulait en venir, c'est que la Commission ne saurait attendre indéfiniment que cette idée ait pris forme. Si les dirigeants des États peuvent être punis en vertu des dispositions du projet de code, pourquoi pas ? — en laissant le principe des crimes d'État être développé en dehors du projet d'articles.

58. Selon M. SIMMA, le meilleur moyen de régler la question serait d'adopter la proposition du Rapporteur spécial de constituer un groupe de travail pour étudier les implications des obligations de *jus cogens* et *erga omnes*, ce qui aiderait beaucoup à dissiper les inquiétudes de ceux qui défendent la notion de crime d'État.

59. M. GOCO aimerait savoir si M. Addo est fondamentalement hostile au concept de crime d'État ou s'il pense seuleme nt que l'article 19, malgré ses imperfections, peut être amélioré moyennant une définition des crimes imputables à un État. M. Addo a aussi mentionné la responsabilité des personnes morales mais, à la différence d'une personne morale qui peut être liquidée si ses dirigeants sont inculpés de crime, l'État, si atroces soient les crimes qu'il a commis, continue à exister dans la totalité de ses composantes essentielles : territoire, population, autorité souveraine. M. Addo pense-t-il que, si le projet d'articles était convenablement modifié, un État

pourrait être accusé d'un crime ou d'un fait illicite commis en violation du droit international ?

60. Selon M. ADDO, la notion de crime d'État, qui est certes en formation, n'est cependant pas encore entièrement définie. Aussi estime-t-il, sans y être totalement opposé, qu'elle n'a pas sa place dans le droit général des obligations et devrait être écartée du projet. En ce qui concerne la responsabilité des personnes morales, même dans l'hypothèse où une société serait liquidée, les personnes responsables, de fraude par exemple, pourraient cependant être inculpées de ce chef. On a déjà vu un cas analogue lorsque l'ancien chef du Gouvernement rwandais, bien qu'il fût entré dans la clandestinité, a été pris et traduit en justice sur le fondement de règles semblables à celles qui sont posées dans le projet de code. Ce serait une perte de temps que d'introduire quelque chose d'aussi indéterminé que la notion de crime d'État dans le projet sur la responsabilité des États, même assortie d'une clause prévoyant qu'elle serait développée ultérieurement. Bien entendu, la Commission pourrait la développer, mais pas dans le présent projet.

61. M. KUSUMA-ATMADJA a été heureux d'entendre dire que le Rapporteur spécial est ouvert à toutes les suggestions d'ajustement. La communauté mondiale traverse une phase de transition où elle abandonne peu à peu les relations purement étatiques pour un système plus ouvert faisant une place à la responsabilité individuelle. L'intervention de M. Al-Khasawneh a été très utile sur ce point, et d'autres ont suivi dans le même esprit. Il n'est pas nécessairement exact pour autant que la distinction entre crimes et délits doive être conservée. Le grand problème est qu'il faudrait énormément de temps pour s'adapter à l'évolution des données de la situation, et c'est pour cette raison que M. Kusuma-Atmadja préfère pour sa part une démarche « flexible » à une ligne dure pour laquelle la communauté internationale n'est pas prête. Peut-être lui reprochera-t-on d'être du parti des grandes puissances industrielles, mais ce n'est pas le cas, car il siège à la Commission à titre personnel. Paradoxalement, si les événements survenus en Indonésie durant les trente-deux dernières années devaient être qualifiés de crime de l'État, son successeur risquerait d'en hériter les problèmes, ce qui serait injuste. C'est pour cette raison d'ordre pratique que la notion de crime d'État ne peut pas être introduite dans le projet sur la responsabilité des États. Il serait en outre nécessaire de spécifier quels sont les crimes qui entrent dans cette catégorie; cela dit, il faut bien reconnaître que les juristes n'ont guère le pouvoir de faire quelque chose en pareille circonstance.

62. M. YAMADA, commentant la distinction entre responsabilité criminelle et responsabilité délictuelle, souscrit aux conclusions du Rapporteur spécial énoncées au paragraphe 95, où celui-ci recommande que l'article 19 soit supprimé du projet sur la responsabilité des États. Quant à savoir s'il faut retenir la notion de crime de l'État, il tient sur ce point à s'associer à beaucoup des remarques faites par MM. Addo, Dugard, Kusuma-Atmadja et Rosenstock. Sans méconnaître l'existence de différentes catégories de faits internationalement illicites, comportant des violations d'obligations *erga omnes* et des violations d'obligations contractuelles bilatérales, et sans nier que certains faits internationalement illicites puissent être qualifiés de crimes d'État, il estime que ce n'est pas la question de la qualification des faits illicites qui est en jeu. Ce dont il s'agit est de savoir si la catégorie des crimes d'État doit être introduite dans le régime de la responsabilité des États, et l'État poursuivi pour la responsabilité de tels crimes. Sa réponse est négative.

63. La Commission s'est lancée, à la vingt-huitième session, en 1976, dans un projet ambitieux qui englobait la notion de crime d'État énoncée à l'article 19. Toutefois, lorsqu'elle en est venue aux conséquences juridiques des faits illicites dans la deuxième partie, elle s'est trouvée dans l'incapacité de prévoir des dommages-intérêts punitifs pour ces crimes, sans parler d'amendes ou autres sanctions. De l'avis de M. Yamada, la décision prise alors par la Commission était le simple reflet de l'état des choses à l'époque. À ce jour, il n'y a pas de pratique étatique suffisante en la matière, pas plus que de procédure applicable pour déterminer avec autorité si un crime d'État a ou non été commis. Il n'y a pas davantage d'institutions qui soient aptes à réprimer les crimes d'État au sein de la communauté internationale.

64. Tout en étant parfaitement conscient de la nécessité de ne manier qu'avec précaution l'analogie entre le droit interne et le droit international, M. Yamada est fermement convaincu qu'il faut employer les termes juridiques pour exprimer un concept qui est en gros semblable dans les deux cas. Le terme « crime » — engageant la responsabilité pénale — correspond à une notion bien définie dans les systèmes nationaux de justice pénale, mais il ne devrait être employé dans le contexte du droit international qu'à condition que la responsabilité pénale soit prévue dans le régime de la responsabilité des États. Bien entendu, il faut que la communauté internationale prenne des mesures pour réprimer des crimes d'État aussi exécrables que l'agression, le génocide ou les crimes de guerre, mais le régime de la responsabilité des États ne devrait pas être censé figurer au premier plan dans cette entreprise.

65. Contre le crime organisé, les gouvernements nationaux mobilisent le régime politique et administratif pour prendre des mesures de dissuasion et démanteler les organisations en cause, le régime de la justice pénale pour punir les individus coupables et leur infliger des peines, et celui de la responsabilité civile pour réparer les dommages subis par les victimes. Chaque régime a un rôle bien délimité à jouer et fonctionne conjointement avec les autres.

66. Dans la sphère internationale, où un État se livre au nettoyage ethnique d'une population minoritaire, se rendant ainsi coupable du crime de génocide, c'est le Conseil de sécurité qui est l'institution politique habilitée à agir, en application soit de l'article VIII de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, soit du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Bien qu'il se soit abstenu de le faire au Cambodge et au Rwanda, et qu'il soit entravé dans sa liberté d'action par le système du veto, ce sont des carences auxquelles l'ONU elle-même doit remédier, et non pas un régime de responsabilité des États.

67. Un régime de justice pénale pour le crime de génocide est en cours d'élaboration : la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide exige des

parties contractantes qu'elles en punissent les auteurs, et il appartiendrait à la cour criminelle internationale envisagée d'établir la responsabilité pénale individuelle. Bien que l'article IX de la Convention parle de la responsabilité d'un État pour génocide, M. Yamada ne pense pas qu'il s'agisse là de responsabilité pénale. Il n'en aurait pas moins tendance à dire que la notion de responsabilité pénale des États existe à l'état embryonnaire, et il ne verrait pas d'objection à ce que des travaux soient engagés sur ce sujet, à condition qu'ils demeurent séparés des travaux sur la responsabilité des États.

68. Le rôle du régime de la responsabilité des États à l'endroit du crime de génocide est plus ou moins analogue à celui du régime de la responsabilité civile en droit interne, à savoir établir la responsabilité civile des États, tenus de réparer les préjudices subis par les victimes. Bien entendu, M. Yamada n'est pas en train de confondre le régime international de la responsabilité des États avec les régimes nationaux de responsabilité civile. Il faut que la Commission s'occupe des conséquences juridiques particulières de la violation d'une obligation *erga omnes*, et sur cette question il souscrit sans réserve à la conclusion formulée par le Rapporteur spécial au paragraphe 95 de son premier rapport.

69. M. Yamada est d'accord avec les observations des Gouvernements de la France et de la République tchèque concernant l'article 19, qui figurent dans les Commentaires et observations reçus des gouvernements, lorsqu'ils disent que le droit de la responsabilité des États n'est ni civil ni pénal. Toutefois, cela tient peut-être à cette circonstance que la communauté internationale, pas plus que le droit international, n'est encore parvenue à maturité, et M. Yamada pense que le développement du droit international devra également s'orienter, et s'orientera, vers une séparation de la responsabilité civile d'avec la responsabilité pénale. L'article 11, par exemple, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques interdit déjà l'emprisonnement pour incapacité d'exécuter une obligation contractuelle, la « prison pour dettes ». Il pense que la communauté internationale ne vit plus non plus à l'époque de Charles Dickens.

70. M. Yamada a bon espoir de voir la Commission résoudre cette question décisive de la distinction entre responsabilité « criminelle » et responsabilité « délictuelle » de la manière recommandée par le Rapporteur spécial et réussir à achever la seconde lecture du projet d'articles avant la fin du quinquennat en cours.

71. Selon M. ECONOMIDES, les crimes d'État sont représentés au sein de la Commission comme une chose inexistante ou indéfinissable. Et cependant, l'agression est définie comme un crime d'État dans la Définition de l'agression qui figure dans l'annexe de la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale, du 14 décembre 1974, qui a été adoptée à l'unanimité. Il est sûrement du devoir de la Commission d'établir en quoi consiste la responsabilité d'un État agresseur.

72. Aux yeux de M. Economides, le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies est intimement lié au droit de la responsabilité des États. Lorsqu'un manquement grave de la part d'un État à ses obligations internationales met en péril la paix et la sécurité internationales, la communauté internationale dans son ensemble, sous les espèces du Conseil de sécurité, est autorisée à prendre des mesures préventives ou autres, y compris en recourant à la force. L'action du Conseil autorisant, par exemple, le bombardement de l'Iraq peut-elle être qualifiée de sanction civile plutôt que pénale ? Plusieurs membres de la Commission ont déjà reconnu que les crimes d'État font partie du corpus du droit international, et la notion fait peu à peu son chemin, même au sein de la CIJ. Si la Commission ignorait cette évolution, elle faillirait à son devoir.

73. M. YAMADA souligne qu'il n'a pas contesté qu'un concept de crime d'État soit en formation. Il est prêt à discuter de la responsabilité pénale des États qui en découle, mais en dehors du débat en cours sur la responsabilité des États.

74. M. THIAM signale que la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale a été adoptée par consensus, sans vote, et non à l'unanimité. Au surplus, le projet de code ne renferme pas de définition de l'agression, à cause de l'énorme difficulté de définir cette notion.

75. M. ECONOMIDES fait valoir que le consensus a le même effet que l'unanimité.

76. M. LUKASHUK relève qu'il n'est pas très logique de considérer que, malgré l'absence de tout concept de crime d'État en droit international, le Conseil de sécurité est autorisé, en vertu de la Charte des Nations Unies, à prendre n'importe quelle mesure qu'il jugerait nécessaire à l'encontre d'États membres. Il est certain que le droit d'adopter de telles mesures repose directement sur des relations de responsabilité, puisque le Conseil n'est habilité à intervenir qu'en cas de violation par un État de normes particulièrement importantes du droit international.

77. Même si le phénomène de l'agression ne peut pas être défini en termes juridiques, il ne s'ensuit pas qu'il n'existe rien de tel que le crime d'agression. M. Lukashuk met en garde contre une démarche par trop légaliste qui serait stérile.

78. M. THIAM rappelle que, lorsqu'il avait voulu insérer une définition inspirée de la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale dans les articles du projet de code[21], la majorité des États s'y était opposée au motif que cette résolution était un texte politique et non un instrument juridique[22].

79. Selon M. ROSENSTOCK, le Conseil de sécurité n'agit pas au regard de la responsabilité des États et n'inflige pas de sanctions ni de peines. Devant une situation qui constitue une menace contre la paix et la sécurité internationales, il est habilité à prendre les mesures voulues, militaires ou non militaires, pour remédier à cette situation. Ces mesures pourraient aussi bien aller à l'encontre des intérêts d'un État innocent qu'affecter un État qui aurait commis un acte considéré comme contraire au droit international.

---

[21] Voir *Annuaire... 1985*, vol. II (1re partie), p. 73, doc. A/CN.4/387, par. 87.

[22] Voir *Annuaire... 1987*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/407 et Add.1 et 2 et doc. A/42/484 et Add.1 et 2.

80. L'idée de crimes internationaux n'a aucun fondement dans la pratique des États. Il est exact, comme le dit M. Thiam, que l'on se trouve dans une situation purement politique à l'égard d'une définition de l'agression.

81. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA est lui aussi d'avis que le Conseil de sécurité est un organe politique qui suit sa pente naturelle lorsqu'il s'agit de décider quand une agression a eu lieu. Une fois encore, il ne sert à rien de faire des comparaisons entre deux choses entièrement différentes — l'annexion par un État d'une partie du territoire d'un autre État et la violation d'un accord commercial bilatéral, par exemple.

82. M. HE rappelle que nombre d'États, d'éminents auteurs et de juristes ont contesté la distinction que la Commission avait faite à sa vingt-huitième session, en 1976, à l'article 19 entre crimes internationaux et délits internationaux. Le nœud du problème est de savoir si la notion de crime d'État peut ou non être établie dans le droit international de la responsabilité des États et, dans l'affirmative, s'il existe ou non un mécanisme qui soit communément admis pour décider de l'existence d'un crime et de la réaction juridique requise.

83. Il n'y a rien jusqu'ici, dans la pratique des États, qui puisse servir de fondement au concept de crimes internationaux des États. En revanche, le principe de la responsabilité pénale individuelle a été établi par les Tribunaux militaires internationaux de Nuremberg[23] et de Tokyo[24] et, dans un passé plus récent, par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et par le Tribunal pénal international pour le Rwanda. Il a aussi été codifié dans de très nombreux instruments internationaux et sera mis en pratique par la future cour criminelle internationale.

84. L'idée a été avancée que la pratique étatique traditionnelle devrait être adaptée à des temps qui ont changé et qu'il faudrait faire une place à la notion de crime d'État. Si la Commission choisit d'accorder la priorité dans le domaine de la responsabilité des États au développement progressif du droit international, elle devra s'assurer qu'elle agit bien conformément aux vœux et aux préoccupations des États. Sinon, le fruit de ses efforts risque de ne pas pouvoir recueillir suffisamment de ratifications et son prestige de s'en ressentir. La Commission devrait chercher à conjuguer la codification avec le développement progressif, en reconnaissant la pratique des États comme un élément du droit international coutumier.

85. Il serait extrêmement difficile de transplanter la notion pénale de crime dans la sphère du droit international. La justice pénale présuppose l'existence d'un système judiciaire pour décider si une infraction a eu lieu et déterminer la culpabilité. Or, suivant la maxime *par in parem imperium non habet*, il n'y a pas de mécanisme qui ait compétence pénale pour juger les États au sein de la communauté internationale telle qu'elle est actuellement structurée, ni d'autorité centrale qui puisse déterminer et imputer la responsabilité pénale et infliger une peine. Le régime complexe que le précédent Rapporteur spécial avait proposé pour les accusations de crime d'État a été rejeté par la Commission parce qu'elle l'a jugé impraticable et contraire à la Charte des Nations Unies.

86. Le point de vue des partisans du concept de crime d'État, à savoir qu'il aurait un effet dissuasif et renforcerait ainsi l'ordre public international, ne repose sur aucune base juridique solide et ne serait pas acceptable pour les États. En revanche, M. He voit un certain intérêt à la proposition concernant les obligations *erga omnes* et engage la Commission à l'étudier plus avant.

87. M. He souscrit à la critique des défauts pernicieux de l'article 19 à laquelle s'est livré le Rapporteur spécial ainsi qu'à sa recommandation de supprimer les articles 51 à 53 et de réexaminer le paragraphe 3 de l'article 40, en vue de traiter les violations d'obligations *erga omnes*. Quant à la nécessité de traiter le concept de « crime international » à part, au sein de la Commission ou d'un autre organe, il réserve sa position sur ce point. L'élaboration de ce concept ne s'impose pas, vu les dispositions de la Charte des Nations Unies relatives au maintien de la paix et de la sécurité internationales et l'action vigoureuse que mène actuellement le Conseil de Sécurité en application du Chapitre VII de la Charte. Elle s'imposera encore moins avec la création de la cour criminelle internationale envisagée.

La séance est levée à 13 heures.

[23] Voir 2524e séance, note 16.

[24] Statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient, *Documents on American Foreign Relations*, Princeton University Press, vol. VIII (juillet 1945-décembre 1946), 1948, p. 354 et suiv.

2537e SÉANCE

Jeudi 28 mai 1998, à 10 h 5

Président : M. João BAENA SOARES

Puis : M. Igor Ivanovich LUKASHUK

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Al-Khasawneh, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kusuma-Atmadja, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Thiam, M. Yamada.

Coopération avec d'autres organismes

[Point 9 de l'ordre du jour]

DÉCLARATION DE L'OBSERVATEUR DU COMITÉ CONSULTATIF JURIDIQUE AFRO-ASIATIQUE

1. Le PRÉSIDENT, rappelant les liens traditionnels de coopération qui unissent le Comité consultatif juridique

afro-asiatique et la Commission du droit international, souhaite la bienvenue au Secrétaire général du Comité et l'invite à compléter, par une déclaration orale, la communication dont le texte a été distribué aux membres de la Commission.

2. M. TANG CHENGYUAN (Observateur du Comité consultatif juridique afro-asiatique) illustre les relations que le Comité entretient avec la Commission par plusieurs exemples qui montrent comment les deux organes échangent des représentants lors de leurs sessions respectives. Le Comité a tenu sa trente-septième session à New Delhi, du 13 au 18 avril 1998. Il était saisi de quatorze questions de fond, mais n'a pu en examiner qu'un certain nombre, parmi lesquelles figuraient les travaux de la quarante-neuvième session de la Commission.

3. À propos de la responsabilité des États, le Comité a jugé que les projets d'articles sur les contre-mesures traitaient de l'aspect le plus difficile et le plus controversé de l'ensemble du régime envisagé. À son avis, la première contre-mesure qu'un État lésé pourrait prendre consiste à ne pas exécuter une ou plusieurs des obligations qu'il a envers l'État fautif. Ensuite, cet État lésé ne doit pas recourir à des contre-mesures sur la foi d'un jugement unilatéral. S'il se trompe en effet, il risque d'encourir une responsabilité pour acte illicite. Le jugement d'un État neutre, à qui l'on demanderait une évaluation de la situation, ne serait pas forcément le même que le sien. Mais la question doit être étudiée davantage, de manière à déterminer dans quelle mesure le droit qu'a l'État lésé de recourir à des contre-mesures est circonscrit par ce que cet État est autorisé à faire et par les objectifs que visent les mesures qu'il prend.

4. Le sujet des contre-mesures a également été examiné lors d'un séminaire, organisé par le Comité, sur l'application extraterritoriale des législations nationales, notamment les sanctions imposées à des tiers, qui s'est tenu à Téhéran les 24 et 25 janvier 1998. Les participants ont été d'accord pour conclure que c'était au regard des règles d'interdiction des contre-mesures, formulées par la Commission dans son projet d'articles sur la responsabilité des États, qu'il fallait déterminer la licéité des contre-mesures qu'était censée mettre en œuvre l'application extraterritoriale de deux lois américaines intitulées *Loi de 1996 relative à des sanctions contre l'Iran et la Libye*[1] et *Acte sur la liberté de Cuba et la solidarité démocratique*[2]. Ces lois sont l'interdiction de causer un dommage à un État tiers, la proportionnalité et les exclusions énumérées à l'article 50 (Contre-mesures interdites) du projet de la Commission sur la responsabilité des États[3].

5. Quant au sujet relatif aux actes unilatéraux des États, le Comité a jugé que l'objectif de la Commission devait être de déterminer les éléments constitutifs et les effets des actes juridiques unilatéraux des États, et de formuler les règles qui s'appliqueraient d'une manière générale à ces actes. Or, cette question est étroitement liée à celle de l'application extraterritoriale des législations nationales, dont il a déjà été question et dont le Comité a réaffirmé la pertinence, la complexité et l'importance des conséquences. Il a demandé à son secrétariat d'étudier le cas des décrets par lesquels des sanctions sont imposées à certains États, sujet inscrit à son ordre du jour depuis sa session précédente. Les débats du séminaire de Téhéran ont montré qu'il y avait accord général sur le fait qu'il fallait juger la licéité des sanctions économiques unilatérales imposées par application extraterritoriale d'une législation nationale au regard des normes et principes reconnus du droit international : souveraineté, intégrité territoriale, égalité souveraine, non-intervention, autodétermination, liberté des échanges et, tout particulièrement, droit au développement et souveraineté permanente sur les ressources naturelles.

6. Le secrétariat du Comité reconnaît que l'application extraterritoriale des législations nationales est dans certains cas nécessaire et que le droit international contemporain prévoit ce procédé dans des cas touchant par exemple aux fonctions consulaires ou à la lutte contre le trafic de drogue. L'étude dont il est chargé ne consiste pas simplement à analyser la licéité éventuelle de telle ou telle législation ni à limiter cette analyse à la législation d'un État donné. Il a pour tâche d'examiner les principes théoriques généraux qui fondent la juridiction des États, pour en dégager des principes prescriptifs qui permettront au Comité d'arrêter son opinion. On ne saurait trop insister sur le fait qu'il s'agit d'un terrain d'étude assez large et que, si le séminaire de Téhéran a été l'occasion d'un échange de vues sur la législation d'un certain pays, c'était simplement à titre d'illustration des prolongements extraterritoriaux du droit interne des États.

7. En ce qui concerne les réserves aux traités, le Comité a organisé une réunion extraordinaire consacrée à la question dans le cadre de sa trente-septième session, à New Delhi. Il a pu ainsi examiner les conclusions préliminaires concernant les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme, que la Commission a adoptées à sa quarante-neuvième session[4], et divers documents rédigés par son secrétariat. Reconnaissant l'importance et la complexité du sujet, il a souligné l'acceptabilité universelle du régime mis en place par les Conventions de Vienne et a proposé d'en résoudre les ambiguïtés et d'en combler les lacunes par voie de commentaires sur les dispositions actuelles de ces textes. Il a recommandé que la Commission poursuive sa réflexion sur le sujet non pas en se laissant guider par ses intuitions mais plutôt à partir d'une étude empirique de la conduite des États. À son avis, elle devait s'interroger sur les motifs qui inspirent les réserves aux traités, puis chercher à mettre en place le régime envisagé par un travail de « codification interprétative ».

8. Le Comité a aussi examiné la question de savoir si les réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme étaient différentes des réserves à d'autres instruments normatifs. On a fait observer que la plupart des traités contiennent des obligations normatives et contractuelles. Le Comité

[1] ILM, vol. XXXV, n° 5, septembre 1996, p. 1274. Pour le texte français, voir *Documents d'actualité internationale*, Paris, Ministère des affaires étrangères, n° 19, 1er octobre 1996, p. 778.

[2] ILM, vol. XXXV, n° 2, mars 1996, p. 359. Pour le texte français, voir *Documents d'actualité internationale*, Paris, Ministère des affaires étrangères, n° 16, 15 août 1996, p. 674.

[3] Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2e partie), p. 62, doc. A/51/10, chap. III, sect. D.

[4] *Annuaire... 1997*, vol. II (2e partie), p. 57, par. 157.

s'est également demandé si les traités relatifs aux droits de l'homme devaient être rangés dans la catégorie des traités qui ne souffrent aucune réserve. On lui a rappelé que le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques avaient été adoptés deux bonnes années avant la Conférence sur le droit des traités de 1968[5], et que cette conférence n'avait pas jugé utile de faire une différence entre les traités relatifs aux droits de l'homme et les autres instruments normatifs. La Commission ne pouvait faire ce qu'une conférence de plénipotentiaires n'avait pas fait. Cependant, les membres du Comité se sont accordés à penser qu'il fallait faire une distinction entre ces deux catégories d'instruments sur le plan des réserves, et qu'ils ne pouvaient donc souscrire au paragraphe 3 des conclusions préliminaires adoptées par la Commission concernant les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme.

9. Les participants à la réunion extraordinaire sur les réserves aux traités ont également débattu des fonctions, du rôle et des compétences des organes de contrôle pour apprécier, ou établir, la licéité des réserves. Si l'opinion de la Commission, selon laquelle la valeur juridique des conclusions de ces organes ne saurait excéder celle découlant des pouvoirs qui leur sont conférés, a été approuvée, la solution consistant à prévoir des dispositions particulières dans les traités multilatéraux normatifs ou à élaborer des protocoles donnant compétence aux organes de contrôle pour apprécier ou établir la licéité des réserves a suscité des oppositions. On a également considéré qu'un régime strict de réserves, mis en application sous la direction d'un organe de contrôle, compromettrait la réalisation de l'objectif d'universalité de la participation au traité alors qu'il s'agirait au contraire de le promouvoir et de favoriser le processus de ratification.

10. Le paragraphe 5 des conclusions préliminaires adoptées par la Commission concernant les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme, qui concerne le rôle des organes de contrôle créés en vertu des instruments relatifs aux droits de l'homme, a été jugé inacceptable. On a élevé une objection contre l'emploi du terme « organe de contrôle », qui suggère une idée de surveillance, et proposé de le remplacer par « organe de supervision ». Le rôle envisagé pour ces organes a été jugé dangereux, car les États n'accepteraient pas qu'un organe de contrôle porte un jugement de valeur sur la licéité de leurs réserves ou sur leur pratique : ce serait ouvrir la boîte de Pandore. Enfin, on a rappelé que le droit de faire une réserve à un traité était un droit souverain de l'État et que le paragraphe 5 allait à l'encontre de ce principe cardinal du droit des traités.

11. Pour ce qui est de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, le Comité a constaté que la Commission n'avait pas encore trouvé la direction dans laquelle elle devait avancer. On pouvait espérer que le Groupe de travail chargé de la question lui indique la voie à suivre. L'intitulé du sujet, même s'il était formulé de manière confuse, donnait une idée très claire du contenu de celui-ci. Les réflexions de la Commission sur le sujet de la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses devaient porter aussi sur les questions de réparation et d'indemnisation. Le Comité a souscrit à la conclusion du Rapporteur spécial chargé de ce sujet, à savoir que le devoir de prévention oblige les États à déterminer les activités qui risquent de causer un dommage transfrontière significatif et à en aviser les États concernés, et que ce devoir de notification comporte l'obligation de consultation et de négociation. Le Comité a jugé, tout comme le Rapporteur spécial, qu'il fallait faire la distinction entre le devoir de prévention qui s'impose à l'État et les obligations qui incombent aux exploitants qui mènent des activités à risque. Cela dit, la Commission devrait réfléchir à l'idée de traiter des conséquences du manquement à ces obligations dans le cadre de son sujet sur la responsabilité des États.

12. M. GOCO souhaiterait savoir dans quelle mesure le Comité consultatif juridique afro-asiatique participera à la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour criminelle internationale, qui se tiendra à Rome du 15 juin au 17 juillet 1998[6].

13. M. TANG CHENGYUAN (Observateur du Comité consultatif juridique afro-asiatique) répond que le Comité sera représenté à cette conférence par une délégation de plusieurs personnes. Il tient en effet à y être présent pour pouvoir tenir des consultations avec certains États membres sur des sujets qui touchent particulièrement les pays d'Afrique et d'Asie. Le secrétariat du Comité a déjà pris les dispositions nécessaires avec le Secrétariat de l'ONU.

14. M. YAMADA rappelle qu'il a représenté la Commission à la trente-septième session du Comité à New Delhi et a pu ainsi expliquer longuement les travaux que la Commission avait réalisés dans l'année. Il a également demandé aux membres du Comité de verser leurs réflexions aux débats que la Commission tient sur les sujets dont elle est saisie. Le compte rendu de son intervention figurera dans le rapport de session du Comité.

15. M. Sreenivasa RAO dit qu'il a participé lui aussi à la trente-septième session du Comité, à New Delhi. Les débats y ont été très suivis et l'on a pu y entendre plusieurs ministres de la justice et de très hauts fonctionnaires des États membres. Le sujet des réserves aux traités, qui est très important pour les États, a été longuement débattu par les spécialistes, comme il est indiqué dans la communication écrite du Secrétaire général du Comité. Mais le trait le plus saillant de cette session a été la collaboration qui s'est instaurée entre les représentants des États membres et l'excellente équipe régionale de spécialistes réunie pour l'occasion. Il s'agissait là d'une excellente initiative, qui a été reprise au séminaire de Téhéran sur l'application extraterritoriale des législations nationales, notamment les sanctions imposées à des tiers.

16. Il est bon de savoir que le Comité aura prochainement son siège à New Delhi et qu'il offrira ainsi une ins-

[5] Voir 2526e séance, note 17.

[6] Voir 2533e séance, note 8.

tance de dialogue non seulement aux États de l'Afrique et de l'Asie mais aussi aux pays des autres régions.

17. M. THIAM aimerait savoir quels ont été les efforts entrepris en vue de favoriser une participation accrue des États francophones, notamment d'Afrique, aux travaux du Comité.

18. M. TANG CHENGYUAN (Observateur du Comité consultatif juridique afro-asiatique) indique que le Comité a pris contact, par différentes voies, avec certains pays francophones; il espère en outre que la session qui se tiendra l'année suivante au Ghana sera l'occasion de nouer des liens avec des pays de l'Afrique de l'Ouest.

19. Répondant ensuite à une question de M. SIMMA à propos des réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme, qui a été examinée au cours d'une réunion spéciale dans le cadre de la trente-septième session du Comité, il précise que celui-ci n'a pris aucune décision officielle et que lui-même n'a fait que relater dans son exposé les avis exprimés à titre personnel par les experts.

Responsabilité des États[7] *(suite)* [A/CN.4/483, sect. C, A/CN.4/488 et Add.1 à 3[8], A/CN.4/490 et Add.1 à 7[9], A/CN.4/L.565, A/CN.4/L.569]

[Point 2 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

20. M. MIKULKA constate tout d'abord que l'approche conceptuelle que la Commission a adoptée en 1962 sur la recommandation du précédent Rapporteur spécial, Roberto Ago, consistant à donner la priorité à une définition des règles générales de la responsabilité internationale de l'État indépendamment du contenu des règles de fond violées dans chaque cas d'espèce, est, en raison de sa pertinence, toujours valide[10]. De même, la distinction entre règles primaires et secondaires, malgré toutes ses imperfections, a considérablement facilité la tâche de la Commission, en la libérant du lourd héritage du débat doctrinal concernant l'existence du dommage ou de l'élément moral comme condition de la responsabilité. Il serait difficile, et surtout inutile, de chercher un autre principe pour fonder l'économie du projet d'articles.

21. En prenant le parti de faire abstraction du contenu spécifique de la règle « primaire » violée par un fait illicite, la Commission, comme le rappelle le Rapporteur spécial au paragraphe 13 de son premier rapport (A/CN.4/490 et Add.1 à 7), n'a pas pour autant entendu méconnaître les distinctions entre différentes catégories de règles primaires — dont celle qui s'impose presque obligatoirement entre règles relevant du *jus dispositivum* et règles relevant du *jus cogens* — ni, par conséquent, les différentes conséquences que leur violation peut entraîner. Cela étant, pendant plus de deux décennies, la Commission a étudié la responsabilité des États pour des faits illicites « ordinaires », en se limitant en outre aux rapports bilatéraux. L'article 19 (Crimes et délits internationaux), qui a introduit la distinction entre « délits » et « crimes », est longtemps resté la seule disposition qui signalait l'existence d'une distinction « qualitative » entre les règles secondaires en fonction du contenu des règles primaires violées par le fait illicite, par référence, notamment, aux intérêts fondamentaux de la communauté internationale protégés par ces règles primaires. Mais le vrai débat sur le caractère spécifique de ces « règles secondaires » a été reporté d'année en année. En conséquence, si la Commission n'a pas pu, depuis sa vingt-huitième session, en 1976, définir le régime propre aux soi-disant « crimes », c'est non pas, comme l'affirment certains, parce qu'une telle tâche est impossible mais parce que le débat n'a pas eu lieu. Ce n'est qu'à partir de la quarante-septième session, en 1995, que la Commission a commencé à examiner la question du « contenu de la responsabilité » découlant d'une violation d'une règle primaire visant à protéger les intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble, par opposition à une violation d'une règle primaire dépourvue de ce caractère. Dès lors, le débat sur les « crimes » a été limité au cadre de la deuxième partie du projet.

22. Ainsi, les dispositions de la première partie qui toutes, sauf l'article 19, avaient été rédigées exclusivement aux fins du traitement des « délits », sont d'un seul coup devenues applicables aussi aux « crimes », sans que la Commission ait jamais examiné de manière plus approfondie si, dans le cas de ceux-ci, certaines règles de la première partie ne devraient pas être reformulées. Tel est le cas notamment des dispositions relatives aux circonstances excluant l'illicéité. Par ailleurs, alors que l'hypothèse envisagée à l'article 19 appelle pour les crimes des conséquences « spécifiques », la Commission, à l'article 51 du projet (Conséquences d'un crime international), les qualifie seulement de « supplémentaires ».

23. Contrairement à ce que prétendent certains, l'état de choses existant ne s'explique pas exclusivement par la complexité des questions liées aux violations d'obligations essentielles pour la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la communauté internationale, et encore moins par l'absence de telles violations dans la vie internationale; il est largement dû au manque de cohérence dans l'approche de la Commission qui, après avoir traité des violations « ordinaires » — les « délits » —, n'a pas consacré une attention suffisante aux « crimes » en première lecture. Elle devrait donc, lors de la deuxième lecture du projet d'articles, tenir compte d'un certain nombre d'éléments.

24. L'existence de règles du droit international essentielles pour la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble et le fait que ces règles subissent assez souvent des violations sont désormais généralement admis et, si la distinction établie à l'article 19 n'a fait l'objet d'aucune référence dans la jurisprudence internationale, il est par contre souvent question, dans différentes instances internationales, des intérêts fondamentaux de la communauté internationale qui sont menacés par tel ou tel acte illicite. L'examen des conséquences qu'entraîne une violation d'une règle essentielle pour la sauvegarde de ces intérêts est couvert par le mandat de la Commission, et celle-ci est tenue de s'en acquitter. L'idée, consacrée au paragraphe 2 de l'article 19, qu'il existe une telle catégorie d'actes illicites

[7] Voir *supra* note 3.

[8] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

[9] Ibid.

[10] Voir 2536e séance, note 16.

doit être maintenue; par contre, le paragraphe 3 de l'article 19 devrait être purement et simplement supprimé. Bien que les mots aient le sens qu'on leur donne et que la notion de « crime d'État » n'ait pas intrinsèquement une connotation pénaliste, la Commission pourrait, pour surmonter les obstacles qui la divisent inutilement en raison des nombreux malentendus que provoque la terminologie de l'article 19, recourir à des techniques de rédaction permettant de régler les questions de fond sans employer une terminologie spécifique.

25. La question de savoir quels sont les traits spécifiques des « règles secondaires » qui se rattachent aux violations des « règles primaires » essentielles pour la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble doit être posée par rapport à l'ensemble du projet, et non pas seulement par rapport à la deuxième partie. Ainsi, il est évident que, dans la première partie, certains articles s'appliqueraient difficilement à la violation d'une obligation plurilatérale et plus difficilement encore à des violations d'obligations *erga omnes*, catégorie d'obligations au demeurant plus large que celle à laquelle se rapporte le paragraphe 2 de l'article 19 eu égard à la distinction « qualitative » entre les règles *erga omnes* selon qu'elles ont, ou non, le caractère de normes impératives. Néanmoins, vu le caractère « technique » des règles énoncées dans la première partie, il faut se demander si, à l'intérieur de la catégorie des règles *erga omnes*, une différenciation fondée sur une distinction « qualitative » de leur « contenu » s'impose toujours ou, plus précisément, dans quel cas elle s'impose. La deuxième lecture du projet devrait permettre d'évaluer, article par article, à quelle catégorie de « règles primaires » s'applique la règle secondaire que l'article énonce.

26. Pour ce qui est du « contenu » de la responsabilité des États pour des faits illicites, notamment de la distinction « qualitative » entre les conséquences des actes illicites qui mettent en danger les intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble et les conséquences des autres actes illicites, M. Mikulka souscrit entièrement à l'argumentation développée notamment par MM. Economides, Pambou-Tchivounda et Pellet. Le projet d'articles est, et doit rester, non seulement général, mais aussi supplétif, le régime « spécifique » pouvant être, s'agissant des « délits », établi par une convention à vocation universelle mais aussi par un traité bilatéral. Le projet d'articles aura également un caractère supplétif pour ce qui est des « crimes », en particulier parce qu'il ne pourra prévoir en détail la mise en œuvre de la responsabilité de l'État par une action de la communauté internationale; à cet égard, il pourrait exister des régimes spécifiques différents attachés respectivement à telles ou telles règles « primaires ».

27. En conclusion, M. Mikulka, faisant fond sur le problème de compatibilité visé au paragraphe 25 du premier rapport ainsi que sur la question qu'a examinée la CIJ au paragraphe 47 de l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire relative au *Projet Gab¼íkovo-Nagymaros*, insiste sur la nécessité de préciser clairement les rapports existant entre le projet d'articles qu'élaborera la Commission et les dispositions de la Convention de Vienne de 1969.

M. Lukashuk prend la présidence.

28. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), prenant note, notamment, de l'expression « soi-disant crimes » employée par M. Mikulka, perçoit dans ce fait une raison supplémentaire d'espérer en un progrès possible du débat.

29. M. Sreenivasa RAO relève que la Commission est aux prises avec le problème de l'article 19 depuis son adoption en 1976 : les éléments constitutifs d'un crime, sa définition même, ont été vivement mis en cause, en particulier par le Rapporteur spécial. Il considère qu'aucun des arguments avancés — qu'ils concernent les obligations *erga omnes* et les obligations relevant du *jus cogens* ou encore la reconnaissance du fait internationalement illicite comme crime par la communauté internationale dans son ensemble — n'est fondamental et convaincant au point de justifier la suppression de cet article, encore qu'il admette que son libellé puisse être peaufiné. Qui plus est, cet article définit certaines violations flagrantes importantes du droit international qui ne pourront jamais plus être assimilées à des faits illicites ordinaires. Il en est ainsi par exemple de l'agression, du génocide, de l'apartheid, qu'il faut appeler par leur nom, et s'ils doivent être qualifiés de crimes, il ne faut pas hésiter à le faire.

30. La Commission a longuement débattu de la question de savoir si ce type de faits illicites et leurs conséquences devraient relever du Conseil de sécurité et du régime établi par la Charte des Nations Unies. Mais, comme d'aucuns l'ont fait observer, le Conseil de sécurité, en tant qu'organe politique chargé du maintien de la paix et de la sécurité, n'en traiterait que sous l'angle politique, car, n'étant pas un organe judiciaire, il n'a pas vocation à punir. Et est-il possible de faire valoir qu'en l'absence de tribunal compétent, ces faits ne peuvent être appréhendés autrement que sous l'angle politique et qu'aucune mesure d'ordre judiciaire ne peut être prise ? La Commission ne saurait accepter cette thèse. Il est à noter à cet égard que ceux qui la défendent ont résolument adhéré à l'idée de la compétence de la future cour criminelle internationale à l'égard des individus. Or, ce qui vaut pour les individus devrait valoir aussi pour les États.

31. Les notions développées à l'article 19 gardent toute leur valeur. En recensant les crimes les plus graves communément acceptés comme tels, la Commission a agi à bon escient. L'argument de la généralisation ne saurait être invoqué pour les battre en brèche. La généralisation permet la souplesse, permet d'aller de l'avant. Ce n'est pas parce que l'article 19 est général qu'il perdrait sa raison d'être.

32. M. Sreenivasa Rao est convaincu que la Commission, pour peu qu'elle en ait la volonté, pourra convenir de normes communes, uniformes et objectives qui s'appliqueront à toutes les nations, puissantes et faibles. Il n'est pas question de compromis, mais tout simplement de la prise en compte des réalités. Il s'agit d'éviter des souffrances aux peuples et, dans ce sens, seule la notion de « crime » peut jouer un rôle dissuasif. Il se trouve d'ailleurs que la Commission, bien que réticente à l'idée de définir cette notion en l'occurrence, ne l'est pas à celle de « punir » les États, certes par des mesures spécifiques. Le fait est qu'elle doit agir pour éviter l'arbitraire et les mesures prises unilatéralement.

33. Cela dit, M. Sreenivasa Rao peut accepter la proposition du Rapporteur spécial tendant à traiter des crimes internationaux séparément, éventuellement plus tard.

M. Baena Soares reprend la présidence.

34. M. GOCO ne conçoit pas qu'un État puisse être accusé et reconnu responsable d'un crime. L'État est une entité abstraite et, si jamais il devient un État « criminel » aux yeux de la communauté internationale, c'est seulement à travers des actes perpétrés par des individus. Comment pourrait-il alors être condamné, indépendamment des auteurs du fait illicite ? M. Goco cite à ce propos l'exemple, parmi de nombreux autres, de son pays, les Philippines, où certains actes ont été perpétrés autrefois sous la loi martiale avec apparemment l'aval des autorités légitimes de l'époque et dont des individus ont souffert.

35. M. Sreenivasa RAO relève que les observations de M. Goco touchent au cœur même du problème. Les exemples de crime international énumérés à l'article 19 montrent à l'évidence que ces faits ne résultent pas d'un comportement individuel : ils s'inscrivent dans le cadre d'une politique de l'État. Il ne serait pas logique de les sanctionner sur le seul plan de l'individu. D'un autre côté, dans l'exemple donné par M. Goco, il s'agit d'une question de droit constitutionnel interne, et l'État ne peut être accusé.

36. M. PELLET fait observer que le problème de l'attribution n'est pas propre aux crimes et se pose exactement de la même manière pour les délits. D'autre part, il ne partage pas l'avis de M. Sreenivasa Rao selon lequel on n'est pas réticent à l'idée de « punir » les États. Il estime qu'en droit international les mots n'ont pas le même sens qu'en droit interne. Il ne s'agit pas de sanctions, car il existe un régime de sanctions, prévu par la Charte des Nations Unies, auquel la Commission n'a pas à s'intéresser dans le cadre de l'étude de la responsabilité des États, sauf à revenir à une conception pénaliste de celle-ci. La Commission doit juste trouver un moyen de montrer que toutes les violations du droit international ne sont pas à mettre sur le même plan et qu'il existe des règles fondamentales intéressant la communauté internationale dans son ensemble dont la violation a des conséquences particulières.

37. M. Pellet conteste aussi la conclusion de M. Sreenivasa Rao qui, après avoir souligné longuement l'importance de la notion de crime, voudrait qu'on en repousse l'examen à plus tard. Ceci est inacceptable, car ce serait pour la Commission répéter l'erreur qu'elle a faite sous l'impulsion du précédent Rapporteur spécial, à savoir commencer par étudier la responsabilité des États en général pour ensuite se pencher sur les crimes et leurs conséquences. Si elle suit de nouveau cette voie, elle va de nouveau se retrouver dans une impasse. M. Pellet estime que, quoi qu'il en soit, la Commission doit prendre rapidement une décision sur cette question.

38. M. THIAM demande au Rapporteur spécial ce qu'il faut entendre par « traitement séparé des crimes ». S'agit-il d'en faire un autre sujet pour lequel serait désigné un autre Rapporteur spécial ?

39. Selon M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), certains membres de la Commission semblent en effet favorables à un traitement séparé des crimes mais que nul n'entend exclure du projet d'articles une quelconque catégorie de faits illicites des États et remettre aussi en cause la conception unitaire de la responsabilité des États.

40. M. ROSENSTOCK, se référant à l'observation de M. Goco, dit que punir un État qui n'est pas une démocratie revient à punir des innocents et à faire peser sur eux, pendant des générations, un stigmate de culpabilité pour un fait auquel ils n'ont pris aucune part. Il estime par ailleurs, comme M. Pellet, qu'il faut prendre une décision au sujet de l'article 19. Il craint cependant qu'on ne répète l'erreur déjà commise par le passé, et qui a consisté à accepter la notion de crime pour n'en envisager qu'ensuite les conséquences, dans la deuxième partie. M. Rosenstock ne nie certes pas qu'il y ait des faits illicites plus ou moins graves, mais il conteste toute distinction qualitative entre deux catégories. Le Rapporteur spécial a montré que l'on pouvait, sans faire une telle distinction, traiter de la question des violations plus ou moins graves du droit international sans trop s'éloigner du cadre du projet actuel, moyennant d'importantes modifications de l'article 40 (Sens de l'expression « État lésé »). Enfin, il pense que, pour l'immense majorité des gens, la notion de crime a de toutes façons une connotation pénale.

41. Selon M. AL-KHASAWNEH, une distinction qualitative est nécessaire, ne serait-ce que du point de vue de la réparation. Certains crimes graves, et il songe par exemple au génocide, ne sont pas susceptibles de donner lieu à une réparation pécuniaire. Quant à la question de la culpabilité, le Rapporteur spécial a indiqué, dans son premier rapport, que l'on pourrait concevoir un régime qui permettrait à ce stigmate de culpabilité de disparaître progressivement. Consacrer la notion de crime est pour la Commission un impératif moral et de justice, et l'abandonner l'exposerait à des critiques quant à l'intégrité de son travail.

42. M. Sreenivasa RAO, répondant à M. Pellet, dit qu'il s'est peut-être fait mal comprendre : il ne s'agit aucunement de transposer le droit pénal interne sur le plan international. Il fait toutefois observer que les violations les plus graves du droit international méritent un traitement particulier en termes juridiques, et pas seulement en termes politiques. En outre, pour que la notion de crime puisse opérer avec les garanties voulues contre l'arbitraire, il faut mettre en place un système, ce qui risque d'être extrêmement long. En effet, cela requiert aussi de la communauté internationale une communauté de valeurs et une intégration qui ne semblent pas exister à l'heure actuelle.

43. M. PELLET indique que M. Simma de même que M. Tomuschat ont montré, dans leurs cours à l'Académie de droit international, que l'idée de « communauté internationale » est une idée relative[11]. Force est en effet

[11] B. Simma, « From bilateralism to community interest in international law », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1994-VI*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1997, t. 250, p. 217 à 384; et C. Tomuschat, « Obligations arising for States without or against their will », ibid., *1993-IV*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, t. 241, p. 195 à 374.

de constater que la société internationale n'est plus anarchique et qu'il y a des affleurements de « communautarisme » dont la notion de *jus cogens*, consacrée dans la Convention de Vienne de 1969, est un exemple. La notion de crime devrait en être un autre. Même si cette notion ne doit pas être utilisée dans la pratique, la Commission se doit de constater ces manifestations du communautarisme international sur le plan de la responsabilité des États. À défaut, elle n'aura pas fait son travail, bien entendu sur le plan du développement du droit, mais aussi sur celui de sa codification.

44. M. Sreenivasa RAO ne nie pas que la notion de communauté internationale existe mais il pense que, selon les fins poursuivies, le degré d'intégration nécessaire est différent. Aux fins de la notion de crime, le degré d'intégration doit être plus poussé, et rien ne dit que cette évolution ne sera pas rapide, par exemple si la cour criminelle internationale envisagée est effectivement créée lors de la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour criminelle internationale, qui doit se dérouler le mois suivant à Rome.

45. M. SIMMA souscrit à l'ensemble des observations de M. Pellet et estime que la Commission est très proche d'une solution. Il lui semble en effet que les partisans de la notion de crime sont prêts à examiner toutes propositions de ses adversaires qui tiennent compte de leurs préoccupations. Il serait donc souhaitable que ces derniers examinent quelles sont pour eux les conséquences, sur le plan de la responsabilité, des notions de *jus cogens* et d'obligation *ergo omnes* et fassent des propositions à l'autre camp. La question de savoir si on doit garder l'article 19 ou non pourra être réglée après.

46. M. ROSENSTOCK trouve curieux le renversement de la charge de la preuve que propose M. Simma : ce n'est pas à ceux qui, comme lui, pensent que les crimes d'État n'existent pas de prouver l'utilité d'une distinction qu'ils récusent. Il estime qu'il serait raisonnable de supprimer d'ores et déjà l'article 19 et de travailler sur la deuxième partie du projet, quitte à revenir à la première si les partisans de la notion de crime font des propositions cohérentes sur les conséquences de la distinction qu'ils défendent.

La séance est levée à 13 heures.

2538e SÉANCE

Vendredi 29 mai 1998, à 10 h 10

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Al-Baharna, M. Al-Khasawneh, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Thiam, M. Yamada.

Responsabilité des États[1] *(suite)* [A/CN.4/483, sect. C, A/CN.4/488 et Add.1[2], A/CN.4/490 et Add.1 à 7[3], A/CN.4/L.565, A/CN.4/L.569]

[Point 2 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

1. M. THIAM dit que, malgré les efforts des auteurs de l'article 19 (Crimes et délits internationaux), les juristes continueront d'associer au domaine du droit pénal le terme crime et la distinction entre crime et délit. Il est donc malvenu de les employer pour désigner un phénomène qui est sans rapport avec la criminalité. On peut s'interroger sur les conséquences de la proposition visant à leur substituer l'expression « violation grave d'une obligation internationale ». Selon l'article 53 (Obligations incombant à tous les États), lorsqu'un État commet un crime international, les autres ne doivent pas reconnaître la situation ainsi créée. On peut assurément dire la même chose de n'importe quelle violation d'une obligation internationale. Les États sont en outre tenus de coopérer, au sens qu'ils ne doivent pas accorder leur aide à l'auteur de la violation. Pour M. Thiam, ce sont là des conséquences dérisoires. Si un crime a été commis, il faut y apporter une réaction proportionnée, mais on voit alors apparaître le risque d'empiéter sur les compétences du Conseil de sécurité, qui est un organe politique.

2. Dans les commentaires et observations reçus des gouvernements sur la responsabilité des États (A/CN.4/488 et Add.1 à 3), aucun gouvernement ne s'est déclaré nettement en faveur de la notion de crime d'État. La plupart des pays ont fait à son endroit de sérieuses réserves, au motif qu'elle est sans fondement en droit international. Certains y voient même un risque pour le travail de codification de la Commission. Dans ces conditions, peut-être serait-il préférable d'abandonner tout bonnement cette notion. Ou alors, comme l'a proposé le Rapporteur spécial, on en ferait un sujet distinct, qui serait soumis à l'approbation de l'Assemblée générale et appellerait la nomination d'un nouveau Rapporteur spécial.

3. Il est compréhensible que certains membres de la Commission souhaitent adopter une démarche révolutionnaire, comparable à celle qui a conduit à reconnaître dans la personne physique un sujet du droit pénal international, mais ils n'ont peut-être guère de chances d'aboutir. Selon l'article 4 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité[4], on peut engager une action pour établir la responsabilité pénale d'un État lorsque ses agents ont commis un crime. L'État peut alors être

[1] Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2e partie), p. 62, doc. A/51/10, chap. III, sect. D.

[2] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

[3] Ibid.

poursuivi pour sa responsabilité internationale prise au sens traditionnel du terme, mais il ne peut lui-même commettre un crime.

4. M. MIKULKA demande à M. Thiam si les États sont à son avis capables de commettre un acte illicite qui peut mettre en péril les intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble et, dans l'affirmative, si les conséquences de cet acte illicite peuvent, par exemple, se comparer aux conséquences de la violation d'un accord commercial.

5. M. THIAM répond que l'État, en tant que personne morale, ne peut être l'auteur direct d'un crime. Il agit par l'intermédiaire de ses organes, composés de personnes physiques, et encourt une responsabilité pour les conséquences de ses actes.

6. M. MIKULKA dit que les adversaires des idées du précédent Rapporteur spécial, Roberto Ago, ont visiblement besoin du terme crime davantage que ses défenseurs. M. Thiam conviendra peut-être que certaines normes de droit international sont essentielles pour la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble et que des violations de ces normes se sont déjà produites.

7. M. THIAM convient que certaines violations du droit international sont plus graves que d'autres, mais ce sont des dirigeants des États concernés qu'il faut tenir pour pénalement responsables. Il n'a pour sa part jamais entendu dire qu'un État ait été directement poursuivi pour un acte criminel.

8. M. PELLET dit que la responsabilité pénale n'est pas la question qu'il s'agit de débattre. L'État est un être juridique, mais pas toujours transparent. Ses dirigeants peuvent être appelés à rendre compte de ses actes dans certains cas seulement, cas que M. Thiam persiste à appeler crimes. Si ce terme de « crime » est abandonné au profit de celui de responsable, la question soulevée par M. Thiam ne se pose plus, à moins que l'on rejette l'idée que l'État puisse être du tout responsable, puisqu'il agit dans tous les cas à travers ses agents.

9. M. Pellet ne voit pas pourquoi il faudrait changer de point de vue lorsqu'il s'agit d'une violation d'importance essentielle pour la communauté internationale dans son ensemble et lorsqu'il s'agit d'une violation d'une autre obligation.

10. Selon M. ROSENSTOCK, nul ne doute que certains actes internationalement illicites soient des violations plus graves que d'autres, mais on voit mal à quoi servirait d'établir une distinction qualitative entre les uns et les autres. L'histoire de la Commission montre combien il est futile d'essayer de concocter des distinctions qualitatives fondées sur des conceptions différentes de ce qu'est un crime.

11. M. ECONOMIDES dit que, si la notion de crime international d'État pouvait paraître révolutionnaire à la vingt-huitième session, en 1976, date à laquelle l'article 19 a été formulé[5], il serait plus pertinent aujourd'hui de se placer du point de vue de l'évolution du droit, dans le contexte de la codification et du développement progressif du droit international.

12. M. Thiam a établi une distinction entre le droit pénal international et le droit de la responsabilité. M. Economides se demande s'il existe une règle qui empêche certains éléments du droit pénal international de servir dans le domaine du droit de la responsabilité, s'ils peuvent y être utiles et sont généralement acceptés. Il ne voit, pour sa part, aucune raison de s'en tenir sur ce point à un parti pris rigide.

13. M. THIAM dit que les éléments qu'il a mentionnés ont un sens précis dans leur contexte, qui est celui du droit pénal. Les défenseurs de la nouvelle approche doivent proposer une terminologie suffisamment précise. Les termes proposés jusqu'à présent sont trop vagues pour servir à des fins juridiques.

14. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA se dit alarmé d'entendre nier l'existence de la responsabilité internationale de l'État. Quel que soit l'acte dont l'État est tenu responsable, son auteur est dans tous les cas un organe d'État ou même un organe privé, au sein duquel agissent des personnes privées, alors que l'État reste à l'écart. On vient soutenir que, dans le cas des crimes, il faudrait viser certains organes publics précis. C'est là une bien curieuse démarche. Autant rejeter carrément l'idée même de responsabilité internationale de l'État. La terminologie employée par les diverses disciplines juridiques tire son sens d'un usage particulier. Les mots ne sont pas précis en eux-mêmes. On peut d'ailleurs dire la même chose de toutes les disciplines scientifiques.

15. M. THIAM dit qu'il n'a jamais nié l'existence de la responsabilité internationale de l'État. Il a même proposé de tenir l'État, dont les organes ont commis un crime, responsable des conséquences de celui-ci.

16. Pour ce qui est de l'article 53, son expérience dans les affaires internationales lui a appris que la solidarité interétatique ne fonctionnait pas, comme l'illustre la pratique des sanctions. Si la Commission soutient que certains actes internationalement illicites comportent des conséquences plus graves que d'autres, il faut qu'elle prévoie des peines plus graves, ce qui est une question qui relève des compétences du Conseil de sécurité.

17. M. LUKASHUK dit que l'agression a été officiellement reconnue comme un crime d'État et que la Charte des Nations Unies confère à cet égard des pouvoirs particuliers au Conseil de sécurité. En outre, l'agression est une violation du droit international si grave qu'elle ne peut être commise que par des États, et non par des personnes physiques. Le projet doit donc régler le sort des violations extrêmement graves du droit international.

18. M. THIAM dit que l'agression est commise par des personnes qui agissent au nom de l'État, et avec les ressources de celui-ci. Jamais un État n'a été jugé pour agression, mais des hommes d'État l'ont été, par exemple à Nuremberg.

19. M. MIKULKA répond que si cet argument avait été utilisé à Nuremberg, les criminels tombant sous le coup du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité

[4] Voir 2534e séance, note 10.

[5] Voir 2532e séance, note 17.

de l'humanité n'auraient jamais été attraits devant un tribunal pénal international. L'un des arguments de la défense des dirigeants nazis était que le procès n'avait pas de précédent, mais la décision a été prise de rompre avec le passé et d'ouvrir une action pénale internationale.

20. Comme exemple d'État jugé pour un acte internationalement illicite menaçant les intérêts de la communauté internationale dans son ensemble, on peut citer l'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* intentée contre la Yougoslavie devant la CIJ.

21. M. THIAM dit que ce sont les dirigeants yougoslaves qui ont été traduits devant la Cour. L'État, en tant que personne morale, n'est jamais l'accusé dans une procédure.

22. M. ROSENSTOCK dit que l'affaire mentionnée par M. Mikulka montre de façon convaincante que l'État yougoslave est tenu pour responsable d'un acte internationalement illicite, mais qu'il n'est en aucune manière jugé pour un crime. La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide établit de façon très claire que la responsabilité de l'État est d'ordre civil. Même les plaidoiries de la partie demanderesse étaient fondées sur cet argument.

23. M. Rosenstock se félicite que l'on ait reconnu qu'admettre l'existence du crime d'État serait une révolution. Pour sa part, il n'est pas disposé à participer à cette révolution, ni certain que beaucoup d'États le soient davantage. Cela dit, le Rapporteur spécial a montré comment sortir de l'impasse en offrant une idée qui ne serait pas irrémédiablement contraire aux intentions de ceux qui rêvent du jour où les États pourront être traités comme des criminels.

24. M. FERRARI BRAVO est partiellement d'accord avec M. Rosenstock. Dans l'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la Bosnie-Herzégovine a invoqué une clause de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide pour attraire la Yougoslavie devant la CIJ au motif que celle-ci aurait commis, ou fait commettre, des actes criminels. Mais la Bosnie-Herzégovine n'a pas encore obtenu gain de cause car la Cour ne s'est prononcée que sur la question de la recevabilité. Elle a reconnu sa propre compétence en l'espèce mais n'a pu déclarer que la Yougoslavie était un État criminel. On peut néanmoins percevoir un certain malaise de la Cour dans cette affaire derrière laquelle apparaît l'essence de l'entité criminelle.

25. M. ECONOMIDES dit, pour faire suite à l'argument de M. Lukashuk, que, à sa connaissance, lorsque le Conseil de sécurité prend des mesures dans le cadre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies pour rétablir la paix, ces mesures sont prises contre des États, non contre des particuliers.

26. M. THIAM souligne que le Conseil de sécurité est un organe politique tandis que les tribunaux sont des organes juridictionnels. Aucune comparaison ne saurait être établie entre les mesures prises par le Conseil et des sanctions juridictionnelles.

27. M. PELLET dit que, personnellement, il n'a pas envie de faire la révolution et que c'est précisément pourquoi il ne croit pas que la Commission doive parler de responsabilité pénale de l'État. Bien que l'article 4 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité réserve cette possibilité, la Commission devrait, dans le cadre de ses travaux sur la responsabilité des États, éviter à toute force l'idée qu'elle codifierait la responsabilité pénale des États. Elle doit réserver cela pour un avenir sans doute lointain.

28. La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide n'a pas un sens aussi clair que le pense M. Rosenstock, mais elle est quand même un très bon exemple. Le titre de la Convention parle du « crime » de génocide et l'arrêt qu'a rendu la CIJ dans l'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* indique clairement qu'il n'est pas d'infraction prévue par cette Convention qui ne puisse être attribuée à l'État. Simplement, il est tout à fait certain que ce n'est pas un crime au sens du droit pénal. Et la Bosnie-Herzégovine a clairement indiqué qu'elle ne se plaçait pas sur le terrain pénal. Ceci dit, un État est poursuivi devant la Cour du chef de crime et de complicité de crime, mais cette poursuite n'a pas de caractère pénal. Tout ce qu'a dit M. Thiam porte sur un mot, pas sur un problème de fond.

29. M. ROSENSTOCK pense que les débats de la Commission tournent en rond et qu'il lui faut trouver une issue.

30. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO dit que, dans tout système juridique, le régime de responsabilité est fondamental pour la structure et le fonctionnement de la société à laquelle il s'applique. La Commission étudie le sujet de la responsabilité depuis sa huitième session, en 1956, époque à laquelle le premier Rapporteur spécial sur le sujet, M. García Amador, s'est attaché à deux aspects qui restent fondamentaux pour les travaux de la Commission : un élargissement de la notion classique de responsabilité qui, jusque-là, avait été limitée aux dommages causés à la personne ou aux biens des étrangers, et l'idée d'envisager plusieurs degrés différents dans la catégorie de l'acte internationalement illicite[6].

31. L'axe actuel des travaux de la Commission est incontestablement l'article 19, qui opère une distinction entre les crimes internationaux et les délits internationaux, question que la Commission doit examiner avec soin et réalisme pour trouver un moyen viable de progresser, comme elle l'a déjà fait une fois auparavant lorsque, pour sortir de l'impasse, elle a décidé de passer de l'étude des règles primaires à celle des règles secondaires. L'examen par la Commission de cet article ne doit pas être limité à la codification mais il doit aussi viser au développement progressif des normes pertinentes. Si l'élaboration de dispositions juridiques répond aux impératifs de la société dans laquelle elles doivent s'appliquer, il faut aussi tenir compte des changements qui surviennent dans l'environnement social, conformément à des tendances naturelles. La société internationale est en évolution constante, sa structure s'améliore, tout comme les sociétés

[6] Voir 2536e séance, note 5.

nationales autrefois anarchiques ont été progressivement structurées par l'application du droit. Le concept d'une communauté, fondée sur la solidarité, gagne lentement du terrain et doit être pris en considération dans l'élaboration de dispositions juridiques régissant les relations entre États. On ne peut feindre d'ignorer l'existence de différents degrés d'obligations internationales et, partant, de catégories différentes de faits internationalement illicites, ni la diversité des conséquences et des régimes applicables à la violation de telles obligations internationales. Le but n'est pas de qualifier une obligation comme étant de résultat ou de moyen, mais de déterminer si les obligations en cause résultent d'une règle découlant d'une relation intersubjective ou s'il s'agit d'obligations essentielles pour la sauvegarde de la communauté internationale dans son ensemble.

32. L'article 19 établit une distinction malencontreuse entre un crime international et un délit international de l'État, alors que la question est en réalité celle de la séparation entre deux catégories d'obligations et de faits illicites. Au lieu de rattacher la violation d'une obligation internationale à la catégorie des crimes ou à celle des délits, l'objectif devrait être de définir une gradation des obligations, depuis celles qui découlent d'une relation intersubjective jusqu'à celles qui touchent aux intérêts fondamentaux de la communauté internationale. Selon qu'une règle est fondamentale ou non, sa violation entraîne des conséquences juridiques différentes.

33. Reconnaissant cette distinction, la Commission devrait examiner les règles *erga omnes* en vue d'énoncer, dans le cadre de régimes différents mais équilibrés au sein du projet, les conséquences juridiques de leur violation. M. Rodríguez Cedeño est de ceux qui pensent que toutes les normes *erga omnes* ne sont pas nécessairement impératives ou fondamentales pour l'existence de la communauté internationale et que toutes les normes de *jus cogens* ont, par définition, un caractère *erga omnes*. Quoi qu'il en soit, dans le cadre de son examen des faits illicites et, en particulier, des faits illicites très graves, la Commission doit soigneusement étudier les relations mutuelles entre ces normes.

34. Les débats relatifs aux crimes d'État ont pratiquement épuisé le sujet. De l'avis de M. Rodríguez Cedeño, de tels crimes existent effectivement, comme cela est reconnu par une partie de la doctrine et, ose-t-il dire, par la pratique internationale. Il va de soi qu'une nette distinction doit être établie entre la responsabilité de l'État et la responsabilité pénale individuelle, qui relèvent de deux contextes distincts. Il faudrait bannir l'idée d'une criminalisation de l'État, car il est inconcevable que le droit international assimile des concepts de droit interne exclusivement applicables à des individus.

35. En vertu de l'article premier de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, le génocide est un crime en droit international, ce qui ne signifie pas qu'il soit commis exclusivement par des agents de l'État. Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la Cour a indiqué que l'article IX de la Convention n'exclut aucune forme de responsabilité d'État et que la responsabilité d'un État pour le fait de ses organes n'est pas davantage exclue par l'article IV de la Convention, qui envisage la commission d'un acte de génocide par des gouvernants ou des fonctionnaires (voir p. 616, par. 32). Cela dit, que le terme « crime » soit ou non accepté, l'essentiel est d'établir une distinction entre les différents faits illicites que peut commettre un État lorsqu'il viole différentes obligations internationales et, surtout, de préciser les conséquences juridiques qu'entraînent les différentes catégories de faits illicites.

36. Le projet d'articles ne règle pas un certain nombre de questions touchant à la différenciation entre différents degrés de faits illicites. Dans le cadre d'une relation intersubjective, il incombe à l'État lésé d'agir, et le dommage, le lien de causalité et la réparation ou l'indemnisation nécessaires sont des éléments constitutifs du régime de responsabilité. Lorsque la violation porte atteinte à une norme essentielle, ou d'un degré supérieur, il incombe à la communauté d'agir — l'existence d'un préjudice direct n'est pas indispensable et la sanction est la conséquence de la violation.

37. Les articles devraient établir une distinction équilibrée entre les deux catégories de responsabilité, ce qui nécessiterait un régime distinct applicable aux violations d'une norme fondamentale pour la sauvegarde de la communauté internationale dans son ensemble, mais le projet, en particulier aux articles 51 à 53, s'abstient de prévoir précisément un tel régime. Il y a des lacunes sur plusieurs autres points, notamment celui de savoir qui peut soulever la question de la violation, quel mécanisme permet de déterminer l'existence d'une violation grave et comment et par qui les sanctions correspondantes seront établies.

38. La Commission a examiné si des faits internationalement illicites revêtant la forme de crimes d'agression, de génocide, d'apartheid, de terrorisme ou de dommages à l'environnement peuvent être imputés à des États, ainsi qu'à leurs gouvernants ou fonctionnaires qui sont soumis à une responsabilité pénale individuelle. Incontestablement, bien qu'un État soit une entité abstraite, il peut assurément commettre des faits illicites très graves qui ont pour conséquence, notamment, l'application des sanctions spécifiques énoncées dans de nombreuses résolutions du Conseil de sécurité. La Commission s'est demandé si une sanction imposée à une entité abstraite est une sanction imposée à une population ou, au contraire, une mesure de sécurité indispensable dans l'intérêt de la communauté internationale dans son ensemble.

39. La Commission devrait poursuivre la tâche que lui a assignée l'Assemblée générale, en tenant compte de la diversité ou de la gradation des obligations, de la diversité des faits illicites et de la nécessaire différenciation entre les régimes juridiques, et en renonçant au débat sur les crimes et délits. La question des violations de normes essentielles et de leurs conséquences juridiques ne doit en aucune façon être supprimée du projet. Le régime de responsabilité est un ensemble unifié, bien qu'il comporte une diversité d'obligations, de faits illicites, de conséquences et de régimes applicables. Un projet d'articles, dans un domaine comme celui de la responsabilité, qui porterait seulement sur la violation de normes découlant de relations intersubjectives, en omettant de tenir compte de normes fondamentales ou essentielles, serait non seulement incomplet, mais aussi incompatible avec le rôle

propre de la Commission qui est de conseiller l'Assemblée générale dans l'élaboration du droit international par la voie de la codification et du développement progressif. En somme, de l'avis de M. Rodríguez Cedeño, il sera difficile à la Commission de progresser sur le projet si elle ne trouve pas une solution au problème que pose l'article 19.

40. M. MELESCANU dit que M. Rodríguez Cedeño a brillamment résumé la situation dans laquelle se trouve la Commission. Certains membres croient à l'existence de crimes internationaux dont les États sont responsables, tandis que d'autres n'y croient pas. Des arguments très sérieux ont été apportés des deux côtés. La Commission ne peut pas aller plus loin dans l'examen de la question, et M. Rosenstock a proposé la meilleure ligne de conduite, à savoir créer un cadre moins formel pour étudier plus avant la question. Le Rapporteur spécial devrait être invité à proposer un mécanisme qui permettrait à la Commission de progresser pour combler la pauvreté du droit international, lequel utilise l'expression « faits illicites » pour toutes sortes d'actes extrêmement différents par leur ampleur et leur contenu. La Commission devrait principalement s'attacher aux conséquences juridiques de ces actes.

41. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit qu'il a assurément l'intention, lorsqu'il résumera les débats, de proposer une telle démarche pour la suite de l'examen de ce qui fait l'objet de l'article 19.

42. M. Sreenivasa RAO dit que, comme M. Rosenstock et lui-même l'ont l'un et l'autre souligné précédemment, la Commission tourne en rond. Certains membres défendent l'existence de crimes d'État, c'est-à-dire de crimes d'une nature très grave qui ne sont pas inspirés par des motifs personnels mais sont le résultat d'une politique de l'État. De toute évidence, la Commission n'a nullement l'intention de punir un État comme peuvent être punis des individus, par exemple, lorsqu'ils sont traduits devant un tribunal. La différence entre des États et des individus, lorsqu'ils commettent un acte illicite, est que les individus sont animés par une intention délictueuse *(mens rea)*, c'est-à-dire une motivation personnelle fondée sur la jalousie, la cupidité, la vengeance ou d'autres facteurs. Il n'en est pas moins vrai que des États contraignent les personnes qui sont à leur service à appliquer leurs politiques; il se peut fort bien que les individus considérés agissent en grande partie contre leur gré, en désaccord avec leurs propres motivations et sans intention délictueuse.

43. M. CANDIOTI dit que le Rapporteur spécial, par une analyse impeccable des problèmes que pose l'article 19 ainsi que par son premier rapport (A/CN.4/490 et Add.1 à 7), a suscité un débat fructueux qui éclaire de nombreuses questions et permet d'envisager la voie d'un progrès.

44. De l'avis de M. Candioti, en l'état actuel de développement de la communauté internationale, il faut tenir compte du fait que, parallèlement aux violations courantes ou ordinaires, par les États, de leurs obligations internationales, il y a des faits illicites particulièrement graves qui, en raison de leur ampleur, de la valeur des intérêts touchés et de la nature de la règle violée, ont une importance particulière et méritent un traitement propre. En se fondant sur la Charte des Nations Unies et sur la pratique internationale, le droit conventionnel a désigné l'agression, le génocide, les crimes de guerre, les crimes contre la paix, les crimes contre l'humanité, l'apartheid et la discrimination raciale comme des faits illicites d'une particulière gravité. Comme M. Ferrari Bravo l'a justement souligné, l'évolution du droit international, en particulier de la jurisprudence internationale, contribue à la reconnaissance progressive que de tels faits des États constituent une catégorie particulière de faits illicites. Étant donné le développement, après Nuremberg, de la responsabilité internationale des individus pour ce type d'infractions, il serait désormais apparemment incohérent de refuser de reconnaître la responsabilité particulièrement grave des États eux-mêmes pour le même type d'infractions, bien que la nature et les conséquences de cette responsabilité soient nécessairement différentes. Une telle évolution est logique et souhaitable car elle va dans le sens de la sauvegarde des valeurs suprêmes de l'humanité, de la paix internationale et de la justice. Mais, comme pour tous les progrès importants du droit international, un long processus de maturation est nécessaire au sein de la communauté internationale avant que les faits illicites particulièrement graves soient pleinement reconnus et dûment traités.

45. À l'époque de son élaboration, l'article 19 a constitué un pas important pour traiter le problème, et la réaction des États a été positive. Toutefois, pour un certain nombre de raisons, les efforts ultérieurs de la Commission n'ont pas abouti à une définition satisfaisante des faits illicites particulièrement graves, et les références à ce type de faits dans d'autres parties du projet n'ont guère contribué à la définition d'un régime juridique spécifique et cohérent. La connotation pénaliste de la terminologie employée n'a fait que compliquer l'examen du sujet.

46. Une double tâche attend donc la Commission : premièrement, décider s'il lui faut poursuivre l'examen de la catégorie spéciale de faits illicites particulièrement graves, ce que, de l'avis de M. Candioti, elle devrait faire; et deuxièmement, dans l'affirmative, définir aussi clairement que possible les critères à appliquer pour définir de tels faits ainsi que les règles propres de responsabilité à leur appliquer. S'il y a un élément à retenir de l'article 19, c'est l'idée fondamentale qui sous-tend la gravité particulière de ce type de faits illicites, à savoir la violation d'une obligation internationale essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble. Ce concept tient compte de la nécessité de protéger les intérêts supérieurs de la communauté internationale tout entière.

47. Ce concept est également lié aux notions d'obligations *erga omnes* et de *jus cogens*, avec lesquelles il ne se confond toutefois pas. La Commission pourrait désormais s'attacher davantage aux conséquences des violations de ces deux types d'obligations. Pour définir un régime applicable à de telles infractions, il convient de préciser des éléments fondamentaux comme l'attribution du fait illicite, les circonstances excluant l'illicéité, l'identification de l'État lésé, les droits et obligations des autres États, les moyens de réparation, le fonctionnement de mécanismes d'entraide, le règlement des différends et les relations entre le régime général de responsabilités et les régimes particuliers. Il faudra revoir les projets d'articles

existants relatifs à ces différents points pour déterminer s'il convient de les réorganiser ou de les reformuler de manière plus rigoureuse.

48. Il ne faut pas déduire de cette approche que la responsabilité internationale doit être criminalisée ni que le domaine spécifique de la responsabilité doit être confondu avec d'autres institutions ou régimes. M. Candioti est de ceux qui considèrent que la responsabilité internationale n'est ni strictement civile ni pénale mais qu'elle a au contraire un caractère *sui generis*. Il conclut de même que le contenu et les conséquences de la responsabilité internationale pour des faits illicites particulièrement graves doivent être distingués des pouvoirs conférés par la Charte des Nations Unies au Conseil de sécurité en vue de maintenir et de rétablir la paix et la sécurité internationales.

49. Plusieurs des idées avancées jusqu'ici constituent un terrain fertile pour de nouveaux progrès dans une perspective réaliste et positive, sans ambition excessive toutefois. M. Hafner a proposé que le Rapporteur spécial dresse un schéma des conséquences de faits illicites particulièrement graves, et le Rapporteur spécial lui-même a proposé la constitution d'un groupe de travail qui serait chargé d'étudier l'obligation de solidarité, insuffisamment traitée dans le projet. Plusieurs membres ont mis en évidence l'opportunité de préciser le lien entre violations d'obligations *erga omnes*, violations d'obligations de *jus cogens* et faits illicites particulièrement graves. Dans les commentaires et observations reçus des gouvernements sur la responsabilité des États, la République tchèque a formulé une proposition très intéressante tendant à traiter des conséquences de faits illicites particulièrement graves dans une ou plusieurs sections distinctes. Les pays nordiques ont indiqué que la catégorisation des faits illicites devait être clairement établie. Quoi qu'il en soit, M. Candioti ne croit pas que la Commission puisse éliminer du sujet de la responsabilité la catégorie des faits illicites particulièrement graves, car ce serait une régression dans l'œuvre d'édification d'un ordre international plus juste et plus équitable.

50. M. GOCO note un certain nombre de faits que Mme Rosalyn Higgins, membre de la CIJ, rappelle dans son ouvrage[7], à savoir, que la question de la responsabilité des États est inscrite à l'ordre du jour de la Commission depuis les années 50, mais que la conclusion des travaux n'est nullement en vue, que les difficultés que la Commission a connues sur le sujet traduisent les grandes différences d'approche, et que le sujet a été confié à des rapporteurs spéciaux successifs dont chacun l'a traité dans sa propre perspective et a mené ses travaux, non pas dans la continuation de ceux de son prédécesseur mais en opérant un considérable changement de cap. De l'avis de M. Goco, les travaux qui ont été faits constituent en réalité un collationnement de points de vue sur le sujet et on peut désormais raisonnablement espérer que la Commission sera en mesure de terminer l'examen du sujet.

51. Initialement, on entendait par responsabilité des États uniquement la protection des étrangers et de leurs biens. En règle générale, un État est responsable du maintien de l'ordre public dans les limites de son territoire et, lorsqu'il s'y produit des actes de violence, l'État peut être considéré comme indirectement responsable. Pour qu'un État soit responsable, il faut qu'il y ait un acte ou une omission contraire au droit international qui lui soit imputable et qui ait causé un préjudice à l'État demandeur, soit directement, soit indirectement par le biais d'un dommage subi par son ressortissant. Dès lors, un État est tenu à réparation envers un autre État en raison de son manquement à une obligation primaire, à savoir accorder, conformément au droit international, une protection suffisante à un étranger qui est ressortissant de cet autre État.

52. Bien entendu, on a attaché à la responsabilité des États un sens nouveau, d'une portée et d'un contenu beaucoup plus vastes, et en s'aventurant même dans des domaines jamais explorés auparavant. Le projet à l'examen comporte un catalogue de nouveaux thèmes qui peuvent tous être considérés comme pertinents pour le développement progressif du droit international.

53. Le mot « imputable », ainsi qu'il a été dit précédemment, est un élément essentiel de la responsabilité des États découlant d'un acte ou d'une omission contraire au droit international et rattachable à l'État. Dans la première partie du projet d'articles, le chapitre II concerne le fait de l'État selon le droit international mais c'est le mot « attribution » qui est employé alors que le terme « imputable » n'y figure pas. Ainsi, le comportement d'organes de l'État, d'autres entités habilitées à exercer des prérogatives de la puissance publique et de personnes agissant en fait pour le compte de l'État, est considéré comme un fait de l'État. Toute violation d'une obligation de la part de l'État doit découler d'une action ou d'une omission d'un ou plusieurs organes de l'État et la question de la responsabilité de la personne morale est couverte par les catégories d'imputabilité.

54. Le chapitre II de la première partie du projet d'articles revêt une importance extrême pour la responsabilité des États et il est par ailleurs essentiel pour une meilleure compréhension de l'article 19. En droit international, l'exercice fondamental est d'établir lorsque c'est l'État qui est censé agir. Quelles sont les actions ou les omissions qui peuvent, en principe, être considérées comme étant le comportement de l'État et dans quelles circonstances ce comportement doit-il être attribuable à l'État en tant que sujet de droit international ? Autrement dit, le chapitre II parle d'imputabilité et d'attribution. Le commentaire aborde les appréhensions qu'a personnellement M. Goco à propos de l'article 19, c'est-à-dire le fait qu'un État ne peut agir que par le biais d'actions ou d'omissions de personnes ou de groupes de personnes.

55. Quelqu'un a précédemment soulevé la question du rôle joué par des individus sous l'angle de la responsabilité ou de la culpabilité. Selon le point de vue classique, seuls les États sont les sujets du droit international, et les individus ne peuvent en être que les objets. Selon le point de vue opposé, les individus doivent être considérés comme des sujets, et non simplement des objets, du droit international. À mi-chemin entre les deux, la conception moderne soutient que, si les États sont habituellement les sujets du droit international, les individus sont également devenus dans une certaine mesure des sujets de ce droit. Ainsi, le tribunal de Nuremberg a conclu que « ce sont des

[7] R. Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, New York, Oxford University Press, 1994, p. 146 et 147.

hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la répression s'impose, comme sanction du droit international »[8].

56. L'« entité abstraite » est naturellement l'État dont les individus auteurs des faits illicites, comme ses fonctionnaires, sont les sujets. Le fait d'attribuer la violation d'une obligation internationale ou la commission d'un fait internationalement illicite à un État implique automatiquement les individus qui ont perpétré ces actes. Il est facile de citer des exemples d'atrocités commises par des dirigeants de pays au cours de l'histoire récente. Dans l'Allemagne en guerre, une communauté vivant à proximité d'un camp de concentration tristement célèbre a ignoré, jusqu'à la fin de la guerre, ce qui s'y passait. Le fait est que, dans certaines situations, les dirigeants d'un État commettent des actes au niveau suprême du pouvoir tandis que la grande majorité de la population ignore ces faits. Les dirigeants, ou certains organes ou entités de l'État dont les responsables ont commis des infractions monstrueuses, doivent être tenus pour responsables de leurs actes, lesquels sont des faits de l'État parce qu'ils lui sont imputables. M. Goco ne peut toutefois imaginer qu'un État soit condamné en tant que criminel. L'histoire regorge de cas de dirigeants qui, investis de l'autorité de l'État, ont déshonoré celui-ci.

57. S'agissant de l'analogie avec le droit interne, le Rapporteur spécial a mis en garde contre toute confusion entre l'expression « crime international » et des termes similaires utilisés dans d'autres instruments internationaux ou dans les systèmes juridiques internes, mais il a aussi affirmé que l'on ne saurait faire si facilement abstraction de la vaste expérience internationale en ce qui concerne les crimes et leur répression. Il est vrai qu'en proposant la catégorie des crimes d'État, la Commission s'est engagée sur un terrain largement inexploré. Mais la notion de « crime international », même si elle tentante, en particulier pour désigner les faits illicites les plus graves comme le génocide, ne saurait être dissociée de l'expérience de l'humanité en général. La notion sous-jacente d'infraction grave contre la communauté en tant que telle, qui justifie une condamnation morale et juridique et un châtiment, doit, dans un certain sens et une certaine mesure, être commune aux crimes internationaux des États et aux autres formes de crimes. Si elle ne l'est pas, alors le concept de « crime » et le mot lui-même doivent être bannis. En outre, lorsqu'on se demande quelle doit être la réaction aux infractions commises contre la communauté des États dans son ensemble, on se heurte en grande partie aux mêmes problèmes que dans le cadre du droit pénal général (premier rapport, par. 75). En d'autres termes, on ne peut dissocier les crimes internationaux des crimes de droit interne.

58. L'article 19 traite-t-il de faits constitutifs d'un crime international ? Sinon, s'agit-il de faits illicites ? Dès lors que l'on introduit la notion de crime, les problèmes prennent un caractère totalement différent. Le texte doit très exactement préciser quelle infraction est imputée, faute de quoi nul n'acceptera de se soumettra à une juridiction. À supposer que la terminologie soit précise, la poursuite d'un État sera analogue à celle d'un individu, mais on peut se demander qui, au sein de l'État, devra répondre des accusations devant un tribunal international ? De toute évidence, l'« analogie avec le droit interne » ne peut être écartée.

59. M. Goco ne souscrit pas pleinement au raisonnement du Rapporteur spécial, aux paragraphes 83 à 86 de son premier rapport, à propos de la criminalisation de la responsabilité des États. À son avis, les poursuites qui ont été engagées contre les auteurs des crimes considérés ont été un succès considérable, Nuremberg constituant à cet égard l'exemple classique. Dans le cas du Tribunal de Nuremberg, d'aucuns ont fait valoir que si certaines personnes avaient été mises en accusation, c'était parce qu'elles avaient perdu la guerre. En réalité, toutefois, c'est parce qu'elles avaient violé des principes aussi essentiels pour la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la communauté internationale que leurs actes devaient être considérés comme des crimes.

Coopération avec d'autres organismes *(suite)*

[Point 9 de l'ordre du jour]

Visite du Président de la Cour internationale de Justice

60. Le PRÉSIDENT souhaite la bienvenue à M. Schwebel, Président de la Cour internationale de Justice, venu rendre visite à la Commission. M. Schwebel, ancien membre de la Commission, en a été le Rapporteur spécial sur le sujet du droit relatif aux utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation. Au nom des membres de la Commission, le Président a l'immense plaisir de lui souhaiter chaleureusement la bienvenue. Sa présence est l'occasion de rappeler les liens personnels qui unissent la Cour et la Commission et les relations mutuelles fécondes qui existent entre les deux organes.

61. M. SCHWEBEL (Président de la Cour internationale de Justice), exprimant sa satisfaction de pouvoir à nouveau participer aux délibérations de la Commission, dit qu'il dressera un bref panorama de l'activité de la CIJ. Celle-ci est actuellement saisie de dix affaires, ce qui tranche avec la situation qui existait au début de 1981 lorsqu'il a commencé à siéger à la Cour après avoir quitté la Commission en 1980; à l'époque, une seule affaire était inscrite au rôle de la CIJ.

62. L'une des affaires actuellement soumises à la Cour concerne la *Délimitation maritime et [les] questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*[9]. Cette affaire relève de la catégorie des différends frontaliers, qui forment en quelque sorte le sujet principal de l'activité de la Cour, mais son originalité tient au fait qu'elle porte à la fois sur des zones terrestres et sur des zones maritimes. L'affaire revêt une importance considérable pour les deux États en cause. La Cour a rendu deux décisions relatives à la compétence et à la recevabilité[10], ce qui est exceptionnel. L'affaire présente des complications tout à fait extraordi-

[8] Voir 2532e séance, note 18.

[9] *Ordonnance du 1er février 1996, C.I.J. Recueil 1996*, p. 6.

[10] *Compétence et recevabilité, arrêt, C.I.J. Recueil 1994*, p. 112; et ibid., *C.I.J. Recueil 1995*, p. 6.

naires et les questions de fond en jeu sont d'une grande complexité et ont donné lieu à de très longs mémoires.

63. La Cour est également saisie de deux affaires relatives à des *Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni)* et *(Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique)*[11]; dans ces affaires, la Cour a refusé de faire droit à une demande en indication de mesures conservatoires[12]. Elle n'a pas non plus fait droit aux exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité[13]. Il est manifeste que ces affaires présentent un très large intérêt pour la communauté internationale, non seulement parce qu'elles portent sur l'interprétation d'une importante convention internationale visant à réprimer des actes de terrorisme commis contre des appareils effectuant des liaisons aériennes internationales et concernent des allégations d'actes de terrorisme international les plus graves, mais aussi parce qu'elles posent des questions très importantes touchant aux rapports entre la compétence de la Cour et les pouvoirs du Conseil de sécurité.

64. La quatrième affaire est celle relative aux *Plates-formes pétrolières (République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*[14] dans laquelle la République islamique d'Iran invoque le caractère illicite de la destruction de certaines plates-formes pétrolières dans le Golfe par les forces des États-Unis durant la guerre entre l'Iran et l'Iraq. Cette affaire a elle aussi donné lieu à une exception d'incompétence mais, là encore, la Cour a affirmé sa compétence. Les États-Unis ont formulé des demandes reconventionnelles contre l'Iran, faisant valoir l'illicéité de l'atteinte portée, par des actions de l'Iran, au commerce maritime neutre dans le Golfe durant la guerre entre l'Iran et l'Iraq, ces actions ayant eu des conséquences préjudiciables aux intérêts des États-Unis. La Cour a jugé recevables certains éléments de ces demandes reconventionnelles[15]. Elle a ainsi affirmé sa compétence pour connaître de certaines, mais non de la totalité, des demandes de l'Iran, et de certaines demandes reconventionnelles des États-Unis.

65. La cinquième affaire, relative à l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, a été engagée par la Bosnie-Herzégovine contre la Yougoslavie. La Cour a rendu deux ordonnances indiquant des mesures conservatoires[16], a affirmé sa compétence en l'espèce et admis des demandes reconventionnelles de la Yougoslavie[17]. Selon le Gouvernement de la Bosnie-Herzégovine, la Yougoslavie aurait encouragé un génocide sur son territoire et, selon le Gouvernement de la Yougoslavie, la partie bosniaque aurait encouragé le génocide de Serbes vivant sur son territoire. Une décision quant au fond est attendue.

66. La sixième affaire soumise à la Cour concerne un différend relatif à la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*. Le Gouvernement du Cameroun prétend que les forces nigérianes ont occupé certaines parties de son territoire en différents points le long de la frontière. La Cour a indiqué des mesures conservatoires[18], la question a été examinée par le Conseil de sécurité[19], et le Secrétaire général a envoyé une mission d'enquête dans la région. Dans le même temps, le Nigéria a contesté la requête camerounaise initiale, qui est actuellement examinée par la Cour.

67. La septième affaire, relative à la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*[20], a été engagée à la suite de la saisie d'un bateau de pêche espagnol juste en dehors de la zone économique exclusive du Canada. La compétence de la Cour a été contestée, et la question devrait être examinée en juin 1998.

68. La huitième affaire, relative à l'*Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, concerne essentiellement un différend frontalier entre le Botswana et la Namibie. La neuvième affaire concerne la *Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis d'Amérique)*[21]. Quelques jours avant la date prévue pour l'exécution d'un ressortissant paraguayen aux États-Unis d'Amérique, le Gouvernement paraguayen a présenté une demande en indication de mesures conservatoires, et sollicité notamment un sursis à l'exécution, afin que l'accusé soit toujours en vie lorsque l'affaire présentée par le Paraguay serait examinée quant au fond. Le Gouvernement parag uayen a soutenu que l'accusé n'avait jamais été informé de son droit de s'entretenir avec un consul paraguayen. En l'espèce, les deux parties au différend et la Cour elle-même ont agi avec une extraordinaire célérité compte tenu du caractère imminent de l'exécution. La Cour a rendu une ordonnance sur la demande en indication de mesures conservatoires déclarant que l'accusé ne devait pas être exécuté tant que la requête n'aurait pas été examinée quant au fond. Pourtant, la Cour suprême des États-Unis et le Gouverneur de l'État ont refusé qu'il soit sursis à l'exécution, et l'accusé a été exécuté comme prévu. Le Gouvernement paraguayen poursuit l'affaire, qui devrait être examinée en 1999.

69. La dernière des affaires soumises à la Cour est l'affaire relative au *Projet Gab¼íkovo-Nagymaros*. Il a été décidé que, si les États en litige ne sont pas à même de régler leurs différends, ils devront revenir devant la Cour. Apparemment, la question n'a pas été complètement réglée et on peut prévoir une nouvelle procédure juridictionnelle.

70. La Cour se félicite de manière générale de l'accroissement du nombre d'affaires inscrites à son rôle, mais le surcroît de travail a inévitablement conduit à l'allonge-

[11] *Ordonnance du 22 septembre 1995, C.I.J. Recueil 1995*, p. 282; et ibid., p. 285.

[12] *Mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, C.I.J. Recueil 1992*, p. 3; et ibid., p. 114.

[13] *Exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 9; et ibid., p. 115.

[14] Voir 2533e séance, note 7.

[15] *Demande reconventionnelle, ordonnance du 10 mars 1998, C.I.J. Recueil 1998*, p. 190.

[16] *Mesures conservatoires, ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993*, p. 3; et ibid., *ordonnance du 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993*, p. 325.

[17] Voir 2532e séance, note 20.

[18] *Mesures conservatoires, ordonnance du 15 mars 1996, C.I.J. Recueil 1996*, p. 13.

[19] Voir S/1996/150.

[20] *Ordonnance du 2 mai 1995, C.I.J. Recueil 1995*, p. 87.

[21] *Mesures conservatoires, ordonnance du 9 avril 1998, C.I.J. Recueil 1998*, p. 248.

ment progressif des délais d'examen des affaires. En moyenne, les États peuvent désormais compter sur un délai d'environ quatre ans entre l'introduction de l'instance et l'arrêt définitif. On peut comprendre que cela engendre une certaine nervosité tant à l'intérieur qu'en dehors de la Cour. Le problème fondamental tient au fait que les ressources mises à la disposition de la Cour n'ont pas augmenté parallèlement au recours accru à ses services. Les services de traduction et le département des archives ont la même taille qu'au début des années 80. À la différence des juges siégeant dans les tribunaux ad hoc créés par les Nations Unies, les membres de la Cour n'ont pas d'assistant, et le greffe ne dispose pas d'un corps de fonctionnaires chargés de les aider individuellement. Le personnel juridique ne comporte pas plus de six personnes en tout. Le CCQAB et l'Assemblée générale se sont trouvés dans l'incapacité d'augmenter les ressources allouées à la Cour et, de fait, au cours des années récentes, ils ont réduit ces ressources.

71. En revanche, la Cour elle-même a pris un certain nombre de mesures pour accélérer ses procédures. À titre expérimental, par exemple, les membres de la Cour ne sont plus tenus de présenter des notes individuelles dans certaines phases des affaires relatives à la compétence et à la recevabilité, ce qui permet d'économiser leur temps et celui des traducteurs. Les États sont encouragés à présenter leurs mémoires de manière consécutive et non simultanée, ce qui les incite à fournir le plus vite possible le maximum de renseignements au lieu d'attendre constamment de voir quels moyens de preuve l'autre partie produira. Ils sont également instamment invités à freiner la prolifération d'annexes aux pièces de procédure, ces annexes tendant à absorber une part disproportionnée du travail de traduction. La Cour a par ailleurs adopté une politique plus libérale quant à la production de documents après le dépôt des ultimes pièces de la procédure écrite.

72. M. LUKASHUK demande si la Cour est à même d'utiliser des projets d'articles adoptés par la Commission.

73. M. SCHWEBEL (Président de la Cour internationale de Justice) dit que, depuis des années, la Cour attache habituellement une importance considérable aux conventions élaborées par la Commission. Les projets d'articles ne sont, naturellement, que des projets auxquels il n'est dès lors pas possible d'accorder la même valeur mais, dans les cas où les parties à un différend conviennent que tel ou tel projet d'articles constitue un exposé du droit faisant autorité sur un point particulier, la Cour lui accorde la valeur correspondante.

74. M. AL-KHASAWNEH demande si les États parties à un différend ne pourraient pas être appelés à contribuer, dans une certaine mesure, aux frais de traitement et de traduction de la volumineuse documentation soumise à la Cour.

75. M. SCHWEBEL (Président de la Cour internationale de Justice) dit que la possibilité de transférer aux États en litige la charge de la traduction a été évoquée quelques années auparavant, au plus profond de la crise financière qu'ont connue les Nations Unies. La Cour a estimé qu'une telle demande ferait peser une charge indue et injuste sur certains États en développement dont la langue officielle n'est ni l'anglais ni le français, les deux langues de travail de la Cour. La pratique en vigueur est d'accueillir favorablement, sans toutefois les solliciter, les traductions. Toute aggravation des restrictions budgétaires aurait un effet extrêmement préjudiciable à l'activité de la Cour. Saisi du problème, le CCQAB ne s'est guère montré encourageant à l'égard de la situation financière de la Cour mais, dans le même temps, la Cour a noté que les Nations Unies avaient réussi à trouver des ressources suffisantes pour financer des organes juridictionnels de création plus récente.

La séance est levée à 13 h 15.

2539e SÉANCE

Mardi 2 juin 1998, à 15 h 5

Président : M. João BAENA SOARES

Puis : M. Igor Ivanovich LUKASHUK

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Al-Khasawneh, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rosenstock, M. Simma, M. Yamada.

Responsabilité des États[1] *(suite)* [A/CN.4/483, sect. C, A/CN.4/488 et Add.1 à 3[2], A/CN.4/490 et Add.1 à 7[3], A/CN.4/L.565, A/CN.4/L.569]

[Point 2 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

1. M. GOCO dit qu'il ne suffit pas d'affirmer que les États peuvent commettre des crimes au regard du droit international, pas plus qu'il ne s'agit, à l'article 19 (Crimes et délits internationaux), de transposer le droit pénal interne au plan international, mais simplement d'attacher des conséquences plus graves aux violations qui constituent des crimes internationaux, des violations qui ne se réduisent pas à une relation bilatérale entre l'État victime et l'État auteur du fait illicite. Il n'est pas nécessaire de faire de l'article 19 une disposition pénale et l'on peut

[1] Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2e partie), p. 62, doc. A/51/10, chap. III, sect. D.

[2] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

[3] Ibid.

donc sans dommage supprimer tous les éléments à connotation pénale.

2. Le Rapporteur spécial, au paragraphe 89 de son premier rapport (A/CN.4/490 et Add.1 à 7), évoque la responsabilité pénale des personnes morales et il conviendrait, pour M. Goco, d'étudier la possibilité d'appliquer cette notion à la conduite des États. M. Goco souscrit également aux observations figurant au paragraphe 93 du rapport précité et appuie la recommandation qui figure au paragraphe 95 tendant à supprimer les articles 19 et 51 à 53 du projet d'articles. Un régime de responsabilité pénale de l'État digne de ce nom doit en effet comporter les cinq éléments énumérés au paragraphe 85.

3. S'agissant de la définition du crime, M. Goco est lui aussi préoccupé par l'imprécision et l'inadéquation du libellé de l'article 19, dont tout avocat expérimenté pourrait facilement tirer parti. En abandonnant la notion de crime d'État et en y substituant celle de violation grave, la Commission pourrait développer le sujet de la responsabilité sans avoir à définir les peines associées à une infraction pénale. Il est exact qu'un fait internationalement illicite peut être aggravé par les circonstances mentionnées aux paragraphes 2 et 3 de l'article 19, mais les commentaires et observations reçus des gouvernements sur la responsabilité des États (A/CN.4/488 et Add.1 à 3) sont à ce sujet riches d'enseignement. Pour la République tchèque, par exemple, dans son commentaire relatif au chapitre IV de la deuxième partie du projet d'articles, l'idée que la violation d'une obligation essentielle pour la protection d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale constitue un crime dénote une évaluation politique plutôt que juridique. Pour l'Italie, l'article 19 est positif en ce qu'il indique les critères permettant de déterminer ce qui constitue des faits illicites, sans procéder à une « cristallisation » des crimes internationaux. Pour l'Irlande, dans son commentaires concernant l'article 19, il n'existe pas de preuve manifeste que la responsabilité de l'État pour un acte d'agression interdit ait été reconnue par la communauté internationale comme faisant partie d'une catégorie particulière, celle des « crimes », et la Définition de l'agression adoptée par l'Assemblée générale[4] ne permet pas de dire que les États reconnaissent qu'un acte d'agression constitue un crime. Le paragraphe 2 de l'article 5 de cette définition a été adopté en ayant à l'esprit le rôle des Nations Unies, notamment du Conseil de sécurité, dans le maintien de la paix et de la sécurité internationales. Pour le Gouvernement de l'Irlande, on ne saurait invoquer l'existence d'obligations *erga omnes* pour démontrer l'existence d'une responsabilité pénale internationale de l'État, et il est à noter que, nulle part dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire de la *Barcelona Traction*, la CIJ n'établit de lien entre la violation d'une obligation *erga omnes* et l'imputation d'une responsabilité pénale à l'État. Quoi qu'il en soit, les commentaires de l'Irlande sont, pour M. Goco, très persuasifs en ce qui concerne l'article 19.

4. M. AL-BAHARNA dit qu'il ne peut en aucune manière souscrire aux conclusions du Rapporteur spécial en vertu de sa recommandation qui figure aux paragraphes 94 et 95 du premier rapport de celui-ci. La notion de « crime international » est consacrée à l'article 19 depuis que celui-ci a été adopté par la CDI à l'unanimité, en première lecture, en 1976[5]. La doctrine l'a évoquée en reconnaissant l'existence de différents régimes de responsabilité des États pour les faits internationalement illicites, et elle a recueilli un certain appui dans la pratique des États, à tout le moins en ce qui concerne les crimes comme l'agression ou le génocide. En outre, le Rapporteur spécial reconnaît lui-même, au paragraphe 90 de son rapport, qu'un certain nombre d'États continuent d'appuyer la distinction entre crimes et délits formulée à l'article 19, et indique au paragraphe 44 du rapport que la plupart des États qui se sont exprimés à la Sixième Commission sur ce point entre 1976 et 1980 distinguaient entre crimes et délits et qu'ils étaient encore plus nombreux à estimer qu'il fallait tenir compte du degré de gravité des faits illicites. Le paragraphe 45 confirme également qu'à la suite de l'adoption des deuxième et troisième parties du projet d'articles, tous les gouvernements qui ont présenté des observations ont abordé la notion de crime international. Comme l'indique le Rapporteur spécial, les opinions sont très partagées, tant parmi les États qu'au sein de la doctrine, mais force est de conclure que la question des crimes internationaux des États est toujours d'actualité. Citant les paragraphes 43, 46, 47, 51, 54 et 56 du commentaire de l'article 19, M. Al-Baharna rappelle comment la CDI a conclu qu'en rédigeant un projet de convention qui exclurait le régime de responsabilité applicable aux violations des obligations internationales les plus essentielles, elle trahirait manifestement ce qu'on attend de son œuvre, et il estime qu'elle ne peut aujourd'hui faire fi de l'évolution intervenue depuis un quart de siècle en ce qui concerne les crimes internationaux des États. Elle ne peut rejeter ce qui a été fait de bonne foi et non sans difficultés en raison de divergences d'opinion quant à l'expression « crime international », pourtant consacrée dans la doctrine, dans la pratique des États et, dans une certaine mesure, dans la jurisprudence. Certains États sont certes opposés à la notion de crime international et souhaiteraient que l'on supprime l'article 19, estimant que le Conseil de sécurité et la cour criminelle internationale dont la création est envisagée peuvent s'occuper de tels actes. Le Conseil, en particulier, est habilité en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies à traiter des situations qui constituent des menaces à la paix ou des ruptures de la paix, comme les actes d'agression et autres actes criminels visés au paragraphe 2 de l'article 19. C'est exact, mais le Conseil s'occupe des aspects politiques des crimes en question, et c'est au régime de la responsabilité des États qu'il appartient d'en définir les solutions juridiques et judiciaires. En outre, la pratique du Conseil n'a guère été cohérente face aux situations en question et, souvent, en exerçant leur droit de veto, les membres permanents du Conseil ont empêché la communauté internationale de prendre des mesures efficaces contre des États impliqués dans la commission de crimes internationaux, comme l'indique le Rapporteur spécial au paragraphe 59 de son rapport. La définition d'un régime applicable aux crimes internationaux ne porte en aucune manière atteinte à la Charte ni au régime spécial de mesures que celle-ci prévoit dans certaines situations.

[4] Voir 2534e séance, note 6.

[5] Voir 2532e séance, note 17.

5. Notant qu'au paragraphe 70 de son premier rapport le Rapporteur spécial distingue cinq approches possibles de la question de la responsabilité pénale de l'État, M. Al-Baharna dit que le Rapporteur va trop loin lorsqu'il juge inadéquate, pour des raisons indiquées au paragraphe 85, l'approche consacrée dans le projet d'articles tel qu'adopté en première lecture. Les auteurs de l'article 19 n'avaient en effet aucune intention de traiter de ces aspects complexes de ce que le Rapporteur spécial appelle la « criminalisation » de la responsabilité des États. Ils ont simplement voulu définir, dans un langage juridique simple et général, la notion de « crime international » dans le cadre du régime de la responsabilité pour faits internationalement illicites. Le commentaire de l'article 19 est clair sur ce qu'il faut entendre par « crime international ». Il ne s'agissait pas d'établir un « code pénal », puisque les États et leurs organes ne peuvent faire l'objet de poursuites judiciaires, et M. Al-Baharna juge logique l'opinion exprimée par la Commission au paragraphe 60 du commentaire de l'article 19, car cette disposition ne vise pas à donner une définition exhaustive des crimes d'agression ou de génocide, pas plus qu'elle ne vise à définir de manière précise les deux catégories de faits internationalement illicites, à savoir les crimes internationaux et les délits internationaux. Comme indiqué au paragraphe 61 du commentaire de l'article 19, la Commission a donc choisi de s'inspirer du système adopté d'abord par elle-même, puis par la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités[6], pour la détermination des normes « impératives » du droit international, système qui consiste à n'indiquer qu'un critère de base pour la détermination des obligations internationales. Le paragraphe 2 de l'article 19 est utile en ce qu'il fixe un critère objectif de définition du crime international, lequel comporte des conséquences juridiques plus graves quand la « communauté dans son ensemble » le reconnaît subjectivement comme tel. Sans ce jugement subjectif, donc, le paragraphe reste inopérant. Mais cette reconnaissance, dont il n'est pas nécessaire qu'elle soit unanime, peut être corroborée par une résolution de l'Assemblée générale dans laquelle celle-ci exprime son inquiétude et son indignation devant l'acte considéré. Autrement dit, c'est une décision politique collective qui met en mouvement l'action judiciaire contre l'État fautif. Les effets juridiques définis aux articles 51 à 53 s'ensuivent alors dans toute leur rigueur. En fin de compte, la procédure aboutit devant la CIJ, qui a à décider si un crime international a effectivement été commis.

6. M. Al-Baharna se dit assez satisfait du projet d'article 19, dans lequel il voit l'aboutissement d'un effort raisonnable et progressif de codification de la notion de fait internationalement illicite, sous sa forme soit de délit soit de crime. C'est pourquoi il insiste auprès de ses collègues pour qu'ils résistent à la tentation de supprimer cette disposition comme le Rapporteur spécial les y invite. Elle constitue à son avis la règle d'or de la responsabilité des États. Avec le commentaire qui l'accompagne, elle abonde en idées modernes et progressistes sur ce que la responsabilité des États devrait être à l'avenir alors qu'elle a été rédigée plus de vingt ans auparavant.

7. D'ailleurs, M. Al-Baharna ne voit pas pourquoi la notion de crime international est considérée comme tabou, et effarouche les représentants des gouvernements à la Sixième Commission. Les juristes qui composent la CDI doivent avoir leur propre idée du développement progressif du droit international et poursuivre le mouvement audacieusement amorcé en 1976. Ils donneront sinon l'impression d'aller à rebours de l'histoire et de l'évolution du droit international. Souvent, un rapporteur spécial cherche à plaire à tous et n'a pas d'autre solution que d'adoucir son texte par souci d'accommodement mais aux dépens de la qualité. Dans cet esprit, il cherchera à établir un texte « minimal », qui puisse être approuvé à la majorité simple des membres. Telle est la position « minimaliste » de la CDI devant tout projet d'articles. Plus courageux, plus « progressistes » sans doute, les membres de la Commission de 1976 ont adopté, à sa vingt-huitième session, à l'unanimité et sans faire de difficultés, l'article 19, que certains membres voudraient à présent enterrer.

8. Pour ce qui est des conséquences des crimes internationaux tels que les définissent le paragraphe 3 de l'article 40 (Sens de l'expression « État lésé ») et les articles 51 à 53, le Rapporteur spécial recommande de revoir la première disposition et de supprimer les trois autres pour « décriminaliser » la responsabilité de l'État, comme il dit aux paragraphes 91 à 93 de son premier rapport. À son avis, les articles en question règlent mal la question des conséquences juridiques. Mais, si l'on prend pour hypothèse que l'article 19 sera conservé, ces dispositions semblent acceptables en dépit des imperfections que souligne le Rapporteur spécial. D'ailleurs, il est peu vraisemblable que la Commission, avec sa politique du compromis et de la solution minimale, soit capable de faire mieux que les projets d'articles adoptés en 1976 après des débats ardents, et encore pas à l'unanimité mais à la majorité simple. Ils représentent déjà un compromis et transiger encore ne ferait qu'en dégrader la qualité.

9. M. Al-Baharna conclut cette partie de son intervention en se disant convaincu que l'article 19 et les chapitres I à III de la deuxième partie ainsi que la troisième partie consacrée au règlement des différends, présentés à l'Assemblée générale à la quarante-huitième session, en 1996, sont aussi bons qu'ils peuvent l'être dans les circonstances et qu'il serait inutile, catastrophique même, de rouvrir le débat à leur propos.

10. En ce qui concerne le crime international de l'État, que le Rapporteur spécial qualifie à juste titre de crime qui ne veut pas dire son nom, il ne comporte, à y regarder de près, aucune conséquence juridique d'ordre pénal. Même le Rapporteur spécial, très critique à l'endroit du paragraphe 2 de l'article 19, admet à la fin du paragraphe 51 de son premier rapport que les conséquences du crime international sont assez anodines. Les deuxième et troisième parties du projet d'articles font en effet bien apparaître que les conséquences du crime international, qui sont exposées aux articles 41 à 53, sont essentiellement civiles. D'autre part, les articles 51 à 53 fixent expressément les obligations découlant des conséquences du crime international. Ces obligations ne sont pas non plus d'ordre pénal, d'autant moins qu'il n'existe pas encore de cour de justice compétente pour imposer des sanctions. En fait, l'idée qui sous-tend cette notion de crime international de l'État est

[6] Voir 2526e séance, note 17.

celle de la dissuasion, au sens où l'on parle de dissuasion nucléaire, et vise certains États téméraires. M. Al-Baharna pense avoir montré que la notion de crime international définie à l'article 19 est une notion bénigne malgré son nom inquiétant. Mais elle n'en est pas moins réelle et tout régime de la responsabilité des États qui ne tiendrait pas compte de cette figure juridique n'aurait aucun sens et serait rétrograde. L'article 19 représente en fait une avancée précieuse qu'il ne faut pas laisser se perdre.

11. Pour ce qui est des délits internationaux, M. Al-Baharna soutient que la Commission n'a pas à codifier le domaine de la responsabilité des États sous cet angle, car la doctrine et la littérature juridiques sont là-dessus abondantes, qu'il s'agisse de droit coutumier, de jurisprudence, de sentences arbitrales, de conventions ou de conclusions de commissions. Le fait que, pendant trente ans, la Commission n'ait pas conclu ses travaux sur les délits internationaux n'a pas empêché la CIJ et d'autres tribunaux de rendre décisions et arrêts réglant les plaintes entre États. Le véritable défi que doit relever la Commission est donc celui de la codification de la notion de crime international : c'est le défi du siècle.

12. Mais, avant de régler le sort de l'article 19, la CDI doit demander à l'Assemblée générale un nouveau mandat, qui l'autorisera à procéder ainsi. Elle doit à tout le moins permettre au Rapporteur spécial de distribuer un questionnaire aux délégués à la Sixième Commission pour solliciter les vues des gouvernements sur trois questions essentielles : la CDI est-elle autorisée à supprimer l'article 19 et, le cas échéant, dans quelle mesure ? Cet article 19 doit-il être reformulé de telle sorte qu'il n'y serait plus question que des délits internationaux ? Dans l'affirmative, comment la CDI doit-elle traiter le fait internationalement illicite constitutif d'un crime international ?

13. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), faisant le point des débats sur le sujet, constate que le projet d'articles à l'examen laisse insatisfaits la quasi-totalité des membres de la Commission par la façon dont il traite ce que l'on peut appeler le domaine général des obligations multilatérales. Pour la Commission, le sujet ne se limite donc pas à la simple responsabilité bilatérale, même si celle-ci en fait partie. Il est clair également que les intentions qu'elle poursuivait lorsqu'elle a formulé l'article 19 n'ont pas été réalisées. Comme il est rappelé au paragraphe 67 du premier rapport, elle avait, à cette époque, catégoriquement rejeté la conception « du plus petit dénominateur commun » des crimes internationaux. Or, c'est en fait la démarche qu'elle aura finalement adoptée. Parmi les éloquents défenseurs de la distinction fondamentale que fait le paragraphe 2 de l'article 19 entre crimes et délits internationaux, aucun n'a nié ce détournement d'intention.

14. Aussi la Commission actuelle, qui doit procéder à l'examen en deuxième lecture du projet d'articles, se trouve-t-elle devant le très grave problème qu'engendrent les divergences d'opinions sur l'article 19. Il serait peu fructueux, pour les courants de pensée qui s'opposent, de rechercher la supériorité d'une moitié de la Commission sur l'autre. Le désaccord de ses membres est évident et un vote indicatif non seulement ne signifierait rien, mais serait de surcroît peu souhaitable. On comprend bien M. Al-Baharna, qui s'inquiète de ce qu'il a décrit comme un système consistant à reculer de compromis en compromis, mais on peut lui répondre que c'est un processus inévitable dans un organe délibérant. D'ailleurs la solution de compromis que la Commission avait adoptée à propos de la cour criminelle internationale n'a pas si mal réussi. Il est clair que si elle suit ses procédures normales, c'est-à-dire si elle s'appuie sur les travaux de ses groupes de travail et de son Comité de rédaction, elle peut proposer une solution constructive qui servira de point de départ à la suite des débats entre les États.

15. Le Rapporteur spécial estime que la richesse des réflexions sur le sujet atteste la complexité des problèmes posés par l'article 19, et la réalité des difficultés que soulève son paragraphe 2. Pour illustrer la complexité de la notion de crime d'État, il évoque le cas où un même acte pourrait être considéré comme un crime par un État, mais comme un délit par un autre, parce que l'un et l'autre seraient différemment touchés par ses conséquences. Pour ce qui est ensuite des difficultés soulevées par le paragraphe 2, un seul membre de la Commission, et encore, a déclaré qu'il fallait réduire l'ensemble du projet d'articles aux responsabilités bilatérales. La plupart de ses collègues ont au contraire affirmé qu'il existait bel et bien des obligations à l'égard de la communauté internationale et que leurs manifestations dans le domaine de la responsabilité internationale devaient trouver leur écho dans le projet d'articles. Celui-ci hérite de la solution du « plus petit dénominateur commun » le défaut de ramener les formes multilatérales de la responsabilité essentiellement à des formes bilatérales : le paragraphe 3 de l'article 40 convertit les obligations dites multilatérales en une série d'obligations bilatérales, créant ainsi ce problème très sérieux, non seulement en théorie mais aussi en pratique, que l'on autorise les États lésés — les États lésés en général et pas seulement les États lésés directement — à adopter une attitude unilatérale. C'est sur ce point que le Rapporteur spécial précédent a achoppé après trois années de travail, et c'est lui qui a motivé sa démission. Ni la Commission, ni le groupe de travail qu'elle avait créé sous la présidence de M. Crawford lui-même, n'ont réussi à trouver une solution aux difficultés de procédure massive que ferait naître l'autorisation donnée à des États particuliers, sans aucune supervision, de représenter la communauté internationale.

16. Il semble, au total, que les membres s'entendent sur cinq points principaux dont le Rapporteur spécial se propose de traiter tour à tour. Le premier est la distinction entre crimes et délits internationaux, dans la mesure où elle ne satisfait personne et s'attire bien des critiques. Beaucoup de membres ont dit que le terme « crime » serait source de confusion : il est évident qu'il est contaminé par ses connotations pénales. Mais il semble que la Commission serait prête à envisager d'autres façons de résoudre le problème que d'arrêter une distinction catégorique entre crimes et délits.

17. Le deuxième point d'accord est la pertinence des catégories bien établies que sont les obligations du *jus cogens* et les obligations *erga omnes*, étant admis que la première est plus étroite que la seconde. Il faut rappeler que lorsqu'elle a formulé la notion d'obligations *erga omnes* dans l'arrêt rendu en l'affaire de la *Barcelona*

Traction, la CIJ pensait qu'elle parlait d'une distinction fondamentale et de normes d'une extrême importance. Les exemples qu'elle donne dans son fameux *dictum* sont en fait des normes que l'on considère actuellement comme relevant du *jus cogens*. Elle ne cherchait certainement pas à faire dépendre l'existence des obligations *erga omnes* de l'existence d'instruments multilatéraux, car le fait qu'un traité est multilatéral ne signifie évidemment pas que ses dispositions s'appliquent *erga omnes*. Ces deux notions modernes en matière d'obligation des États marquent assurément un développement progressif du droit, lourd de conséquences pour le sujet de la responsabilité des États.

18. Le troisième point sur lequel il semble y avoir un accord général au sein de la Commission est précisément que le projet d'articles, tel qu'il se présente, ne rend pas suffisamment justice à ces concepts fondamentaux, en particulier l'article 40, qu'il faudra très certainement remanier. Une autre question qui se pose est celle de savoir si, dans le domaine des obligations *erga omnes* ou dans celui des normes de *jus cogens*, il y aurait lieu d'établir, en outre, une distinction entre des violations plus ou moins graves. Une telle distinction a certainement un sens pour ce qui est des obligations *erga omnes*. Son intérêt est moins net s'agissant des normes du *jus cogens*, pour lesquelles, en revanche, se pose le problème du seuil à partir duquel une situation constitue par exemple un génocide ou un crime contre l'humanité. Mais on ne saurait dire que le droit international distingue en outre, au sein de chacune de ces catégories, des crimes contre l'humanité graves ou des génocides graves. À cet égard, le paragraphe 3 de l'article 19 est source de confusion.

19. Le quatrième élément qui se dégage des débats est une prise de conscience des sérieux problèmes de mise en œuvre que pose le projet d'articles. Il s'agit tout d'abord de celui, déjà évoqué, du règlement des différends et de celui, amplement débattu lors des précédentes sessions de la Commission, des relations entre l'État directement lésé et les autres États, qui appelle une réflexion plus approfondie. Un autre problème qui, pour être apparu de manière indirecte n'en est pas moins fondamental, tient au fait que, s'agissant des violations des normes les plus essentielles, les principales victimes sont habituellement non pas les autres États mais, en fait, les populations. Il en est ainsi dans le cas de violations des normes relatives au génocide ou des règles fondamentales concernant le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, mais aussi dans le cas de l'agression qui correspond pourtant à une situation interétatique. Dès lors, sans aller jusqu'à dire que la Commission ne doit s'intéresser qu'aux crimes commis contre des populations ou contre des groupes humains, il est incontestable qu'il y a là un élément fondamental, qui soulève inévitablement la grave question de la représentation et qui rend encore plus aigu le problème de la distinction entre États plus ou moins directement lésés.

20. Eu égard à ces difficultés de mise en œuvre qu'il ne faut pas sous-estimer, le Rapporteur spécial pense que le régime général de responsabilité des États aura, dans ce domaine et non pas seulement par rapport aux cas les plus manifestes d'agression, un caractère supplétif. Il est par ailleurs exact que, pour ce qui est des obligations collectives de caractère fondamental, les règles de la responsabilité des États risquent d'avoir des effets non seulement positifs mais aussi négatifs quant à l'application de mesures de coercition. En effet, dès lors qu'est reconnue l'existence d'un intérêt collectif, le problème est de garantir que les mesures de coercition appliquées conserveront ce caractère collectif, ce que l'on peut reprocher à l'article 40 de ne pas faire. La Commission devra donc réexaminer ces problèmes, en tenant compte notamment de la proposition faite par certains membres d'adopter un régime plus différencié, par exemple entre la cessation et la réparation, pour ce qui est des droits des États lésés.

21. Le cinquième point sur lequel se dégage un accord général entre les deux groupes de membres qui se sont exprimés dans le débat est l'idée qu'au stade actuel de développement du droit international, il n'y a pas lieu d'envisager les crimes d'État comme une entité pénale distincte. Des deux bords, les membres ont avalisé la proposition que la Commission avait elle-même approuvée en 1976, à savoir que la responsabilité des États est en quelque sorte un domaine unifié, en dépit de la distinction susceptible d'être opérée dans ce cadre entre les obligations présentant un intérêt pour la communauté internationale dans son ensemble et les obligations intéressant un ou quelques États. Laissant le Rapporteur spécial à sa conviction intime qu'à l'avenir le système international pourrait bien concevoir une véritable forme de responsabilité pénale des personnes morales, la plupart des membres de la Commission ont refusé d'envisager cette hypothèse et se sont prononcés pour une double démarche consistant, d'une part, à développer la notion de responsabilité pénale individuelle par le mécanisme des tribunaux ad hoc et de la future cour criminelle internationale venant compléter celui des juridictions nationales et, d'autre part, à développer, dans le domaine de la responsabilité des États, la notion de responsabilité à raison de violations des normes essentielles pour la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble.

22. Concluant sur le projet utopique d'une véritable criminalisation du comportement de l'État, le Rapporteur spécial souligne qu'il ne s'agit pas d'un simple problème de dénomination et que, si la Commission doit y revenir à l'avenir, il lui faudra attacher de véritables conséquences à de véritables procédures.

23. En vue de permettre à la Commission de surmonter les difficultés auxquelles elle se heurte et d'achever, dans un avenir prévisible, ses travaux de codification et de développement progressif du droit général de la responsabilité des États en tenant pleinement compte des obligations qui sont dues à la communauté internationale dans son ensemble, le Rapporteur spécial soumet à la Commission, comme base de discussion, cinq propositions.

24. La première proposition se lit comme suit :

> « La Commission devrait procéder à la seconde lecture du projet d'articles sur la responsabilité des États étant entendu que le domaine de la responsabilité des États n'est ni "pénal" ni "civil" et que le projet d'articles couvre dans son entièreté le domaine des actes internationalement illicites. »

Le Rapporteur spécial précise que le dernier membre de phrase ne signifie pas que le projet d'articles a l'ambition de réglementer dans tous ses aspects le domaine des actes

internationalement illicites; d'autres instruments traiteront de façon plus précise de certains aspects de la responsabilité des États et le projet lui-même comporte un article relatif à la *lex specialis* (art. 37) ainsi qu'une clause de sauvegarde concernant la Charte des Nations Unies.

25. La deuxième proposition se lit comme suit :

> « Sur cette base, le projet d'articles ne devrait pas aborder la question de la responsabilité pénale éventuelle des États ou les peines ou même les procédures qu'une telle responsabilité pourrait déclencher. »

Cette proposition revient à écarter la pénalisation, au sens fort, du comportement de l'État.

26. La troisième proposition se lit comme suit :

> « Par ailleurs, le projet d'articles devrait pleinement refléter les conséquences dans le domaine de la responsabilité des États du principe de base selon lequel certaines obligations internationales sont essentielles, non dérogeables *(jus cogens)*, et créent des engagements non pas envers des États individuels mais envers la communauté internationale dans son ensemble *(erga omnes)*. »

Le Rapporteur spécial rappelle que ces obligations et leurs caractéristiques sont issues du droit international général, ce qui justifie d'une part que la Commission en tienne compte dans le domaine de la responsabilité des États et, d'autre part, qu'elle n'en envisage que les aspects, notamment les effets, pertinents pour le sujet.

27. La quatrième proposition se lit comme suit :

> « Par conséquent, au cours de la deuxième lecture, la Commission devra s'efforcer systématiquement de prendre en considération, au lieu de l'article 19, les violations graves des obligations mentionnées au paragraphe 3 ci-dessus. Ceci pourrait tout d'abord être fait dans le cadre d'un groupe de travail qui se réunirait à New York durant la deuxième partie de la présente session. »

Le Rapporteur spécial précise que cette proposition procède de la constatation que la Commission ne pourra adopter par consensus la distinction entre crimes et délits; d'où l'idée qu'elle devrait plutôt s'attacher à une étude systématique des conséquences des obligations fondamentales mentionnées dans la troisième proposition.

28. Enfin, la cinquième proposition se lit comme suit :

> « La possibilité d'une clause de sauvegarde appropriée, énonçant clairement que le projet d'articles est sans préjudice de l'existence ou non des crimes "internationaux" des États, devrait être examinée. »

29. Le Rapporteur spécial souligne que, faute d'accord sur ces cinq propositions éventuellement amendées, la Commission ne pourra progresser, compte tenu de l'impasse à laquelle l'a menée la distinction entre crimes et délits. Il propose que ces cinq propositions soient renvoyées à un groupe de travail à composition non limitée qui sera chargé de mettre au point une formulation précise.

M. Lukashuk prend la présidence.

30. M. FERRARI BRAVO souligne la nécessité de formuler le plus simplement possible les propositions, puisqu'il ne s'agit que d'un projet de mandat à conférer à un groupe de travail. Cela le conduit tout d'abord à demander la suppression, dans la première proposition, de tout le membre de phrase commençant par : « étant entendu que », ainsi que la totalité de la deuxième proposition. La troisième proposition, axée sur les conséquences, est par contre au cœur du problème et doit être maintenue. La quatrième proposition est acceptable à la condition expresse que soit supprimée l'expression « au lieu de l'article 19 »; son maintien reviendrait en effet à préjuger du résultat des travaux du groupe de travail que cette proposition prévoit de créer. Enfin, le contenu de la cinquième proposition devrait être réexaminé ultérieurement.

31. M. ECONOMIDES remercie le Rapporteur spécial des efforts qu'il a faits pour trouver une solution généralement acceptable. Il pense cependant que le texte proposé ne constitue nullement un compromis. Il s'agit plutôt d'un « enterrement de première classe » de la notion de « crime d'État ». C'est ce qui ressort clairement de la cinquième proposition, qui écarte totalement, pour le moment, cette notion, alors qu'elle a été au cœur du débat et qu'elle divise la Commission en deux courants d'importance à peu près égale. Seul un courant est pris en compte. Dans le même ordre d'idées, c'est l'article 19 du projet qui est mis sur la touche par le biais de la quatrième proposition.

32. Quant à la troisième proposition, elle élargit le champ d'application du sujet : il est question non plus des seules obligations essentielles qui mettent en jeu les intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble, mais de toutes les obligations internationales — obligations *erga omnes* — qui créent des engagements envers la communauté internationale dans son ensemble. Le risque est grand, ainsi, de banaliser les obligations vraiment essentielles en gommant toute distinction. Enfin, les première et deuxième propositions sont tout à fait superflues et devraient être supprimées.

33. Compte tenu du débat qui a eu lieu sur le sujet, un bon compromis, selon M. Economides, consisterait, en prenant pour point de départ la troisième proposition, à constituer un groupe de travail, en le chargeant d'examiner les conséquences, dans le domaine de la responsabilité des États, découlant des obligations *erga omnes*, mais aussi et surtout des obligations qui visent à protéger les intérêts fondamentaux de la communauté internationale. L'article 19 et la notion de « crime international » — ou toute autre expression qui pourrait être retenue pour remplacer le mot « crime » qui semble susciter à la Commission force critiques — seraient laissés de côté pour le moment, pour être repris éventuellement plus tard si les travaux du groupe de travail n'aboutissaient pas.

34. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) précise que l'expression « au lieu de l'article 19 », dans la quatrième proposition, s'entend bien au sens où M. Economides l'entend. Mais contrairement à ce dernier, il juge la première proposition importante, car elle reflète la position adoptée par la Commission en 1976.

35. M. PELLET dit qu'il s'attardera sur les propositions du Rapporteur spécial, car il n'est pas membre du groupe de travail. Il estime que ces propositions sont, dans son esprit du moins, fort raisonnables. Et en cela, il ne souscrit pas à l'analyse de M. Economides, bien que, sur le fond, il partage ses préoccupations.

36. Il ne peut s'empêcher de noter que le Rapporteur spécial se fait, au fond, avec les propositions à l'étude, le défenseur des crimes, considérant que la notion de « crime international de l'État » existe en droit international et qu'elle est pénale. Pour sa part, il n'exclut pas cette possibilité, mais n'interprète pas l'article 19 du projet de la sorte et réserve sa position sur ce point. C'est bien à travers sa cinquième proposition que le Rapporteur spécial entend faire entériner par la Commission sa conception pénaliste du crime. M. Pellet, pour qui cette position est erronée, souhaiterait que la Commission ne le fasse pas, ou qu'alors, si elle devait le faire, il soit précisé que le projet d'articles est sans préjudice d'une éventuelle responsabilité pénale de l'État, qui s'ajouterait à la responsabilité internationale. En effet, il est bien entendu que le sujet à l'étude porte sur la responsabilité internationale de l'État, qui n'est ni pénale ni civile. Dans ce sens, il faudrait ajouter à la cinquième proposition, telle que proposée par le Rapporteur spécial, après les mots « de l'existence ou non des crimes internationaux des États », une expression du genre « au sens pénal du terme ».

37. Remontant à la première proposition, M. Pellet pense qu'il conviendrait d'ajouter les mots « au sens du présent projet d'articles » après les mots « étant entendu que le domaine de la responsabilité des États n'est ni "pénal" ni "civil" » — ce qui laisserait entendre qu'en dehors du projet il serait possible d'imaginer une responsabilité pénale de l'État, comme la Commission l'a fait à l'article 5 du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité[7]. Passant à la deuxième proposition, M. Pellet avoue ne pas comprendre le sens exact du mot « peines ». S'il s'agit de sanctions pénales, il peut accepter cette proposition. À ce sujet, il précise, à l'intention de M. Ferrari Bravo, que le Rapporteur spécial précédent s'est battu pour que la Commission traite de la question des sanctions. Il est, dans ces conditions, préférable de dire clairement que la Commission n'entend pas instituer de système, de mécanisme criminel international, comme ledit Rapporteur spécial, M. Arangio-Ruiz, l'avait proposé.

38. À propos de la troisième proposition, M. Pellet déclare être plus proche du Rapporteur spécial que de M. Economides. Il croit qu'il est utile, et important, de s'intéresser à ces trois cercles concentriques que constituent les obligations *erga omnes*, les obligations découlant d'une norme impérative du droit international *(jus cogens)* et enfin, les obligations si essentielles pour la défense de la communauté internationale dans son ensemble que celle-ci qualifie ses violations de crimes — encore que le mot « crime » puisse être abandonné. Ces trois catégories se retrouvent effectivement dans la troisième proposition du Rapporteur spécial — mais dans un ordre que M. Pellet ne juge pas satisfaisant. Quoi qu'il en soit, cette proposition constitue une amélioration par rapport au projet d'articles existant, qui ne traite que de la troisième catégorie d'obligations. Enfin, M. Pellet souscrit aux observations de MM. Ferrari Bravo et Economides sur la quatrième proposition. Il se réserve le droit de revenir sur la question lorsque le groupe de travail se sera prononcé.

39. M. ROSENSTOCK pense que les propositions du Rapporteur spécial doivent être appréhendées avec un esprit ouvert. Il serait cependant fâcheux de poursuivre les travaux sur la base de la suppression de l'expression « au lieu de l'article 19 ». Il ne faut pas oublier que la majorité des membres de la Commission sont favorables à la suppression de l'article 19 et que seule une minorité souhaite son maintien. Il ne sera pas aisé de trouver un terrain d'entente en séance plénière, et la Commission risque d'avoir à se prononcer par un vote.

40. M. Rosenstock n'a pas d'idée bien arrêtée sur la première et la cinquième proposition et ne comprend vraiment pas les critiques soulevées à propos de la première proposition.

41. Le problème consiste à trouver une solution aux questions posées, dans la troisième proposition, essentiellement, qui ne soit ni radicalement incompatible avec le fait que la Commission traite des règles secondaires et non des règles primaires, ni totalement inacceptable pour ceux qui considèrent que les travaux sur le sujet s'inscrivent dans le cadre d'un continuum dans le domaine de la responsabilité des États pour faits illicites et qu'ils ne concernent pas les distinctions qualitatives. Par exemple, les obligations *erga omnes* mettent en jeu, non pas des distinctions qualitatives, mais des différences de portée.

42. M. Sreenivasa RAO pense qu'aucun compromis ne devrait porter atteinte aux convictions de ceux qui prétendent que l'article 19 reflète un concept valide, même s'il doit être remanié pour pouvoir être réellement appliqué.

43. La troisième et la quatrième proposition du Rapporteur spécial préoccupent quelque peu M. Sreenivasa Rao, qui croyait comprendre que le groupe de travail explorerait les liens éventuels qui existeraient entre les obligations *erga omnes* et les obligations découlant d'une norme impérative du droit international *(jus cogens)*, ainsi que le rapport que les violations de ces obligations pourraient avoir avec la notion de crime en tant que telle. Quant à la deuxième proposition, elle prête à confusion, et M. Sreenivasa Rao souhaiterait que le groupe de travail, s'il parvient à dégager des conséquences des violations des obligations *erga omnes* et des obligations découlant d'une norme impérative du droit international *(jus cogens)*, explore aussi la possibilité d'appliquer ces conséquences à la catégorie plus large des obligations essentielles pour la communauté internationale dans son ensemble, par opposition aux États pris individuellement.

44. La Commission ne doit pas donner, d'ores et déjà, au groupe de travail mandat d'entreprendre une étude dans le sens indiqué dans la troisième et dans la quatrième proposition du Rapporteur spécial; cela reviendrait à annuler l'article 19.

45. M. DUGARD souscrit sans réserve aux observations de M. Sreenivasa Rao. Les travaux du groupe de travail dépendront de l'interprétation de la cinquième

[7] Voir 2534e séance, note 10.

proposition, et M. Dugard note à ce propos que le Rapporteur spécial a déclaré qu'il ne s'opposait pas à l'examen de la question de savoir si une étude sur les crimes d'État devrait être engagée. La CDI pourrait faire une recommandation dans ce sens à la Sixième Commission.

46. M. SIMMA souscrit aux propositions du Rapporteur spécial. Les première et deuxième propositions ne lui posent aucun problème. Quant aux troisième et quatrième propositions, qui sont essentielles, il les interprète comme signifiant que le groupe de travail, tout d'abord, puis, naturellement, le Rapporteur spécial devront explorer la possibilité d'élaborer un concept qui remplacerait l'idée sous-jacente à l'article 19. En cas d'échec, le débat sur l'article 19 sera de nouveau ouvert et la Commission devra probablement procéder à un vote. Ceci signifiera sans doute la fin de l'article 19, ce que M. Simma, en tout cas, ne saurait déplorer.

47. Faute de temps, le groupe de travail ne pourra se livrer qu'à un examen préliminaire du concept à élaborer, et la tâche reviendra en définitive au Rapporteur spécial.

48. M. MIKULKA pense que les propositions du Rapporteur spécial sont un pas en avant vers un compromis qui pourrait finalement être acceptable pour tous. Comme M. Simma, il considère que les troisième et quatrième propositions constituent le noyau dur des propositions. Dans la troisième proposition, il serait peut-être plus logique de modifier l'ordre dans lequel les obligations sont énumérées, en évoquant tout d'abord les obligations qui créent des engagements, non pas envers des États pris individuellement, mais envers la communauté internationale dans son ensemble (obligations *erga omnes*), puis les obligations auxquelles il n'est pas possible de déroger *(jus cogens)*, puis les obligations internationales essentielles, en précisant qu'il s'agit des obligations essentielles pour la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la communauté internationale. M. Mikulka pourrait accepter la troisième proposition avec ces modifications. Quant à la quatrième proposition, il peut également l'accepter, à condition de supprimer l'adjectif « graves », car il faudrait s'intéresser à toutes les violations des obligations mentionnées à la troisième proposition.

49. M. Mikulka pense que la première proposition se justifie, car il rappelle que la Commission s'en tient à la conception qu'elle a choisie : la responsabilité internationale est *sui generis*; elle n'a rien à voir avec les distinctions qui existent en droit interne. De plus, il y est précisé que le projet d'articles traite de toute la gamme des faits internationalement illicites. Pour ce qui est de la deuxième proposition, elle prête à confusion et pourrait être purement et simplement supprimée. En ce qui concerne la cinquième proposition, M. Mikulka estime qu'il conviendrait de se référer à la qualification de crimes des violations de certaines des obligations visées dans la troisième proposition plutôt qu'à « l'existence, ou non, des crimes internationaux des États ».

50. Avec ces changements, les propositions du Rapporteur spécial pourraient servir de base à un compromis.

51. M. AL-KHASAWNEH souligne que, pour être digne de ce nom, un compromis ne doit pas porter atteinte aux vues exprimées à la Commission, qui reflètent non pas des divisions d'ordre géographique ou idéologique, mais bien des préoccupations et des convictions profondes.

52. En ce qui concerne les propositions du Rapporteur spécial, M. Al-Khasawneh pense que la cinquième proposition, qui donne l'impression que la question des « crimes » est déjà réglée, n'est pas très utile. De même, il pense que la suggestion de M. Ferrari Bravo est opportune : il n'est pas nécessaire de dire que la responsabilité des États n'est ni « pénale » ni « civile » — même si on ne fait que rappeler une position adoptée par la Commission en 1976.

53. Les troisième et quatrième propositions sont les plus importantes, et M. Al-Khasawneh les interprète comme M. Simma. Pour parvenir à un véritable compromis, il convient d'élaborer un nouveau concept et de voir où il peut conduire. Dans l'intervalle, la Commission ne peut partir de l'hypothèse de la suppression de l'article 19 : rien, ni dans les réponses des gouvernements, ni dans les interventions à la Commission, ne la justifie, et elle appelle du reste une décision formelle de l'Assemblée générale.

54. M. Al-Khasawneh considère que, dans l'ensemble, les propositions du Rapporteur spécial, même si elles ne reflètent pas son sentiment et si elles ont besoin, sur certains points, d'être remaniées par souci de clarté, sont de bonnes propositions. La Commission se doit d'aboutir à un compromis. Il y va de sa réputation.

55. Après un débat de procédure auquel participent MM. CRAWFORD (Rapporteur spécial), GOCO, HAFNER, MELESCANU et SIMMA, le PRÉSIDENT propose que le débat sur les propositions du Rapporteur spécial se poursuive le jour suivant, d'abord en séance plénière, puis au sein du groupe de travail sous la présidence de M. Simma.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 18 h 15.

2540e SÉANCE

Mercredi 3 juin 1998, à 10 h 10

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Al-Khasawneh, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rosenstock, M. Simma, M. Yamada.

Responsabilité des États[1] *(suite)* [A/CN.4/483, sect. C, A/CN.4/488 et Add.1 à 3[2], A/CN.4/490 et Add.1 à 7[3], A/CN.4/L.565, A/CN.4/L.569]

[Point 2 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

1. Le PRÉSIDENT invite les membres à examiner une version révisée de la proposition soumise par le Rapporteur spécial (2539e séance), version qui se lit comme suit :

« 1. La Commission devrait procéder à la seconde lecture du projet d'articles sur la responsabilité des États étant entendu que le domaine de la responsabilité des États n'est ni "pénal" ni "civil" et que le projet d'articles couvre dans son entièreté le domaine des actes internationalement illicites.

2. Sur cette base, le projet d'articles ne devrait pas aborder la question de la responsabilité pénale éventuelle des États ou les peines substantielles ou même les mécanismes procéduraux qu'une telle responsabilité pourrait déclencher.

3. Par ailleurs, le projet d'articles devrait pleinement refléter les conséquences, dans le domaine de la responsabilité des États, du principe de base selon lequel certaines obligations internationales sont essentielles, non dérogeables *(jus cogens)*, et créent des engagements non pas envers des États individuels, mais envers la communauté internationale dans son ensemble *(erga omnes)*.

4. Par conséquent, au cours de la deuxième lecture, la Commission devra s'efforcer de prendre systématiquement en considération, au lieu de l'article 19, les violations graves des obligations mentionnées au paragraphe 3 ci-dessus. Ceci pourrait être fait dans le cadre d'un groupe de travail qui se réunirait à New York durant la deuxième partie de la présente session

5. La possibilité d'une clause de sauvegarde appropriée, énonçant clairement que le projet d'articles est sans préjudice de l'existence, ou non, des crimes "internationaux" des États, devrait être examinée. »

2. M. HAFNER dit qu'il faut remercier le Rapporteur spécial de sa proposition pour la poursuite des travaux relatifs à l'article 19 (Crimes et délits internationaux). Il peut, pour sa part, souscrire à l'idée directrice principale de cette proposition, bien qu'il ait certains doutes sur ses paragraphes 3 et 4. Il semblerait que le paragraphe 3 établisse trois catégories d'obligations internationales, à savoir celles qui sont essentielles, celles auxquelles il ne saurait être dérogé *(jus cogens)*, et celles dont il faut s'acquitter, non envers tels ou tels États, mais envers la communauté internationale dans son ensemble *(erga omnes)*, cependant que le paragraphe 4 introduit la notion supplémentaire de « violations graves » de ces obligations. Rappelant que M. Mikulka a proposé (2539e séance) de supprimer l'adjectif « graves », et qu'on a vu le Rapporteur spécial incliner la tête en signe d'assentiment, M. Hafner demande s'il incombera au groupe de travail de s'occuper des conséquences découlant de toutes les violations des trois catégories d'obligations internationales énumérées au paragraphe 3, ou seulement des conséquences des violations « graves ». Par ailleurs, les critères énumérés au paragraphe 3 sont-ils cumulatifs ou alternatifs ? En d'autres termes, le groupe de travail doit-il s'intéresser à la question des violations de chacune des catégories d'obligations ou seulement aux actes qui violent toutes les trois catégories ?

3. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) fait observer que nombre des suggestions faites à ce stade pourront être examinées ailleurs qu'en séance plénière. La première question, à son avis, est de savoir si le libellé proposé, fondé sur un compromis, rencontre d'une façon générale l'approbation de la Commission. Quant à la seconde question, qui concerne la nature précise des travaux du groupe de travail envisagé, le Rapporteur spécial s'associe à la remarque faite par M. Simma (ibid.), à savoir que les travaux du groupe de travail n'auront qu'un caractère indicatif et qu'il serait bon que le groupe ne s'en tienne pas au mandat défini au paragraphe 4 de sa proposition, mais émette un certain nombre de réflexions préliminaires sur d'autres questions découlant de la première partie du projet. S'agissant de la question de M. Hafner, les notions de *jus cogens* et d'obligations *erga omnes*, bien qu'apparentées, ne sont pas identiques, cette dernière étant peut-être plus étroite que certains membres l'ont laissé entendre. Il appartiendra au groupe de travail de soulever les questions pertinentes concernant différentes catégories d'obligations et de déterminer, s'il y a lieu, leurs conséquences éventuelles dans le domaine de la responsabilité des États.

4. M. LUKASHUK a le sentiment que la proposition contient une idée judicieuse pour réaliser un compromis. Mais la Commission, outre qu'elle a raison de dire que la responsabilité des États ne procède ni du droit pénal, ni du droit civil, devrait préciser d'emblée qu'elle parle de la responsabilité en droit international public. M. Lukashuk ne voit pas la nécessité d'examiner la question de la responsabilité pénale à ce stade, la notion de « crime » n'étant employée pour désigner les violations les plus graves que faute de terme plus approprié. Le paragraphe 3 est, à son avis, superflu, car les violations graves d'obligations internationales ne sont pas toutes liées aux règles de *jus cogens*; et l'on pourrait se passer du paragraphe 5 pour la même raison. Ne subsisterait donc que la catégorie des violations les plus graves, ce qui est tout à fait suffisant.

5. M. YAMADA se félicite lui aussi de la proposition du Rapporteur spécial, qu'il ne faut pas considérer comme une invitation aux deux parties à abandonner leurs positions de principe, mais plutôt comme une méthode ou une hypothèse de travail destinée à faciliter la deuxième lecture du projet. Cet objectif fondamental ne sera pas atteint si les membres persistent à défendre leurs propres points de vue. Si on laisse de côté l'aspect rédactionnel, dont le Comité de rédaction pourra effectivement s'occuper, la proposition semble fondée sur un large accord au sein de la Commission. Le paragraphe 1 jette les bases des tra-

[1] Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2e partie), p. 62, doc. A/51/10, chap. III, sect. D.

[2] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

[3] Ibid.

vaux futurs. Le paragraphe 2 est important en ce qu'il indique clairement que l'exercice en cours ne s'étend pas à la question de la responsabilité pénale. Les paragraphes 3 et 4 constituent l'élément clef de la proposition et si, au paragraphe 3, la référence au *jus cogens* l'inquiète quelque peu, M. Yamada est disposé à laisser au groupe de travail le soin de débattre cette question. Au paragraphe 4, la mention de l'article 19 est essentielle, encore que M. Yamada soit prêt à faire preuve de souplesse à propos du libellé qui sera retenu. Ce qui importe est de bien faire comprendre que la Commission n'entend pas parler de l'article 19 aussi longtemps qu'elle n'aura pas mené à bien les travaux définis aux paragraphes 3 et 4. Enfin, M. Yamada peut sans difficulté accepter la clause de sauvegarde au paragraphe 5.

6. M. BROWNLIE dit que faute, malheureusement, d'avoir pu prendre part au débat jusqu'à présent, il exposera ses vues sous forme de commentaires sur la proposition du Rapporteur spécial, qu'il considère comme une initiative en faveur d'un compromis ne reflétant pas nécessairement la position propre du Rapporteur spécial. Aussi les durs propos qu'il est sur le point de tenir ne s'adressent-ils pas au Rapporteur spécial mais, en quelque sorte, *urbi et orbi*. La proposition dont la Commission est saisie semble créer des problèmes bien plus complexes que ceux qui découlent de l'article 19 sorti de son contexte.

7. Tout d'abord, la proposition porte sur le domaine tout entier de l'ordre international public alors qu'à l'origine, et pendant plusieurs décennies, le mandat de la Commission était circonscrit à la responsabilité des États, catégorie avec laquelle les tribunaux et les États étaient relativement familiarisés aussi bien dans leur doctrine que leur pratique. M. Brownlie ne croit pas que le mandat couvre le *jus cogens* ou les obligations *erga omnes*, catégories communes aussi bien à la responsabilité des États qu'au droit des traités. Aussi est-il quelque peu surpris de constater que ces catégories, même si l'une d'elles a manifestement été écartée, sont traitées dans le cadre du sujet de la responsabilité des États. Mais peut-être ne s'agit-il là que d'une question organisationnelle.

8. Le paragraphe 1 de la proposition, par contre, est si troublant qu'il a conduit M. Brownlie au bord des larmes. Il a parfois le sentiment que la Commission, non contente de s'acquitter de sa tâche de codification et de développement progressif du droit international, court le risque d'inventer une troisième catégorie, celle de la détérioration progressive du droit international. La responsabilité des États constitue, au même titre que le droit des traités, une catégorie importante, utile et familière. Au paragraphe 1 de la proposition, si on le prend au pied de la lettre, elle devient quelque *tertium quid* et se trouve projetée sur un plan normatif entièrement nouveau, initiative qui créera une énorme confusion sinon parmi les experts juridiques internationaux du moins parmi les nombreux utilisateurs non spécialistes de leurs produits. La proposition de situer ainsi le régime de la responsabilité des États sur un curieux « troisième plan », ni pénal ni civil, lui paraît consternante. Comme de nombreuses autres personnes, M. Brownlie a toujours estimé que le domaine de la responsabilité des États était essentiellement « civil », même si les normes de comportement pourraient varier et le processus de réparation comporter parfois des éléments quasi pénaux.

9. Quant au paragraphe 4, la critique principale que M. Brownlie adresse à l'article 19 ne vise pas tant son contenu que sa situation dans le projet. L'article a trait à des problèmes de crimes d'État et se situe pour cette raison en dehors du champ de la responsabilité normale des États. Enfin, si la CDI ne tient pas à paraître négative aux yeux de la Sixième Commission, la réserve formulée au paragraphe 5 est suffisamment claire. Pour cette raison, le paragraphe 5 est la seule partie de la proposition que M. Brownlie apprécie.

10. Selon M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), la proposition contenue dans le paragraphe 1 apparaît dans le commentaire de l'article 19[4] et a été défendue aussi bien par les détracteurs que par les partisans de cet article. La proposition dans son ensemble est soumise dans un esprit de compromis mais le Rapporteur spécial, pour sa part, serait heureux que la Commission puisse reconnaître que le domaine de la responsabilité des États est effectivement un domaine « civil ». Cela n'empêchera pas, il en est convaincu, les obligations *erga omnes* de trouver leur place dans le champ de la responsabilité des États considéré comme étant « civil ». Mais l'adjectif suppose une analogie à laquelle certains membres sont allergiques.

11. Quant à la référence faite par M. Brownlie à un hypothétique « troisième plan », le seul plan envisagé dans le paragraphe 1 est celui du droit international avec son compartiment normal de la responsabilité des États. Le Rapporteur spécial est évidemment d'accord avec M. Brownlie sur le sujet des crimes d'État; la notion existe incontestablement à l'état embryonnaire au regard d'un nombre très restreint de règles, et l'on serait fondé à en faire un nouveau sujet. Il ne verrait aucune objection à ce qu'on supprime, au paragraphe 1, le membre de phrase « que le domaine de la responsabilité des États n'est ni "pénal" ni "civil" », dans l'espoir de faire avancer les travaux. En ce qui concerne le paragraphe 3, il regrette que M. Brownlie ait été absent à la séance précédente à laquelle il a fait observer que la notion de *jus cogens* était née en dehors du champ de la responsabilité des États mais pouvait y entraîner des conséquences. La notion d'obligation *erga omnes* a été définie par la CIJ dans le cadre de la responsabilité des États et trouve son expression à l'article 40 du projet (Sens de l'expression « État lésé »). À la lumière du débat, le Rapporteur spécial doute fort que la Commission, dans son ensemble, se laissera persuader de procéder par consensus sur la base des vues exposées par M. Brownlie.

12. Selon M. LUKASHUK, l'assimilation de la responsabilité des États à une responsabilité civile, bien que fréquente dans la doctrine juridique britannique, est contraire à l'élémentaire logique et, comme le montrent nombre des commentaires et observations reçus des gouvernements (A/CN.4/488 et Add.1 à 3), fermement rejetée par ceux qui voient dans le droit international public un système de droit particulier.

13. M. HE note avec approbation les efforts de coordination déployés par le Rapporteur spécial pour traiter une

[4] Voir 2532e séance, note 17.

question difficile et complexe et exhorte tous les membres à l'aider à s'acquitter de l'énorme tâche à laquelle il est confronté, la Commission s'engageant dans la phase critique de la deuxième lecture. Pour sa part, M. He peut accepter la proposition révisée et pense lui aussi qu'il faut centrer les efforts sur le paragraphe 3 et l'idée de créer un groupe de travail. Il convient de distinguer la notion de droit international de celle de responsabilité pénale en droit interne, un État ne pouvant être puni par d'autres sans qu'il soit porté atteinte au principe de l'égalité souveraine des États. Si l'on veut éviter les conséquences pénales du terme « crime », pourquoi l'utiliser aucunement dans le droit de la responsabilité des États ? Il serait plus approprié de parler de violations d'obligations *erga omnes*. Le paragraphe 5 est superflu car il pourrait créer plus de problèmes qu'il n'en résoudra.

14. M. GOCO se félicite de la proposition du Rapporteur spécial relative à l'article 19, dans laquelle il voit un compromis reflétant les délibérations de la Commission sur un sujet extrêmement controversé. Il partage le point de vue selon lequel il s'agit là d'une question qu'il eut fallu débattre au Groupe de travail avant d'en saisir la Commission.

15. Si le paragraphe 1 est censé faire part d'un sentiment personnel au Groupe de travail, l'on pourrait fort bien le supprimer. Dans le cas contraire, M. Goco propose d'y supprimer le membre de phrase « n'est ni "pénal" ni "civil" », car d'aucuns pourraient y voir une provocation. Étant donné que le paragraphe 2 est basé sur le paragraphe 1, il conviendrait de le supprimer également.

16. Au paragraphe 3, il y aurait lieu de remplacer le mot « principe » par « hypothèse » et d'omettre les mentions *jus cogens* et *erga omnes* dans la mesure où elles ouvrent un vaste domaine de discussion et lient les mains de la Commission dans le processus. Au paragraphe 4, il conviendrait de supprimer la référence à l'article 19 et de modifier le reste de la phrase en fonction de l'amendement que M. Goco a proposé d'apporter au paragraphe 3. Enfin, M. Goco supprimerait, au paragraphe 5, la référence à l'existence, ou non, des crimes « internationaux » des États.

17. Selon M. GALICKI, la proposition du Rapporteur spécial marque un compromis raisonnable qui tient compte des principaux éléments du débat et fait de vaillants efforts pour concilier des points de vue nettement contradictoires.

18. Le paragraphe 1 est particulièrement constructif. S'il est vrai qu'il existe des opinions dissidentes, comme celle de M. Brownlie, M. Galicki souscrit néanmoins à la conclusion du Rapporteur spécial selon laquelle la Commission a déjà déterminé et souligné le caractère spécifique de la responsabilité des États. Le paragraphe 2 est la suite logique du paragraphe 1.

19. À son sens, l'article 19 est le pire ennemi de la notion de crimes d'État. Tout en rendant hommage aux prédécesseurs du Rapporteur spécial qui ont rédigé cet article, il ne peut s'empêcher de conclure que sa structure, quelle que soit sa substance, est dépassée. Par ailleurs, et c'est un reproche même plus grave, si le paragraphe 2 de l'article 19 assimile chaque violation d'une obligation internationale essentielle à un crime, son paragraphe 3 ne range que les violations graves dans cette catégorie.

20. Les paragraphes 3 et 4 de la proposition méritent tout particulièrement des éloges parce qu'ils établissent une distinction entre deux questions susceptibles d'avoir des conséquences pour la responsabilité des États : les caractéristiques des obligations et celles des violations de ces obligations. C'est là une approche qui se révélera bien plus profitable que toute argumentation sur la terminologie. La Commission pourrait récupérer les idées de fond qui sous-tendent l'article 19 tout en écartant sa structure.

21. M. SIMMA dit qu'en ce qui concerne la réaction angoissée de M. Brownlie à la proposition, il serait lui-même amené à verser des larmes si la responsabilité des États était qualifiée de responsabilité civile. Bien que la responsabilité des États doive beaucoup à la responsabilité civile et que sa structure présente des analogies avec la structure de cette dernière, les prémisses tout entières du projet d'articles se fondent sur un élément radicalement différent, à savoir une structure que M. Simma qualifie d'objective et que M. Pellet a évoquée oralement et dans plusieurs publications. Le précédent Rapporteur spécial, Roberto Ago, a été crédité d'un trait de génie lorsqu'il a « affranchi » la responsabilité des États du schéma bien plus civil encore qui avait alors l'avantage.

22. M. Simma serait d'accord pour supprimer, au paragraphe 1, le membre de phrase « que le domaine de la responsabilité des États n'est ni "pénal" ni "civil" », car il ne fait qu'ajouter à la confusion.

23. M. PELLET dit qu'à son sens l'affirmation du Rapporteur spécial selon laquelle le *jus cogens* ne fait pas partie de la notion de responsabilité n'est pas fondée. La responsabilité consiste en la violation de règles qui peuvent, par exemple, être impératives, *erga omnes*, coutumières ou conventionnelles, la Commission ayant, dans sa sagesse, écarté les deux dernières catégories comme n'ayant pas d'importance. Si les obligations *erga omnes* n'ont pas été mentionnées nommément dans le projet d'articles, l'article 40 a néanmoins abordé le problème. Il en va de même pour le *jus cogens*. Il paraît raisonnable de s'intéresser à la question de savoir si les violations de ces règles ont des conséquences particulières — en fait, le paragraphe 3 de la proposition semble ne pas aller plus loin que cela — et il serait regrettable que la question ne soit pas abordée.

24. L'affirmation de M. Brownlie a ramené la Commission au point de départ, comme si le débat qui a généré l'esprit de compromis, manifeste dans le texte du Rapporteur spécial, n'avait jamais eu lieu. L'acceptation de la position de M. Brownlie conduirait non pas tant à une détérioration progressive du droit international qu'à sa régression absolue. Tous les acquis récents seraient remis en cause, et il ne resterait plus qu'à contester l'article premier du projet (Responsabilité de l'État pour ses faits internationalement illicites) pour revenir au bon vieux temps où le droit international était conçu comme un pur faisceau de relations bilatérales.

25. Lorsque M. Pellet a été interrompu à la séance précédente, par ce qu'il a considéré comme étant une regrettable manœuvre de procédure, il essayait de faire, dans un esprit constructif, des propositions pour améliorer un

texte qui, dans l'ensemble, paraît bon. Après avoir été interdit de parole, il a écouté et appuyé chaleureusement un certain nombre de suggestions faites par M. Mikulka, que M. Rosenstock n'a pas eu l'impolitesse de censurer. Il a été particulièrement intéressé par la proposition d'omettre, au paragraphe 4, la mention de l'article 19. Aux fins d'un débat serein au Groupe de travail, sur le point de savoir si en définitive l'on gardera ou supprimera l'article 19, le mieux serait de n'en rien dire du tout dans la proposition. M. Pellet souscrit également à la suggestion de supprimer l'expression « violations graves », laquelle, comme M. Hafner l'a relevé, a été la source d'une grande confusion. Le groupe de travail devrait se poser la question de savoir si certaines violations d'obligations — *erga omnes* ou de *jus cogens* — ou des violations qui, de par leur nature sont particulièrement graves, ont des conséquences spécifiques. Par la suite, l'on verra s'il faut garder ou non la notion de crime.

26. M. Pellet appuie également sans réserve la proposition de M. Mikulka de remplacer, au paragraphe 5, les mots « l'existence, ou non, des crimes internationaux des États » par la « qualification » de crimes, des violations des obligations mentionnées au paragraphe 3. Il ne s'agit pas de savoir si une chose existe ou non mais de savoir s'il faut la dénommer crime.

27. M. Pellet ne participera pas au groupe de travail car il n'appartient pas à M. Rosenstock de décider de la composition d'un groupe de travail de la Commission et de répartir le droit de parole. Il se réserve toutefois la possibilité de réagir à ce qui émergera des discussions et de proposer éventuellement des amendements.

28. M. ADDO félicite le Rapporteur spécial d'avoir réussi à concilier des positions très arrêtées et à rendre possible ce qui était apparemment impossible. Bien que la formule « ni "pénal" ni "civil" » lui paraisse malencontreuse, il est disposé à s'en accommoder pour faire avancer le débat. Il est, en revanche, réconforté par le membre de phrase « que le projet d'articles couvre dans son entièreté le domaine des actes internationalement illicites ». Le paragraphe 2 rencontre son approbation en tant que corollaire du paragraphe 1. Par contre, il hésite quelque peu à accepter, au paragraphe 3, la référence aux principes *jus cogens* et *erga omnes*; présumant toutefois que la question sera amplement débattue au groupe de travail, il veut bien laisser les choses en l'état. Les paragraphes 4 et 5 n'appellent aucune objection de sa part.

29. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA est reconnaissant au Rapporteur spécial d'avoir présenté un texte de compromis qui permettra à la Commission de sortir de l'impasse créée par une collision frontale entre deux écoles de pensées contraires. La dialectique de conflit devrait créer les conditions nécessaires pour parvenir à une nouvelle synthèse. Il n'y a rien à gagner d'une adhésion obstinée à des positions trop arrêtées.

30. On a déjà reconnu que l'intitulé « Responsabilité des États » était lui-même, parmi d'autres causes, à l'origine de l'impasse dans laquelle la Commission se trouve. Aussi faudrait-il remanier le texte du paragraphe 1 de la proposition du Rapporteur spécial pour qu'il se lise : « Le projet d'articles qui traite de la responsabilité internationale des États fondée sur l'existence d'un fait internationalement illicite porte sur l'ensemble des faits — actions ou omissions — attribuables aux États ». Ainsi, l'on saurait clairement d'emblée quel est le sujet du projet d'articles, et le paragraphe 2 n'aurait plus de raison d'être. Il conviendrait de supprimer également le paragraphe 5, qui n'ajoute pas grand-chose, et de remanier le texte des paragraphes 3 et 4 — qui contiennent l'essence des conclusions du Rapporteur spécial — de manière à rendre plus précise la description des obligations de *jus cogens* et *erga omnes* et des violations graves de ces obligations.

31. Les propositions faites dans les paragraphes 3 et 4 visent à débarrasser l'article 19 de sa structure binaire, à savoir la distinction entre les crimes et les délits. Ce qui perturbe les deux partis en présence à la Commission, ou plutôt les adversaires de la notion de crimes d'État, vu que celle-ci ne pose aucune difficulté à ses partisans, est de savoir comment tenir compte du spectre de l'illicéité. Il faut trouver une formulation qui fasse éclater l'article 19 au plan de la terminologie mais conserve son fondement conceptuel. Aussi M. Pambou-Tchivounda propose-t-il de fusionner les paragraphes 3 et 4 de la proposition du Rapporteur spécial comme suit :

> « Le projet d'articles doit aménager dans le régime de la responsabilité internationale des États, d'une part, une série de dispositions qui déterminent le fondement et l'objet des faits internationalement illicites spécifiques affectant — ou pouvant affecter — les intérêts de la communauté internationale des États dans son ensemble et, d'autre part, une série de dispositions qui organisent les mécanismes de réaction aux violations correspondant à ce type de faits internationalement illicites. »

32. Le paragraphe comporterait une deuxième phrase qui se lirait comme suit : « Cette tâche nécessite, de la part de la Commission, la constitution d'une structure appropriée (groupe de travail) pour lui permettre de s'en acquitter dans la mise en œuvre de son mandat. »

33. L'amendement proposé vise à lever plusieurs ambiguïtés dans les paragraphes 3 et 4. Par exemple, il ne s'agit pas de faire en sorte que le projet d'articles « reflète » pleinement les conséquences de certains principes mais plutôt d'ordonner la manière dont la communauté internationale agit et réagit. Les observations de M. Ferrari Bravo allaient précisément dans ce sens. Même si l'on ne maintient plus la distinction entre crimes et délits et qu'on ne fait aucunement mention des crimes, il faut sauvegarder les préoccupations dont il est fait état dans les paragraphes 2 et 3 de l'article 19, et que le Rapporteur spécial a tenté d'exprimer dans les paragraphes 3 et 4 de sa proposition.

34. Le paragraphe 4 de la proposition introduit la notion extrinsèque et litigieuse de violations graves d'obligations de *jus cogens*/*erga omnes*. Mais ce point soulève bien des interrogations. Où faut-il fixer le seuil entre les violations d'obligations et les violations « graves » de celles-ci ?

35. Aussi, en résumé, la proposition de M. Pambou-Tchivounda expose-t-elle, dans le paragraphe 1, la nature de la responsabilité des États et l'objectif poursuivi par le projet d'articles. Le paragraphe 2 définit le contenu du

futur projet d'articles et détermine l'organisation et l'orientation des travaux de la Commission en la matière.

36. Selon M. ROSENSTOCK, M. Pellet a tenu des propos à la fois offensants et inexacts en soutenant que M. Rosenstock avait tenté d'imposer à la Commission la composition du groupe de travail. Il s'est simplement efforcé d'éviter un débat point par point sur la proposition du Rapporteur spécial, pour faire droit à un vœu émis par le Rapporteur spécial lui-même, mais a ultérieurement renoncé à cet effort, faute de recevoir l'appui de quiconque. Il demeure toutefois convaincu que le débat en cours sur la manière de poursuivre l'examen de la proposition n'est pas très utile.

37. Pour sa part, M. Rosenstock n'est pas très enchanté par la proposition. Pour les raisons mentionnées par M. Brownlie, il n'apprécie pas le paragraphe 1, encore qu'il pourrait accepter la variante que M. Simma en a proposé. Il n'a pas d'idées bien arrêtées sur le point de savoir s'il faut ou non garder le paragraphe 2, encore qu'à son avis celui-ci est sans objet. Le paragraphe 3 est radicalement mal fondé : considérer, dans le contexte de la responsabilité des États, les obligations de *jus cogens* comme autre chose qu'un sous-ensemble des obligations *erga omnes* est une erreur grave et potentiellement tout à fait inadmissible.

38. M. Rosenstock est navré que d'aucuns se refusent à adopter la proposition du Rapporteur spécial comme hypothèse de travail et à prendre en considération les violations graves au lieu de l'article 19. Ces objections témoignent d'un manque de bonne foi de la part de ceux qui préfèrent l'article 19 mais s'attendent à ce que d'autres procèdent dans l'hypothèse d'une distinction qualitative alors qu'eux-mêmes restent sur leur position initiale. M. Rosenstock est indifférent au sort du paragraphe 5 qui, d'une manière ou d'une autre, ne fait pas une grande différence.

39. Il ne faut pas poursuivre le débat sous sa forme actuelle, ni à la Commission, ni au sein d'un groupe de travail. Le Rapporteur spécial a appris tout ce qu'il avait besoin d'apprendre sur les diverses positions et il devrait maintenant reprendre le travail de rédaction et produire un nouveau texte avant la reprise de la session à New York. Les choses étant ce qu'elles sont, la Commission discute inutilement des intentions manifestées par le Rapporteur spécial : qu'elle le laisse couler ces intentions dans un moule tangible et elle pourra ensuite en prendre connaissance.

40. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) est en partie d'accord avec M. Rosenstock. Sa proposition est censée permettre à un groupe de travail de l'aider à accomplir le travail de rédaction vivement recommandé par M. Rosenstock. Un nombre élevé de membres de la Commission — plus de la moitié de ceux qui ont exprimé leurs vues — ne croit pas en une distinction qualitative entre les crimes et les délits dans le domaine de la responsabilité des États. D'autres membres toutefois y croient fermement. Le groupe de travail aidera le Rapporteur spécial à creuser les conséquences d'une telle distinction et, sur la base de ces discussions, le Rapporteur spécial élaborera des propositions dont il espère qu'elles rencontreront largement l'approbation. Sa proposition a été qualifiée d'hypothèse de travail et c'est là une description correcte. Il a déjà bénéficié d'un concours important de la part du groupe de travail présidé par M. Simma. Au stade de la deuxième lecture, ce ne sont pas les vues personnelles de tels ou tels rapporteurs spéciaux qui demandent à être débattues mais plutôt des propositions susceptibles de recueillir un large appui et fidèles aux sources et à la doctrine. M. Mikulka a présenté par écrit plusieurs suggestions très utiles. Si la Commission en est d'accord, le groupe de travail pourrait être convoqué et le Rapporteur spécial pourrait résumer devant lui les propositions, en vue de faire avancer les travaux. Plus particulièrement, il faudrait aspirer à déterminer collectivement les conséquences de la distinction ou des distinctions à établir entre les crimes et les délits.

41. Selon M. AL-BAHARNA, la proposition du Rapporteur spécial appelle, à certains égards, des modifications. Au paragraphe 1, il conviendrait de supprimer le membre de phrase « que le domaine de la responsabilité des États n'est ni "pénal" ni "civil" ». Le paragraphe 2 devrait être supprimé intégralement. Au paragraphe 3, il y aurait lieu de remplacer la formule « envers la communauté internationale dans son ensemble *(erga omnes)* » par « qui représentent les intérêts de la communauté internationale dans son ensemble ». Enfin, il conviendrait d'omettre, au paragraphe 4, les mots « au lieu de l'article 19 » et de supprimer entièrement le paragraphe 5.

42. Si la Commission décide de supprimer l'article 19, M. Al-Baharna s'y opposera, car c'est là une décision politique qui outrepasse de beaucoup la compétence de la Commission, chargée depuis trente ans de codifier le corps tout entier de la responsabilité des États dans le domaine du droit international général. La responsabilité pour les faits internationalement illicites s'étend incontestablement à la catégorie des crimes internationaux. La Commission n'a pas été expressément chargée de supprimer l'article 19 et devrait, pour ce faire, solliciter un mandat sous forme de résolution de l'Assemblée générale. Comme M. Al-Baharna l'a déjà proposé, la Commission devrait expressément soulever auprès de l'Assemblée générale la question de savoir si elle doit supprimer l'article 19 dans l'ensemble des travaux sur le sujet de la responsabilité des États.

43. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que, si M. Al-Baharna souhaite qu'il soit procédé à un vote sur la suppression de l'article 19, rien ne s'y opposera. Sa suggestion est partisane et irrecevable. La CDI s'efforce de trouver un moyen d'avancer dans un esprit de compromis. Ce que la CDI a fait dans le projet d'articles en première lecture, elle peut le refaire, le modifier, l'amender, le changer ou le compléter en deuxième lecture. Elle ne reçoit pas pour ce processus d'instructions détaillées de la Sixième Commission, mais elle est assurément à son écoute et elle le restera.

44. Le PRÉSIDENT n'est pas partisan de procéder à un vote.

45. Selon M. PELLET, le Rapporteur spécial a fait deux suggestions. La première est que le texte de sa proposition soit remanié au sein d'un groupe de travail; or, cela ne semble plus nécessaire et, à cet égard, M. Pellet partage l'avis de M. Rosenstock, car un tel procédé serait sans objet. La deuxième suggestion du Rapporteur spécial est contenue dans le paragraphe 4 : il s'agit de convoquer un

groupe de travail sur les questions exposées au paragraphe 3, en d'autres termes sur les violations d'obligations *erga omnes*, de *jus cogens* et autres. M. Pellet approuve cette idée et participerait à un tel groupe de travail car un problème différent est en cause. Si la Commission décide de procéder de cette manière, quand le fera-t-elle ? Il semble quelque peu prématuré d'entreprendre les travaux ce matin. Par ailleurs, M. Pellet demande si la réunion du Groupe de travail sur le programme de travail à long terme, prévue pour l'après-midi, est supprimée.

46. Le PRÉSIDENT répond qu'il n'est plus possible de convoquer le Groupe de travail sur le programme de travail à long terme dans l'après-midi; M. Brownlie a demandé qu'une autre date soit fixée.

47. M. SIMMA partage les préoccupations de M. Pellet car on ne voit pas très bien quelle devrait être la tâche du groupe de travail envisagé. M. Simma pensait qu'il serait chargé de revoir la méthode de travail au regard de l'article 19 mais, selon M. Rosenstock, le Rapporteur spécial, qui a entendu maints commentaires des membres, pourrait s'en charger. En revanche, il serait logique que le groupe de travail examine les divers points et remanie le texte de la proposition dont la Commission est saisie. Si le groupe de travail doit se réunir dans l'immédiat et aborder les problèmes des obligations *erga omnes*, de *jus cogens*, et ainsi de suite, M. Simma estime, comme M. Pellet, que c'est prématuré. En fait, le paragraphe 4 précise expressément que ce serait là la tâche d'un groupe de travail qui se réunirait lors de la seconde partie de la session qui se tiendra à New York. Les travaux de fond sur l'élaboration d'une variante de l'article 19 ne devraient pas être entrepris au cours de la présente partie de la session. Les membres ont besoin d'un temps suffisant pour se préparer à ce qui constitue une tâche extrêmement difficile.

48. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) présumait qu'à la lumière du débat un groupe de travail à composition non limitée produirait une note sur les commentaires formulés. Il n'y a pas lieu de redemander des instructions détaillées ou de remanier le texte à la Commission. Le groupe de travail pourrait certes, comme M. Simma le craint, et quand bien même le Rapporteur spécial le regretterait, ne pas être en mesure de réaliser des progrès concrets avant la seconde partie de la session qui se tiendra à New York. Dans l'intervalle, le Rapporteur spécial sera à même de donner des orientations au groupe de travail. Il y a lieu de noter qu'au cours du quinquennat précédent des progrès notables ont souvent été accomplis au sein de groupes de travail, même sur des questions qui semblaient dans l'impasse à la Commission. Encore que le Rapporteur spécial ne croie pas que le groupe de travail puisse mener ses travaux à bien à la session en cours, il ne voit pas pourquoi il ne commencerait pas, plus précisément en déterminant où le débat en est à ce stade et en s'efforçant d'entreprendre les travaux de fond.

49. Selon M. Sreenivasa RAO, la difficulté tient à ce que la proposition crée un certain mandat et adopte un ton ferme. Des discussions complémentaires devraient effectivement avoir lieu dans un groupe de travail. La question que le groupe de travail est invité à régler est de savoir si, dans le cadre de l'étude de la responsabilité des États, la Commission a besoin de se concentrer sur les obligations *erga omnes* et de *jus cogens* et de déterminer si elles entraînent ou non certaines conséquences dans le domaine de la responsabilité des États. D'aucuns ont fait valoir qu'il pourrait y avoir intérêt à examiner cette question, et le groupe pourrait même proposer une solution au problème plus complexe de savoir ce qu'il faut faire de l'article 19.

50. M. GOCO souscrit à la proposition de déférer la question à un groupe de travail.

51. Selon M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), il sera difficile et probablement peu rentable de chercher à réaliser un accord sur la proposition qu'il a distribuée. Son texte étant censé exprimer non une décision de la Commission tendant à remplacer l'article 19, mais une hypothèse de travail, un tel accord ne mènerait pas la Commission bien loin. À l'évidence, la Commission n'est pas en mesure de prendre une décision définitive sur l'article 19. Le Rapporteur spécial est hostile à l'idée de procéder à un vote, qui sèmerait la discorde. Les membres semblent largement d'accord pour estimer qu'il serait constructif qu'un groupe de travail, et non la Commission, examine quelles conséquences entraîneraient, dans le projet d'articles, les notions qu'il a tenté d'exposer au paragraphe 3 de sa proposition.

52. L'idée est que le mandat du groupe de travail présidé par M. Simma serait très légèrement élargi pour lui permettre d'examiner maintenant, à la partie de la session qui se tient à Genève, puis, ultérieurement, à celle qui se tiendra à New York, quelles pourraient être ces conséquences. Cela aidera le Rapporteur spécial à produire son deuxième rapport, qui examinera la question, notamment dans le contexte de l'article 40, car il s'agira alors de déterminer quelles devront être les dispositions de cet article. La Commission devrait d'abord prendre note de toutes les vues exprimées, vues dont le groupe de travail tiendrait compte, et le groupe de travail devrait commencer dans l'après-midi par examiner la question essentielle identifiée au paragraphe 3, étant entendu que des progrès pourraient être accomplis sur la base de l'hypothèse de travail, sans préjudice des positions adoptées à la Commission sur le point de savoir s'il convient, ou non, de garder l'article 19. La Commission reviendrait sur la question en temps opportun, en fonction des résultats des travaux du groupe de travail, de l'examen du deuxième rapport du Rapporteur spécial, de l'article 40 et ainsi de suite. Dans l'intervalle, la Commission poursuivrait, premièrement, les travaux sur la première partie et, deuxièmement, les travaux au sein du groupe de travail présidé par M. Simma, qui s'engageraient dans le processus exposé d'une façon générale au paragraphe 3. Il semble y avoir un large consensus en faveur d'une telle procédure.

53. Le PRÉSIDENT dit que, s'il comprend bien, la proposition du Rapporteur spécial rencontre l'approbation de la Commission.

54. M. PELLET appuie chaleureusement la proposition du Rapporteur spécial, encore qu'un petit aspect le préoccupe. Le groupe de travail examinerait essentiellement le paragraphe 3. En même temps, l'on se propose d'examiner les articles de la première partie. Inévitablement les deux exercices se chevaucheront quelque peu. M. Pellet a toujours considéré que l'article 19 constituait en fait la cerise sur le gâteau, mais aucun effort n'a été fait, même pas dans la première partie, pour réfléchir à ses incidences éventuelles. Toutefois, si le débat de la Commission porte

sur les obligations *erga omnes*, les violations d'une gravité exceptionnelle ou les violations des règles de *jus cogens*, M. Pellet n'est pas sûr que, par exemple, les dispositions sur les circonstances excluant l'illicéité puissent être examinées sans qu'on s'interroge sur ces divers types de violations. La démarche la plus logique consisterait à s'intéresser d'abord aux résultats des travaux du groupe de travail puis à voir comment il convient d'en tenir compte, y compris dans la rédaction de l'article premier. M. Pellet demande au Rapporteur spécial comment il entend régler ce point, étant entendu que les membres pourront soulever des questions s'ils estiment qu'un problème se pose. M. Pellet ne tient pas à ce qu'on lui dise par la suite qu'il n'a pas le droit de soulever certains points à la Commission parce qu'ils sont en train d'être traités au groupe de travail : les problèmes seraient alors oubliés et l'on se trouverait en présence d'un salmigondis tel que celui qu'on trouve dans la deuxième partie et dans les articles absurdes sur les conséquences des crimes. Il importe de s'occuper de tout en même temps.

55. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) estime, comme M. Pellet, qu'il est possible, et même probable, que des distinctions fondamentales entre les catégories de normes auront des effets dans la première partie et que l'article 19, encore qu'il ne constitue peut-être pas une cerise, figure certainement sur le dessus du gâteau. Certains membres pensent que cela rend le gâteau moins, plutôt que plus, comestible. En tout état de cause, l'article 19 constitue à l'évidence un ajout et a été traité comme tel dans la deuxième partie. Il est peu probable que la Commission en finira avec le chapitre II (Le « fait de l'État » selon le droit international) à la session en cours, encore qu'elle pourrait être en mesure d'entamer l'examen du chapitre III (Violation d'une obligation internationale) de la première partie. Elle ne parviendra certainement pas jusqu'au chapitre V (Circonstances excluant l'illicéité) qu'il faudrait examiner car c'est là un domaine dans lequel les notions de *jus cogens* auront une incidence. Cependant, ce n'est pas là le seul domaine, et le Rapporteur spécial indiquera, en présentant les chapitres, les distinctions qu'il pourrait y avoir lieu d'établir, par exemple à propos de l'article 10 (Attribution à l'État du comportement d'organes agissant en dépassement de leur compétence ou en contradiction avec les instructions concernant leur activité). Il espère que c'est là précisément ce que le groupe de travail présidé par M. Simma commencera par faire et qu'il accomplira, de nouveau, s'agissant des conséquences de ces notions, l'utile tâche qu'il a déjà remplie en lui donnant une idée initiale des vues de la Commission sur les problèmes qui se posent dans d'autres projets d'articles.

56. M. SIMMA adhère à la description qu'aussi bien M. Pellet que le Rapporteur spécial ont faite de la manière dont ils voient les travaux du groupe de travail, à savoir qu'en explorant les conséquences des notions contenues dans le paragraphe 3 de la proposition du Rapporteur spécial, il importe d'avoir présent à l'esprit l'éventuel impact sur les dispositions de la première partie.

La séance est levée à 12 h 45.

2541e SÉANCE

Jeudi 4 juin 1998, à 10 h 10

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Yamada.

Les réserves aux traités (A/CN.4/483, sect. B, A/CN.4/491 et Add.1 à 6[1], A/CN.4/L.563 et Corr.1 et 2)

[Point 4 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

1. M. PELLET (Rapporteur spécial), présentant le troisième rapport sur les réserves aux traités (A/CN.4/491 et Add.1 à 6) reconnaît que, contrairement à ce qu'il pensait initialement, le sujet lui apparaît de plus en plus délicat et difficile du point de vue de la technique juridique — ce qui explique que son rapport n'est pas tout à fait achevé et que certaines parties ne pourront probablement l'être et être distribuées dans toutes les langues de travail de la Commission qu'à la session suivante. Il précise que les documents disponibles, en tout cas en français, sont les suivants : A/CN.4/491, qui est une introduction générale rendant compte des travaux antérieurs de la Commission sur le sujet; A/CN.4/491/Add.1, qui concerne la définition des réserves dans la Convention de Vienne de 1969, la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités (appelée ci-après « Convention de Vienne de 1978 ») et la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (appelée ci-après « Convention de Vienne de 1986 »); A/CN.4/491/Add.2, qui établit la consécration de la définition de Vienne par la doctrine et la jurisprudence; et A/CN.4/491/Add.3 qui, paru officieusement sous la cote ILC(L)/INFORMAL/11 et appelé à servir de support principal au débat, renferme le texte de huit projets de directives censés constituer l'amorce du guide de la pratique envisagé par la Commission; et ILC(L)/INFORMAL/12, qui présente un état récapitulatif de la définition de Vienne et des huit projets de directives.

2. L'introduction du troisième rapport, qui n'appelle pas de très longs commentaires, se divise en deux sections. Dans la section A, le Rapporteur spécial évoque les travaux antérieurs de la Commission sur le sujet, ainsi que

---

[1] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

ses décisions antérieures telles qu'il les a interprétées, et dont il rappelle les deux principales. Premièrement, en principe et sauf improbable « état de nécessité », la Commission ne remettra pas en cause les dispositions des Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986 concernant les réserves aux traités et elle se bornera à chercher à combler les lacunes et, si faire se peut, à lever les ambiguïtés et à éclaircir les zones d'ombre. Deuxièmement, ce travail débouchera sur l'élaboration d'un guide de la pratique, ensemble de directives qui se grefferont sur les dispositions existantes et auxquelles s'ajouteront, si besoin est, des clauses types touchant les réserves que la Commission recommandera, le cas échéant, aux États d'inclure dans les traités ou certaines catégories de traités qu'ils concluront à l'avenir. Le document ILC(L)/INFORMAL/11 illustre la conception que le Rapporteur spécial a de la définition « positive » des réserves : il s'agit d'une définition des réserves en tant que telles, distinctes des déclarations unilatérales que les États peuvent faire lorsqu'ils expriment leur consentement à être liés par un traité.

3. Dans la section A.2 de l'introduction, le Rapporteur spécial présente des informations aussi complètes que possible sur la suite donnée au deuxième rapport sur les réserves aux traités[2], et essentiellement sur l'accueil qu'ont reçu les conclusions préliminaires, qui constituent non pas une révolution, mais certainement une innovation[3]. Il ressort du débat à la Sixième Commission que les États ne sont pas fermés, à priori et par avance, à toute innovation (A/CN.4/483, sect. B). Sur le fond, le bilan est plus mitigé. Le Rapporteur spécial rappelle à cet égard qu'à la quarante-neuvième session, la CDI était divisée sur les conclusions préliminaires concernant les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme[4] et que deux courants s'étaient dégagés[5]. Tous les membres de la CDI se sont ralliés aux conclusions préliminaires, adoptées sans vote, mais certains d'entre eux — une nette majorité — ont estimé que la CDI était allée aussi loin que possible et qu'elle avait déjà fait un grand pas en avant en ce qu'elle reconnaissait que les organes des droits de l'homme peuvent faire des observations et formuler des recommandations sur la licéité des réserves émises par les États (par. 5 des conclusions préliminaires) et qu'elle appelait les États à coopérer avec les organes de contrôle et à tenir dûment compte de leurs recommandations (par. 9 des conclusions préliminaires). Les autres membres de la CDI auraient souhaité que la CDI aille encore plus loin et qu'elle reconnaisse que ces mêmes organes de contrôle ont le droit de tirer les conséquences de leurs constatations, à l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme dans sa jurisprudence relative à l'affaire *Belilos c. Suisse*[6].

4. Il se trouve qu'à la Sixième Commission, les États se sont divisés aussi, mais selon des lignes de clivage bien différentes. Parmi la cinquantaine d'États qui se sont exprimés sur ce point, la moitié environ a approuvé les conclusions préliminaires concernant les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme, tandis que l'autre moitié s'est montrée réservée, estimant que seuls les États ont compétence, non seulement pour tirer des conséquences de l'illicéité éventuelle d'une réserve, mais même pour la constater. Le Rapporteur spécial relève qu'aucun État n'a clairement manifesté le désir que la CDI aille en quoi que ce soit plus loin. Cela étant, il est convaincu, comme d'autres, que celle-ci est dans son rôle lorsqu'elle présente aux États des solutions de rechange progressistes, si cela correspond à des tendances souhaitables et déjà raisonnablement amorcées. Il attire cependant l'attention de la Commission, et particulièrement de ses membres qui ont regretté une timidité excessive de sa part, sur l'opposition manifestée par les États, dans leur quasi-unanimité, aux avancées qu'ils préconisent dans le sillage des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. La Commission devra donc prendre ce fait en considération lorsqu'elle reviendra sur ce sujet. Elle pourra d'autant mieux le faire qu'elle disposera alors des réactions des organes en question, qui ont été également consultés et qui prendront peut-être des positions différentes. Les présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme ont examiné les conclusions préliminaires de la Commission lors de leur neuvième réunion, qui s'est tenue à Genève du 25 au 27 février 1998, mais ils n'ont pas encore communiqué officiellement les résultats de leurs travaux[7]. Seule la Présidente du Comité des droits de l'homme a adressé ses premières observations, dans une lettre datée du 9 avril 1998, qui ne portent que sur le paragraphe 12 des conclusions préliminaires et dont le passage essentiel est reproduit au paragraphe 16 du troisième rapport : en substance, le Comité des droits de l'homme fait valoir, à cet égard, que les organes régionaux ne devraient pas occuper une place à part et que les organes de contrôle universels contribuent aussi au développement de la pratique et des règles applicables.

5. Le Rapporteur spécial souligne que les membres de la Commission sont libres de réagir sur ce point aux informations figurant dans le troisième rapport mais, pour sa part, il lui semble prématuré de reprendre un débat de fond sur les conclusions préliminaires concernant les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme, adoptées à la quarante-neuvième session. Il s'agit seulement de conclusions préliminaires et la Commission devra y revenir; il serait cependant sage qu'elle attende effectivement, pour ce faire, les avis des organes des droits de l'homme et des États qu'elle a sollicités, quitte à insister de nouveau, dans le rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa session en cours, pour qu'ils répondent. Qui plus est, il vaudrait mieux attendre la fin de l'examen du problème de la licéité des réserves et des réactions aux réserves avant de revenir sur les conclusions préliminaires.

6. S'agissant des demandes de commentaires et d'observations sur les conclusions préliminaires, le Rapporteur spécial se déclare troublé par le libellé du paragraphe 4 de la résolution 52/156, dans lequel la for-

[2] *Annuaire... 1996*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/477 et Add.1 et A/CN.4/478.

[3] *Annuaire... 1997*, vol. II (2e partie), chapitre V.

[4] Pour le texte, ibid., par. 157, p. 57 et 58.

[5] Ibid., par. 148 à 156, p. 56 et 57.

[6] Cour européenne des droits de l'homme, *Série A : Arrêts et décisions*, vol. 132, arrêt du 29 avril 1988, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1988.

[7] Voir A/53/125, par. 17 et 18.

mule utilisée par l'Assemblée générale est de prime abord ambiguë, puisqu'elle vise « les organes créés par des traités multilatéraux normatifs [...], y compris les traités relatifs aux droits de l'homme ». Cette formule est ésotérique et a été laborieusement négociée, sur l'insistance de la Tunisie, qui estimait qu'il fallait consulter aussi, outre les organes des droits de l'homme, les organes de contrôle créés par d'autres instruments multilatéraux. Intellectuellement, le Rapporteur spécial n'est nullement opposé à cette démarche, mais il ne voit pas très bien de quels traités et de quels organes il pourrait s'agir. Aussi demande-t-il l'aide des membres de la Commission pour l'éclairer.

7. Cela dit, le Rapporteur spécial a été très favorablement impressionné par l'intérêt apparent porté par les États aux travaux de la CDI sur le sujet des réserves aux traités — intérêt qu'illustrent non seulement le grand nombre d'interventions à la Sixième Commission, mais aussi les travaux menés en la matière par le Comité consultatif juridique afro-asiatique dont le Secrétaire général, M. Tang Chengyuan, a rendu compte à la CDI (2537e séance), et par le Comité ad hoc des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI) du Conseil de l'Europe qui a créé un groupe de spécialistes sur les réserves aux traités internationaux (par. 27 à 30 du troisième rapport)[8]. Témoignent aussi de cet intérêt le nombre relativement élevé de réponses reçues des États et des organisations internationales aux questionnaires[9], de même que les observations sur les conclusions préliminaires que certains États ont d'ores et déjà fait parvenir au secrétariat. Le Rapporteur spécial souhaiterait cependant que les organisations internationales et les États soient encore plus nombreux à répondre aux questionnaires. S'agissant des premières, il regrette le silence des Communautés européennes, non seulement dépositaires de traités, mais aussi parties à d'assez nombreux traités multilatéraux au sujet desquels elles ont fait des déclarations unilatérales; et il se propose de les relancer. En ce qui concerne les États, trente-deux, sur cent quatre-vingt-cinq États membres, ont répondu, ce qui est un résultat plus qu'honorable comparé à la moyenne, mais certainement insuffisant. Bien que conscient que les membres de la Commission ne représentent pas leurs gouvernements, le Rapporteur spécial les invite, le cas échéant, à appeler l'attention de leurs gouvernements sur leur carence.

8. Le Rapporteur spécial souhaiterait que les membres de la Commission lui fassent part de leurs observations sur l'introduction de son rapport avant qu'il ne passe au chapitre premier, qui porte sur des problèmes nouveaux et de nature beaucoup plus technique.

9. M. HAFNER, se référant à l'observation du Rapporteur spécial sur le silence des Communautés européennes, se demande si le Président ne pourrait pas les contacter directement pour solliciter les informations demandées.

10. Le PRÉSIDENT répond qu'il lui sera possible de le faire, d'autant plus qu'un représentant des Communautés européennes sera présent à New York au mois d'août.

11. M. LUKASHUK, relevant que la définition des réserves proposée par le Rapporteur spécial dans le document ILC(L)/INFORMAL/12 s'appuie sur des conventions qui ont été élaborées à une époque où le problème aigu des réserves s'est traduit par une certaine imprécision et beaucoup de liberté, se demande s'il ne conviendrait pas de supprimer, au projet de directive 1.1, les mots « ou sa désignation ». Il serait bon, en effet, qu'un État, s'il formule une réserve, dise clairement qu'il s'agit d'une réserve. Cela permettrait, outre de régler les problèmes très complexes liés à la distinction entre déclaration interprétative et réserve, de renforcer la clarté des relations juridiques entre les États.

12. M. Sreenivasa RAO demande, sans trop insister sur ce point, s'il ne serait pas souhaitable de prendre contact aussi avec les organes et organismes nationaux de protection des droits de l'homme, qui mènent une action remarquable dans les pays où ils existent et qui jouissent d'une grande crédibilité.

13. M. SIMMA dit à ce propos qu'il ne doute pas que les organes nationaux compétents en matière de droits de l'homme soient désireux de formuler des observations mais qu'il craint qu'ils ne soient pas en mesure de donner des réponses juridiques aux questions qui intéressent la Commission en la matière, à savoir si les organes de contrôle, internes ou internationaux, sont compétents pour décider et de la validité d'une réserve et de la divisibilité d'un traité multilatéral.

14. M. GOCO, se référant à la réaction de la Présidente du Comité des droits de l'homme aux conclusions préliminaires qui avaient été communiquées aux organes de contrôle des traités relatifs aux droits de l'homme, estime qu'il est important d'attendre la réaction des organes régionaux.

15. M. BROWNLIE fait observer que la nature et les fonctions des organes de contrôle sont très divers : la Cour européenne des droits de l'homme, par exemple, est une véritable juridiction autonome ayant le pouvoir, au moins implicite, de se prononcer sur la validité d'une réserve et la divisibilité d'un traité, alors que d'autres organes ne sont guère plus que des commissions mixtes réunissant les parties aux traités en question. Il convient donc d'être prudent avant de généraliser. En outre, s'il est souhaitable de consulter ces organes, il faut aussi avoir à l'esprit que, souvent, la majorité de leurs membres élus ne sont pas des spécialistes du droit international.

16. M. PELLET (Rapporteur spécial), répondant aux observations qui ont été faites, estime que la question soulevée par M. Lukashuk est prématurée car c'est un point qu'il entend aborder très en détail ultérieurement. S'agissant de l'observation de M. Sreenivasa Rao sur la possibilité de consulter les organes nationaux de contrôle des droits de l'homme, les observations de ces organes, comme celles d'ailleurs des organisations non gouvernementales, seront bien entendu les bienvenues mais la Commission doit à son avis éviter de « court-circuiter » les gouvernements en s'adressant directement à eux. Pour ce qui est de l'observation de M. Goco, les organes régionaux ont déjà été sollicités, mais aucune réponse officielle n'est encore parvenue au Rapporteur spécial. Quant aux observations de M. Brownlie, le Rapporteur spécial con-

[8] Voir Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, 612e réunion des Délégués des Ministres, doc. CM(97)187, par. 15; et décision 612/10.2 du 16 décembre 1997.

[9] Voir *Annuaire... 1997*, vol. II (2e partie), par. 48, p. 44, et par. 64, p. 46.

vient que les organes de contrôle des droits de l'homme sont effectivement très divers, mais conteste vigoureusement que la Cour européenne des droits de l'homme ait le pouvoir de se prononcer sur la divisibilité de la Convention européenne des droits de l'homme. C'est un pouvoir qu'elle s'est arrogé mais que tout État concerné pourrait légitimement lui contester. Par ailleurs, le fait qu'il n'y a pas une majorité d'internationalistes au sein des organes de contrôle des traités relatifs aux droits de l'homme ne rend la réaction de ces organes que plus intéressante puisqu'ils pourront faire part à la Commission de leurs besoins concrets.

17. Passant à la présentation du chapitre premier de son troisième rapport, le Rapporteur spécial appelle l'att ention des membres de la Commission sur la structure générale de ce chapitre, telle qu'elle est résumée aux paragraphes 47 à 49. Les sections qui portent respectivement sur les « réserves aux traités bilatéraux » et « les alternatives aux réserves », n'étant pas disponibles dans toutes les langues de travail, ne pourront être examinées que pendant la seconde partie de la session qui se tiendra à New York. Le Rapporteur spécial axera donc son intervention sur la section A, qui est aussi la plus importante quantitativement et qualitativement et porte sur la définition des réserves aux traités et des déclarations interprétatives, c'est-à-dire à la fois sur la définition qui figure dans les trois Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986 et sur les lacunes et les ambiguïtés de cette définition.

18. Conformément à la méthode de travail sur laquelle il semble exister un large accord, le point de départ est la définition que donnent, des réserves, les trois Conventions de Vienne et tout d'abord la Convention de Vienne de 1969, en son article 2, paragraphe 1, alinéa *d*, dont le Rapporteur spécial donne lecture. Les travaux préparatoires qui ont conduit à l'adoption de cette définition, et qui sont résumés aux paragraphes 50 à 67 du rapport, n'appellent que trois observations. La première est que la question de la définition des réserves a été peu discutée et n'est apparue que de loin en loin, tant au sein de la Commission que lors de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités elle-même[10]. La deuxième est que nous sommes partis, avec M. James Brierly, d'une définition contractuelle des réserves[11], entendues comme des « offres » faites aux autres parties contractantes, pour en arriver assez vite, et sans guère de discussions, à l'idée de déclaration unilatérale. La troisième observation est qu'alors qu'au départ les réserves ont été définies par rapport aux déclarations interprétatives et aux réactions à ces déclarations, on a fini par laisser ces dernières de côté et le dernier Rapporteur spécial d'alors, Sir Humphrey Waldock les a même délibérément écartées en considérant qu'elles relevaient du chapitre relatif à l'interprétation et non de celui relatif aux réserves[12]. Le Rapporteur spécial indique que c'est d'ailleurs une des raisons qui l'ont conduit à s'intéresser d'abord, et séparément, à cette définition « positive » des réserves pour n'aborder qu'ensuite la question des déclarations interprétatives.

19. Néanmoins, la Convention de Vienne de 1969 laisse délibérément de côté un certain nombre de problèmes, dont la question des traités conclus par des organisations internationales et, comme l'indique explicitement l'article 73, celle de la succession d'États. Or, on s'est aperçu, lorsqu'on a codifié ces deux sujets, qu'ils avaient des incidences sur la définition même des réserves. C'est assez évident s'agissant des traités conclus par des organisations internationales, dès lors que l'on admet que des organisations internationales peuvent formuler des réserves à des traités auxquels elles sont parties, et c'est pourquoi l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention de Vienne de 1986 a tenu compte de cette hypothèse, qui ajoute à la trop longue liste des circonstances dans lesquelles des réserves peuvent être formulées « l'acte de confirmation formelle », qui est, pour les organisations internationales, l'équivalent de la ratification pour les États.

20. Il était par contre moins évident que l'élaboration de la Convention de Vienne de 1978 allait influer sur la définition des réserves; c'est pourtant ce qui s'est produit. En effet, en réfléchissant à cette question, le précédent Rapporteur spécial, Sir Humphrey Waldock, s'est aperçu que lorsqu'un État successeur exprimait le souhait d'être lié par un traité, il lui était possible, et il devait lui être possible, de formuler des réserves ou de modifier celles de l'État prédécesseur[13], d'où la précision donnée à l'alinéa *j* du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention de Vienne de 1978, qui dispose que « l'expression "réserve" s'entend d'une déclaration unilatérale [...] faite par un État [...] quand il fait une notification de succession à un traité, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité ».

21. Pour le Rapporteur spécial, le résultat de ces apports successifs est qu'aucune des trois Conventions de Vienne ne donne une définition complète des réserves et, que pour aboutir à une telle définition, il faut additionner ces apports, c'est-à-dire élaborer un texte composite, ce que le Rapporteur spécial a essayé de faire au paragraphe 81 de son rapport. C'est ce qu'il appelle, pour la commodité, la « définition de Vienne » et si, bien entendu, le texte de la Convention de 1969 en est le socle, le droit des traités ne s'y limite pas; la définition composite proposée paraît avoir l'avantage d'en tenir compte. Si les membres de la Commission en sont d'accord, c'est le texte de cette définition que le Rapporteur spécial se propose de faire figurer en tête du premier chapitre du Guide de la pratique, consacré aux définitions, dont la première section figure dans le document ILC(L)/INFORMAL/12.

22. Cette définition de Vienne a été adoptée sans débats doctrinaux ou politiques importants, et elle est très largement acceptée, ainsi qu'il ressort de la section B du chapitre premier concernant la définition des réserves à l'épreuve de la pratique, de la jurisprudence et de la doctrine. Certes, les trois Conventions de Vienne ne donnent pas de définition générale ayant vocation à être appliquée

[10] Voir 2526e séance, note 17.

[11] Le mot [réserve] est utilisé comme signifiant une disposition particulière qui a fait l'objet d'un accord entre les parties à un traité, limitant l'effet du traité ou s'en écartant, dans son application entre l'une des parties et toutes les autres ou certaines d'entre elles (texte original anglais publié dans *Yearbook... 1950*, vol. II, p. 238 et 239, doc. A/CN.4/23, par. 84).

[12] Voir *Annuaire... 1965*, vol. II, p. 52, doc. A/CN.4/177 et Add.1 et 2, par. 2.

[13] Voir *Annuaire... 1970*, vol. II, p. 51 et suiv., doc. A/CN.4/224 et Add.1, commentaire de l'article 9, notamment par. 9 et suiv.

dans tous les cas, et leurs articles 2 respectifs sont d'ailleurs intitulés « Expressions employées » et non « Définitions », pour bien montrer que les définitions retenues ne le sont qu'« [a]ux fins de la présente Convention », comme le précise le « chapeau » des paragraphes 1 de chacun de ces articles. Il reste que la jurisprudence et la pratique des États ont consacré cette définition sans établir de lien direct avec les Conventions de Vienne, c'est-à-dire que les États, les juridictions internationales et les tribunaux arbitraux se sont fondés sur elle sans se préoccuper de savoir si les Conventions de Vienne de 1969 et de 1978 étaient, ou non, applicables en tant que telles dans les situations où ils recouraient à cette définition. S'agissant de la pratique des États ou des organisations internationales, il est un fait que, non seulement la définition de la Convention de Vienne de 1969 a été reprise *mutatis mutandis* sans guère de discussion en 1978 et en 1986, mais qu'il arrive encore que les États l'invoquent expressément dans leur pratique *inter se*, notamment lorsqu'ils requalifient une déclaration interprétative en réserve. Certains États l'ont également fait en plaidant lors d'affaires contentieuses. Quant à la jurisprudence, elle est, en ce qui la concerne, dépourvue d'ambiguïté et le Rapporteur spécial indique à cet égard qu'à sa connaissance, dans tous les cas où le problème de la définition des réserves s'est posé, la juridiction ou les arbitres ont toujours recouru, implicitement ou plus souvent expressément, à la définition de Vienne. Ce fut le cas par exemple du Tribunal arbitral franco-britannique, en 1977, dans l'affaire de la *Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République française* (affaire des *Îles Anglo-Normandes*)[14], de la Commission européenne des droits de l'homme, en 1982, dans l'affaire *Temeltasch*[15] et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans son avis consultatif de 1983[16].

23. En ce qui concerne la doctrine, les auteurs ne manquent pas de nuancer leur approbation de la définition de Vienne de certaines réserves, du moins ceux qui ont consacré des monographies à l'étude des réserves aux traités, car les « généralistes » du droit international, pour leur part, se bornent à reprendre purement et simplement la définition de Vienne comme le montre, par exemple, l'assez longue liste de références qui figure dans la dernière note du paragraphe 103 du rapport à l'examen. Quant aux « spécialistes », même s'ils en discutent, ils ne contestent pas que la définition de Vienne a désormais acquis ses lettres de noblesse et constitue le point de départ obligé de toute réflexion sur la définition des réserves. À cet égard, le Rapporteur spécial fait observer que la doctrine actuelle est très différente de celle qui prévalait avant 1969, que les paragraphes 90 à 98 du rapport résument brièvement. La définition variait alors généralement d'un auteur à l'autre. Aujourd'hui, la définition de Vienne a fait largement taire les divergences doctrinales, et si certains auteurs, en particulier Imbert[17], proposent leur propre définition, ils partent néanmoins de celle qui figure à l'article 2, paragraphe 1, alinéa *d* de la Convention de Vienne de 1969.

24. Le point 2 de la section B du chapitre premier, paru actuellement sous la cote ILC(L)/INFORMAL/11, est beaucoup plus important que le point 1 de cette même section, purement descriptif, car il s'efforce d'exposer les « problèmes persistants », et c'est là que la Commission peut faire œuvre utile en précisant et en complétant la définition de Vienne, ce qui devrait aussi la conduire à faire un travail de rédaction et donc à reconstituer le comité de rédaction. Il est frappant de constater que, depuis les années 20, la quasi-totalité des auteurs considèrent que toute définition des réserves doit inclure d'une part des éléments formels et d'autre part des éléments substantiels. Ainsi, la définition de Vienne contient elle-même trois éléments formels positifs, *primo* la « déclaration unilatérale », *secundo* le « moment où l'État ou l'organisation internationale exprime son consentement à être lié par le traité », *tertio* « son libellé ou sa désignation », et un élément substantiel, qui est que la réserve vise « à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité ». Le Rapporteur spécial se propose d'analyser chacun de ces éléments.

25. La qualité formelle de déclaration unilatérale de la réserve ne va pas de soi. Le premier Rapporteur spécial sur le sujet, M. Brierly, avait une conception que l'on pourrait dire « conventionnelle » ou « contractuelle » de la réserve et considérait qu'il s'agissait d'un accord entre les parties par lequel celles-ci limitaient l'effet du traité dans son application à l'une ou à certaines d'entre elles. Cette conception est évidemment incompatible avec le régime de Vienne et elle est, à juste titre, écartée des définitions données dans les conventions. Curieusement, les articles pertinents sont muets sur la forme que doit revêtir la déclaration, mais il est certain que cette forme est nécessairement écrite, comme le précise d'ailleurs expressément l'article 23 commun aux Conventions de Vienne de 1969 et de 1986. Toutefois, il ne faut pas avoir une vision trop formaliste de cet « unilatéralisme » des réserves. D'abord, même formulées unilatéralement, les réserves sont souvent « concertées ». Les États que lient entre eux des solidarités particulières formulent des réserves identiques ou très voisines. Telle était l'habitude des anciens « pays de l'Est », telle est encore la pratique des pays nordiques et des pays de l'Union européenne. Le procédé ne soulève aucune difficulté et il ne paraît pas utile d'y consacrer une directive. Mais il y a ensuite le cas où une réserve est formulée conjointement par plusieurs États. Cette éventualité se précise à l'heure actuelle, en particulier au niveau de l'Union européenne, dont les États membres ont déjà fait sinon des réserves, au moins des déclarations interprétatives et des objections conjointes. Il serait sans doute opportun d'indiquer dans le Guide de la pratique que cela n'est pas incompatible avec la définition des réserves. C'est l'objet du projet de directive 1.1.1 qui figure dans le document ILC(L)/INFORMAL/12.

[14] Décisions du 30 juin 1977 et du 14 mars 1978 (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII [numéro de vente : E/F.80.V.7], p. 3 à 271, notamment p. 169 et 170, par. 55).

[15] Conseil de l'Europe, Commission européenne des droits de l'homme, *Décisions et rapports*, requête n° 9116/80, *Temeltasch c. Suisse*, vol. 31, Strasbourg, 1983, p. 120 à 137, notamment p. 130, par. 69.

[16] *Restrictions to the Death Penalty (Arts. 4(2) and 4(4) American Convention on Human Rights)*, avis consultatif OC-3/83 du 8 septembre 1983, *Series A No. 3*, p. 83, par. 60.

[17] P.-H. Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pédone, 1978, p. 18.

26. Le deuxième élément formel de la définition de Vienne, soit le moment auquel la réserve est formulée, se traduit par une longue énumération (« à la signature, à la ratification, à l'acceptation, à l'approbation [...], à l'adhésion ») qui n'est pas des plus heureuses. On a fait valoir qu'une réserve pouvait être formulée à d'autres moments. C'est vrai si le traité le prévoit, mais cela n'a pas à être mentionné car le Guide de la pratique, comme les Conventions elles-mêmes, n'a qu'une fonction supplétive et les États sont parfaitement libres de s'en écarter. Peut-être pourrait-on simplement le rappeler à la fin du Guide de la pratique. On a aussi critiqué l'inclusion même de ces précisions dans la définition. Le procédé n'est pas très rigoureux en effet, et il y a là un élément qui relève plutôt du régime juridique des réserves que de leur définition. Mais la Commission a posé en principe qu'elle ne modifierait pas les Conventions, sauf si elle y décelait un vice caché grave. D'ailleurs, même si la formulation retenue n'est pas très logique, elle met, dès la définition, l'accent sur le moment où la réserve peut être faite et a ainsi une fonction légitime qui est d'empêcher les parties potentielles à un traité de formuler des réserves n'importe quand, ce qui serait insupportable en pratique et rendrait impossible la tâche du dépositaire.

27. Force est de constater cependant que la formule employée est lourde, longue et inélégante. Chose plus grave encore, l'énumération ne correspond ni à celle des « modes d'expression du consentement à être lié par un traité », qui font l'objet de l'article 11 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, qui est plus large et plus générale puisqu'elle prévoit en outre l'échange d'instruments de ratification, ni surtout à la mention, plus large encore, de « tout autre moyen convenu » qui figure également à l'article 11. Qu'un problème se soit déjà posé concrètement, ou non, à cet égard, il serait sans doute bon, par précaution et par souci de cohérence, de rappeler dans le Guide de la pratique que, dans son esprit, l'énumération qui figure à l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 2 est la même que celle de l'article 11. Tel est l'objet du projet de directive 1.1.2.

28. Le Rapporteur spécial évoque incidemment le projet de directive 1.1.3 qui concerne un problème plus particulier mais très concret, celui de la « réserve territoriale », qui peut être faite à l'occasion de la déclaration d'extension à un territoire de l'application d'un traité. Là encore, une précision, qui ne ferait rien de plus que consacrer une pratique qui n'a jusqu'à présent suscité aucune objection, serait bienvenue.

29. Le troisième et dernier élément formel de la définition de Vienne concerne la condamnation du « nominalisme juridique » que traduit l'expression « quel que soit son libellé ou sa désignation ». Dans les faits, ni les États ni la jurisprudence ne s'arrêtent à cette circonstance, ce qui confirme la consécration par la pratique de la définition de Vienne. Il n'y a donc pas de raison de reprendre ou compléter la définition à cet égard. En revanche, il va de soi que cet élément devra trouver son pendant au niveau des déclarations interprétatives, qui elles non plus ne peuvent être définies en fonction du nom dont leurs auteurs les affublent.

30. Le Rapporteur spécial aborde enfin le quatrième élément de la définition de Vienne, l'élément substantiel qu'il considère comme le plus important et le plus compliqué, à savoir que la réserve d'un État ou d'une organisation internationale « vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État ou à cette organisation ». On en trouve une analyse détaillée dans les paragraphes 27 à 108 du document ILC(L)/INFORMAL/11, mais il faut souligner d'abord l'aspect technique, et donc austère, de la question, qui fait d'ailleurs son intérêt non seulement pour le juriste mais aussi, sur le plan concret, pour les États soucieux que l'on clarifie en détail le régime des réserves, y compris leur définition. En simplifiant, on peut dire que cet élément substantiel est « téléologique » puisqu'il concerne le but visé par la réserve. Il soulève deux séries de problèmes.

31. La première série de problèmes est posée par l'expression « certaines dispositions ». Un grand publiciste a critiqué l'emploi même du mot « dispositions » et proposé de lui substituer le mot « obligations ». Certes, une réserve, qui est un instrument unilatéral, ne modifie pas la ou les dispositions sur lesquelles elle porte mais « leur effet » selon la définition de Vienne. L'expression tout entière « certaines dispositions » prête elle-même à discussion et n'est pas dépourvue d'ambiguïté. Prise à la lettre, elle ne correspond pas à la pratique, comme le montre le cas des réserves « transversales », c'est-à-dire des réserves qui ne portent sur aucune disposition particulière mais sur la manière dont l'État ou l'organisation internationale qui en est l'auteur a l'intention d'appliquer le traité dont il s'agit dans son ensemble. Ce type de réserve est extrêmement fréquent et ne suscite aucune objection, ce qu'il serait utile de préciser dans le Guide de la pratique. Tel est l'objet du projet de directive 1.1.4.

32. La deuxième série de problèmes soulevés par l'aspect téléologique de la définition est autrement plus difficile. D'un point de vue général, la jurisprudence et la doctrine s'accordent à reconnaître que l'expression « exclure ou modifier l'effet juridique » d'un traité signifie que, par définition, la réserve a un effet dérogatoire. C'est bien ce qui la différencie de la déclaration interprétative et c'est aussi ce qui la distingue des déclarations présentées comme des réserves mais qui ne sont en réalité ni des déclarations interprétatives ni des réserves comme certaines « réserves de non-reconnaissance », très fréquentes au moment où les États signent ou ratifient une convention. Ce ne sont pas des déclarations interprétatives tout simplement parce qu'elles n'interprètent rien et ce ne sont pas toujours des réserves, car parfois l'État qui les formule ne vise à produire aucune espèce d'effet sur le traité lui-même. Tel est le cas lorsque l'État se borne à rappeler que sa participation au traité n'implique aucune reconnaissance d'une autre partie contractante qu'il ne reconnaît pas, mais lorsqu'il n'exclut pas pour autant l'application du traité dans les relations qu'il peut avoir avec cette autre partie, voire lorsqu'il l'accepte expressément.

33. Par contre, la déclaration constitue une véritable réserve lorsque l'État qui en est l'auteur précise qu'il n'accepte en conséquence aucune relation contractuelle avec l'entité qu'il ne reconnaît pas, car cet acte a alors une conséquence directe sur l'application du traité entre les deux États. Cette pratique pose en outre, quoique marginalement, le problème de la formulation *ratione temporis* des réserves puisque de telles déclarations doivent pou-

voir être, et sont effectivement, formulées au moment où l'entité non reconnue devient partie au traité, c'est-à-dire, souvent, après l'expression par leur auteur de son consentement définitif à être lié. C'est ce que le projet de directive 1.1.7 tente d'exprimer, trop brièvement peut-être, car il faudrait préciser qu'une telle réserve de non-reconnaissance ne peut tout de même pas être formulée n'importe quand dès lors que l'entité non reconnue devient partie au traité. Le Comité de rédaction pourrait donc être chargé d'étudier une formulation plus précise.

34. Pour ce qui est des déclarations, étudiées assez amplement sous l'intitulé « Réserves à portée territoriale » aux paragraphes 63 à 71 du document ILC(L)/INFORMAL/11, le Rapporteur spécial estime, contrairement à de nombreux auteurs, qu'elles ont le caractère de véritables réserves; il soumet en conséquence à la réflexion de la Commission le projet de directive 1.1.8.

35. Abordant enfin le problème plus général et extrêmement délicat des contours précis de l'expression « exclure ou modifier » qui figure dans la définition de Vienne, le Rapporteur spécial invite tout d'abord les membres de la Commission à se reporter aux paragraphes 72 à 78 du document ILC(L)/INFORMAL/11 où sont présentés de nombreux exemples de réserves visant à *exclure* l'application, non pas, certes, du traité dans son ensemble, mais de certaines dispositions de celui-ci. Aux paragraphes 79 à 88, le Rapporteur spécial a tenté de dégager les principaux types de réserves visant à « limiter », à l'égard de l'État ou de l'organisation internationale qui en est l'auteur, l'effet des dispositions du traité. Bien que la classification puisse prêter à controverse et que l'interprétation de ces réserves soit parfois délicate, il ne fait aucun doute, à son avis, qu'il s'agit bien de réserves au sens de la définition de Vienne.

36. Le doute apparaît en revanche quant au point de savoir si l'expression « modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité » peut viser une « extension » de cet effet et justifier l'existence de « réserves extensives ». Sur ce point, le débat doctrinal est assez obscur car tous les auteurs n'ont pas la même conception de cette notion. Si l'on entend celle-ci au sens strict d'un engagement unilatéral pris par son auteur d'aller au-delà de ce que lui impose le traité, un tel engagement est, de l'avis du Rapporteur spécial, valable mais il ne constitue pas une réserve au sens de la définition de Vienne, puisque le fondement de son éventuelle force obligatoire ne réside pas dans le traité et n'est en aucune manière lié à celui-ci. La ratification, la signature ou l'adhésion ne sont en réalité que l'occasion, pour l'État qui fait la déclaration, de prendre un engagement unilatéral et, s'il se trouve lié, c'est uniquement pour les raisons qu'a avancées la CIJ dans les affaires des *Essais nucléaires*. Cette idée est traduite dans le projet de directive 1.1.5 qui vise ainsi à clore une controverse qui remonte au début des années 50 et qui s'est manifestée à plusieurs reprises au sein même de la Commission, y compris à la quarante-septième session. Le projet de directive 1.1.6 qui en est le complément a pour objet de bien préciser que, pour autant, il n'est pas anormal qu'un État ou une organisation internationale vise, par une réserve, à limiter les obligations que lui impose le traité et, corrélativement, à limiter les droits que les autres parties contractantes tirent de celui-ci. S'il est vrai en effet qu'un État ne peut unilatéralement imposer des obligations à d'autres États, et qu'en l'occurrence il ne saurait, par une réserve à un traité, imposer aux autres parties à celui-ci une obligation nouvelle par rapport aux obligations du droit international général, il n'en reste pas moins que, par sa réserve, l'État réservataire peut certainement revenir à la règle générale, c'est-à-dire refuser aux autres États parties au traité des droits qu'ils tiennent, non pas du droit international général, mais seulement et uniquement du traité. C'est là une pratique tout à fait courante, qui ne relève pas de la qualification de « réserve extensive ». En revanche, l'État ne saurait « légiférer » et tenter d'imposer aux autres États, par le biais d'une réserve, des obligations qui ne résultent pas du droit international général. Cette conclusion, qui est davantage développée au paragraphe 108 du document ILC(L)/INFORMAL/11, explique le libellé du projet de directive 1.1.6.

37. En conclusion, le Rapporteur spécial propose que la Commission, si elle les juge intéressants, renvoie au Comité de rédaction les huit projets de directive du Guide de la pratique énoncés dans le document ILC(L)/INFORMAL/12. Un tel renvoi ne lui paraît en revanche pas nécessaire s'agissant de la définition de Vienne consolidée.

38. M. GALICKI s'interroge sur la validité de la démarche très conservatrice et en quelque sorte « casuiste » adoptée par le Rapporteur spécial à l'égard de la définition des réserves, notamment pour ce qui concerne les facteurs « temporels » de cette définition. Il se demande en particulier pourquoi, au lieu d'ajouter des éléments extraits des Conventions de Vienne de 1978 et de 1986 au long catalogue de la définition de Vienne de 1969, il ne remplacerait pas cette liste par la formule plus générale « au moment où l'État exprime son consentement à être lié par le traité ». L'intérêt de cette solution « progressive » serait en outre d'éviter à l'avenir de nouvelles additions à la liste.

39. Relevant par ailleurs que la définition ne dit rien sur la forme, écrite ou orale, que peut prendre une réserve, M. Galicki pense qu'il serait judicieux d'y inclure la condition posée à l'article 23 de la Convention de Vienne de 1969, à savoir que la réserve doit être formulée par écrit. Cela présenterait l'avantage, d'une part, de créer une sorte d'équilibre entre la réserve et le traité lui-même qui, selon l'article 2, paragraphe 1, alinéa *a* de la Convention de Vienne de 1969, est « conclu par écrit » et, d'autre part, de faire plus nettement la distinction entre les réserves et certains actes interprétatifs.

40. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA note d'abord qu'à partir de la notion de « réserve conjointe », le Rapporteur spécial met l'accent sur le rôle des solidarités existant entre États et sur l'arrière-plan politique de toute initiative en matière de réserves. Deuxièmement, observant que le Rapporteur spécial a évoqué les déclarations composites et réserves concertées, il se demande quel aurait pu être l'intérêt de la prise en considération, dans la définition, de cet aspect de la pratique. Enfin, revenant sur la condamnation par le Rapporteur spécial du « nominalisme juridique », il fait remarquer que cette souplesse, qu'il juge heureuse, est le prolongement et le reflet de la souplesse admise en matière d'appellation de traités à l'article 2, paragraphe 1, alinéa *a* de la Convention de

Vienne de 1969. À son avis toutefois, la proposition du précédent orateur consistant à orienter les États vers une unification de la réserve dans une formulation écrite permettrait peut-être de canaliser cette souplesse pour éviter toute confusion.

41. Le PRÉSIDENT précise que, pour la suite de l'examen du sujet, il entend organiser les débats « directive par directive ».

La séance est levée à 13 h 5.

2542e SÉANCE

Vendredi 5 juin 1998, à 10 h 5

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Bennouna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Economides, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Yamada.

Les réserves aux traités *(suite)* [A/CN.4/483, sect. B, A/CN.4/491et Add.1 à 6[1], A/CN.4/L.563 et Corr.1 et 2]

[Point 4 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

1. Le PRÉSIDENT demande au Rapporteur spécial de poursuivre sa présentation des projets de directives qui figurent dans le Guide de la pratique [ILC(L)/INFORMAL/12].

GUIDE DE LA PRATIQUE

PROJET DE DIRECTIVE 1.1.1

2. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit que le projet de directive 1.1.1, qui porte un titre provisoire, se lit comme suit :

«1.1.1 *Formulation conjointe d'une réserve*

Le caractère unilatéral des réserves ne fait pas obstacle à la formulation conjointe d'une réserve par plusieurs États ou organisations internationales. »

Ayant déjà présenté le projet de directive 1.1.1 en détail à la séance précédente, le Rapporteur spécial juge inutile de le faire à nouveau très longuement. Il va de soi, et cela vaut également pour tous les autres projets de directives, qu'il est parti de la définition de la Convention de Vienne de 1969, suivant la méthode sur laquelle la Commission s'était mise d'accord, bien qu'à entendre un certain nombre de membres, en particulier MM. Lukashuk et Galicki (2541e séance), il se soit demandé s'il y avait vraiment accord sur cette méthode.

3. Il veut croire que nul ne remettra en cause l'idée qu'une réserve est une déclaration unilatérale et non un instrument contractuel. Cela dit, en pratique, ce caractère unilatéral est quelque peu nuancé. Tout d'abord, il arrive que des États se consultent avant de formuler une réserve dans des termes identiques. Ce fut longtemps le cas des pays d'Europe orientale et ça l'est aujourd'hui des pays nordiques et de ceux de l'Union européenne. Cependant, il ne lui paraît pas utile de consacrer une directive du Guide de la pratique à ce phénomène, d'une part, parce qu'il ne semble pas poser de problème et, d'autre part, parce qu'il n'a sans doute pas la moindre incidence sur la définition des réserves. Comme M. Pambou-Tchivounda l'a à juste titre relevé (ibid.), il s'agit là d'une donnée du contexte politique dans lequel les réserves sont formulées, et c'est sans aucune incidence juridique.

4. En revanche, il en va différemment des réserves formulées conjointement, c'est-à-dire dans un même instrument signé par deux ou plusieurs États ou organisations internationales ou émanant d'eux. Comme il l'a dit, le Rapporteur spécial n'a pas trouvé d'exemples clairs de réserves conjointes, mais, en 1962 déjà, un membre au moins de la Commission, M. Paredes, avait évoqué cette possibilité[2]. Toutefois, à défaut d'exemples de réserves conjointes proprement dites, il y a des objections conjointes aux réserves, et surtout des déclarations interprétatives conjointes qui, souvent, peuvent être considérées comme de véritables réserves. La Communauté européenne et ses États membres ont abondamment pratiqué les déclarations interprétatives conjointes. Il paraît inévitable que se pose un jour le problème d'une réserve qui aura été non seulement concertée mais encore formulée conjointement. Il vaut mieux prévoir cette éventualité — après tout, le but du Guide de la pratique n'est pas seulement d'intervenir en quelque sorte pour éteindre l'incendie, c'est aussi de suggérer la conduite à tenir devant les événements ou les problèmes à venir.

5. La Commission ferait preuve d'un formalisme excessif si elle excluait la possibilité de réserves conjointes, lesquelles, comme les déclarations conjointes, les déclarations interprétatives conjointes et les objections conjointes, simplifient les choses pour les États et les organisations internationales qui font des réserves, pour le dépositaire et surtout pour les autres parties au traité, qui n'ont alors à réagir qu'une seule fois au lieu de plusieurs. Sur le plan de la théorie juridique, le Rapporteur spécial est d'accord avec M. Rodríguez Cedeño pour considérer qu'en tout état de cause un acte unique émanant de plusieurs États faisant cause commune peut être considéré comme un acte unilatéral. Cela suffit à justifier, sinon les termes, du moins l'esprit dans lequel le projet de directive 1.1.1 est formulé.

[1] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

[2] Voir *Annuaire... 1962*, vol. I, p. 163, 651e séance, par. 87.

6. Selon M. ROSENSTOCK, il importe de mieux préciser que, dans les relations entre l'État A qui est partie à un traité et les États B et C qui formulent une réserve conjointe, les relations juridiques et autres existant entre les États B et C sont indifférentes à l'État A et ne sauraient rejaillir sur ses obligations à l'égard ni de l'État B ni de l'État C. Il lui semble qu'en laissant entendre que l'activité conjointe possède une certaine signification concrète on risque de mêler d'autres États aux relations juridiques existant entre les parties à l'activité conjointe. Il se demande donc s'il est bien raisonnable ou utile de parler de l'activité conjointe comme d'une activité qui serait d'une manière ou d'une autre juridiquement différente d'une réserve formulée par un seul État et dans quelle mesure il est possible de dire que les droits d'un autre État pourraient en quoi que ce soit s'en trouver affectés. Cela paraît soulever le même genre de questions que si l'on affirmait que l'illégalité au regard du droit interne a une incidence sur un autre État partie à une convention. Partant, M. Rosenstock craint que la Commission n'écarte pas suffisamment la possibilité d'aucune conséquence découlant de l'activité conjointe vis-à-vis des États qui sont parties au traité considéré sans prendre part à ladite activité conjointe.

7. M. LUKASHUK est d'accord avec M. Rosenstock au sujet de la formulation conjointe de réserves. Certes, les États peuvent faire conjointement des réserves, mais ils les signent et les ratifient individuellement, aussi ne pense-t-il pas que les réserves conjointes puissent constituer un phénomène juridique; ce sont de simples déclarations politiques. M. Lukashuk ne croit pas que la Commission doive s'engager sur cette voie.

8. Au paragraphe 23 du document ILC(L)/INFORMAL/11, le Rapporteur spécial réécrit la Convention de Vienne de 1969 quand il dit qu'une réserve pourrait être formulée par un État ou une organisation internationale lorsque cet État ou cette organisation exprime son consentement à être lié (projet de directive 1.1.2). Or, selon la Convention de Vienne de 1969, l'État a le droit de formuler une réserve lorsqu'il signe une convention. Aux yeux de M. Lukashuk, la Convention de Vienne de 1969 est plus commode pour la pratique.

9. De même, il est dit qu'une réserve peut exclure ou modifier une disposition du traité. Elle ne le peut pas dans un traité général. Une réserve modifie une disposition du point de vue des relations entre deux États, l'un qui a fait la réserve et l'autre qui l'a reconnue. Si la disposition n'est pas modifiée, sera-t-il possible de modifier les obligations ? Les obligations découlent de dispositions, et s'il n'est pas possible de changer la disposition, il ne le sera pas davantage de changer l'obligation.

10. M. BENNOUNA relève que, selon le Rapporteur spécial, les réserves conjointes aux traités simplifieraient les choses. S'il ne s'agit là que d'une question de pure forme, il n'y voit pas d'objection. Il se demande cependant si la formulation d'une réserve conjointe ne va pas au-delà de l'aspect purement pratique de la question. Dans les accords de la Communauté européenne avec l'extérieur, par exemple, ses États membres s'engagent souvent individuellement. Des engagements individuels de la part des États sont-ils compatibles simultanément avec une réserve conjointe ? Si l'engagement est unilatéral, cela ne créera-t-il pas de difficultés lorsqu'on aura affaire à une réserve ? Cela risque de compliquer les choses pour les dépositaires. En tout état de cause, l'engagement d'une organisation internationale vaut pour l'organisation elle-même. À supposer qu'il y ait une différence de comportement d'un État à un autre, a-t-on réfléchi aux effets possibles sur la réserve elle-même ou sur l'objection à la réserve ?

11. L'autre question, que M. Rosenstock a lui aussi soulevée, est de savoir si la réserve conjointe procède effectivement de l'état des relations entre les États qui la formulent. Si, par exemple, la réserve conjointe est fonction de certaines positions des États auteurs, soit au sein d'une organisation internationale, soit dans un autre cadre, cet état de leurs relations s'imposera-t-il aux États tiers ? De toute évidence, il ne concerne que les pays en question, mais, à travers leurs réserves, ceux-ci imposeraient conjointement une position à un État tiers. M. Bennouna peut souscrire à l'idée elle-même, si elle permet réellement de simplifier les choses et n'a qu'un caractère technique, mais il se demande si la Commission a envisagé toutes les implications juridiques d'une telle innovation.

12. M. HAFNER n'est pas sûr que cela ressorte de l'interprétation actuelle, mais il doit en tout cas être bien entendu que le caractère unilatéral des réserves demeure, même lorsqu'une réserve a été formulée conjointement.

13. M. GOCO demande quel serait l'effet du retrait d'une réserve conjointe de la part d'une des parties, tel qu'il est autorisé par l'article 22 de la Convention de Vienne de 1969. Entraînerait-il le retrait de cette réserve de la part des autres parties ? Il pense qu'il y aurait des ramifications dans le contexte de la Convention de Vienne de 1969.

14. Selon M. ECONOMIDES, le projet de directive 1.1.1 constitue une règle nouvelle qui pourrait se révéler utile : on a déjà vu le cas de plusieurs États qui avaient individuellement formulé la même réserve exactement dans les mêmes termes, alors qu'ils auraient très bien pu formuler une réserve conjointe identique. Sur le principe, M. Economides n'est pas opposé au projet de directive 1.1.1, qui offre une possibilité nouvelle de formuler une réserve. La réserve conjointe signifie que chaque État fait individuellement une réserve, qui est ensuite présentée conjointement. Ce n'est pas une réserve collective, mais une réserve par laquelle chaque État s'engage séparément. L'acte lui-même est toujours unilatéral. Par conséquent, si un État veut se retirer d'une réserve conjointe, il fait une déclaration en ce sens, et les autres États maintiennent leur réserve. Il ne lui semble pas que cela doive créer des difficultés au dépositaire.

15. En ce qui concerne la rédaction, M. Economides propose de remplacer le mot « ou » par « et/ou », de sorte que le dernier membre de phrase se lise comme suit : « plusieurs États et/ou organisations internationales ». Après tout, il est également concevable que deux ou plusieurs organisations internationales veuillent formuler la même réserve. À son avis, ce projet de directive 1.1.1 constituerait un complément utile en la matière.

16. M. MELESCANU dit qu'en pratique les États formulent des réserves aux traités multilatéraux s'ils ne sont

pas en mesure d'obtenir que certaines de leurs dispositions soient modifiées. L'État auteur de la réserve ne veut pas modifier l'effet juridique du traité en ce qui le concerne, mais seulement celui d'une disposition particulière. Techniquement, la réserve n'a manifestement d'effet juridique que pour l'État qui l'a formulée. En admettant qu'un grand nombre d'États formulent la même réserve, même si chacun le fait unilatéralement, il n'est pas inutile de voir si cela pourrait être considéré comme une tentative pour modifier l'effet juridique du traité à leur égard ou s'il s'agit en fait d'une expression manifeste de l'idée qu'il y a un grand nombre d'États pour lesquels le traité possède une autre valeur ou pour lesquels certaines de ses dispositions devraient être interprétées différemment. La dernière partie de la définition énoncée dans le projet de directive 1.1.1 est parfaitement exacte, et c'est la seule approche que la Commission doive accepter, mais l'idée des États qui formulent des réserves est d'adresser un message sur la manière dont certaines dispositions auraient dû être rédigées. Le fait qu'une minorité se soit trouvée dans l'incapacité d'imposer son point de vue peut parfois être exprimé par un seul État. M. Melescanu se demande si la notion de réserve conjointe ne risque pas de déboucher sur des situations où, en réalité, on se trouve, pour certaines dispositions, devant deux grandes conceptions du traité en question sur le fond. M. Melescanu se dit très favorable à l'inclusion dans le Guide de la pratique des questions qui ont trait au retrait d'une réserve à un traité multilatéral.

17. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit avoir pensé qu'il s'agissait purement d'une question de rédaction et que ce problème n'avait pas ou ne devrait pas avoir d'implications juridiques : il serait plus commode, par exemple, pour les quinze États de la Communauté européenne — puisque, après tout, c'est essentiellement à son propos que le problème se pose — de présenter un document unique. On peut citer le cas de la déclaration commune faite par chacun des États membres de la Communauté, dans un texte identique, au sujet de la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication, du stockage et de l'emploi des armes chimiques et sur leur destruction[3]. Le Rapporteur spécial n'avait dans l'idée qu'une simplification pratique. En écoutant ses collègues, il a commencé à se demander s'il n'était pas en train d'altérer la définition même des réserves, ce qui n'entrait pas du tout dans son propos.

18. Pour répondre à la remarque de M. Hafner, son intention fondamentale était de conserver le caractère unilatéral de la réserve. La présentation qu'il vient d'en donner était maladroite, et il ne compte pas s'en servir dans le commentaire, parce qu'il ne considère en aucun cas une telle réserve comme un acte conjoint. En disant que, fondamentalement, elle pouvait être considérée comme un acte unilatéral au sens où l'entendait M. Rodríguez Cedeño, il s'est rendu compte, en écoutant les observations de ses collègues, qu'il avait commis une grave erreur. Dans son esprit, il ne s'agit pas d'un acte unilatéral, mais simplement de la formulation, dans un même document, de plusieurs actes unilatéraux. Il a cru comprendre que les membres de la Commission sont prêts à accepter cet aspect de la question, mais ne le sont guère à considérer que l'acte lui-même puisse être conjoint. Il comprend bien l'inquiétude qui s'est exprimée; peut-être s'agit-il seulement d'un problème de rédaction. D'un autre côté, il n'aimerait pas laisser en dehors du Guide de la pratique le souci pratique qui inspire cette directive, parce qu'il le juge de nature à simplifier considérablement les choses. Il espère cependant qu'il est bien clair qu'il ne suggère aucunement de changer la nature juridique des réserves. En tout cas, il a bien reçu le message d'un certain nombre de membres de la Commission.

19. Certes, le libellé de la Convention de Vienne de 1986 est bien lourd à certains égards, mais la formule « et/ou » ne lui plaît guère et il s'est efforcé de l'éviter. Si la Commission décide finalement de l'employer, cette décision devra, à son sens, être expliquée dans une clause ou note finale spéciale, ou à tout le moins dans le commentaire. Il est heureux de constater que M. Lukashuk s'est fondé sur la Convention de Vienne de 1986 dans ses observations, mais il ne voit pas en quoi le projet de directive « réécrit » l'article 23 de la Convention : il ne fait qu'indiquer la procédure de formulation par écrit d'une réserve. Pour répondre à M. Melescanu, le Rapporteur spécial dit que ses propositions actuelles, loin de donner le signal de la fin de l'exercice, n'en représentent que le début. Les questions seront traitées point par point.

20. Enfin, à propos de l'observation de M. Goco, la proposition de la formulation conjointe n'a aucune incidence sur le régime du retrait des réserves. L'État qui a eu recours à la méthode de la formulation conjointe de sa déclaration unilatérale peut retirer cette déclaration, soit séparément, soit conjointement avec d'autres. Le Rapporteur spécial regrette de ne pas l'avoir suffisamment précisé et s'engage à apporter les modifications requises au texte du projet de directive 1.1.1.

21. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA suggère que le point précisé à l'instant par le Rapporteur spécial en réponse à l'observation de M. Goco soit repris dans le commentaire, si le Rapporteur spécial a l'intention d'en établir un.

22. M. PELLET (Rapporteur spécial) déclare qu'il a assurément l'intention de rédiger un commentaire du Guide de la pratique mais n'est pas sûr que ce soit en l'occurrence suffisant. À son avis, le texte du projet de directive demande à être judicieusement remanié au Comité de rédaction.

23. M. HE remercie le Rapporteur spécial de son excellent troisième rapport sur les réserves aux traités (A/CN.4/491 et Add.1 à 6). À son sens, on ne peut pas encore dire que la formulation conjointe d'une réserve entre dans la pratique des États, mais il ne voit pas d'inconvénient à ce qu'il en soit fait mention dans le Guide de la pratique envisagé. À l'instar de M. Goco, il pense qu'il faudrait définir clairement la position à l'égard du retrait des réserves.

24. M. PELLET (Rapporteur spécial) confirme que la formulation conjointe d'une réserve par plusieurs États ou organisations internationales est un arrangement purement formel dont chaque État ou organisation internationale peut se retirer séparément. Comme il l'a déjà dit, le texte de la directive sera développé en conséquence. Quant à la remarque suivant laquelle la formulation con-

[3] Voir *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.98.V.2, doc. ST/LEG/SER.E/16), p. 932 à 936.

jointe ne fait pas partie de la pratique des États, il n'est pas entièrement d'accord là-dessus. Cette pratique est peut-être une nouveauté dans le cas des réserves aux traités, mais elle existe déjà pour les déclarations interprétatives.

25. M. YAMADA n'a rien contre le renvoi du projet de directive 1.1.1 au Comité de rédaction, mais il se demande si la discussion sur la directive 1.1 (Définition des réserves) doit ne pas se poursuivre. En particulier, il ferait remarquer que les mots « un État », qui figurent entre crochets dans le texte composite proposé au paragraphe 81 du troisième rapport, ne sont plus entre crochets dans le texte de la directive 1.1 que la Commission a sous les yeux. Cela signifie-t-il que, dans l'esprit du Rapporteur spécial, ce texte est destiné à couvrir non seulement la succession d'États mais encore la succession d'organisations internationales, comme dans les cas où la SDN était devenue l'ONU ou la CPJI la CIJ ?

26. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit qu'après la présentation détaillée qu'il a faite du texte composite proposé (2541e séance), il n'imaginait pas qu'il serait besoin de poursuivre la discussion, puisque ces éléments se trouvent tous dans les Conventions de Vienne pertinentes. Les mots cités par M. Yamada sont nouveaux, d'où les crochets. L'explication que le Rapporteur spécial a déjà donnée — à savoir que c'était pour des considérations rédactionnelles qu'il fallait les ajouter — l'avait enhardi à omettre les crochets sans consulter au préalable la Commission. Sur l'autre question de M. Yamada, celle de la succession entre organisations internationales, il ne nie pas que le problème se pose, mais ne pense pas qu'il doive être examiné dans le présent contexte. Peut-être pourrait-on demander à M. Mikulka, qui est le grand expert de la Commission en matière de succession, de le reprendre à un stade ultérieur.

27. Selon M. ECONOMIDES, M. Yamada mérite d'être remercié d'avoir rouvert la discussion sur la directive 1.1, à propos de laquelle quelques suggestions ont été faites à la séance précédente. Il doute pour sa part que des réserves orales puissent être acceptées, et il lui paraîtrait plus indiqué de traiter cette question dans le contexte de la forme des réserves plutôt que de leur définition. En revanche, il pense tout à fait qu'il y a lieu d'insérer le mot « limiter » entre les mots « exclure » et « ou à modifier » dans la directive 1.1. D'autre part, à propos de la directive 1.1.2, il est d'avis, comme M. Galicki l'a dit à la séance précédente, que la mention de l'article 11 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 pourrait être reléguée en bas de page et faire l'objet d'une note explicative. Le paragraphe se lirait alors comme suit : « Une réserve peut être formulée par un État ou une organisation internationale lorsque cet État ou cette organisation exprime son consentement à être lié par le traité. » Ce texte serait infiniment plus clair pour le lecteur.

28. M. BROWNLIE, après avoir félicité le Rapporteur spécial de son excellent travail, dit que, si la Commission accepte de partir de l'idée que l'exercice consiste à clarifier et non à réviser les Conventions de Vienne, il ne voit pas pourquoi les deux premières des directives proposées ne devraient pas être transmises au Comité de rédaction sans plus de discussion. Le Rapporteur spécial reprendra sans aucun doute dans le commentaire certains des points soulevés dans le débat qui a déjà eu lieu.

29. M. PELLET (Rapporteur spécial) tient à bien préciser une fois encore qu'il n'est pas question, sauf nécessité absolue, de modifier le texte des Conventions de Vienne. Il est tout à fait prêt à amender le texte composite proposé, mais non à toucher à la formulation retenue dans les Conventions de Vienne. À la différence de M. Economides, il pense que la modification proposée par M. Galicki serait désastreuse et remettrait les pendules à l'heure des années 60. Certes, les Conventions de Vienne ne sont pas la Bible, mais la Commission est tenue par un contrat moral de ne pas les changer. Elle est libre d'interpréter ces conventions, non de les remplacer.

30. M. MIKULKA pense comme M. Brownlie que le mieux serait de laisser les questions de forme du texte au Comité de rédaction. La remarque de M. Yamada est fort juste, mais peut-être trop technique pour être examinée dans le présent contexte. M. Mikulka est entièrement d'accord avec le Rapporteur spécial sur le fait que la Commission n'a pour mandat que d'éclaircir les points qui n'auraient pas été suffisamment précisés par les Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986 et qu'il est vain de discuter de définitions ou de formulations qui figurent déjà dans ces conventions.

31. M. GALICKI regrette profondément que le Rapporteur spécial ait vu dans sa proposition, faite dans un esprit constructif, une sorte de monstre à la Frankenstein. Il avait simplement le sentiment que la tentative de combinaison de toutes les définitions contenues dans les Conventions de Vienne avait abouti à une certaine lourdeur et à certaines incohérences logiques.

32. M. AL-BAHARNA suggère que, pour plus de clarté, le membre de phrase « ou quand un État fait une notification de succession à un traité » figure dans une phrase ou clause à part.

33. M. PELLET (Rapporteur spécial) renvoie M. Al-Baharna à la définition contenue dans la Convention de Vienne de 1978, qui renferme exactement le même membre de phrase. Si la Commission estime qu'une définition composite n'est pas heureuse, qu'elle n'hésite pas à écarter sa proposition, mais il se refuse résolument à toucher à l'œuvre de ses prédécesseurs.

34. Selon M. LUKASHUK, M. Al-Baharna ne suggérait pas de modifier le texte des Conventions de Vienne mais faisait la remarque, à laquelle il souscrit, que la formulation demandait à être simplifiée sans que le fond soit changé. Si le but recherché est de donner des indications pratiques, une définition par trop large ne convient pas. M. Lukashuk propose de commencer par une brève définition de la réserve comme déclaration unilatérale, suivie d'une disposition renfermant les autres détails.

35. M. PELLET (Rapporteur spécial) déclare qu'il est contre toute proposition revenant à reformuler une définition qui est actuellement en vigueur et qui a été acceptée par un grand nombre d'États. En tentant de le faire, la Commission outrepasserait son mandat.

36. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que les membres de la Commission souhaitent prendre note des projets de directives 1.1 et 1.1.1 et les renvoyer au Comité de rédaction, étant

entendu que toutes les remarques faites par les membres seront prises en considération.

Il en est ainsi décidé.

PROJET DE DIRECTIVE 1.1.2

37. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à présenter le projet de directive 1.1.2, qui se lit comme suit :

« 1.1.2 *Moment auquel une réserve est formulée*

Une réserve peut être formulée par un État ou une organisation internationale lorsque cet État ou cette organisation exprime son consentement à être lié conformément aux dispositions de l'article 11 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986. »

38. M. PELLET (Rapporteur spécial) se plaît à constater que M. Galicki, qui l'a accusé d'adopter une démarche casuistique et non progressiste (2541e séance), est parvenu précisément à la même conclusion en envisageant la question de ce qui, à son sens, est vraisemblablement le point de vue opposé, à savoir que l'élément *ratione temporis* de l'article 2, paragraphe 1, alinéa *d*, des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 ne doit pas être interprété dans un sens étroit et formaliste et qu'une réserve peut, en général, être formulée par un État ou une organisation internationale au moment où il ou elle exprime son consentement définitif à être lié.

39. Si les réserves orales à un traité multilatéral sont à son avis inconcevables, le Rapporteur spécial est d'accord sur le fond avec M. Galicki pour considérer que les réserves doivent nécessairement être écrites, ce que, là encore, il a lui-même indiqué à la séance précédente. En revanche, il ne pense pas, pour sa part, qu'il faille donner cette précision sur la forme écrite, comme cela est fait dans la définition du traité lui-même, à l'article 2, paragraphe 1, alinéa *a* de la Convention de Vienne de 1969 car on sait qu'il peut exister des traités verbaux.

40. Le projet de directive 1.1.2 n'exclut pas qu'une réserve à un traité en forme solennelle puisse être formulée au moment de la signature. Toutefois, comme le prévoit le paragraphe 2 de l'article 23 des Conventions de Vienne, elle doit être formellement confirmée au moment de la ratification. Il n'est pas nécessaire de mentionner cette possibilité dans la directive; elle pourra être évoquée dans le commentaire. Cette directive complète et interprète dans un esprit constructif les Conventions de Vienne, elle n'en fait pas la synthèse. Le Rapporteur spécial appelle à ce propos l'attention du Comité de rédaction sur les paragraphes 14 à 23 du document ILC(L)/INFORMAL/11.

41. M. GALICKI, appuyé par M. MIKULKA, propose qu'un renvoi aux paragraphes 1 et 2 de l'article 20 de la Convention de Vienne de 1978 soit ajouté à la mention de l'article 11 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, afin de prévoir le cas de la notification de succession à un traité.

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses) *[suite*]* (A/CN.4/483, sect. D, A/CN.4/487 et Add.1[4], A/CN.4/L.556, A/CN.4/L.568)

[Point 3 de l'ordre du jour]

PROPOSITION DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

42. M. YAMADA (Président du Groupe de travail sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses) indique que le Groupe de travail, composé de MM. Sreenivasa Rao (Rapporteur spécial), Candioti, Dugard, Economides, Hafner, Rosenstock et Simma, s'est réuni quatre fois entre le 15 et le 28 mai 1998 pour aider le Rapporteur spécial à élaborer le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses et a examiné les projets d'articles 3 à 22 adoptés par le Groupe de travail à la quarante-huitième session de la Commission[5]. À la lumière des modifications et nouveaux éléments proposés, le Rapporteur spécial a rédigé les projets d'articles distribués sous la cote A/CN.4/L.556. Aucune décision n'a été prise à leur sujet, mais le Président du Groupe de travail n'hésite pas à affirmer qu'ils bénéficient de l'appui de l'ensemble du Groupe de travail. Il espère que la Commission prendra note de ces articles et les renverra au Comité de rédaction avec les observations que les membres pourraient souhaiter formuler.

43. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) précise que les projets d'articles ont été examinés pour voir s'il fallait les modifier ou les compléter en fonction de la portée actuelle du sujet et de certains événements importants comme l'adoption de la Convention sur le droit relatif à l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation pour les présenter de manière plus méthodique, en éliminer les doubles emplois et les regrouper sous des rubriques plus appropriées.

44. Les projets d'articles 1 et 2 ont déjà été renvoyés au Comité de rédaction. Les nouveaux projets d'articles 3 à 16 correspondent aux anciens projets d'articles 3 à 22.

45. L'article 3 du projet d'articles de la quarante-huitième session a été supprimé. Des deux idées qui en faisaient la substance, l'une a été reprise au nouvel article 4 (Coopération), l'autre n'était que l'affirmation d'une évidence.

46. L'ancien article 4 (Prévention) est devenu le nouvel article 3 et a été reformulé pour être axé sur la question de la prévention, par opposition à la situation dans laquelle un dommage est déjà survenu. Autre modification importante, ce nouvel article 3 remplace la formule « prévenir ou réduire » les dommages par « prévenir [...] et réduire », modification reprise tout au long du projet en vue de renforcer les obligations de prévention.

47. L'ancien article 5, concernant la responsabilité, a été supprimé parce qu'il sortait du champ du sujet et que les

* Reprise des débats de la 2531e séance.

[4] Voir *supra* note 1.

[5] Voir 2527e séance, note 16.

nouveaux articles 4 et 5 (Mise en œuvre) sont en gros semblables aux anciens articles 6 et 7, respectivement.

48. Le Groupe de travail a jugé que l'ancien article 8 (Relation avec d'autres règles du droit international), qui a été reformulé et qui est devenu le nouvel article 6, était un peu insuffisant comme clause de sauvegarde et que la Commission devrait réexaminer la nouvelle version après avoir pris une décision sur la forme du projet d'articles.

49. On s'accorde généralement à reconnaître, au sein de la Commission comme ailleurs, qu'aucune activité dangereuse ne devrait être engagée sans autorisation préalable. L'ancien article 9 (Autorisation préalable) a été reformulé et est devenu le nouvel article 7, de manière à exprimer cette idée plus clairement. L'idée du paragraphe 2 a été empruntée à l'ancien article 11, lequel a été supprimé.

50. L'ancien article 10, intitulé « Évaluation du risque », a été remplacé par le nouvel article 8, et son titre par « Évaluation de l'impact », parce qu'il vise essentiellement l'évaluation de l'impact sur l'environnement. De l'avis du Rapporteur spécial, sa formulation mieux ciblée devrait répondre au souci de garantir que toute décision concernant l'autorisation préalable sera liée à une évaluation sérieuse de l'impact préjudiciable possible d'une activité sur les personnes, sur les biens et sur l'environnement des autres États. Le paragraphe 2, fondé sur l'ancien article 15, est destiné à garantir que le public sera correctement informé des questions en jeu. Le membre de phrase « susceptible d'être affecté par une activité » étend cette obligation en tant que de besoin à la population d'autres États, disposition énergiquement préconisée dans les écrits sur le sujet.

51. L'ancien article 12, relatif au non-déplacement du risque, qui avait certaines implications concernant la responsabilité, a été supprimé.

52. Quant aux autres aspects importants du devoir de prévention, à savoir la notification et l'information, ils sont traités au nouvel article 9 (Notification et information), qui reprend l'ancien article 13, avec certaines modifications mineures. Le membre de phrase « en attendant de prendre une décision sur l'autorisation de l'activité » a été ajouté pour qu'il soit parfaitement clair que, si l'évaluation visée à l'article 8 indique que cette activité risque de causer un dommage transfrontière significatif, l'État d'origine est tenu de surseoir à cette autorisation. Le paragraphe 2 souligne que la réponse des États susceptibles d'être affectés doit être fournie dans un délai raisonnable : dans la précédente version, c'était l'État d'origine qui indiquait le délai dans lequel il escomptait une réponse. La nouvelle formulation est destinée à mieux concilier les intérêts des deux États, en permettant à l'État affecté d'indiquer, en fonction de sa situation particulière, le délai qu'il juge raisonnable.

53. Le nouvel article 10 (Consultations sur les mesures préventives) s'inspire de l'ancien article 17 et repose sur l'idée que des consultations constituent une exigence fondamentale et que tout État doit pouvoir en demander pour qu'il y ait un juste équilibre des intérêts. Le changement le plus important concerne le paragraphe 3, où la formule « peut poursuivre » une activité a été remplacée par « s'il décide d'autoriser » la poursuite de l'activité, ce qui précise bien que ce n'est pas l'État mais un opérateur indépendant qui mène l'activité, comme c'est le plus souvent le cas.

54. L'ancien article 19 est devenu le nouvel article 11 (Facteurs d'un juste équilibre des intérêts). Les facteurs eux-mêmes demeurent inchangés dans la nouvelle version. Le Rapporteur spécial a reçu diverses suggestions de réagencement de la liste de ces facteurs, mais c'est à son sens une question que le Comité de rédaction est le mieux placé pour traiter.

55. L'ancien article 18 a été très largement remanié pour établir le nouvel article 12 (Procédures en cas d'absence de notification). Celui-ci définit les étapes de la procédure à suivre lorsqu'il n'y a pas eu de notification et qu'une autorisation est demandée ou a déjà été accordée pour une activité, mais que l'État susceptible d'être affecté estime avoir besoin d'un complément d'information ou de consultations, ou ne souscrit pas à l'évaluation faite par l'État d'origine de l'ampleur du risque significatif en jeu. En récrivant l'ancien article 18, le Rapporteur spécial a tenu compte du libellé d'un article semblable de la Convention sur le droit relatif à l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation.

56. Le nouvel article 13 (Échange d'informations) ne présente guère de changements par rapport à l'ancien article 14. L'ancien article 15 a été supprimé, et sa substance reprise au paragraphe 2 du nouvel article 8. Le nouvel article 14 (Sécurité nationale et secrets industriels) reprend la question traitée à l'ancien article 16, pour laquelle il pourrait être dérogé à l'obligation de répondre à une demande d'information. Il est pour l'essentiel inchangé par rapport à la version précédente.

57. Le nouvel article 15 (Non-discrimination), relatif au principe de non-discrimination dans le contexte de la prévention, est inspiré de l'ancien article 20, qui était centré sur l'indemnisation ou autre forme de réparation après la survenance du dommage. L'ancien article 21, relatif à la nature et à l'ampleur de l'indemnisation ou autre réparation, a été supprimé, de même que l'ancien article 22, qui concernait les facteurs à prendre en considération dans les négociations, parce que ce sont là des questions à examiner dans le contexte de la responsabilité.

58. Pour répondre à certaines suggestions, le Rapporteur spécial a ajouté un article, le nouvel article 16 (Règlement des différends), en s'inspirant là encore des enseignements tirés de l'élaboration et de l'adoption de la Convention sur le droit relatif à l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. Il a toutefois usé d'une formulation beaucoup plus simple et plus économique pour communiquer l'idée que si, sur un problème d'interprétation ou d'application des articles, les États ne parvenaient pas à s'entendre en recourant au mécanisme de règlement des différends qu'ils avaient eux-mêmes choisi, ils seraient tenus de nommer une commission d'enquête indépendante et impartiale. Cette idée fait partie du développement progressif du droit international, comme d'ailleurs une bonne part de la matière des projets d'articles recommandés.

59. Ce développement est à son sens capital et il répondrait aux intérêts bien compris de tous les États. Les pro-

jets d'articles sont tournés vers l'avenir, tout en renfermant une part importante d'obligations qui existent déjà en droit et dans la pratique, telles que la notification et l'obligation de se consulter et de permettre le fonctionnement des mécanismes de règlement des différends. C'est dans cet esprit que le Rapporteur spécial soumet les projets d'articles à la Commission, en lui demandant de les renvoyer au Comité de rédaction pour qu'il en parachève la mise au point.

60. Selon M. HAFNER, s'engager dans l'analyse du droit international coutumier, comme le fait la Commission, comporte toujours une part d'incertitude. Néanmoins, il est malheureux qu'il règne autant d'incertitude au sujet du programme de travail, à présent surtout que la première partie de la session touche à sa fin. Même en faisant preuve de la meilleure volonté du monde, ce qui est le cas de la plupart des membres de la Commission, il est difficile de suivre tous les changements et interversions opérés dans le calendrier des travaux. M. Hafner ne veut pas donner à entendre que le Président doive être tenu pour responsable de ces changements, mais simplement dire qu'il souhaite plus de stabilité dans la mise en œuvre du programme de travail.

61. M. Hafner rend hommage au Président du Groupe de travail sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses pour le fruit des délibérations du Groupe de travail et félicite le Rapporteur spécial de s'être montré tout disposé à affiner le texte des projets d'articles, lesquels représentent une étape importante dans la bonne voie. Assurément, il s'agit bien là de développement progressif du droit international.

62. Normalement, les membres des groupes de travail ne font pas de commentaires sur leurs efforts, mais M. Hafner s'y sent obligé pour qu'il soit pris acte de son interprétation des projets d'articles et du rapport du Groupe de travail. À ses yeux, ces articles ne s'appliquent pas aux activités qui ne comportent aucun risque de dommage significatif et dont, par conséquent, les États susceptibles d'être affectés doivent tolérer l'existence, pas plus qu'aux activités, à l'autre extrême, qui comportent un risque élevé de très grand dommage, et qui sont déjà interdites en vertu du droit international existant. Ces articles visent exclusivement les activités qui se rangent dans l'intervalle entre ces deux catégories, à savoir celles qui comportent soit un faible risque de très grand dommage, soit un risque élevé de dommage restreint, mais néanmoins significatif. Ils tentent d'appliquer à ces activités un régime qui dérive de celui des ressources partagées, ce qui ressort à l'évidence du devoir de parvenir à un équilibre des intérêts au paragraphe 2 du nouvel article 10 par exemple. Des Rapporteurs spéciaux précédents ont cité à ce propos des affaires portant sur le problème particulier des ressources partagées. Partant, on peut dire que ce concept s'applique plus spécialement à la zone grise des activités dont on peut douter qu'elles soient interdites par le droit international. Il est certain qu'elles le deviennent si l'État d'origine ne s'acquitte pas des devoirs qui lui incombent en vertu du régime défini dans le projet.

63. M. Hafner interprète le nouvel article 5 comme pouvant éventuellement faire naître un devoir de prévoir un système de surveillance et, en particulier, d'instituer des procédures adéquates pour assurer aux particuliers la possibilité d'avoir part aux décisions qui les intéressent. La nécessité de prévoir l'accès du public a déjà été confirmée par un certain nombre d'instruments internationaux, tel le principe 10 de la Déclaration de Rio[6]. En citant cette déclaration, M. Hafner ne veut pas dire qu'il la considère comme contraignante ou comme l'expression de l'*opinio juris*. En revanche, elle témoigne bien d'une certaine orientation sur laquelle la communauté mondiale s'est mise d'accord et qu'il est bon de prendre en compte quand il s'agit de développement progressif du droit international.

64. Il faut aussi que le principe de précaution trouve son expression dans le projet, et l'endroit le plus indiqué pour cela serait le nouvel article 11, relatif aux facteurs d'un juste équilibre des intérêts. M. Hafner est prêt à soumettre au Comité de rédaction un libellé approprié. Ce principe a été consacré par un très grand nombre d'instruments qui ne sont pas contraignants, notamment le Protocole de 1996 à la Convention de 1972 sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion des déchets, l'Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà des zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs, et la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques. Il en a aussi été fait état dans un certain nombre d'affaires portées devant des juridictions internationales, notamment dans les écritures des parties dans l'affaire du *Projet Gab¼íkovo-Nagymaros*.

65. M. Hafner regrette beaucoup qu'il n'ait pas été possible de faire mention du principe « pollueur-payeur », qui est cité dans le principe 16 de la Déclaration de Rio. À sa session de Strasbourg de 1997, l'Institut de droit international, dans sa résolution sur la responsabilité en droit international en cas de dommages causés à l'environnement, s'y est référé expressément. Pour en montrer la nécessité, on peut prendre l'exemple d'un État qui aurait installé une centrale nucléaire sur sa frontière même, ce qui lui permettrait de reporter sur l'autre État la moitié du coût des mesures préventives, résultat auquel la Commission n'entend certainement pas faire aboutir son projet.

66. On a fait valoir qu'il s'agit d'un principe économique, et non juridique. M. Hafner ne peut se ranger à cet avis, car ce principe met en jeu la question de la souveraineté, ou plus précisément celle de savoir comment réaliser la coexistence des souverainetés de deux États et répartir entre eux de manière appropriée la charge et les avantages des activités. Il faut que cette question trouve sa place dans le projet, et le meilleur endroit pour cela serait le nouvel article 11.

67. Les observations de M. Hafner ont pour seul but de faire consigner ses vues : elles ne doivent en aucun cas être interprétées comme une critique des projets d'articles, bien au contraire. M. Hafner apprécie grandement le travail accompli par le Groupe de travail et par le Rapporteur spécial, mais il pense qu'il conviendrait d'envisager

[6] Ibid., note 8.

d'y apporter des compléments dans le sens qu'il a indiqué.

68. Le PRÉSIDENT se déclare entièrement d'accord avec M. Hafner sur ses observations initiales au sujet de l'organisation des travaux de la Commission, tâche qui se révèle très difficile. Il sait pouvoir compter sur l'appui de tous les membres, et en particulier des rapporteurs spéciaux, dans ses efforts pour assurer un programme de travail qui soit respecté.

69. M. ROSENSTOCK est, comme le Président, entièrement d'accord avec M. Hafner sur ce que celui-ci a dit au début de son intervention, notamment que le problème vient, non pas de la présidence, mais d'ailleurs. Il y aurait peut-être un rapprochement utile à faire ici avec l'idée d'immixtion *(officious intermeddler)* telle que l'entend le droit de la responsabilité civile dans les pays de « common law » : si l'on passe devant quelqu'un qui est en train de se noyer, on n'est pas obligé d'intervenir; par contre, si l'on intervient, il faut que ce soit efficace, sinon l'on peut engager sa responsabilité. Quelques implications de ce problème sont perceptibles à certains niveaux des travaux de la Commission.

70. M. Rosenstock est légèrement inquiet quant à la conclusion de M. Hafner selon laquelle, du fait qu'il existe — comme il l'a fort justement dit — trois catégories d'activités dangereuses, dont une seule est traitée dans le projet, la Commission se prononce sur l'admissibilité ou l'inadmissibilité des autres catégories. Cette conclusion n'est pas nécessairement fausse, mais elle est par trop hâtive et ne trouve aucun appui dans les travaux antérieurs de la Commission.

71. M. ECONOMIDES tient lui aussi à remercier le Président du Groupe de travail, dont il a lui-même fait partie, ainsi que le Rapporteur spécial de leurs efforts et de leur présentation des projets d'articles. Le travail accompli a grandement amélioré les articles antérieurs et abouti à un excellent produit qui peut être renvoyé au Comité de rédaction.

72. Sur le fond, si les consultations sur les mesures préventives prévues au nouvel article 10 n'aboutissent pas et si l'État d'origine décide d'autoriser la poursuite de l'activité et que l'autre État demande une enquête indépendante et impartiale, cette activité ne doit pas être poursuivie en attendant la conclusion de l'enquête. C'est la déduction logique qu'appelle le projet d'articles existant, mais peut-être pourrait-elle être soulignée encore au Comité de rédaction.

73. Selon M. LUKASHUK, M. Hafner a employé l'expression documents « non contraignants » mais il est plus exact de parler de documents « juridiquement non contraignants ». Le projet de texte proposé par le Groupe de travail et le Rapporteur spécial est de manière générale fort satisfaisant. Au paragraphe 3 du nouvel article 12, le membre de phrase « l'État d'origine, si le premier État le lui demande, prend les dispositions voulues pour suspendre l'activité en question durant une période de six mois » est un peu préoccupant, parce que l'activité en question pourrait avoir entraîné des dépenses financières importantes, pour des travaux de construction par exemple. M. Lukashuk engage le Rapporteur spécial à prendre ce problème en considération et à le traiter, peut-être dans le commentaire.

74. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) est très reconnaissant à ses collègues de leur première réaction à ses efforts pour faire progresser l'élaboration des articles à l'intention du Comité de rédaction. Ils ont fait beaucoup d'observations utiles qui seront étudiées plus avant. Le Rapporteur spécial pense, comme M. Rosenstock, qu'aucun aspect du sujet n'est avalisé ou rejeté du simple fait qu'il est traité dans le projet et que les points qui ne sont pas traités relèvent de l'application normale du droit international. Comme on l'a souvent dit, bien d'autres domaines empiètent sur l'examen du sujet, et il ne faut pas qu'ils pâtissent d'un excès de spécificité dans la rédaction du projet : une certaine ambiguïté constructive facilite les choses. Les commentaires des projets d'articles ont été adoptés par le Groupe de travail à la quarante-huitième session, mais non par la Commission, et ils lui ont été d'un grand secours, en particulier pour l'article 2 (Expressions employées). Ils seront examinés de très près dans la suite des travaux sur le projet.

75. Si ces articles, qui sont apparemment acceptables en général, sont renvoyés au Comité de rédaction, ils ont de très bonnes chances d'être adoptés par la Commission à sa présente session.

76. M. GOCO se joint au concert de félicitations adressées au Président du Groupe de travail et au Rapporteur spécial. Il n'a qu'une observation à formuler, au sujet du règlement des différends. Il ressort de la deuxième phrase du nouvel article 16 que l'on se trouverait dans une impasse si l'une des parties refusait l'intervention d'une commission d'enquête indépendante et impartiale — et ce, malgré la mention dans cette phrase d'un délai de six mois au terme duquel cette partie est obligée d'accepter cette intervention.

77. Selon M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial), cette difficulté n'est pas passée inaperçue, mais on peut penser que la forme que le projet revêtira en définitive influera sur la manière de la traiter. Si c'est une convention, certaines obligations, dont celle de se conformer à un article renfermant des dispositions relatives au règlement des différends, seront immédiatement mises à la charge de tout État qui deviendrait partie à la convention. S'il s'agit d'une recommandation adoptée d'abord par quelques États puis par de plus en plus d'États à mesure qu'une certaine pratique se constituerait, il faut espérer que ces États auront une expérience suffisamment positive des commissions d'enquête pour persuader d'autres États de se soumettre à ce mécanisme.

78. Pour répondre à une autre question de M. GOCO, le Rapporteur spécial indique que les commissions d'enquête deviennent plus courantes. En règle générale, leurs décisions ne sont pas obligatoires, car elles sont destinées à aider les parties à apprécier les faits de la même manière. Les différends, pense-t-on, procèdent le plus souvent de ce que les États n'y parviennent pas et, théoriquement, une fois les faits établis par une tierce partie, les États seraient disposés à s'arranger beaucoup plus rapidement.

79. M. ROSENSTOCK ajoute que la décision de faire figurer une référence aux institutions d'enquête dans

la Convention sur le droit relatif à l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation avait été prise en raison des très nombreuses indications, dans les écrits concernant l'environnement, de l'efficacité particulière de l'enquête comme mécanisme de règlement des différends dans ce domaine. On pourrait citer une très grande quantité d'affaires, parmi lesquelles celles qui ont opposé les États-Unis et le Mexique et les États-Unis et le Canada.

80. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que les membres souhaitent renvoyer les projets d'articles au Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 13 h 5.

2543e SÉANCE

Lundi 8 juin 1998, à 10 h 15

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Bennouna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock.

Actes unilatéraux des États *(fin*)* [A/CN.4/483, sect. F, A/CN.4/486[1], A/CN.4/L.558]

[Point 7 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL

1. M. CANDIOTI (Président du Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États), présentant le rapport du Groupe de travail (A/CN.4/L.558), précise que ce dernier a tenu deux séances et qu'il s'est appuyé dans ses travaux sur le premier rapport du Rapporteur spécial sur les actes unilatéraux des États (A/CN.4/486), de même que sur le débat qui a eu lieu à la Commission.

2. Comme indiqué au paragraphe 7 de son rapport, le Groupe de travail s'est accordé à considérer que le Rapporteur spécial et la Commission devraient s'orienter vers l'élaboration de projets d'articles accompagnés de commentaires, selon les modalités en vigueur à la Commission, sans préjudice de la forme définitive que celle-ci décidera de donner aux résultats des travaux de codification et de développement progressif de la matière à l'étude. Dans cette perspective, le Groupe de travail s'est intéressé à la teneur de quelques projets d'articles éventuels initiaux qui viseraient premièrement à délimiter le champ d'application du projet, conformément à l'orientation générale esquissée dans le premier rapport du Rapporteur spécial sur les actes unilatéraux des États et aux débats de la Commission, en d'autres termes à préciser quels seraient les actes unilatéraux retenus et quels seraient les actes unilatéraux exclus et dans quelle mesure ils le seraient; et, deuxièmement, à donner une définition des actes unilatéraux aux fins du projet d'articles (par. 8).

3. S'agissant de la délimitation du champ d'application du projet, le Groupe de travail a considéré que l'article premier pourrait reprendre, en le paraphrasant, l'article premier de la Convention de Vienne de 1969 et disposer que le projet s'applique aux actes unilatéraux des États. Un autre article pourrait s'inspirer *mutatis mutandis* de l'article 3 de ladite Convention et viser les actes unilatéraux ne relevant pas du projet : il y serait par exemple précisé que le projet ne s'applique pas aux actes unilatéraux régis par d'autres régimes juridiques spécifiques, comme le droit des traités, le droit de la mer, le droit relatif aux procédures arbitrales ou judiciaires internationales, les règles relatives à la neutralité et à la belligérance, sans que cela porte atteinte à la valeur juridique de ces actes unilatéraux ou à l'application à ceux-ci des règles énoncées dans le projet auxquelles ils seraient soumis en vertu du droit international, indépendamment du projet, et dans la mesure où les régimes spécifiques en question ne comportent aucune règle spéciale sur des aspects déterminés.

4. Dans le cadre de l'examen du champ d'application du projet, le Groupe de travail s'est penché sur une nouvelle question, celle de savoir si le projet doit concerner uniquement les actes unilatéraux des États qui s'adressent à d'autres États, ou les actes des États destinés indistinctement à produire des effets juridiques soit vis-à-vis d'autres États, soit vis-à-vis d'autres sujets de droit international, ou, généralement, les actes ayant un caractère *erga omnes*. Les avis sur ce point ont été partagés, et le Groupe de travail a considéré que cette question doit être analysée à fond par le Rapporteur spécial et la Commission et être clarifiée le moment venu (par. 6).

5. Le Groupe de travail s'est attardé sur la question de la définition de l'acte unilatéral aux fins du projet d'articles, en s'appuyant sur la formule énoncée au paragraphe 170 du premier rapport du Rapporteur spécial. Il a examiné plusieurs propositions d'amendements présentées par ses membres et à partir desquelles le Rapporteur spécial lui a soumis successivement des projets de définition. La discussion a permis de faire la lumière sur divers aspects théoriques du problème, mais il en ressort aussi qu'il est difficile à ce stade de donner une définition suffisamment exhaustive et entièrement satisfaisante — étant toutefois entendu qu'en cette phase initiale des travaux il serait souhaitable de disposer d'un projet de définition provisoire appelé à servir d'hypothèse de travail, et que la définition irait se précisant au fur et à mesure que les travaux de fond sur les règles applicables aux actes unilatéraux progresseraient.

* Reprise des débats de la 2527e séance.

[1] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

6. Le Groupe de travail a examiné, à la suite de la Commission, la question de savoir si, conformément au mandat confié par celle-ci, il faudrait incorporer dans le projet d'articles une définition de la déclaration unilatérale exclusivement, ainsi que le propose le Rapporteur spécial, ou une définition plus générale de l'acte unilatéral. Les préférences qui ont été exprimées à la Commission se sont retrouvées dans la note 2 du rapport du Groupe de travail. En tout état de cause, le Groupe de travail s'est accordé sur les éléments constitutifs essentiels d'une définition, qui sont les suivants : une manifestation autonome de la volonté de l'État, c'est-à-dire une manifestation de la volonté qui se suffit à elle-même, qui, pour consacrer l'acte unilatéral, n'a pas à être accompagnée d'une autre manifestation distincte de volonté dans le même sens, c'est-à-dire du consentement ou de l'acceptation de la part d'un autre sujet de droit international; et la création, par cette manifestation de la volonté, d'effets juridiques sur le plan international. Il a considéré que le caractère manifeste, notoire, de cette manifestation de la volonté est une condition nécessaire de l'acte unilatéral.

7. Le paragraphe 9 du rapport fait état d'une autre question qui a retenu l'attention du Groupe de travail, celle de savoir si les effets possibles de l'acte unilatéral doivent être énoncés de façon détaillée dans le corps même de la définition, ou s'ils doivent faire l'objet d'articles distincts. L'idée qui a prévalu est que la définition doit être courte et ne renfermer qu'une référence générale à la création d'effets juridiques sur le plan international ou à l'intention de produire des effets juridiques sur le plan international, et que ces effets devront être définis ultérieurement à l'intérieur du projet d'articles.

8. Comme indiqué au paragraphe 10 de son rapport, le Groupe de travail, compte tenu de l'intérêt suscité au cours du débat à la Commission, a suggéré que le Rapporteur spécial analyse, le moment venu, la manière dont il serait possible d'énoncer des règles sur le fonctionnement de l'estoppel et peut-être aussi sur les effets du silence, dans le contexte des actes unilatéraux des États, et fasse des propositions à ce sujet.

9. Le Groupe de travail a par ailleurs estimé que le Rapporteur spécial devrait indiquer dans le détail comment il entend ordonner son deuxième rapport. À cet égard, le Rapporteur spécial a précisé qu'il se propose d'aborder immédiatement la question de l'élaboration des actes unilatéraux et des conditions de leur validité et qu'il pourrait en soumettre le plan à la Commission, lors de la seconde partie de sa cinquantième session à New York, et que, dans l'intervalle, il accueillerait avec satisfaction toutes observations ou suggestions que les membres du Groupe de travail pourraient formuler sur ce point.

10. En conclusion, le Groupe de travail recommande à la Commission d'inviter le Rapporteur spécial à présenter, dans son deuxième rapport, des projets d'articles sur le champ d'application du projet et la définition de la déclaration ou de l'acte unilatéral, à partir des observations formulées à la session en cours aussi bien à la Commission qu'au sein du Groupe de travail; et aussi à y explorer les divers aspects du sujet concernant l'élaboration des actes unilatéraux des États et les conditions de leur validité et à présenter des projets d'articles qui, à son sens, reflètent le droit international en la matière (par. 11).

11. Le Président du Groupe de travail remercie le Rapporteur spécial et les membres de la Commission qui ont participé aux travaux du Groupe de travail pour leur intérêt et leurs contributions, ainsi que le secrétariat pour sa collaboration.

12. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial) note qu'à en juger par le rapport du Groupe de travail les travaux sur le sujet des actes unilatéraux des États ont bien progressé, qu'il s'agisse de sa délimitation ou de la mise au point d'une définition de l'acte unilatéral de l'État. À l'évidence, la préférence va à l'élaboration d'articles accompagnés de commentaires, sans préjudice de la forme définitive que revêtiront les résultats des travaux de la Commission. Le Rapporteur spécial pense toutefois que l'œuvre de codification et de développement progressif des règles applicables à cette catégorie d'actes pourrait aboutir à la mise au point d'un projet de convention, question que la Commission aura du reste à trancher en temps utile.

13. Le Groupe de travail est parvenu à la conclusion, qu'il partage entièrement, que l'acte unilatéral visé est une manifestation autonome et claire de la volonté de l'État, exprimée dans l'intention de produire des effets juridiques. Il s'agit d'actes accomplis par les États, étant entendu que la question de leur destinataire sera examinée et résolue ultérieurement.

14. S'agissant de la suite des travaux, le Rapporteur spécial se propose de présenter, dans son deuxième rapport, les trois premiers articles du projet, accompagnés de commentaires, qui traiteront l'un de la définition et les deux autres du champ d'application du projet sur le modèle des articles 1 et 3 de la Convention de Vienne de 1969, étant entendu qu'il s'agira, afin d'éviter toute interprétation par trop large, d'actes bien précis et délimités. Le Rapporteur spécial entend soumettre à la Commission, à la session suivante, une étude sur l'élaboration des actes, qui portera sur l'imputabilité de l'acte, les conditions de validité, la forme de la manifestation du consentement et sur la question délicate des réserves — autrement dit la question de savoir si un État peut ou non formuler des réserves ou soumettre un acte unilatéral à certaines conditions, sans entrer pour autant dans la sphère conventionnelle. Il y abordera aussi la question de la révocabilité, de la durée de l'engagement pris (extinction), de la modification, de la suspension et de la nullité de l'acte et, enfin, la question encore plus difficile de l'entrée en vigueur et celle des actes que l'État peut accomplir à travers des fonctionnaires habilités à engager l'État dans des relations internationales eu égard aux prescriptions du droit interne, notamment constitutionnel.

15. S'il est vrai qu'il n'y a pas eu unanimité sur la question de savoir si l'acte formel est la déclaration, l'acte unilatéral dont le fonctionnement peut être régi par des règles, il n'y a pas eu non plus d'opposition sur ce point. C'est pourquoi le Rapporteur spécial persiste à penser que la déclaration en tant qu'acte formel doit être l'acte juridique unilatéral. Cette position semble se justifier, du moins en ce qui concerne l'élaboration de l'acte. C'est un peu plus incertain, il est vrai, dans le cas de l'élaboration de règles sur les effets qui devront prendre en considération les différents actes matériels que l'acte unilatéral peut contenir et qui sont, par exemple, la promesse, la renon-

ciation, la reconnaissance ou la protestation et qui, sans aucun doute, produisent des effets juridiques différents, comme le Groupe de travail l'a signalé.

16. Telles seront les grandes lignes de l'étude que le Rapporteur spécial entend présenter à la cinquante et unième session de la Commission et à propos de laquelle il attend des orientations de la part des membres de la Commission.

17. M. GOCO, se référant au débat qui a eu lieu à la Commission, souhaiterait que soit clairement précisée la différence entre un acte politique et un acte unilatéral qui produit des effets juridiques. Il souhaiterait aussi que soit examinée la question de savoir si un État qui a réalisé un acte unilatéral peut unilatéralement revenir sur cet acte ou y renoncer, effaçant ainsi les effets juridiques produits. Il espère que le Rapporteur spécial éclaircira ces deux points dans son deuxième rapport.

18. M. BROWNLIE, notant que nombre d'actes unilatéraux sont accomplis dans la pratique par des diplomates entre eux en dehors de toute publicité, considère que l'expression notoire de la volonté d'un État est une condition suffisante, mais non nécessaire, de la création d'effets juridiques.

19. Par ailleurs, relevant que le Rapporteur spécial a l'intention d'examiner la question de l'élaboration et des conditions de validité d'un acte unilatéral à partir, *mutatis mutandis,* du droit des traités, il fait observer que, dans ce dernier cas précisément, les effets des actes accomplis par une partie contractante ou une partie contractante éventuelle ont aussi un rapport direct avec le statut des actes en question dans le droit constitutionnel interne. Il semblerait donc peut-être opportun de déterminer si un acte donné est valide au regard du droit constitutionnel interne de l'État considéré, mais il est fort douteux que ses effets juridiques sur le plan international puissent être assujettis à cette validité.

20. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA souhaiterait tout d'abord obtenir deux clarifications concernant respectivement l'expression « de nature strictement non juridique», à la deuxième phrase du paragraphe 5, et le mot « compacité », au paragraphe 7.

21. S'agissant du fond, il approuve l'idée, énoncée au paragraphe 8, que le Rapporteur spécial pourrait d'ores et déjà être en mesure de produire plusieurs projets d'articles et pense qu'il faudrait l'encourager à œuvrer dans ce sens. À cet égard, il conviendra vraisemblablement que le Rapporteur spécial se place au point de départ, c'est-à-dire envisage la question des différents organes qui sont habilités à disposer, au nom de l'État, par voie unilatérale. Cela pose déjà la question de la compétence, de la capacité pour engager unilatéralement l'État sur le plan international, qui est l'une des plus fondamentales auxquelles devra s'attacher le Rapporteur spécial, parallèlement à l'autre versant du sujet sur lequel la Commission attend des propositions de sa part, à savoir la portée de l'acte unilatéral.

22. M. CANDIOTI (Président du Groupe de travail) précise que ce qui est visé dans la deuxième phrase du paragraphe 5, ce sont les actes qui n'ont pas d'effets ni de caractère juridiques; l'adverbe « strictement » est donc inutile. Au paragraphe 7, le mot « compacité », qui fait double emploi avec le terme « concision » qui le précède, est effectivement superflu.

23. Pour ce qui est des observations de fond, la question de savoir quels sont les organes de l'État qui ont compétence pour engager unilatéralement celui-ci sur le plan international est une des plus difficiles mais aussi une des plus importantes à régler.

24. M. CRAWFORD s'inquiète de l'effet restrictif que risque d'avoir l'expression, figurant à la fin de la première phrase du paragraphe 5, « destinés à produire des effets juridiques internationaux ». En effet, si la Commission limite le sujet aux seuls actes qui, au moment où ils sont émis, sont destinés à produire des effets juridiques, elle en exclura du même coup la plupart des questions délicates et ses travaux, calqués sur ceux relatifs au droit des traités, n'auront qu'un intérêt limité. Ceux des membres de la Commission qui tiennent à ce que le sujet s'étende aux actes unilatéraux générateurs d'effets juridiques internationaux, par exemple l'estoppel, n'entendent pas accepter cette interprétation étroite. On peut, certes, parfaitement admettre qu'au moment où il émet un acte unilatéral, l'État auteur puisse expressément indiquer que cet acte constitue une déclaration purement politique sur laquelle nul ne saurait s'appuyer, et il est alors justifié de dire que cet acte ne produira pas d'effets juridiques. Par contre, lorsqu'un État émet simplement un acte pendant le cours de négociations, sans exclure expressément la possibilité que cet acte engendre des effets juridiques, il ne saurait ultérieurement prétendre qu'il n'avait pas l'intention de permettre à d'autres États de faire fond sur cette déclaration. Il faudrait donc définir de manière plus objective le sujet de l'étude car si, comme l'a dit le Président du Groupe de travail, il est justifié d'exclure du champ du sujet les actes politiques, c'est-à-dire ceux qui sont objectivement incapables de produire des effets juridiques, le corollaire de cette décision doit être d'inclure dans le sujet les actes qui sont objectivement capables de produire des effets juridiques, que ce soit en raison de l'intention de leur auteur à l'époque où ils ont été émis ou d'autres circonstances pertinentes.

25. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial) constate que les commentaires font ressortir l'importance de la nature de l'acte, surtout initialement. Il est cependant exact que, bien souvent, le caractère juridique ou politique d'une déclaration faite par un État est, au début, indéterminé et que l'intention de l'État ne peut être établie qu'ultérieurement, après interprétation de cette déclaration. C'est là qu'interviendra l'ensemble des règles à élaborer qui seraient applicables à cette déclaration. Cela étant, la limitation du sujet aux actes juridiques, c'est-à-dire aux actes dont le but est de produire des effets juridiques internationaux est importante car, sinon, la Commission risque de sombrer dans l'incertitude.

26. M. CANDIOTI (Président du Groupe de travail) exprime son accord tant avec le Rapporteur spécial qu'avec M. Crawford : en effet, les éléments essentiels étudiés par le Groupe de travail ont été d'une part l'expression de la volonté autonome de l'État et d'autre part la production d'effets juridiques. Il est toutefois exact que l'intention de l'État peut apparaître, non pas au

moment où l'acte intervient, mais après, lorsque ses effets peuvent être analysés objectivement.

27. M. BROWNLIE fait observer que s'agissant, tant du point soulevé à juste titre par M. Crawford que de la question de la pertinence de la validité interne d'un acte unilatéral, le principe sous-jacent est que l'acte en cause ne saurait être l'objet d'une « autoqualification » de l'État auteur. S'interrogeant sur la validité de l'affirmation selon laquelle un acte politique ne pourrait avoir d'effets juridiques, il estime, que de toute façon, ce n'est pas en fin de compte à l'État déclarant de se prononcer de manière définitive sur la qualification de son propre acte.

28. M. GOCO juge opportun que, dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial, certaines lignes directrices soient présentées à l'intention des États eu égard à l'importance que, par leurs conséquences ou effets juridiques, les actes unilatéraux des États risquent d'avoir dans le corpus du droit international. L'intention est à cet égard un facteur déterminant et justifie la plus grande prudence de l'État déclarant lorsqu'il élabore sa déclaration. C'est ainsi que dans les affaires des *Essais nucléaires*, la CIJ a en définitive imputé à la France une déclaration publique dont elle l'a obligée à assumer la responsabilité. Il serait donc extrêmement utile que les États bénéficient d'orientations pour éviter de commettre une erreur et d'avoir la mauvaise surprise de devoir assumer la responsabilité d'une déclaration imprudente.

29. M. Sreenivasa RAO aimerait tout d'abord obtenir des précisions, de préférence par voie d'exemples, sur ce que vise exactement le premier membre de phrase du paragraphe 6, jusqu'à l'expression « caractère *erga omnes* ». Deuxièmement, tout en s'en remettant entièrement au jugement du Rapporteur spécial, il se demande si, sur un sujet très général et complexe, l'élaboration de projets d'articles n'est pas prématurée et s'il ne serait pas plus productif d'élaborer certaines conclusions susceptibles d'être ultérieurement traduites en projets d'articles. Troisièmement, il pense qu'à la troisième phrase du paragraphe 8, l'adjectif « notoire » risque d'être source de malentendus et se demande si la Commission ne pourrait pas trouver un terme plus approprié. Enfin, à la deuxième phrase du paragraphe 9, les deux termes « opposabilité » et « inopposabilité » mériteraient, à son avis, d'être expliqués, le cas échéant dans une note de bas de page.

30. M. CANDIOTI (Président du Groupe de travail) précise tout d'abord qu'au paragraphe 6 la mention d'une distinction entre les destinataires de l'acte unilatéral s'explique par le tour un peu inattendu qu'a pris la discussion au Groupe de travail, certains membres estimant qu'il fallait établir cette distinction et d'autres, dont lui-même, étant d'avis que cette distinction n'était pas possible. Toujours est-il que la question s'est posée de savoir si les actes unilatéraux des États visant d'autres sujets de droit international que les États avaient ou non leur place dans l'étude de la Commission, et que cette question reste ouverte. De l'avis du Président du Groupe de travail, cela a de toute façon peu d'importance car tout dépend des circonstances concrètes et spécifiques de chaque acte. Néanmoins, le problème ayant été évoqué, il a jugé utile de le consigner dans le rapport.

31. S'agissant de savoir s'il suffit au stade actuel de dégager certaines conclusions au sein du Groupe de travail, l'opinion dominante a été que, malgré la difficulté de la tâche et le caractère un peu abstrait de la notion, il fallait commencer à mettre noir sur blanc quelques projets d'articles, même à titre très préliminaire, afin de préciser dans un premier temps la portée de la définition puis de dégager du droit coutumier et des principes généraux du droit certaines règles applicables aux actes unilatéraux.

32. Pour ce qui est de l'adjectif « notoire », s'il a été retenu c'est parce que la validité d'un acte unilatéral ne suppose pas toujours qu'il soit public, l'important étant qu'il soit connu de son destinataire. Ce terme ayant ce sens en espagnol aussi bien qu'en anglais — selon les membres anglophones du Groupe de travail —, il a été jugé approprié même si, comme l'a indiqué M. Lukashuk, le mot *notorious* devait être évité dans le texte anglais en raison de son autre signification. Toute proposition de formulation plus adéquate est bienvenue, pourvu qu'elle rende bien le concept.

33. En ce qui concerne l'« opposabilité » et l'« inopposabilité », ce dont il s'agit c'est de caractériser l'effet particulier qu'ont les actes unilatéraux. Dans certains cas, l'État déclare que certaines situations juridiques ou certaines conditions lui sont « opposables » — c'est-à-dire qu'il les reconnaît et elles ont donc un effet juridique pour lui — alors que dans d'autres il peut déclarer qu'elles ne lui sont pas « opposables », comme c'est le cas en particulier pour la protestation. Telles sont les deux catégories d'actes unilatéraux auxquelles on se réfère.

34. M. CRAWFORD fait observer, au sujet de la question du destinataire des actes unilatéraux, que certains de ces actes ont à l'évidence des destinataires précis et peuvent même s'adresser à un destinataire unique, alors que d'autres peuvent consister en de simples déclarations, publiques ou non, ne s'accompagnant pas d'une indication selon laquelle on ne peut s'en prévaloir. Si elles sont faites dans le cadre des relations internationales d'un État, ces dernières déclarations peuvent à son sens avoir des effets juridiques et devraient donc entrer dans le champ du sujet à l'examen, lequel, encore une fois, ne saurait se limiter aux déclarations ayant des États précis pour destinataires. Toutefois, les effets juridiques de telles déclarations ne devraient être envisagés qu'en ce qu'ils intéressent d'autres États. Comme le Président du Groupe de travail, M. Crawford pense également que les difficultés n'apparaîtront clairement qu'en cours de rédaction et il encourage donc vivement le Rapporteur spécial à engager ce processus, malgré les difficultés que peuvent soulever certaines formulations.

35. Quant au terme anglais *notorious*, il est d'usage fréquent dans les systèmes juridiques anglo-saxons et il a le sens à la fois de « connu » et de « public » ; il devrait donc suffire, comme l'a indiqué M. Brownlie, car effectivement certains actes unilatéraux peuvent être émis dans le cadre de négociations et donc n'être connus que de leur seul destinataire.

36. M. MIKULKA pense que la dernière phrase du rapport du Groupe de travail renvoie non pas, contrairement à ce qu'a indiqué M. Brownlie, à la validité des actes unilatéraux des États sur le plan du droit constitutionnel mais à leur validité au regard du droit international. Il s'agit

à son sens de questions comme le vice du consentement, car on peut se demander si des conséquences juridiques s'attachent à un acte unilatéral accompli par le représentant d'un État donné, soumis à des pressions par un autre État, comme ce fut le cas en mars 1939 lorsque le chef de l'État tchécoslovaque dut, sous la menace du Reich allemand, faire une déclaration de soumission des pays tchèques[2]. L'acte peut par ailleurs être émis au nom de l'État mais par des personnes qui n'ont aucune autorité pour le faire, un exemple en étant fourni par la fameuse lettre envoyée en 1968 au représentant de l'ex-Union soviétique par certains dirigeants du Parti communiste tchécoslovaque invitant les armées du Pacte de Varsovie à intervenir en Tchécoslovaquie[3].

37. M. ECONOMIDES pense, comme M. Mikulka, que par « conditions de validité des actes unilatéraux », il faut entendre « conditions de validité au regard du droit international ». Toutefois, parmi lesdites conditions figure la condition de la légalité de l'acte sur le plan du droit interne, également envisagée dans la Convention de Vienne de 1969. Cette difficile question qui, comme M. Brownlie l'a souligné à juste titre, peut ne pas être pertinente dans tous les cas en ce qui concerne les actes unilatéraux, devra donc être abordée, mais il ne faut pas s'attendre à des progrès rapides eu égard à son extrême complexité.

38. M. CANDIOTI (Président du Groupe de travail) dit qu'il sera tenu compte, dans les travaux ultérieurs, des observations très pertinentes formulées notamment par MM. Brownlie, Mikulka et Economides et que le Rapporteur spécial s'attachera à structurer l'étude des différentes conditions de validité, notamment en les classant en fonction de leur nature puisque certaines touchent à la capacité des organes d'État à accomplir des actes unilatéraux, d'autres à l'éventualité d'un excès de pouvoir, d'autres à l'objet de l'acte — à sa légalité — et d'autres encore aux vices du consentement.

39. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial) se félicite des suggestions et orientations fournies, concernant ce sujet complexe, qui seront dûment prises en compte. Il pense que des projets d'articles accompagnés de commentaires pourraient constituer une formule intéressante pour les travaux à effectuer pour la cinquante et unième session. Il soumettra, dans son deuxième rapport, des propositions de texte concernant tant les conditions de validité des déclarations unilatérales que les deux ou trois projets d'articles.

40. M. GOCO estime que, pour éviter toute ambiguïté, il vaudrait mieux remplacer le terme *notorious* en anglais par *open and public*, en s'inspirant de la distinction entre action *in personam* et action *in rem*, cette dernière catégorie pouvant s'apparenter à des déclarations s'adressant au monde entier.

41. M. CRAWFORD s'opposera à toute limitation du sujet aux seuls actes *open and public*.

42. M. CANDIOTI (Président du Groupe de travail) rappelle qu'indépendamment du terme retenu, l'idée à exprimer est que la volonté doit se manifester et doit être susceptible d'être connue par le destinataire, selon des modalités propres aux circonstances de chaque acte.

43. M. ADDO est d'avis que *notorious* est un terme au sens juridique bien précis et doit donc être conservé.

44. M. ECONOMIDES pense qu'à la place de « notoire » on pourrait utiliser l'adjectif « publique », s'agissant d'une déclaration générale, et l'expression « connue de son destinataire », s'agissant d'une déclaration spéciale à caractère bilatéral; la formule « publique ou connue de son destinataire » permettrait donc de couvrir toutes les éventualités. La question est néanmoins d'une importance toute relative car ce point doit faire l'objet d'une étude plus approfondie.

45. M. HAFNER juge inappropriée la formule proposée par M. Economides pour remplacer le terme « notoire » dont l'équivalent en anglais semble poser un problème. Le terme « notoire » a été retenu par souci de concision pour exprimer le fait qu'une telle déclaration ne doit pas être prise dans le secret et doit être connue de tous, ou de son destinataire, si elle s'adresse à un État particulier. Il serait donc préférable de parler de déclaration s'adressant à tous *(erga omnes)* ou s'adressant à un État particulier.

46. Selon M. ROSENSTOCK, il vaudrait peut-être mieux, compte tenu des difficultés évoquées, s'en tenir à ce stade au terme « notoire » et laisser au Rapporteur spécial le soin d'approfondir cette question lorsque l'on en viendra à l'examen plus détaillé des conditions.

47. Le Rapporteur spécial ayant par ailleurs fait part d'une certaine préoccupation au sujet des réserves, cette question lui semble suffisamment non autonome pour être exclue du champ de l'étude. On pourrait probablement raccorder la question des réserves aux traités à la notion d'estoppel mais cela conduirait à trop élargir le champ du sujet.

48. M. BROWNLIE constate que les explications données par le Président du Groupe de travail à propos du choix du terme « notoire » font ressortir qu'il s'agit en fait d'un problème de rédaction tenant à ce que le terme anglais *notorious* a un sens très fort et ne signifie pas uniquement « public » mais « connu d'un très grand nombre ». Il serait regrettable de retenir en fin de compte un terme tel que « public » comme certains l'ont proposé, car cela restreindrait de façon injustifiable le champ de l'étude. Le fait, pour une déclaration, d'être publique peut être une condition suffisante, mais dans l'état actuel de la pratique ce n'est certainement pas une condition nécessaire.

[2] Voir « The end of Czecho-Slovakia: A day-to-day diary », *The Bulletin of International News*, The Royal Institute of International Affairs, Londres, vol. XVI, n° 6, 25 mars 1939, p. 255 et suiv.

[3] Voir « Exchange of letters between certain Warsaw Pact countries on the situation in Czechoslovakia — Warsaw, 15th-19th July, 1968 », en particulier n° 2, « Czechoslovak Communist Party to five Warsaw Pact Countries, 19th July, 1968 » , *British and Foreign State Papers, 1967-68*, vol. 169, Londres, H. M. Stationery Office, 1976, p. 982 et suiv. Voir également « Documents relatifs à l'intervention militaire soviétique en Tchécoslovaquie », *Revue générale de droit international public*, Paris, t. 73, n° 1, février-mars 1969, p. 253 et suiv.

49. M. HE estime qu'à ce stade le mot « déclaration » figurant entre crochets dans les paragraphes 8 et 11 devrait être supprimé.

50. M. BENNOUNA constate que la grande difficulté réside dans la délimitation du champ de l'acte unilatéral au sens juridique du terme. Les paragraphes 8 et 9 devraient être considérés comme une conclusion provisoire, une première approche de cette délicate question de délimitation. Il y est question de « l'expression autonome et notoire de la volonté d'un État » mais cette formule ne vise pas n'importe quelle expression de la volonté de l'État, car lorsqu'il participe à un traité, un État exprime aussi une volonté autonome. Pour être effectivement dans le domaine de l'acte unilatéral, il aurait fallu opter pour la formule « expression autonome de la volonté d'un État destinée par elle-même à produire des effets juridiques internationaux ». Lorsqu'il y a rencontre de volontés, on sort de l'acte unilatéral pour entrer dans le domaine de l'accord, même si celui-ci peut se réaliser par la rencontre de deux actes unilatéraux dans la forme, et c'est sur cette question que le Rapporteur spécial devrait, semble-t-il, se pencher dans son deuxième rapport.

51. Distinguer ce qui est du domaine de l'acte unilatéral *stricto sensu* et ce qui est du domaine de l'accord et de la coutume est une tâche d'une grande complexité car la coutume peut aussi être, comme la jurisprudence l'a montré, bilatérale et restreinte et il peut en outre y avoir des comportements et actes coutumiers ne concernant que deux ou trois États. M. Bennouna ne pense pas que la théorie de l'estoppel aurait dû être mentionnée à ce stade car elle fait partie de ces principes empruntés à un ordre juridique déterminé — anglo-saxon en l'occurrence — même si elle a été interprétée par la jurisprudence internationale à maintes occasions, notamment dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*[4]. Nul ne sait exactement s'il s'agit d'une sorte d'adaptation de la coutume. La théorie de l'estoppel doit en tout état de cause être manipulée avec beaucoup de précaution en vue d'être adaptée au niveau international. Au paragraphe 10 de son rapport, le Groupe de travail dit avec une grande prudence que le Rapporteur spécial devrait examiner la question de l'estoppel et celle du silence; la formulation reste très vague et il faut la prendre pour ce qu'elle est, à savoir qu'elle n'engage à rien, car, de l'avis de M. Bennouna, le silence n'a pas sa place dans l'étude des actes unilatéraux, sauf s'il s'agit de la conclusion d'un accord de façon tacite, lorsque le silence est caractérisé.

52. Le PRÉSIDENT constate que le rapport du Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États semble recueillir l'appui général malgré les observations et doutes formulés concernant certains points précis et que la Commission devrait donc pouvoir l'adopter.

La séance est levée à 11 h 40.

[4] Voir 2524e séance, note 7.

2544e SÉANCE

Mardi 9 juin 1998, à 10 h 10

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Al-Baharna, M. Bennouna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Rosenstock, M. Simma, M. Thiam, M. Yamada.

La nationalité en relation avec la succession d'États (A/CN.4/483, sect. A, A/CN.4/489[1], A/CN.4/L.557 et Corr.1 et 2)

[Point 5 de l'ordre du jour]

QUATRIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL ET RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL

1. M. MIKULKA (Rapporteur spécial) dit qu'il souhaite présenter brièvement son quatrième rapport sur la nationalité en relation avec la succession d'États (A/CN.4/489) qui a servi de base aux discussions du Groupe de travail sur la nationalité en relation avec la succession d'États. Quoique intitulé « Quatrième rapport sur la nationalité en relation avec la succession d'États », le rapport ne traite que de la deuxième partie du sujet, à savoir la nationalité des personnes morales. La Commission a décidé qu'elle n'examinerait cette partie qu'une fois achevés ses travaux sur la première partie, soit la nationalité des personnes physiques.

2. L'Assemblée générale, au paragraphe 5 de sa résolution 52/156, a invité les gouvernements à soumettre des commentaires et observations sur les problèmes d'ordre pratique que pose la succession d'États du point de vue de la nationalité des personnes morales afin d'aider la Commission à décider des travaux futurs sur cette partie du sujet. Il serait donc peut-être utile que la Commission mène une réflexion préliminaire sur l'orientation à donner à ses travaux sur la deuxième partie du sujet. C'est la raison pour laquelle le Rapporteur spécial soumet son quatrième rapport, qui résume les débats sur la deuxième partie du sujet à la Commission et à l'Assemblée générale. Il appelle l'attention sur le chapitre II, qui expose un certain nombre de questions que la Commission pourrait étudier. Au paragraphe 30 du rapport figure une recommandation tendant à ce que la Commission confie l'examen préliminaire de ces questions au Groupe de travail.

3. Parlant en tant que président du Groupe de travail sur la nationalité en relation avec la succession d'États, il souhaite également présenter le rapport du Groupe de travail (A/CN.4/L.557). Le Groupe de travail qu'il préside a été

[1] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

créé en vertu d'une décision de la Commission le 14 mai 1998[2]. Le Groupe de travail a examiné les questions abordées dans le chapitre II du quatrième rapport sur la nationalité au cours de deux séances, le 14 mai et le 2 juin 1998, et il s'est mis d'accord sur un certain nombre de conclusions préliminaires. La première conclusion est que, compte tenu de la définition actuelle du sujet, les questions en cause dans la deuxième partie sont trop spécifiques, et qu'il n'y a pas un besoin manifeste de les résoudre à des fins pratiques. De toute évidence, la Commission pourrait recommander à l'Assemblée générale qu'il soit mis fin à l'examen du sujet et que la question de la nationalité des personnes morales ne soit pas abordée, à présent que les travaux sur la nationalité des personnes physiques sont achevés. Le Groupe de travail a néanmoins souhaité examiner d'autres approches. Il est convenu qu'il existe, en principe, deux possibilités d'élargir le champ de l'étude des problèmes relevant de la deuxième partie du sujet. L'une et l'autre exigeraient une redéfinition du mandat de la Commission pour cette partie.

4. La première possibilité consisterait à élargir l'étude de la question de la nationalité des personnes morales de façon à ce qu'elle ne reste pas confinée dans le contexte de la succession d'États mais englobe la question de la nationalité des personnes morales dans le droit international en général. Le Groupe de travail a essayé de définir les avantages et les inconvénients d'une telle approche, un avantage étant qu'elle contribue à clarifier la notion générale de la nationalité des personnes morales dans les relations internationales. Une des difficultés auxquelles la Commission pourrait se heurter tient au fait qu'en raison de la grande diversité des législations nationales, elle aurait à faire face à des problèmes analogues à ceux qui sont apparus au cours de l'examen du sujet des immunités juridictionnelles. Les autres difficultés potentielles sont le risque de certains recoupements avec le sujet de la protection diplomatique, le caractère très théorique de l'étude et l'énormité d'une telle tâche, qu'il ne faudrait pas sous-estimer.

5. La seconde possibilité consisterait à maintenir l'étude dans le contexte de la succession d'États mais à dépasser le problème de la nationalité de manière à traiter aussi d'autres questions telles que le statut des personnes morales et les conditions de l'exercice de leurs activités consécutivement à la succession d'États. En conséquence, l'étude pourrait porter sur la façon dont les États concernés devraient traiter les personnes morales qui, en raison de la succession d'États, ont changé de nationalité (préservation et conditions de l'exercice de leurs activités durant la période intérimaire, c'est-à-dire avant qu'elles puissent remplir les conditions applicables aux personnes étrangères). Elle permettrait peut-être de voir jusqu'où la Commission pourrait aller dans l'examen des questions connexes telles que les droits de propriété et les droits et obligations contractuels des personnes morales. De l'avis du Groupe de travail, cette approche aurait l'avantage de contribuer à éclaircir un domaine plus vaste du droit de la succession d'États. Les difficultés auxquelles la Commission pourrait se heurter tiendraient au fait qu'elle serait confrontée à la grande diversité des législations nationales à cet égard et qu'il serait difficile de redéfinir le sujet.

6. Quelle que soit l'approche choisie, si la Commission décide de poursuivre l'examen de la deuxième partie du sujet, elle devra aborder un certain nombre de questions. Premièrement, l'étude devrait-elle être limitée au problème de la nationalité/du statut des personnes morales en droit international public ? La réponse paraît évidente, mais est-il possible de limiter l'étude strictement au droit international public et d'éviter même partiellement de pénétrer dans le domaine du droit international privé ? Quels problèmes de fond pourraient être étudiés ? Deuxièmement, à quelles relations juridiques l'étude devrait-elle être limitée ? Il a été souligné lors des débats à la Commission qu'à la différence des personnes physiques, les personnes morales n'ont pas nécessairement la même nationalité dans toutes leurs relations juridiques. La Commission devra par conséquent déterminer à quelles relations juridiques l'étude devrait être limitée.

7. Troisièmement, quelles catégories de personnes morales la Commission devrait-elle prendre en considération ? À la différence des personnes physiques, les personnes morales peuvent revêtir des formes diverses. Peuvent être dotés de la personnalité juridique des sociétés aussi bien privées que publiques, des organes, départements ou autres « instruments » de l'État, des sociétés transnationales et des organisations internationales. Il ne servirait à rien de traiter des sociétés transnationales et des organisations internationales dans une étude des effets de la succession sur la nationalité. Elles devraient cependant être envisagées si l'objet de l'étude est plus vaste et est étendu à des questions telles que les conditions d'exercice de leurs activités par des personnes morales consécutivement à une succession d'États. Enfin, quels pourraient être les résultats des travaux de la Commission sur cette partie du sujet et quelle forme pourraient-ils prendre ?

8. Le Groupe de travail a considéré que ses discussions avaient un caractère préliminaire car la Commission n'était pas priée de prendre une décision finale à la session en cours sur l'orientation future à donner à ses travaux. Le moment serait venu de prendre cette décision à la cinquante et unième session. Le Groupe de travail a pensé qu'il pourrait être néanmoins utile de cerner le type de problème que pourrait soulever l'examen de la nationalité des personnes morales et d'appeler l'attention des gouvernements sur ces problèmes, puisqu'ils devraient soumettre avant la fin d'octobre 1998 leurs observations sur les questions d'ordre pratique les intéressant dans le cadre de la deuxième partie du sujet. À la lumière de ces observations, la Commission pourrait, à sa cinquante et unième session, revenir sur les conclusions préliminaires du Groupe de travail et prendre une décision définitive sur l'orientation future à donner aux travaux sur la deuxième partie du sujet. À défaut de commentaires favorables de la part des États, il appartiendrait à la Commission de conclure que les États ne sont pas intéressés par l'étude de la deuxième partie du sujet et que, par conséquent, elle ne devrait pas entreprendre une telle étude.

9. M. BENNOUNA dit qu'il n'est pas convaincu de la nécessité de créer un groupe de travail au stade actuel, ni de l'efficacité de ses travaux tels qu'ils sont exposés dans

[2] Voir 2530e séance, par. 60.

le rapport. Loin d'éclairer la Commission sur la suite à donner au sujet, le rapport ne fait qu'obscurcir les choses. M. Bennouna a déjà appelé l'attention sur les problèmes que pose la succession des personnes morales du point de vue notamment des investissements, des droits acquis et du statut de la propriété privée.

10. La première approche proposée à la Commission est totalement hors sujet car la possibilité d'examiner la nationalité des personnes morales en droit international n'a jamais été envisagée. La Commission entrerait ainsi dans la sphère de la protection diplomatique, à savoir l'opposabilité de la nationalité en cas de violation des droits des personnes morales ou les effets du lien de nationalité avec une personne morale sur la relation du pays de nationalité avec le pays d'accueil, question sur laquelle un rapport sera présenté à la Commission à la session suivante. Ou bien la Commission serait amenée à examiner la conduite des sociétés transnationales, qui a fait l'objet d'un code sans effets[3]. Cette conduite peut entraîner le non-respect de la législation interne lorsque la société considérée se livre à un commerce « intrasociétal » dans un certain nombre de pays. Pour étudier la nationalité des personnes morales, il faudrait unifier le droit et essayer de voir si un tel concept existe dans la législation. C'est un travail qui incombe aux conférences spéciales d'unification et qui relève du domaine du droit international privé.

11. La seconde approche est la seule appropriée pour l'étude du sujet : le statut ou le sort des personnes morales en cas de succession d'États. Il faudrait demander aux États de soumettre leurs observations sur les problèmes qui se posent à cet égard et qui sont probablement moins graves que dans le cas des personnes physiques. Si, après tout, aucun problème n'est mentionné, alors il faudrait abandonner les travaux sur la deuxième partie du sujet et considérer que la Commission aura limité ses efforts à l'étude des effets de la succession d'États sur la nationalité des personnes physiques.

12. S'il s'agit d'une mort annoncée de la deuxième partie du sujet, il aurait été préférable, de l'avis de M. Bennouna, de faire un exposé plus exhaustif des nombreuses questions en cause. Par exemple, le problème de la grande diversité des législations nationales, mentionné dans la première phrase du paragraphe 9 du rapport du Groupe de travail, aurait pu être analysé. Soit dit en passant, le membre de phrase « au fait qu'elle serait confrontée » est superflu et devrait être supprimé.

13. La question essentielle, toutefois, est ce qui arrive au lien qui existe entre une personne morale et un ordre juridique donné en cas de changement de l'assise territoriale de cet ordre juridique. Ce lien a généralement un caractère formel et entraîne la reconnaissance d'une personne morale par l'ordre juridique. Mais bien d'autres problèmes pourraient aussi apparaître. Il serait peut-être utile de jeter un coup d'œil aux législations nationales ou aux accords internationaux réglementant la succession d'États en relation avec les personnes morales pour voir comment sont réglés les problèmes qui se posent en pareille situation. Il est parfaitement clair que les futurs travaux de la Commission devraient être fondés sur la seconde approche proposée dans le rapport du Groupe de travail.

14. M. BROWNLIE remercie le Président du Groupe de travail pour ses consciencieux efforts. La nationalité des personnes morales en droit international comme le statut des personnes morales en relation avec la succession d'États sont des sujets qui répondent aux critères visés dans le rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-neuvième session[4]. Toutefois, compte tenu de la difficulté à définir la nationalité des personnes morales, il serait illogique de se concentrer sur l'aspect « succession d'États » sans avoir d'abord étudié la nationalité des personnes morales. De l'avis de M. Brownlie, la définition devrait comprendre les universités, par exemple, et pas seulement les sociétés. Le sujet en est précisément au stade où il ne peut que présenter de l'intérêt pour la Commission : il n'est pas totalement nouveau, mais il n'est pas complètement élaboré non plus.

15. M. ROSENSTOCK dit que sa première réaction face au sujet de la nationalité des personnes morales a été que c'était un bon moyen d'élaborer des règles primaires qui seraient extrêmement utiles à ceux qui traitent des règles secondaires, comme dans le cas de la protection diplomatique. Mais ensuite il a commencé à en douter en voyant mentionner dans le rapport la grande diversité des législations nationales. Il a fini par se demander si la Commission pouvait aboutir à quelque chose de cohérent sur un concept aussi diversement interprété que celui de personnes morales, et par penser que peut-être elle faisait une fausse analogie entre la nationalité des personnes physiques et la nationalité des personnes morales et qu'elle était en train de s'écarter d'un sujet gérable pour se lancer dans un sujet beaucoup trop vaste.

16. De même, le statut des personnes morales en relation avec la succession d'États pose le problème de la diversité des pratiques nationales, ce qui amène à se demander si, d'un point de vue pratique, il convient d'entreprendre une telle étude et si des principes d'application générale pourraient facilement en découler. Aux paragraphes 10 et 11 de son rapport, le Groupe de travail indique qu'il partage les préoccupations de l'Assemblée générale à cet égard, note que les États n'ont apparemment pas montré autant d'intérêt pour cette partie du sujet et pose par conséquent, à juste titre, la question de savoir s'il faut poursuivre les travaux. Le paragraphe 11 est quelque peu ambigu, en ce sens qu'il laisse entendre que, si elle ne reçoit pas de commentaires des États, la Commission en déduira qu'ils ne sont pas intéressés et ne souhaitent pas que les travaux se poursuivent. C'est assez raisonnable, mais il faudrait peut-être nuancer en disant que, si les États sont favorables à la poursuite des travaux sur le sujet suivant la première ou la seconde possibilité proposée, ils devraient indiquer comment la nationalité des personnes morales est déterminée, quel type de traitement est accordé aux personnes morales qui, consécutivement à la succession d'États, sont devenues des personnes morales « étrangères », et ainsi de suite.

[3] E/1991/31/Add.1.

[4] *Annuaire... 1997*, vol. II (2e partie), par. 238, p. 72.

17. Dans l'ensemble, il valait la peine de se pencher sur la question de savoir s'il était utile de poursuivre les travaux sur le sujet au stade actuel. Les questions débattues ont été valables et ont effectivement conduit à se demander si la Commission peut aboutir à un texte contenant des observations générales utiles, compte tenu de la quasi infinie variété du sujet.

18. M. MELESCANU dit qu'il est d'accord avec M. Bennouna. La plupart des participants au Groupe de travail étaient opposés à la première possibilité parce que la Commission n'a pas reçu de l'Assemblée générale le mandat d'étudier de manière exhaustive la question de la nationalité des personnes morales en droit international, et la plupart des membres préféraient la seconde possibilité, à savoir étudier le statut des personnes morales en relation avec la succession d'États, étant entendu que la Commission ne devrait pas s'en tenir uniquement aux questions de succession.

19. Étant donné la formulation quelque peu ésotérique du rapport, il serait difficile à des profanes de comprendre quel a été le point de vue de la Commission et il pourrait donc être utile d'indiquer d'une manière plus directe que la plupart de ses membres ont été favorables à la seconde possibilité.

20. M. Melescanu pense aussi, comme M. Rosenstock, qu'il faudrait demander leur avis aux États et ne pas laisser dans le vague les activités ultérieures de la Commission. Il est trop vague et peu diplomatique de dire, au paragraphe 11, qu'à défaut de commentaires favorables de la part des États, il appartiendrait à la Commission de conclure qu'ils ne sont pas intéressés par l'étude de la deuxième partie du sujet. Il faudrait plutôt demander aux États leur avis sur l'utilité de l'effort entrepris par la Commission et sur la marche à suivre; la Commission pourrait alors décider de la façon dont elle devra poursuivre ses travaux. M. Melescanu partage l'avis de M. Brownlie : c'est un sujet très intéressant qui est peut-être suffisamment mûr pour la codification.

21. M. CRAWFORD dit que, des deux possibilités proposées dans le rapport du Groupe de travail, seule la deuxième est manifestement viable dans le cadre d'une étude axée sur la succession d'États. Comme d'autres membres, il pense que le sujet de la nationalité des personnes morales vaudrait peut-être la peine d'être étudié en soi et pourrait être envisagé par le Groupe de travail sur les nouveaux sujets. Mais la nationalité des personnes morales en général est un sujet qui dépasse de loin le cadre de la succession d'États. La difficulté qu'il y a à l'examiner dans ce cadre — qui est le cadre actuel et qui de toute évidence ne devrait pas être élargi — réside dans le fait qu'on n'a pas encore d'idée précise sur la notion de nationalité des personnes morales et sur la façon dont elle fonctionne, parce que la nationalité des personnes morales n'a que de lointaines analogies avec la nationalité des personnes physiques, c'est-à-dire des individus, en droit international. Un grand nombre de pays n'accordent pas la nationalité à leurs sociétés, et cette nationalité doit être attribuée *ex lege* par le droit international aux fins de la protection diplomatique.

22. Une autre raison de ne pas adopter la première approche est le risque de recoupements avec le sujet de la protection diplomatique. M. Crawford convient, avec le Rapporteur spécial et le Groupe de travail, qu'étudier simplement la question des effets de la succession d'États sur la nationalité des personnes morales serait indûment aride et que, si l'on devait vraiment examiner le sujet, il serait souhaitable d'en élargir la portée. Deux types de problèmes se posent alors : le premier, d'ordre pratique, est de voir si c'est utile. C'est au Rapporteur spécial d'en décider. Si M. Crawford s'en souvient bien, on ne trouve pas grand-chose sur le sujet dans la doctrine, mais il serait intéressant de savoir dans quelle mesure de réels problèmes se sont posés lors de cas récents de succession d'États. C'est là quelque chose que les gouvernements pourraient dire à la Commission, mais ils risquent aussi de ne pas le faire, parce qu'en théorie les gouvernements les plus susceptibles d'en parler à la Commission sont ceux qui se seront heurtés à des difficultés, or, il se peut qu'ils n'aient pas très envie de le dire. Il serait donc utile que le Rapporteur spécial donne un bref aperçu des problèmes éventuels dans son prochain rapport, qui présenterait une utilité en soi, que la Commission entreprenne ou non, par la suite, une étude à proprement parler du sujet.

23. La deuxième difficulté est de savoir où s'arrêter. M. Crawford sent instinctivement que la Commission ne traiterait pas même simplement de la question du maintien du statut des personnes morales, autrement dit du moment à partir duquel la succession est réputée avoir eu lieu. En dehors de toutes autres considérations, ce moment est une fiction, et ce serait alors très imprécis. Il est plus probable que la Commission commencerait à se pencher sur les problèmes difficiles du principe des droits acquis et de la continuité des droits acquis lors d'une succession dans le cas des personnes morales, et c'est là un aspect d'un sujet plus vaste, celui des droits acquis lors d'une succession, qui ne relève pas du mandat du Rapporteur spécial.

24. MM. Melescanu et Brownlie ont raison de dire que le sujet présente un intérêt général. Savoir s'il a une utilité pratique et si on peut formuler de manière suffisamment précise ce qu'il faut étudier est une autre question. Au lieu de soumettre aux États le texte formulé en termes négatifs au paragraphe 11, il vaudrait peut-être mieux être plus proactif et leur indiquer qu'un problème se pose effectivement, en leur demandant non seulement des directives mais aussi des informations. Le Rapporteur spécial pourrait aussi donner des précisions à la Commission afin qu'elle soit mieux en mesure de prendre une décision à sa cinquante et unième session sur la question de savoir si elle doit poursuivre ses travaux et comment elle doit procéder. Mais il est clair, semble-t-il, que, si la Commission va effectivement de l'avant dans le contexte du sujet actuel, alors elle doit le faire sur la base de la deuxième approche en la précisant quelque peu.

25. M. ECONOMIDES fait siennes les observations formulées par M. Melescanu en faveur de la deuxième approche, que la grande majorité des membres du Groupe de travail ont appuyée en critiquant la première. Il en a été de même pour les membres de la Commission, ce qui devrait être reflété dans le rapport pour montrer à la Sixième Commission que les deux possibilités ont été envisagées et que l'on a préféré la deuxième.

26. On pourrait ajouter, à la liste des avantages, qu'une étude réalisée sur la base de la deuxième approche permettrait à la CDI d'obtenir des renseignements utiles sur la pratique internationale dans les cas de succession d'États en ce qui concerne non seulement la nationalité des personnes morales mais aussi d'autres questions se rapportant au statut des personnes morales qui pourrait être modifié par une succession d'États. La pratique internationale récente est mal connue et il serait très utile d'avoir davantage d'informations sur ce point. On pourrait alors décider de poursuivre, ou non, l'examen du sujet. M. Economides pense par conséquent, comme MM. Bennouna, Brownlie et Crawford, notamment, qu'il faudrait présenter la deuxième approche d'une manière plus positive.

27. M. MIKULKA (Président du Groupe de travail sur la nationalité en relation avec la succession d'États) dit qu'il a encouragé le Groupe de travail à s'intéresser aussi à la première approche parce que, lorsque le Groupe de travail a, pour la première fois, entrepris de se pencher sur la deuxième partie du sujet, plusieurs membres de la Commission précédente se sont montrés intéressés, mais les seuls exemples qu'ils ont cités concernaient la nationalité des personnes morales en général et n'avaient aucun lien avec la succession d'États. La situation s'est reproduite à la Sixième Commission.

28. C'est donc en raison de l'intérêt manifesté par certains membres de la Commission, et par certaines délégations, pour la question de la nationalité des personnes morales en général mais pas nécessairement dans le contexte d'une succession d'États, qu'il a dû lui-même reconnaître qu'il existait deux possibilités d'élargir le champ de l'étude. Il ne voit pas ce qui pourrait être fait d'utile dans le cadre du mandat actuel, aux termes duquel la CDI devrait se concentrer sur la nationalité des personnes morales dans le contexte de la succession d'États. Étant donné que la notion de nationalité des personnes morales n'existe tout simplement pas dans certains systèmes juridiques, il semble que le sujet soit trop spécifique. On a exprimé, au Groupe de travail et à la Commission, une préférence pour la deuxième approche, mais cela n'est pas aussi clair en ce qui concerne les États. Le fait que deux ou trois délégations à la Sixième Commission ont dit qu'il serait utile d'en savoir plus sur la question de la nationalité des personnes morales ne signifie pas clairement que la communauté internationale est vraiment intéressée par le sujet. Il a semblé au Président du Groupe de travail que le plus utile était d'encourager la discussion à la Sixième Commission et de dire que, si elle souhaitait vraiment une étude de la deuxième partie du sujet, elle devait au moins indiquer à la CDI quels problèmes elle avait à l'esprit et quel devait être le cadre approprié de cette étude.

29. Le mieux, à présent, serait de suivre la procédure habituelle et de signaler, dans quelques paragraphes du rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquantième session, que le Groupe de travail a examiné un certain nombre de questions. Le rapport du Groupe de travail pourrait être annexé à celui de la Commission et, si celle-ci le souhaite, les questions soulevées durant le débat en cours pourraient être mentionnées afin d'indiquer aux gouvernements sur quels points précis la Commission souhaiterait qu'ils formulent des observations.

30. Le PRÉSIDENT suggère qu'il faudrait tenir compte de cette dernière proposition et que le rapport devrait être remanié de manière à ce qu'une décision soit prise le vendredi 12 juin1998. Le Président dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que les membres de la Commission sont d'accord pour procéder ainsi.

Il en est ainsi décidé.

Protection diplomatique *(fin*)* [A/CN.4/483, sect. E, A/CN.4/484[5], A/CN.4/L.553]

[Point 6 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL

31. M. BENNOUNA (Président du Groupe de travail sur la protection diplomatique) dit que le Groupe de travail, qui s'est réuni à deux reprises, a pris en compte son rapport préliminaire, en tant que Rapporteur spécial sur le sujet de la protection diplomatique (A/CN.4/484).

32. Après avoir rappelé la nécessité de se fonder sur le droit coutumier en la matière, le Groupe de travail a réaffirmé le caractère secondaire des normes en question par opposition aux règles primaires, à savoir les droits et obligations relatifs au statut des étrangers. Il est bien entendu que l'on se référera à ces règles primaires chaque fois que nécessaire pour clarifier telle ou telle norme secondaire. La même méthodologie a été préconisée par M. Crawford, Rapporteur spécial pour le sujet de la responsabilité des États. Les deux Rapporteurs spéciaux ont donc la même approche en ce qui concerne les règles secondaires.

33. L'alinéa *c* du paragraphe 2 du rapport du Groupe de travail est essentiel dans le cadre des discussions auxquelles le rapport préliminaire a donné lieu. Le droit de l'État d'exercer la protection diplomatique est bien distinct des droits et intérêts de ses nationaux pour lesquels il agit. Mais ces deux éléments de la protection diplomatique se complètent parfaitement dans la mesure où l'État, en exerçant la protection diplomatique, se doit de tenir compte des droits et intérêts de ses ressortissants. L'État a le droit d'agir au plan international et ses ressortissants jouissent de droits que l'État d'accueil a l'obligation internationale de respecter.

34. Appelant l'attention sur un point d'ordre rédactionnel, M. Bennouna dit qu'il faudrait remplacer, à la deuxième phrase du paragraphe en question, les mots « dans l'exercice de ce droit » par « dans cet exercice » pour que cette phrase soit en harmonie avec la première. Il espère que le secrétariat prendra note de cette modification et publiera un rectificatif.

35. À l'alinéa *d* du paragraphe 2, le Groupe de travail souligne l'important développement du droit international qui accorde désormais une reconnaissance et une protection accrues aux droits des individus et permet à ces derniers d'avoir davantage accès directement et indirec-

* Reprise des débats de la 2523e séance.

[5] Voir *supra* note 1.

tement aux instances internationales pour faire valoir leurs droits. Cette évolution devrait être examinée à la lumière de la pratique des États. Le Groupe de travail a estimé que le droit de l'État d'exercer la protection diplomatique était un droit discrétionnaire que les gouvernements pouvaient toutefois exercer en vertu de leur législation interne à l'égard de leurs nationaux (par. 2, al. *e*). Selon l'alinéa *f* du paragraphe 2, le Groupe de travail a suggéré que la Commission demande aux gouvernements de lui fournir certaines informations, par exemple sur leur législation interne et les décisions des tribunaux nationaux, et, d'après l'alinéa *g* du paragraphe 2, il a rappelé la décision prise antérieurement par la Commission d'achever la première lecture d'ici la fin du quinquennat en cours.

36. Au paragraphe 3, il est dit que le Groupe de travail a suggéré que le deuxième rapport du Rapporteur spécial soit axé sur les questions soulevées dans le chapitre premier du schéma général proposé à la session précédente[6]. Pour terminer, M. Bennouna remercie les membres du Groupe de travail de leur coopération et de leur ouverture d'esprit, qui ont permis de déterminer les éléments sur la base desquels seront établis les futurs rapports sur le sujet.

37. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA, se référant à l'alinéa *e* du paragraphe 2 du rapport du Groupe de travail, dit qu'il préférerait que la deuxième partie de la première phrase soit libellée comme suit : « ne l'empêche pas de définir les conditions et les modalités d'exercice du droit de ses nationaux à la protection diplomatique ». Le texte actuel « ne l'empêche pas de prendre auprès de ses nationaux l'engagement d'exercer ce droit » prête un peu à confusion, à son avis, en particulier lorsqu'il est lu conjointement avec la deuxième phrase du paragraphe. M. Pambou-Tchivounda n'insistera pas, cependant, sur ce point.

38. M. AL-BAHARNA propose de reformuler la première phrase de l'alinéa *e* du paragraphe 2 du rapport du Groupe de travail, afin d'indiquer que le pouvoir discrétionnaire de l'État d'exercer la protection diplomatique n'affecte pas son devoir d'admettre les prétentions légitimes de ses nationaux en matière de protection diplomatique.

39. M. BENNOUNA (Président du Groupe de travail sur la protection diplomatique) dit qu'en rédigeant ce paragraphe, le Groupe de travail avait à l'esprit les interventions de certains membres qui avaient dit que la constitution de leur pays allait jusqu'à reconnaître le droit de leurs nationaux à la protection diplomatique de l'État. Le Groupe de travail a pensé qu'il pouvait être utile de mentionner ces pratiques, mais il a voulu insister sur leur portée purement interne.

40. En réponse à une question de M. GOCO concernant l'alinéa *f* du paragraphe 2, il dit qu'il n'est pas proposé que la Commission demande aux gouvernements de formuler des observations. Elle doit seulement demander de la documentation sur la législation et la pratique nationales.

41. M. MELESCANU reconnaît que le libellé de la première phrase de l'alinéa *e* du paragraphe 2 est loin d'être parfait et qu'il faudrait s'efforcer de trouver une meilleure formulation qui reflète le long débat qui a eu lieu. Toutefois, il aurait du mal à accepter la proposition de M. Pambou-Tchivounda, qui semble rouvrir le débat sur la délicate question du caractère discrétionnaire du droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique.

42. M. CRAWFORD, appuyé par M. ROSENSTOCK, dit qu'au stade préliminaire actuel de l'examen du sujet la Commission devrait s'abstenir d'engager un débat de fond sur le point soulevé à l'alinéa *e* du paragraphe 2.

43. M. GALICKI dit qu'en tant que citoyen de l'un des pays, visés dans ce paragraphe, qui ont reconnu le droit de leurs nationaux à la protection diplomatique de leur gouvernement, il accepte totalement la formulation proposée par le Groupe de travail.

44. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que les membres de la Commission sont d'accord pour maintenir l'alinéa *e* du paragraphe 2 sous sa forme actuelle et pour renvoyer le rapport du Groupe de travail au Comité de rédaction afin qu'il soit formellement adopté le vendredi 12 juin 1998.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 11 h 35.

2545e SÉANCE

Mercredi 10 juin 1998, à 10 h 10

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Bennouna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kusuma-Atmadja, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Rosenstock, M. Simma, M. Yamada.

Les réserves aux traités *(suite*)* [A/CN.4/483, sect. B, A/CN.4/491 et Add.1 à 6[1], A/CN.4/L.563 et Corr.1 et 2]

[Point 4 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite*)*

GUIDE DE LA PRATIQUE *(suite*)*

[6] Voir 2522e séance, note 8.

* Reprise des débats de la 2542e séance.

[1] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

PROJET DE DIRECTIVE 1.1.2 *(fin*)*

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à reprendre l'examen du projet de directive 1.1.2, « Moment auquel une réserve est formulée », proposé par le Rapporteur spécial dans le document ILC(L)/INFORMAL/12.

2. M. HAFNER rappelle que la Convention de Vienne de 1969 prévoit en son article 23, qui traite de la procédure relative aux réserves, qu'une réserve peut être formulée lors de la signature du traité, puis doit être confirmée au moment où l'État qui en est l'auteur exprime son consentement à être lié par le traité. Il conseille donc de modifier légèrement le début du texte en disant : « une réserve peut être formulée ou confirmée par un État ».

3. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit que le projet à l'examen est calqué sur ce qu'il est convenu d'appeler la définition de Vienne, dans laquelle il n'est pas question de confirmation. Mais la modification proposée par M. Hafner est tout à fait acceptable. Le Comité de rédaction en sera sans doute d'accord.

4. M. ECONOMIDES constate que le projet de directive passe sous silence le cas, relativement fréquent, des réserves tardives. Il arrive en effet qu'un État oublie de déposer la réserve qu'il a l'intention de formuler, alors même qu'elle a été approuvée par son parlement. L'expérience enseigne, et la Section des traités du Bureau des affaires juridiques de l'ONU confirme, que l'on demande dans ce cas à tous les contractants s'ils sont d'accord pour consentir à une sorte de procédure de rattrapage. C'est une solution utile, qui existe bel et bien dans la pratique. Peut-être conviendrait-il de la formaliser dans le Guide de la pratique.

5. M. PELLET (Rapporteur spécial) confirme l'existence de la situation évoquée par M. Economides — et cite le cas de l'Égypte qui a oublié de formuler la réserve qu'elle avait à faire au moment où elle a signé la Convention de Bâle de 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination. Elle a voulu, deux ans plus tard, réparer cet oubli, mais en faisant une « déclaration »[2] qui a provoqué un tollé parmi les autres États parties. Le cas mérite donc d'être envisagé dans le Guide de la pratique, mais il semble qu'il faudrait le régler non pas dans le contexte des définitions mais dans la partie qui suivra, relative aux modalités de formulation des réserves.

6. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que les membres de la Commission souhaitent renvoyer le projet de directive 1.1.2 au Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

PROJETS DE DIRECTIVES 1.1.3 ET 1.1.8

7. M. ECONOMIDES constate que les projets de directives 1.1.3 et 1.1.8 traitent du même sujet et portent le même titre : « Réserves à portée territoriale » et qu'il conviendrait peut-être de les examiner conjointement.

8. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit que les deux dispositions sont en effet très voisines. Il les a présentées séparément dans un but pédagogique, pour faire bien voir que la première se place du point de vue *ratione temporis* et la seconde du point de vue *ratione loci*.

9. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner ensemble les projets de directives 1.1.3 et 1.1.8.

10. M. PELLET (Rapporteur spécial), expliquant d'abord le projet de directive 1.1.3, rappelle qu'il arrive qu'un traité ne soit pas appliqué à tout le territoire placé sous la juridiction de l'État qui le signe. L'article 29 de la Convention de Vienne de 1969 envisage ce cas *a contrario*. Mais cet État peut décider d'étendre l'application du traité à un territoire auquel le traité ne s'appliquait pas auparavant. À cette occasion, il peut assortir la notification d'extension d'une nouvelle réserve, propre au territoire dont il s'agit. Deux exemples de cette situation (Macao et Hong Kong) sont évoqués au paragraphe 25 du document ILC(L)/INFORMAL/11. La pratique est non seulement relativement fréquente, elle est aussi relativement ancienne puisqu'elle renvoie à ce qu'on appelait la « clause coloniale ». Elle n'a jamais suscité de problème dans son principe. Il s'ensuit qu'il faut légèrement modifier la définition de la réserve qui peut, comme le montrent ces exemples, être formulée au moment de la « notification d'application territoriale » — comme aussi, d'ailleurs, au moment de la notification de succession. Le Rapporteur spécial renvoie sur ce sujet à l'excellent article de Renata Szafarz[3].

11. Quant au projet de directive 1.1.8, il vise à résoudre la question de savoir si la déclaration unilatérale tendant à exclure une partie de territoire du champ d'application d'un traité peut être qualifiée de réserve. La doctrine est hésitante, comme le montrent les travaux de Frank Horn[4], qui reste l'un des meilleurs auteurs sur le sujet. Mais, pour le Rapporteur spécial, la réponse est indiscutablement affirmative.

12. Le point de départ du raisonnement est l'article 29 de la Convention de Vienne de 1969. Il en ressort que, lorsqu'un État exclut ou limite l'application d'un traité qui s'applique normalement à l'ensemble du territoire de chaque partie conformément à cet article, il cherche à « exclure ou modifier l'effet juridique » du traité, ce qui est la définition de la réserve. La chose est si évidente qu'il n'était peut-être même pas nécessaire de rédiger une directive sur ce point. On peut en revanche s'interroger sur la dernière clause du texte proposé : « quelle que soit la date à laquelle elle est faite ». En effet, ce type de réserve par déclaration unilatérale d'exclusion ne peut intervenir qu'à deux moments : lorsque l'État exprime son consentement à être lié par le traité et lorsqu'il fait une notification d'application territoriale. On pourrait donc remplacer le membre de phrase en cause par la mention de ces deux occasions. Le Comité de rédaction pourrait utilement s'occuper de cette question.

[2] Voir *Traités multilatéraux...* (2542e séance, note 3), p. 969 et 970, note 5.

[3] R. Szafarz, « Reservation to multilateral treaties », *Annuaire polonais de droit international*, *1970-III*, Varsovie, Ossolineum, 1972, p. 293.

[4] F. Horn, *Reservations and interpretative declarations to multilateral treaties*, La Haye, T.M.C. Asser Instituut (Amsterdam, Oxford, North-Holland), 1988.

13. M. BENNOUNA se félicite des explications données par le Rapporteur spécial sur un aspect du sujet qui lui paraît fondamental. Ces explications cependant ne le convainquent pas tout à fait.

14. En premier lieu, il y a le fait que la limitation de l'application territoriale d'un traité serait assimilée à une réserve. On touche là à une règle fondamentale de droit international qui veut que lorsqu'un État s'engage, il engage sa population et son territoire, c'est-à-dire tous ses éléments constitutifs, selon la définition même de l'engagement international. Une réserve concernant un certain territoire n'est donc pas une réserve sur une disposition du traité, dont on pourrait aménager l'application, c'est une réserve sur l'engagement total de l'État. Une telle restriction doit être négociée au moment de l'élaboration du traité. Le contraire serait dangereux car on peut imaginer qu'un État, mis devant les difficultés que présente pour lui l'application d'un traité à une certaine partie de son territoire, s'empresse de faire par la suite une réserve *ratione loci*.

15. Il y a, en deuxième lieu, dans le projet de directive 1.1.3, la mention du « territoire concerné ». On voit mal de quel territoire il peut s'agir. Le Rapporteur spécial a expliqué la différence qu'il percevait entre juridiction et souveraineté de l'État sur un territoire, mais si la réserve vise une partie de territoire qui n'a pas exactement le même statut que le reste du territoire de l'État — territoire non autonome ou territoire d'outre-mer —, c'est qu'il y a un problème de fond. Le Rapporteur spécial a parlé de « clause coloniale ». Mais il n'y a plus de clause coloniale, parce qu'il n'y a plus de colonialisme. Si un État a compétence pour traiter un territoire d'une façon particulière, il faut se demander à quel titre il l'a. En droit contemporain, si un État ne peut s'engager internationalement pour une partie de son territoire, il faut commencer par discuter du problème de ce territoire du point de vue du principe du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Le problème se pose donc à un niveau bien plus profond que le cas de figure de la simple réserve.

16. En troisième lieu, M. Bennouna constate que, dans le projet de directive 1.1.8, il est dit simplement que la déclaration unilatérale « vise à exclure » l'application d'un traité, alors que, selon le projet de directive 1.1.3, elle « vise à exclure ou à modifier ». Le second verbe signifie-t-il que l'État peut à un moment donné — lequel d'ailleurs ? — revenir sur son engagement par voie de déclaration excluant du champ d'application de l'ensemble du traité une certaine partie de son territoire ? Là encore, il est impossible de voir dans cette situation la figure d'une simple réserve. On peut même considérer que ce type de déclaration est « contraire au but et à l'objet du traité » puisqu'il modifie l'engagement de l'État pris dans sa globalité, qui, comme M. Bennouna l'a dit précédemment, est l'essence même d'un traité. La question est fondamentale, elle ne peut se résoudre si rapidement et si légèrement.

17. M. Bennouna en conclut que les deux projets de directives à l'examen ne peuvent être transmis en l'état au Comité de rédaction. Ils appellent à son avis une élaboration plus poussée, qui permettra d'en préciser la signification exacte.

18. M. HAFNER est d'avis que les deux projets de directives posent plus ou moins les mêmes problèmes.

19. Le principe de base est que, si un acte est qualifié de « réserve », il en résulte automatiquement l'application à cet acte du régime des réserves. Tel n'est pas le cas en l'occurrence d'une déclaration sur la portée territoriale exigeant incontestablement le consentement des autres États et ne pouvant avoir un caractère unilatéral que si le traité le prévoit expressément. De plus, lorsque le traité contient effectivement une telle disposition expresse, la question de savoir si une déclaration à cet effet peut être qualifiée de réserve a d'autant plus d'intérêt que, si la réponse est affirmative, cela exclut automatiquement, en vertu des dispositions de la Convention de Vienne de 1969, la possibilité de toute autre réserve. Par exemple, la Convention sur l'assistance en cas d'accident nucléaire ou de situation d'urgence radiologique est totalement muette en ce qui concerne les réserves mais prévoit expressément la possibilité, pour les États, de déclarer qu'ils ne se considèrent pas liés par certaines dispositions en matière de responsabilité civile. Il est incontestable que, si un État fait une déclaration en vertu de cette clause facultative d'exclusion, et que celle-ci est considérée comme une réserve, cela exclura automatiquement la possibilité de toute autre réserve à cette convention, alors que tel n'était certainement pas l'intention de ses auteurs. La Commission doit donc clairement déterminer si les déclarations visées par les projets de directives 1.1.3 et 1.1.8 sont destinées à devenir des réserves au sens technique de la Convention de Vienne de 1969 ou si elles doivent être réputées établir un régime distinct de celui des réserves applicables au traité considéré. À cet égard, M. Hafner partage l'opinion de Horn exposée dans le troisième rapport du Rapporteur spécial sur les réserves aux traités (A/CN.4/491 et Add.1 à 6).

20. M. ECONOMIDES dit que, eu égard à l'effet qui s'attache aux déclarations visées dans les projets de directives 1.1.3 et 1.1.8, ces déclarations constituent des réserves au sens juridique du terme, à condition que le traité prévoie la possibilité de telles déclarations. En l'absence d'une clause permissive dans le traité, il s'agirait d'un acte illicite. Le point de savoir si cela doit être dit dans les deux projets de dispositions est une autre question qui relève peut-être du Comité de rédaction.

21. Sur le plan technique, M. Economides se demande d'une part si, dans le cas du projet de directive 1.1.3, il y a une réelle impossibilité juridique d'exclure l'application de tout le traité comme il est prévu dans le cas du projet de directive 1.1.8 et, d'autre part, pourquoi il n'est pas précisé dans le projet de directive 1.1.3 comme il l'est dans le projet de directive 1.1.8 que, en l'absence d'une telle déclaration, le traité serait applicable sur l'ensemble du territoire. Il existe par ailleurs une différence entre les deux projets de directives pour ce qui concerne la date de l'acte, sur laquelle le Rapporteur spécial lui-même a exprimé quelques hésitations. M. Economides se demande donc si, les deux projets de directives étant très liés l'un à l'autre, une fusion ne pourrait pas être éventuellement envisagée, tout en étant conscient que cela suppose un travail qui n'a pas encore été fait.

22. M. ROSENSTOCK exprime son plein accord avec l'observation de M. Economides selon laquelle la Com-

mission n'est pas en train de déterminer si telle ou telle réserve est ou non licite mais qu'elle définit les cadres factuels dans lesquels des réserves peuvent intervenir, en supposant qu'elles sont par ailleurs valides. Il ne peut dès lors souscrire aux propos de M. Hafner.

23. Il croit bon par ailleurs de maintenir une distinction entre les concepts exprimés respectivement dans les projets de directives 1.1.3 et 1.1.8, le premier se rapportant au *quand* et le second étant relatif au *quoi*, mais d'en faire éventuellement deux paragraphes d'une même directive. Enfin, dans le projet de directive 1.1.8, le membre de phrase « quelle que soit la date à laquelle elle est faite » devrait être maintenu parce que, dans le contexte du *quoi*, l'élément temporel n'est pas déterminant.

24. M. MIKULKA partage les hésitations de M. Bennouna pour ce qui est des deux dispositions examinées. Contrairement à M. Rosenstock, il ne comprend pas pourquoi le problème est traité deux fois ni quel est l'intérêt du membre de phrase « quelle que soit la date à laquelle elle est faite » qui figure à la fin du projet de directive 1.1.8 et qui introduit une confusion absolue.

25. Le projet de directive 1.1.8 pose d'ailleurs d'autres problèmes. Ainsi, le fait que cette règle vise l'exclusion de l'application d'un traité dans son ensemble, même si cette exclusion ne concerne qu'une certaine partie du territoire, n'est pas conciliable avec la définition de la réserve, laquelle vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de « certaines dispositions du traité ». Par ailleurs, même l'exclusion de certaines des dispositions du traité que vise aussi ce projet de directive ne relève pas de la définition d'une réserve puisque les dispositions exclues dans une certaine partie du territoire restent *applicables à l'État* dans le reste du territoire. Il ne s'agit donc que d'une restriction de l'assiette territoriale. À son avis, la Commission devrait d'abord examiner le régime des réserves et des objections et revenir ultérieurement sur la question des réserves à portée territoriale afin de déterminer si c'est vraiment le régime des réserves qui doit être applicable aux situations visées.

26. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA souscrit tout d'abord aux observations tant de M. Bennouna que de M. Mikulka. Il pense par ailleurs qu'il y a derrière les deux dispositions examinées une sorte de préalable que tous les membres de la Commission ne saisissent pas très bien et que le Rapporteur spécial pourrait peut-être expliquer concrètement.

27. À l'instar de M. Rosenstock, il est d'avis que les deux projets de dispositions devraient rester séparés; ils pourraient faire l'objet de deux paragraphes intitulés respectivement « Réserves à portée territoriale *ratione temporis* » et « Réserves à portée territoriale *ratione loci* ».

28. M. BENNOUNA pense, comme M. Hafner, que s'il existe une disposition du traité prévoyant la possibilité d'en scinder ou d'en aménager la portée territoriale, le type de déclaration envisagé pourrait mériter la qualification de réserve. Par ailleurs, faisant fond sur l'intervention de M. Mikulka, il souligne l'opportunité de réfléchir au fonctionnement de ce type de réserve par rapport au système général; ainsi, lorsque est formulée une réserve à portée territoriale et qu'il est fait une objection simple à cette réserve, on peut s'interroger sur la portée de cette objection puisque, dans ce cas, l'État qui fait objection ne peut pas appliquer la réciprocité en excluant, lui aussi, une partie de son territoire.

29. Eu égard au caractère très particulier de ce type de réserve, il se demande en conclusion s'il ne serait pas plus simple de traiter la question de leur utilité et de leur introduction dans le système général des réserves à la fin, plutôt qu'au début, de l'exercice.

30. M. SIMMA considère tout d'abord, comme le Rapporteur spécial, que les réserves visées dans les projets de directives 1.1.3 et 1.1.8 constituent de véritables réserves. Il fonde en particulier cette conclusion sur la doctrine de l'école de Vienne, représentée notamment par M. Kelsen, pour laquelle le champ d'application territorial ou personnel d'un traité fait partie intégrante de la norme, au même titre que son champ d'application matériel; dès lors, si un État modifie, par une déclaration, le champ d'application territorial ou personnel d'un traité, la norme s'en trouve modifiée et la déclaration doit être traitée comme une réserve.

31. Il pense, en deuxième lieu, que c'est prendre le problème à l'envers que de considérer qu'une déclaration ne peut être une réserve parce que le régime des réserves énoncé dans la Convention de Vienne de 1969 ne convient pas à cette déclaration. À son avis, la Commission devrait au contraire commencer par qualifier une déclaration de réserve puis s'attacher à en expliquer le régime. Ce faisant, elle pourrait constater que le régime très modeste énoncé dans la Convention de Vienne de 1969 ne convient pas et qu'il incombe dès lors au Rapporteur spécial de proposer des solutions; cela s'est déjà produit à la quarante-neuvième session pour ce qui est des traités relatifs aux droits de l'homme. Autrement dit, ce n'est pas, par exemple, parce que la réciprocité ne s'applique pas que la déclaration considérée ne saurait constituer une réserve.

32. Pour ce qui est de l'observation de M. Hafner, selon laquelle l'existence, dans un traité, d'une clause facultative d'exclusion conduirait à s'interroger sur l'admissibilité d'autres réserves, M. Simma estime qu'il est aberrant de tenter d'appliquer le régime de Vienne sur les réserves à ce type de clause, sauf à aboutir à la conclusion qu'il serait possible de formuler une objection à l'égard de l'État qui utilise ladite clause. Des déclarations faites sur la base de clauses facultatives d'exclusion ne doivent pas être considérées comme des réserves au sens des articles 19 et suivants de la Convention de Vienne de 1969.

33. M. HAFNER dit que le problème est certainement de savoir quel acte peut être qualifié de réserve, en partant du postulat que le régime de Vienne ne peut être modifié. Dès lors, un acte ne peut être qualifié de réserve que s'il cadre avec ce régime. Considérant, comme M. Simma, qu'une clause facultative d'exclusion n'est pas une réserve au sens de la Convention de Vienne de 1969, il n'en constate pas moins que les déclarations visées dans les projets de directives 1.1.3 et 1.1.8 sont très proches d'une déclaration faite en vertu d'une telle clause parce que la modification de l'application territoriale ne peut intervenir que si cette possibilité est expressément prévue dans le traité ou si les autres États l'acceptent. Le résultat est donc le même, que l'on parle, ou non, de

clause facultative d'exclusion, et le problème est donc de savoir s'il y a une unité du régime des réserves applicable à un traité pour toutes les déclarations destinées à en modifier l'applicabilité, qu'elles concernent sa substance ou son application géographique.

34. M. SIMMA ne peut approuver l'idée que, si un traité ne prévoit pas la possibilité d'une restriction de son application territoriale, une déclaration unilatérale à cette fin ne serait pas licite. De fait, il y aurait lieu de recourir précisément aux mêmes critères de licéité que ceux appliqués à d'autres réserves, c'est-à-dire d'examiner la compatibilité de la déclaration en cause avec l'objet et le but du traité; et il est tout à fait concevable que des déclarations faites conformément aux projets de directives 1.1.3 ou 1.1.8 laissent l'objet et le but du traité parfaitement intacts et ne soient inspirées par aucune arrière-pensée coloniale.

35. M. ECONOMIDES pense qu'il est faux de dire qu'un État pourrait formuler une réserve de limitation territoriale même si le traité ne contient pas de disposition spéciale à cet égard; ou alors, à supposer qu'un État formule une telle réserve, celle-ci devrait être acceptée par les autres États contractants, ce qui constituerait un accord modifiant l'accord préexistant. Si la réserve n'est pas acceptée, elle sera dépourvue de validité.

36. M. SIMMA dit qu'un tel raisonnement revient à dire qu'en l'absence, dans un traité, d'une disposition spéciale autorisant une modification de son application territoriale, une réserve à cet égard serait illicite et que, dès lors, cette réserve devrait être autorisée, ou acceptée, par les autres États. En fin de compte, des réserves illicites pourront devenir licites si elles sont acceptées par les autres États. C'est là un point de vue qui cadre difficilement avec l'économie des articles 19 et suivants de la Convention de Vienne de 1969.

37. M. PELLET (Rapporteur spécial) demande d'abord instamment aux membres de la Commission, à titre préliminaire, de ne pas mélanger les problèmes de définition et ceux de licéité. Il est très important de garder à l'esprit que la Commission définit une catégorie intitulée « réserves » et que, parmi les déclarations unilatérales qu'elle qualifiera de réserves, il y en a qui apparaîtront comme licites une fois que les règles de Vienne telles qu'elles seront précisées leur auront été appliquées, et d'autres dont il faudra constater qu'elles sont illicites. Deuxièmement, rappelant que le contenu de son rapport est plus étoffé que celui de sa présentation orale, il invite notamment MM. Bennouna et Pambou-Tchivounda à se reporter en particulier au paragraphe 69 du document ILC(L)/INFORMAL/11 d'où il ressort que le problème des territoires non autonomes n'est pas complètement secondaire et qu'il se pose en dehors de tout renvoi à la clause coloniale.

38. Pour ce qui est du débat entre MM. Simma et Hafner, il précise que le but concret d'une définition et, partant, de la démarche de la Commission, est de savoir si le régime de ce qu'on définit va trouver ou non à s'appliquer. À cet égard, M. Simma a raison sur un plan académique et abstrait, tandis que M. Hafner a raison pratiquement puisque ce qui importe est de savoir si un acte est une réserve au sens de la définition de Vienne, auquel cas le régime de Vienne s'appliquera. Le Rapporteur spécial n'est pas pour autant convaincu par tous les arguments de M. Hafner car, à son avis, on ne peut pas faire une césure absolue en affirmant que toutes les règles de Vienne s'appliqueront forcément à tous les types de réserves; il y a des « objets juridiques non identifiés » ou « OJNI » qui ressemblent beaucoup à des réserves mais auxquels le régime juridique des réserves n'est, probablement, pas intégralement applicable. L'exercice sera donc certainement plus long et plus difficile qu'il ne l'avait envisagé au départ et conduira la Commission à affiner un peu le régime d'application des différentes règles de Vienne.

39. Dans un domaine aussi compliqué, le Rapporteur spécial n'est pas certain d'avoir prévu dans le détail tout ce qui peut découler d'éventuelles décisions sur la définition, mais il fallait bien commencer par quelque chose.

40. Contrairement à MM. Mikulka et Bennouna, il pense que la Commission devrait, non pas mettre de côté le problème des réserves à portée territoriale, mais essayer de prendre une position et de voir quelles en seraient les implications, étant entendu que, s'agissant de la première lecture, il sera toujours possible de procéder à des ajustements en cas de besoin. Si elle laisse le problème de côté, la Commission risque de l'oublier complètement et de ne pas faire l'effort, le moment venu, de le remettre sur le chantier.

41. Le Rapporteur spécial retient surtout du débat qu'il aurait confondu, sinon dans le fond du moins dans la forme, deux types de déclaration unilatérale à portée territoriale, à savoir la déclaration par laquelle un État décide de ne pas appliquer un traité donné à un territoire donné, ou notification d'exclusion d'application territoriale, et les réserves qu'à l'occasion d'une notification d'application territoriale un État peut formuler à propos d'un territoire donné. Dans le premier cas, la question se pose de savoir si cette déclaration est, ou non, une réserve : pour M. Hafner, la réponse est, sans appel, négative; pour le Rapporteur spécial, la réponse ne peut être aussi tranchée, et l'hésitation est permise. À supposer, par exemple, que le Danemark déclare ne pas souhaiter appliquer un traité donné aux îles Féroé, le Rapporteur spécial pense qu'il s'agit bien là d'une réserve, en ce sens que si cette déclaration unilatérale n'était pas faite, le traité s'appliquerait très probablement aux îles Féroé. Il a quelque hésitation sur un seul point, lorsque M. Hafner fait observer que si on admet qu'il s'agit bien là d'une réserve alors même qu'elle est prévue par le traité, cela signifierait que, aux termes de l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969, toutes les autres réserves sont interdites. Reprenant le raisonnement qu'il a développé plus tôt, le Rapporteur spécial précise que si la Commission admet qu'il s'agit là d'une réserve, elle devra alors systématiquement, lorsqu'elle passera en revue les autres dispositions de la Convention de Vienne de 1969 y relatives, se demander si ces dispositions sont applicables ou non. Et il faudra alors qu'elle reconnaisse qu'une simple exclusion d'application territoriale — qui, pour le Rapporteur spécial est une réserve, parce que, à tous autres égards, elle correspond à la définition de Vienne — ne peut pas être considérée comme excluant les réserves dans l'autre sens. Ceci semble conforme à l'esprit de la Convention de Vienne de 1969. Dans le second cas, par exemple, le Danemark noti-

fie qu'il est prêt à appliquer un traité aux îles Féroé, à l'exception d'un article donné. Il s'agit là indiscutablement, de l'avis du Rapporteur spécial, d'une vraie réserve, puisque cette notification a bien pour objet de moduler l'application d'une disposition d'un traité à l'égard d'un territoire donné. C'est une réserve qui change l'application du traité considéré en ce qui concerne le Danemark et qui correspond très exactement à la définition de Vienne. Le Rapporteur spécial constate que, sur ce point, les membres de la Commission sont enclins à partager son avis.

42. Répondant enfin aux observations de M. Mikulka concernant les mots « ou de certaines de ses dispositions », qui figurent dans le projet de directive 1.1.8 et qu'il souhaite maintenir intégralement, le Rapporteur spécial fait observer qu'il existe, entre le projet de directive 1.1.3 et le projet de directive 1.1.8, que la Commission lui a demandé de présenter conjointement, le projet de directive 1.1.4, qu'il a à cœur. La Commission ne saurait donc prendre position sur l'expression susmentionnée avant d'avoir examiné le projet de directive 1.1.4.

43. Le Rapporteur spécial souhaite que les deux projets de directives à l'étude concernant les réserves à portée territoriale soient renvoyés tels quels au Comité de rédaction, auquel il pourrait soumettre éventuellement des modifications de forme.

44. M. MIKULKA note qu'après l'intervention du Rapporteur spécial, le projet de directive 1.1.3 ne soulève plus pour lui aucun problème. En ce qui concerne, en revanche, le projet de directive 1.1.8, notamment la notification d'exclusion d'une partie du territoire d'un État de l'application d'un traité, il persiste à croire qu'il n'est pas conforme à la définition de Vienne. En effet, même si l'on accepte qu'une telle exclusion soit interprétée comme modifiant les effets juridiques de certaines dispositions du traité en question, il s'agit bel et bien d'une modification de l'ensemble des dispositions du traité. Or, selon la définition proposée dans le projet de directive 1.1 et qui reprend la définition de la Convention de Vienne de 1969, une réserve est une déclaration qui vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions d'un traité. M. Mikulka veut bien admettre que son approche est formaliste, très rigide, et que les auteurs de la Convention de Vienne de 1969, s'ils avaient eu à faire face à ce problème, auraient opté pour une formule légèrement différente, mais il tient à rappeler que la Commission est convenue de ne jamais toucher aux dispositions de la Convention de Vienne de 1969. Il semble bien qu'elle s'en éloigne quelque peu maintenant.

45. Revenant sur les observations de M. Simma pour lequel supposer, à priori, que le régime général des réserves pourrait éventuellement ne pas s'appliquer intégralement à ce type de déclaration unilatérale reviendrait à prendre le problème à l'envers, M. Mikulka rappelle qu'à sa quarante-neuvième session, la Commission a posé le principe de l'existence d'un régime des réserves unique et s'étonne donc qu'à la session en cours, elle retienne comme hypothèse de travail que certaines catégories de réserves, en particulier celles qui concernent l'application territoriale d'un traité, pourraient être assujetties à un régime différent.

46. Ces précisions apportées, M. Mikulka accepte les propositions du Rapporteur spécial en tant qu'hypothèses de travail.

47. M. ECONOMIDES pense que la Commission doit, en matière de réserves, procéder avec une extrême prudence. Par exemple, le Rapporteur spécial a dit que, pour lui, les déclarations visées dans les projets de directives 1.1.3 et 1.1.8 sont des réserves au sens véritable du terme. Or, il existe, dans la pratique conventionnelle, des traités qui interdisent expressément toute réserve : c'est le cas des instruments relatifs aux droits de l'homme, fréquemment, et même de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Faut-il en conclure que les exclusions d'application territoriale de ces instruments sont automatiquement interdites parce qu'elles sont des réserves ? Le fait est que les traités de ce genre renferment des clauses spéciales concernant leur application territoriale — ce qui prouve que les notifications d'application territoriale ou d'exclusion territoriale ne sont pas traitées comme des réserves.

48. Par ailleurs, M. Economides croit qu'une notification d'exclusion totale d'un territoire de l'application d'un traité n'est pas une réserve : c'est une clause qui a un statut différent. En revanche, comme le Rapporteur spécial l'a indiqué, la notification portant exclusion, limitation ou modification de telle ou telle disposition d'un traité à un territoire constitue bien une réserve.

49. M. BENNOUNA, après avoir entendu les explications du Rapporteur spécial sur le projet de directive 1.1.3, pourrait accepter que celui-ci soit renvoyé au Comité de rédaction, à condition que les mots « d'un traité », à la deuxième ligne, soient remplacés par les mots « prévue par un traité ».

50. Le projet de directive 1.1.8 pose en revanche une question de principe, sur laquelle seule la Commission est habilitée à se prononcer et qui ne saurait être tranchée par le Comité de rédaction. L'article 29 de la Convention de Vienne de 1969 dispose en substance que l'application territoriale d'un traité ne peut être modulée que si cela est prévu dans le traité lui-même, et ce n'est pas par hasard que cet article figure à la section intitulée « Application des traités » et non à la section intitulée « Réserves ». La règle de droit international — qui n'est certes pas une règle impérative — veut qu'un traité s'applique à tout le territoire, à moins qu'il n'en dispose autrement. Ainsi, avant de se prononcer sur le renvoi du projet de directive 1.1.8 au Comité de rédaction, la Commission se doit de résoudre la question de principe de savoir si, en l'absence de dispositions dans ce sens dans le traité considéré, un État contractant peut exclure une partie de son territoire de son application.

51. M. PELLET (Rapporteur spécial), faisant une mise au point à la suite de l'observation de M. Mikulka concernant la frontière entre l'interprétation et la modification d'un traité, précise qu'il n'est bien entendu pas question de toucher au régime de Vienne. Cela n'empêche cependant pas la Commission, par le biais de l'interprétation, de le moderniser, de le compléter de façon constructive. En effet, un texte doit s'interpréter en fonction de l'évolution du droit international et des besoins qui se sont manifestés. Et la Commission ôterait à l'exercice auquel elle se

livre actuellement une grande partie de sa substance si elle devait se montrer par trop formaliste.

52. S'agissant du problème, différent, soulevé par MM. Economides et Bennouna, le Rapporteur spécial croit comprendre qu'un assez large consensus s'est dégagé au sein de la Commission pour considérer que les réserves dont sont assorties les notifications d'application territoriale sont de véritables réserves. Tel est l'esprit du projet de directive 1.1.3, sur lequel le Comité de rédaction pourrait revenir quant à la forme. Le Rapporteur spécial persiste à croire que la Commission a vocation pour se prononcer sur les difficultés de principe, et le Comité de rédaction pour rédiger. Cela dit, il ne pense pas que M. Bennouna pose bien le problème de principe qui sous-tend le projet de directive 1.1.8, le problème de l'exclusion d'application territoriale. Il croit comprendre que, pour MM. Bennouna, Hafner et Economides, les exclusions d'application territoriale ne sont pas des réserves. M. Hafner s'est expliqué en faisant valoir que, si une exclusion d'application territoriale est prévue par le traité, c'est l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969 qui s'applique, et donc que toutes les autres réserves sont inacceptables. Le Rapporteur spécial répète qu'il s'agit là, à son avis, d'un problème de régime particulier et que, sur ce point précis, il faudra considérer que cette exclusion d'application territoriale n'interdit pas la formulation d'autres réserves si celles-ci sont conformes à l'esprit du traité. Quant à l'argument de la prudence mis en avant par M. Economides, le Rapporteur spécial avoue ne pas connaître de traité qui exclue les réserves mais qui prévoie l'exclusion d'application territoriale. Il reconnaît toutefois que ce n'est pas là une raison suffisante pour écarter l'objection de M. Economides, car le problème pourrait se poser. Mais, même au cas où il se poserait réellement, il n'en serait pas un véritablement, car les parties à un traité peuvent, comme elles l'entendent, moduler le régime des réserves. Il s'agirait là d'un cas de modulation du consentement à être lié à un traité auquel les futures directives ne s'appliqueraient pas puisque c'est le traité lui-même qui en disposerait ainsi. C'est pourquoi le Rapporteur spécial est d'avis que les arguments avancés ne sont pas décisifs au point de conduire à considérer que les exclusions d'application territoriale ne sont pas des réserves. Il persiste à penser que les clauses d'exclusion d'application territoriale ont pour effet d'entraîner une modification des effets du traité dans leur application à l'État en question.

53. Répondant à M. Bennouna qui a insisté sur le fait que l'exclusion d'application territoriale peut être admise en tant que réserve si elle est prévue par un traité, le Rapporteur spécial dit que c'est l'évidence même, mais que cela est vrai aussi si elle l'est par les règles du droit international général — dont la Commission n'a pas, à son avis, à préjuger l'existence. Enfin, s'agissant de la contre-argumentation de M. Bennouna, fondée sur l'article 29 de la Convention de Vienne de 1969 et sur le fait que la Commission n'a à s'occuper que du consentement des parties à être liées à un traité, consentement avec lequel les réserves ont un rapport, le Rapporteur spécial note qu'elle n'est pas tout à fait exacte : en effet, la définition des réserves donnée à l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention de Vienne de 1969 renvoie aussi au problème de l'application des traités. Mieux vaudrait donc que la Commission n'écarte pas le problème des exclusions de l'application territoriale des traités.

54. M. BROWNLIE soutient vigoureusement la position du Rapporteur spécial concernant la classification des restrictions à l'application territoriale. À son sens, il est préférable de les concevoir comme des réserves car il ne voit pas quelles considérations d'ordre public ou de politique publique pourraient être avancées pour expliquer pourquoi elles devraient être considérées comme une catégorie distincte.

55. M. HAFNER précise que la difficulté qu'il éprouve à considérer les déclarations relatives à l'application territoriale comme des réserves tient à ce qu'il part de l'hypothèse selon laquelle, par « réserve », on entend exclusivement une déclaration s'inscrivant dans le régime unitaire mis en place par la Convention de Vienne de 1969 et que l'alinéa *b* de l'article 19, auquel le Rapporteur spécial s'est référé, pose alors incontestablement un problème — qui est du reste le principal. Il aimerait que le Rapporteur spécial voie s'il ne serait pas envisageable de comprendre le premier membre de phrase de l'article 29 de la Convention de Vienne de 1969 comme renvoyant à un régime spécial distinct du régime des réserves ou, en d'autres termes, qu'il indique quelle serait la teneur de cet article si sa partie introductive commençant par « À moins qu'une intention » était omise, eu égard au fait que l'article 26 ne comporte pas de disposition analogue.

56. M. SIMMA souligne que l'existence du régime unitaire institué par la Convention de Vienne de 1969 ne signifie pas que ce régime soit applicable ou efficace au même degré dans tous les cas. Ainsi, nul ne nie que les réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme posent des problèmes particuliers. À son avis, le régime de Vienne laisse une certaine latitude s'agissant de déterminer le traitement à appliquer à ces traités, et il en va de même pour les réserves concernant l'application territoriale : certaines des règles énoncées dans les articles 20 et suivants de la Convention de Vienne de 1969 leur sont applicables, alors que d'autres ne le sont pas ou ne sont pas pertinentes.

57. M. BENNOUNA fait observer, à l'intention de M. Brownlie, qu'une règle d'ordre public s'oppose à l'évidence à ce que des restrictions soient apportées à l'application territoriale d'un traité, cette règle étant que le gouvernement d'un État s'engage à l'égard de l'ensemble de son territoire et ne peut en exclure une composante ou une autre. Cette règle générale n'est toutefois pas impérative et il est donc possible d'y déroger, mais il faut disposer d'une base à cet effet. Alors, si le Rapporteur spécial procure cette base en proposant d'inclure une formule telle que « au cas où le traité ou une autre règle de droit international le prévoit », en se conformant ainsi à l'esprit de l'article 29 de la Convention de Vienne de 1969, rien ne s'oppose à ce que des déclarations se situant dans ce contexte soient considérées comme des réserves.

58. M. PELLET (Rapporteur spécial) signale que M. Brownlie a en fait indiqué que si, en principe, un traité s'applique à l'ensemble du territoire de l'État, il n'existe pourtant pas de règle d'ordre public, de norme impérative, interdisant à un État d'en exclure l'application à une partie de son territoire. C'est bien ce qu'implique l'article 29

mais sans le dire, contrairement à ce que pense M. Bennouna; en effet, il n'y est pas question de règles de droit international mais d'intention autrement exprimée. L'argumentation de M. Bennouna ne lui semble donc pas complètement convaincante. Si une intention peut être exprimée, cela signifie plutôt qu'il n'existe pas de règle interdisant une telle restriction. À ce propos, on peut penser aux réserves faites par un certain nombre de pays occidentaux excluant l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide[5] à leurs colonies. Ces réserves lui paraissent tout à fait indéfendables pour des raisons morales, mais aussi pour des raisons juridiques, en ce sens qu'elles sont contraires à l'objet et au but de ladite Convention. De telles réserves peuvent au demeurant être déclarées illicites pour diverses raisons, et il entend revenir sur ce point lors de l'examen de la question de la licéité des réserves.

59. Le Rapporteur spécial reste favorable au renvoi au Comité de rédaction des problèmes soulevés par les projets de directives 1.1.3 et 1.1.8, tout en ayant conscience qu'un très gros effort de reformulation s'impose.

60. M. BENNOUNA insiste sur le fait qu'on ne peut permettre aux États de moduler l'application territoriale d'un traité si le traité n'en dit rien ou si cela n'est pas prévu par ailleurs, et il propose donc, puisqu'il semble y avoir accord, de faire figurer dans les directives un rappel à l'article 29 de la Convention de Vienne de 1969 ou encore d'en reprendre le libellé. Il continue toutefois de penser qu'il s'agit là d'une question de principe juridique et que c'est à la Commission et non au sein du Comité de rédaction qu'il faudrait s'entendre sur un texte.

61. M. SIMMA estime que l'article 29 de la Convention de Vienne de 1969 dit autre chose que ce qu'a indiqué M. Bennouna; en effet, les parties qui n'ont pas l'intention d'appliquer le traité considéré à l'ensemble de leur territoire n'ont pas besoin de formuler des réserves, une déclaration interprétative suffisant largement à cet effet.

62. M. HAFNER se demande s'il n'est pas possible de concevoir le régime de la Convention de Vienne de 1969 en partant de l'article 26 du principe *pacta sunt servanda* auquel les États parties ne peuvent déroger que par la voie de réserves. En recourant au principe « *ut res magis valeat quam pereat* », la première partie de l'article 29, qui pose un problème, pourrait s'interpréter comme excluant le régime des réserves du champ dudit article.

63. M. ECONOMIDES juge l'interprétation de l'article 29 donnée par M. Bennouna tout à fait exacte. Il ne fait pas de doute que ledit article pose la règle selon laquelle tout traité s'applique à l'ensemble du territoire sans aucune exclusion ou limitation, à moins que les parties ne soient tombées d'accord sur une telle limitation, dans le traité lui-même ou dans un accord collatéral éventuellement. Il lui semble donc inacceptable, en l'absence de tout accord implicite ou explicite, qu'un État puisse, par simple déclaration unilatérale, limiter l'application territoriale d'un traité. En l'occurrence, M. Economides se demande s'il faut supposer que toutes les directives dans leur ensemble sont censées répondre aux conditions posées dans la Convention de Vienne de 1969, ou s'il faudrait dans chacune d'elles insister sur sa conformité avec les dispositions de la Convention de Vienne de 1969. C'est une question de technique juridique et c'est pourquoi, dans sa précédente intervention, il a sous-entendu que le projet de directive 1.1.3 était conforme à la Convention de Vienne de 1969.

64. M. MELESCANU estime que l'article 29 pose le principe de l'application des traités à l'ensemble du territoire tout en prévoyant deux exceptions; dans la première, le traité prévoit lui-même la possibilité de limiter son application et, dans la seconde, plus intéressante, on se place dans l'hypothèse où une intention différente est établie par ailleurs. Les exemples cités par le Rapporteur spécial — clause coloniale et statut juridique spécial de certaines parties du territoire national — sont classiques et ressortissent à la deuxième exception envisagée à l'article 29 car en toute autre situation cela reviendrait à reconnaître à l'État un pouvoir discrétionnaire excessif, dont on ne voit pas du reste comment il pourrait s'appliquer.

65. M. PELLET (Rapporteur spécial) réserve sa position par rapport à tout ce qui vient d'être dit au sujet de l'interprétation de l'article 29. En ce qui concerne la définition des réserves, il lui semble entendu qu'il n'est pas question de toucher à l'article 29 et l'argumentation développée par MM. Bennouna et Melescanu ne lui semble pas pertinente aux fins de l'exercice auquel la Commission est en train de se livrer étant donné qu'il s'agit d'établir un guide de la pratique concernant les réserves et non l'application des Conventions de Vienne. Il n'est pas sûr qu'une importance exclusive doive être accordée au premier membre de phrase de l'article 29 du simple fait qu'il se trouve précisément au début. La portée exacte de la discussion lui échappe, du reste, car tout ce qu'on avance c'est que la définition des réserves ne doit pas remettre en cause le régime général de Vienne, ce qui est chose entendue. Bien qu'il comprenne les inquiétudes exprimées, elles lui semblent hors sujet.

66. M. HE réserve lui aussi sa position sur cette question très complexe touchant à l'interprétation et estime, vu le peu de temps disponible, que la discussion devrait se poursuivre lors de la deuxième partie de la session à New York.

67. Le PRÉSIDENT pense qu'il serait plus sage en effet de ne renvoyer au Comité de rédaction que le projet de directive 1.1.3 et de poursuivre en séance plénière, à New York, l'examen du projet de directive 1.1.8, compte tenu des divergences d'opinion à son sujet.

68. M. ROSENSTOCK dit que l'on pourrait peut-être dès à présent régler le problème en ajoutant, dans le texte du projet de directive 1.1.8, le membre de phrase « si elle est admissible par ailleurs ». On laisserait entendre ainsi que les déclarations d'exclusion de ce type ne sont normalement pas admissibles, mais que, lorsqu'elles le sont, elles constituent des réserves. Si cette proposition est acceptable, ce projet pourrait alors être renvoyé au Comité de rédaction.

69. M. PELLET (Rapporteur spécial) est entièrement d'accord avec l'idée exprimée dans la proposition de M. Rosenstock, car il est évident que la déclaration doit être licite, mais il s'oppose vigoureusement à ce que cela

[5] Voir *Traités multilatéraux...* (2542e séance, note 3), p. 97, et Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 124, p. 318, vol. 713, p. 401, et vol. 732, p. 288.

soit mentionné dans le projet de directive 1.1.8 parce que cela s'applique à presque tous les autres projets de directives. Il propose donc, pour éviter d'alourdir inutilement le texte, de prévoir un projet de directive 1.1.9 disant en substance que toutes les définitions qui précèdent sont sans préjudice de la licéité des réserves.

70. M. MELESCANU estime que, si l'on rédige un projet de directive dans ce sens, il faudrait le faire par référence à la Convention de Vienne de 1969 car il s'agit d'être en conformité avec son article 29 et certains autres de ses articles.

71. M. BENNOUNA dit qu'il n'est pas question de licéité et le Rapporteur spécial lui-même a d'ailleurs indiqué qu'il fallait bien distinguer entre les problèmes de définition des réserves d'une part et ceux de licéité de l'autre. En l'occurrence, il s'agit de la possibilité même de considérer une telle déclaration de restriction comme une réserve et donc non pas de licéité mais d'admissibilité. M. Bennouna pense que la solution proposée par M. Rosenstock est tout à fait acceptable, mais puisque le Rapporteur spécial s'y oppose, il pourrait se rallier à la proposition de M. Melescanu, à savoir opter pour une formule indiquant en substance que les définitions, c'est-à-dire le Guide de la pratique, sont établis dans le plein respect des dispositions de la Convention de Vienne de 1969, avec éventuellement indication des articles pertinents. En tout état de cause, il est indispensable que la Commission se mette d'accord sur ce qu'elle renverra au Comité de rédaction.

72. M. ECONOMIDES pense que le Comité de rédaction pourrait, lors de l'examen du projet de directive 1.1.3, tenir au besoin compte de certains éléments du projet de directive 1.1.8 permettant de l'éclairer, sans pour autant préjuger de la question de principe en suspens.

73. M. PELLET (Rapporteur spécial) reste opposé au renvoi au Comité de rédaction du projet de directive 1.1.8 avec la modification proposée. Il serait préférable de reprendre l'idée exprimée dans cette proposition dans un projet de directive 1.1.9, de portée plus générale, qu'il s'engage à établir et que la Commission devrait, à son avis, examiner à New York. Pour ce qui est de la proposition de M. Melescanu, il n'est pas sûr que ce soit seulement la Convention de Vienne de 1969 qu'il s'agisse d'appliquer, et aimerait au demeurant que les États ne l'ayant pas ratifiée regardent d'assez près le projet de Guide de la pratique.

74. Après un débat auquel prennent part MM. BENNOUNA, FERRARI BRAVO, PELLET et ROSENSTOCK, le PRÉSIDENT suggère à la Commission de renvoyer au Comité de rédaction les projets de directives 1.1.3 et 1.1.8 en lui signalant que le Rapporteur spécial élaborera une clause générale concernant la relation avec la Convention de Vienne de 1969 pour éclairer la partie du Guide de la pratique relative aux définitions.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 13 h 15.

2546e SÉANCE

Jeudi 11 juin 1998, à 10 h 10

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Bennouna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Hafner, M. He, M. Kusuma-Atmadja, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Thiam, M. Yamada.

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquantième session

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner son projet de rapport, paragraphe par paragraphe, à partir du chapitre IV, relatif à la protection diplomatique.

CHAPITRE IV. — *Protection diplomatique* (A/CN.4/L.552 et Add.1)

A. — Introduction (A/CN.4/L.552)

Paragraphes 1 à 3

Les paragraphes 1 à 3 sont adoptés.

La section A est adoptée.

B. — Examen du sujet à la présente session (A/CN.4/L.552 et Add.1)

Paragraphes 4 et 5 (A/CN.4/L.552)

Les paragraphes 4 et 5 sont adoptés.

1. PRÉSENTATION DU RAPPORT PRÉLIMINAIRE DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

Paragraphes 6 à 10

Les paragraphes 6 à 10 sont adoptés.

Paragraphe 11

2. M. BENNOUNA (Rapporteur spécial) propose que les mots « accords bilatéraux relatifs à la promotion des investissements », employés à la dernière phrase, soient remplacés par les mots « accords bilatéraux relatifs à la promotion et à la protection des investissements ». Dans la même phrase, il serait plus approprié d'utiliser les mots « organismes de réclamation » que « commissions de réclamation ». Le Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran et la Commission d'indemnisation des Nations Unies, créée par le Conseil de sécurité aux termes de sa résolution 692 (1991) du 20 mai 1991, cités dans la note de bas de page 10 à titre d'exemple de l'évolution mentionnée dans la dernière phrase, entrent dans deux catégories totalement différentes. En conséquence, le Rapporteur spécial propose de supprimer le deuxième exemple et de citer, à titre de premier exemple, le Centre

international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, organisme de la Banque mondiale créé en mars 1965, auquel les particuliers peuvent présenter une réclamation contre des États.

Le paragraphe 11, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Paragraphe 12

Le paragraphe 12 est adopté.

Paragraphe 13

3. M. BENNOUNA (Rapporteur spécial) propose de supprimer l'expression « auquel celui-ci peut renoncer » à la première phrase, qui peut être source de confusion. Un État peut certes renoncer à son droit dans le domaine de la protection diplomatique, mais seulement dans le cadre d'un accord avec un autre État.

4. Le Rapporteur spécial propose que la deuxième phrase soit modifiée comme suit : « D'après la conception classique de la protection diplomatique, l'État fait valoir son propre droit lorsqu'il fait sienne la réclamation de son ressortissant ».

Le paragraphe 13, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Paragraphes 14 et 15

Les paragraphes 14 et 15 sont adoptés.

2. Résumé du débat

3. Création d'un groupe de travail (A/CN.4/L.552/Add.1)

Paragraphes 16 à 49

Les paragraphes 16 à 49 sont adoptés.

Paragraphe 50

5. M. ECONOMIDES pense que, dans le texte français, la phrase portant sur l'accident du *Rainbow Warrior* n'est pas claire.

6. Selon M. BROWNLIE, le *Rainbow Warrior* est un exemple intéressant de la manière dont les réclamations pour le dommage direct causé à un État sont souvent jointes à des réclamations concernant les intérêts de particuliers. Le Secrétaire général des Nations Unies avait, dans un règlement où il servait de médiateur, établi notamment que la France devait verser à la Nouvelle-Zélande une somme importante à la fois en guise de réparation pour violation de sa souveraineté et pour indemniser la famille du photographe néerlandais qui avait perdu la vie.

7. Le PRÉSIDENT assure M. Economides que le texte français de la phrase sera clarifié.

Sous cette réserve, le paragraphe 50 est adopté.

Paragraphe 51

Le paragraphe 51 est adopté.

La section B, telle qu'elle a été modifiée, est adoptée.

L'ensemble du chapitre IV, tel qu'il a été modifié, est adopté.

CHAPITRE V. — *Actes unilatéraux des États* (A/CN.4/L.555 et Add.1)

A. — Introduction (A/CN.4/L.555)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

La section A est adoptée.

B. — Examen du sujet à la présente session (A/CN.4/L.555 et Add.1)

Paragraphe 2

Le paragraphe 2 est adopté.

1. Présentation du premier rapport du Rapporteur spécial

Paragraphes 3 à 18

Les paragraphes 3 à 18 sont adoptés.

Paragraphe 19

8. M. CANDIOTI propose de supprimer le mot *study*, dans la version anglaise, après les mots *formation of custom*.

Le paragraphe 19, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Paragraphe 20

Le paragraphe 20 est adopté.

Paragraphe 21

9. M. BENNOUNA propose que, dans la première phrase de la version française, l'expression « l'estoppel est un phénomène qui ne présente aucun intérêt pour l'étude » soit rendue plus conforme au texte anglais original, qui est le suivant : *estoppel did not constitute a phenomenon which was of direct concern to the study.*

Sous cette réserve, le paragraphe 21 est adopté.

Paragraphes 22 à 35

Les paragraphes 22 à 35 sont adoptés.

2. Résumé du débat

Paragraphes 36 à 61

Les paragraphes 36 à 61 sont adoptés.

Paragraphe 62

10. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA propose que, dans la version française, le mot « capables » soit remplacé par « susceptibles ».

Le paragraphe 62, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Paragraphes 63 à 84

Les paragraphes 63 à 84 sont adoptés.

La section B, telle qu'elle a été modifiée, est adoptée.

C. — Rapport du Groupe de travail (A/CN.4/L.555/Add.1)

Paragraphes 85 à 91

Les paragraphes 85 à 91 sont adoptés.

La section C est adoptée.

L'ensemble du chapitre V, tel qu'il a été modifié, est adopté.

11. M. KUSUMA-ATMADJA se demande si le mot « jurisprudence », utilisé tout au long du chapitre, est employé au sens de science ou philosophie du droit, ce qui est son sens usuel en anglais, ou au sens de précédent, ce qui est le sens du terme dans les systèmes issus du droit romain.

12. Selon M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial), ce mot vise les décisions judiciaires rendues par la CIJ, la Cour permanente d'arbitrage ainsi que d'autres commissions et tribunaux d'arbitrage.

13. De l'avis de M. DUGARD (Rapporteur), ce terme s'applique à la fois aux précédents et à la doctrine, par exemple dans l'expression « un corps développé de jurisprudence » du paragraphe 50. L'emploi de ce mot dans l'ensemble du chapitre lui paraît acceptable pour des anglophones.

CHAPITRE VI. — *Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses)* [A/CN.4/L.554 et Corr.1 et Add.1 et 2]

A. — Introduction (A/CN.4/L.554)

Paragraphes 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

La section A est adoptée.

B. — Examen du sujet à la présente session (A/CN.4/L.554 et Corr.1)

Paragraphes 3 à 5

Les paragraphes 3 à 5 sont adoptés.

1. PRÉSENTATION DU PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

Paragraphe 6

Le paragraphe 6 est adopté.

Paragraphe 7

Le paragraphe 7 est adopté sous réserve d'une modification rédactionnelle mineure.

Paragraphes 8 à 25

Les paragraphes 8 à 25 sont adoptés.

2. RÉSUMÉ DU DÉBAT

Paragraphes 26 et 27

Les paragraphes 26 et 27 sont adoptés.

Paragraphe 28

Le paragraphe 28 est adopté sous réserve d'une modification rédactionnelle mineure.

Paragraphes 29 à 38

Les paragraphes 29 à 38 sont adoptés.

Paragraphe 39

14. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit que, pour établir un parallèle avec le paragraphe 38, qui commence par les mots « Les principes de procédure », il convient d'introduire les mots « En ce qui concerne les principes fondamentaux » au début du paragraphe 39.

Le paragraphe 39, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Paragraphes 40 à 46

Les paragraphes 40 à 46 sont adoptés.

CHAPITRE VIII. — *La nationalité en relation avec la succession d'États* (A/CN.4/L.559 et Corr.1)

A. — Introduction (A/CN.4/L.559)

Paragraphes 1 à 4

Les paragraphes 1 à 4 sont adoptés.

La section A est adoptée.

B. — Examen du sujet à la présente session (A/CN.4/L.559 et Corr.1)

Paragraphes 5, 5 *bis* et 6

Les paragraphes 5, 5 bis *et 6 sont adoptés.*

La section B est adoptée.

L'ensemble du chapitre VIII est adopté.

Responsabilité des États[1] *(suite*)* [A/CN.4/483, sect. C, A/CN.4/488 et Add.1 à 3[2], A/CN.4/490 et Add.1 à 7[3], A/CN.4/L.565, A/CN.4/L.569]

[Point 2 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite*)*

15. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), présentant le chapitre II de son premier rapport sur la responsabilité des États (A/CN.4/490 et Add.1 à 7), dit que ce document n'a été diffusé que dans une version non officielle en anglais et en français, sans notes de bas de page ni tableaux. Il traite de deux sujets liés aux projets d'articles sur la responsabilité des États : les questions de termi-

* Reprise des débats de la 2540e séance.

[1] Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2e partie), p. 62, doc. A/51/10, chap. II, sect. D.

[2] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

[3] Ibid.

nologie qui se posent pour l'ensemble des articles, et les recommandations relatives aux principes généraux énoncés aux articles 1 à 4 du chapitre premier (Principes généraux) de la première partie.

16. Le Groupe de travail dirigé par M. Simma a commencé l'examen des articles de la première partie, en se référant aux notions établies de normes de *jus cogens* et d'obligations *erga omnes*. Certains points de la première partie devront être revus ultérieurement, mais cela ne sera pas un travail de grande ampleur. Les conclusions des discussions du Groupe de travail seront intégralement présentées dans son deuxième rapport.

17. À l'exception de l'article 19 (Crimes et délits internationaux) qu'elle laisse de côté, et avec la ferme intention de revenir sur les questions soulevées lors de l'examen de l'article, la Commission aborde maintenant l'examen sur le fond des articles sur la responsabilité des États, en deuxième lecture. Ce processus, qui se poursuivra en gros au cours des trois prochaines années, est en quelque sorte un « examen tournant » du projet. La pratique de la Commission est de ne pas adopter sous sa forme définitive un projet d'articles en deuxième lecture avant d'avoir adopté l'ensemble du projet, pour la bonne raison que les projets d'articles doivent être considérés globalement car ils peuvent être liés. Les articles 1 (Responsabilité de l'État pour ses faits internationalement illicites) et 40 (Sens de l'expression « État lésé »), par exemple, sont étroitement liés l'un à l'autre. Donc, alors que chaque article sera examiné sur le fond, il sera toujours possible de revenir sur des articles antérieurs si nécessaire. La Commission sera, certes, informée de l'évolution des travaux du Comité de rédaction, mais les articles resteront entre les mains du Comité de rédaction.

18. Le deuxième point à signaler à propos du processus engagé est que les travaux concernant les articles de la première partie, en particulier les chapitres I et II (Le « fait de l'État » selon le droit international), ne préjugent pas des conclusions qui découleront de l'examen de l'article 19. Si la notion de crimes internationaux de l'État, au sens propre, était adoptée, il faudrait apporter plus de changements à la première partie qu'il n'est actuellement prévu.

19. En ce qui concerne les questions de terminologie, une des caractéristiques frappantes des projets d'articles est qu'ils ne contiennent pas de clauses consacrées à des définitions. De l'avis du Rapporteur spécial, de telles clauses ne sont pas nécessaires puisque les termes sont expliqués selon qu'il y a lieu, et de manière élégante. Mais on pourrait peut-être revenir sur cette question ultérieurement.

20. L'expression anglaise *internationally wrongful act* (« fait internationalement illicite ») a un équivalent direct dans cinq des langues de travail des Nations Unies, mais M. Lukashuk a indiqué que les termes utilisés en russe étaient plus proches de l'anglais *internationally unlawful act*. Cependant, la différence ne semble pas très importante et l'expression *internationally wrongful act* a été assez largement acceptée dans le cadre du débat général sur la responsabilité pour qu'il n'y ait pas lieu de la changer.

21. Le Rapporteur spécial indique que dans son premier rapport figurera un tableau donnant les équivalents dans toutes les langues de travail de plusieurs expressions clefs : fait internationalement illicite, violation d'une obligation internationale, fait d'un État, attribution, circonstances excluant l'illicéité, État lésé, l'« État qui a commis un fait internationalement illicite » et dommage. Le terme anglais *act* ne connote pas à la fois l'action et l'omission, comme le terme français « fait », mais à l'article 3 (Éléments du fait internationalement illicite de l'État), il est tout à fait clair que le mot *act* est utilisé au sens d'action et d'omission.

22. L'expression « État qui a commis un fait internationalement illicite » est stylistiquement lourde et soulève une question de fond. L'emploi du verbe au passé, « a commis », donne l'impression qu'on savait clairement, au moment du litige, quel était l'État fautif. Or, même si cela peut être le cas dans certaines affaires, il existe de nombreuses situations, y compris dans le domaine des contre-mesures, où il n'en est pas ainsi. Le Rapporteur spécial cite la sentence arbitrale rendue dans l'affaire concernant l'*Accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France*[4], et l'affaire relative au *Projet Gab¼íkovo-Nagymaros*, dans laquelle chacun des États a soutenu que l'autre État avait commis un fait internationalement illicite. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la CIJ a estimé que les deux États avaient commis un fait internationalement illicite de nature différente. Ce n'est pas un changement d'ordre terminologique qui résoudra le problème. Dans de nombreux différends où se pose la question de la responsabilité, il existe un réel désaccord quant aux faits ou à la situation juridique, et il y a une grande différence entre s'appuyer sur des droits putatifs et s'appuyer sur des droits reconnus.

23. Un changement terminologique est néanmoins souhaitable; à cette fin, le Rapporteur spécial propose de remplacer l'expression « État qui a commis un fait internationalement illicite » par « État fautif » dans l'ensemble du projet d'articles. D'une part, la nouvelle expression est plus courte et fera gagner, en tout, une centaine de mots. D'autre part, l'emploi du verbe au passé implique que le fait illicite a déjà été commis, et ce dans le passé. Or, il est évident que le projet vise aussi les faits illicites d'un caractère continu. La CIJ, traitant de la question des contre-mesures dans l'affaire du *Projet Gab¼íkovo-Nagymaros* a employé le terme d'« État fautif », alors même qu'elle a, pour le reste, généralement suivi la terminologie utilisée dans le projet sur la responsabilité des États.

24. Les termes de « préjudice » *(injury)* et « dommage » *(damage)* demandent aussi quelques éclaircissements. Dans le projet, il est en fait question d'« État lésé » *(injured state)*, et non de préjudice *(injury)*, et le terme d'« État lésé » a été défini à l'article 40 au sens d'un État qui a subi un préjudice juridique ou *injuria*, un préjudice au sens le plus large possible du terme. Rien ne donne à penser dans le projet d'articles que le terme « préjudice »

[4] Sentence arbitrale du 9 décembre 1978 (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII [numéro de vente : E/F.80.V.7], p. 454 et suiv.).

est un corollaire de « dommage » : un État peut subir un dommage sans subir un préjudice, et inversement.

25. Le mot « dommages » est d'usage courant, bien qu'avec des sens différents, dans un certain nombre de systèmes de droit, et on le trouve dans l'article 45 (Satisfaction). Mais le mot « dommage », tel qu'il est employé dans le projet d'articles, signifie une atteinte véritablement subie, et il y a une distinction entre le dommage qui peut être évalué économiquement et le dommage moral : cette notion générale du dommage doit être distinguée de celle de « préjudice », au sens de *injuria* ou préjudice juridique proprement dit.

26. La section suivante du premier rapport porte sur les clauses générales et les clauses de sauvegarde et met en avant certaines des clauses de sauvegarde que l'on retrouve fréquemment dans les projets élaborés par la Commission, ainsi que trois clauses générales ou de sauvegarde figurant dans le projet d'articles, à l'exception de la deuxième partie, à savoir les articles 37 *(Lex specialis)*, 38 (Droit international coutumier) et 39 (Relation avec la Charte des Nations Unies). Le Rapporteur spécial est favorable à la suggestion tendant à ce que chacune de ces clauses de sauvegarde — en particulier l'article 37 — s'applique à l'ensemble du projet d'articles. Cependant, il propose de revenir sur la question des clauses générales et des clauses de sauvegarde lorsque la Commission abordera ces articles de la deuxième partie. Sans aucun doute, ces articles sont nécessaires, et d'autres articles peut-être aussi, mais la Commission doit d'abord se pencher sur les articles de la première partie.

27. La première partie est intitulée « Origine de la responsabilité internationale ». L'emploi du mot « origine » est ici curieux, car il peut donner l'impression d'une approche historique ou même psychologique, et son sens est plus large que le simple examen de questions liées à la responsabilité. Le Gouvernement français a judicieusement suggéré l'emploi de l'expression « fondements de la responsabilité », comme l'indique la note du paragraphe 103 du premier rapport, suggestion que le Comité de rédaction pourra prendre en considération.

28. Pour conclure sur les articles 1 à 4, qui constituent les principes généraux du chapitre premier, le Rapporteur spécial dit que les articles 1 (Responsabilité de l'État pour ses faits internationalement illicites), 3 et 4 devraient demeurer inchangés mais que leur ordre devrait être remanié, de sorte que, avec la numérotation actuelle, leur ordre serait : article 3, article 1 et article 4 (Qualification d'un fait de l'État comme internationalement illicite). L'article 2 (Possibilité que tout État soit considéré comme ayant commis un fait internationalement illicite) devrait être supprimé. Le Rapporteur spécial expliquera les raisons de ces propositions lorsqu'il abordera chacun des articles. En fait, les articles 1 et 3 sont étroitement liés; dès lors, une large part de ce qu'il dira sur l'article premier concernera des points soulevés par certains gouvernements à propos de l'article 3.

29. L'article premier énonce que tout fait internationalement illicite d'un État engage sa responsabilité internationale. Cette disposition vise tous les comportements illicites, qu'il s'agisse d'une action, d'une omission ou d'un manquement à agir. En outre, le projet d'articles porte seulement sur les comportements internationalement illicites, les comportements qui constituent une violation d'une obligation internationale. À cet égard, la distinction fondamentale entre règles primaires et règles secondaires a été respectée, et l'article premier établit cette distinction. Naturellement, le chapitre V (Circonstances excluant l'illicéité) de la première partie traite de circonstances excluant l'illicéité et soulève des questions quant aux paramètres du sujet, en particulier en ce qui concerne l'article 35 (Réserve relative à l'indemnisation des dommages), mais la Commission devra étudier cette question ultérieurement.

30. Il est curieux que, lorsque à l'origine la Commission a rédigé l'article premier, elle a souhaité laisser ouverte la possibilité que les États puissent encourir une responsabilité internationale *(responsability)* pour des actes licites. Par la suite, naturellement, elle a retenu le thème de la responsabilité internationale *(liability)* pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, et étudie ce sujet depuis lors. Une des difficultés vient de ce que l'anglais est la seule langue des Nations Unies qui établisse une distinction entre *responsability* (responsabilité pour un comportement illicite) et *liability* (responsabilité pour un comportement licite). Le fait que cette distinction ne puisse être faite dans les autres langues de travail a beaucoup compliqué les choses. Pour le Rapporteur spécial, la Commission doit totalement renoncer à utiliser le terme de *liability* et admettre simplement qu'elle traite de certaines règles primaires.

31. L'étude de l'article premier a donné à penser que la notion de responsabilité des États était à juste titre limitée aux comportements illicites au regard du droit international. En traitant de la responsabilité des États en droit international, la Commission traite de comportements qui sont illégaux au sens où ils sont un manquement à une obligation internationale. Le fait qu'il puisse y avoir des circonstances excluant l'illicéité ne change rien à cette conclusion. Il s'ensuit que la Commission, après avoir laissé la porte ouverte, en 1973[5], à d'autres formes de responsabilité au sens propre du terme, doit maintenant bien la refermer et admettre que la responsabilité internationale vise la responsabilité pour comportement illicite et que d'autres questions sont en jeu pour ce qui touche à l'obligation de réparer ou de faire d'autres actes dans le cadre des règles primaires.

32. L'article premier soulève cependant des problèmes majeurs; en particulier, il s'agit de savoir si l'article premier, ou éventuellement l'article 3, devrait exiger, en plus, l'existence d'une faute ou d'un dommage et si l'article premier devrait prévoir non seulement quel est l'État responsable, mais aussi à l'égard de qui, car il ne dit pas à l'égard de qui l'État est responsable. Deux questions de fond se posent donc à propos des articles 1 et 3 : celles de savoir, premièrement, si les conditions générales créatrices de responsabilité sont suffisantes, d'aucuns ayant soutenu qu'il fallait ajouter l'existence d'un dommage, et si, deuxièmement, l'article premier devrait, en quelque sorte, établir le lien de responsabilité avec les États lésés, ce qui n'a été fait qu'avec l'article 40.

[5] Voir 2523e séance, par. 23.

33. La doctrine a extensivement étudié l'idée de la faute comme condition générale de la responsabilité des États. Il est clair que cette condition ne se trouve pas dans le projet d'articles. De la même manière, il y a eu une réflexion sur le fait de savoir s'il était nécessaire que l'État lésé ait subi un dommage. Aucun gouvernement n'a suggéré que les articles 1 et 3 soient modifiés pour introduire l'exigence d'une faute, mais plusieurs ont proposé que la condition qu'existe un dommage soit incluse dans les articles 1 ou 3 ou alors que, sous une autre forme rédactionnelle, il soit fait par exemple référence à l'État lésé à l'article premier et à l'existence d'un dommage à l'article 40. Cela pourrait se faire par une modification de l'article 3, comme l'a proposé l'Argentine, ou alors à l'article 40, associé à un lien avec l'article premier, comme l'a proposé la France, dans les commentaires et observations reçus des gouvernements sur la responsabilité des États (A/CN.4/488 et Add.1 à 3), ou de toute autre manière. Bien que plusieurs gouvernements aient fait cette proposition, la plupart d'entre eux sont satisfaits du libellé des articles. L'Allemagne, par exemple, a noté que l'article premier, qui établit ce qu'il est convenu d'appeler une responsabilité objective, est un principe général bien accepté.

34. La première chose à noter est que le projet d'articles concerne le très large éventail des obligations primaires, sans exception. Il couvre toutes sortes de domaines dans lesquels les États assument des obligations dans des conditions très différentes. La question du contenu de l'obligation relève de la règle primaire pertinente, qu'elle soit contenue dans un traité, un acte unilatéral, une règle du droit international général ou ailleurs. Il est sûr qu'au regard de certaines règles de droit international, il n'existe pas de responsabilité sans dommage, par exemple dans le contexte des dommages transfrontières, dans la mesure où il existe des obligations entre les États en ce qui concerne les cours d'eaux internationaux ou la pollution de l'air de part et d'autre des frontières. La réalité du préjudice est indispensable; la sentence arbitrale dans l'affaire du *Lac Lanoux*[6] corrobore l'idée selon laquelle le simple risque d'un éventuel dommage futur ne constitue pas une base suffisante de responsabilité, le Tribunal ayant admis la position de la France.

35. Depuis que les articles ont été rédigés, l'affaire qui s'est le plus rapprochée du problème posé est celle de la sentence arbitrale dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, sentence interétatique rendue entre la France et la Nouvelle-Zélande suite au rapatriement par la France de deux de ses agents qui étaient censés rester en détention pendant quelques années sur une île du Pacifique, conformément à l'accord conclu avec la médiation du Secrétaire général. La question qui se posait en l'espèce était celle de savoir si la France était responsable de ce rapatriement ou du fait qu'elle n'avait pas ramené les agents sur l'île, et de la forme de responsabilité que cela constituait. À l'origine, la France avait fait valoir que, étant donné qu'il n'y avait pas eu de dommage, ni même de dommage moral, la Nouvelle-Zélande n'avait aucun droit à réparation. La Nouvelle-Zélande avait invoqué les articles 1 et 3 du projet d'articles sur la responsabilité des États dans le contexte d'une obligation conventionnelle, laquelle, en des termes apparemment catégoriques, exigeait que les deux agents soient maintenus en détention sur l'île pendant une certaine période. Ultérieurement, la France a modifié sa position et admis qu'il pouvait y avoir un dommage moral, voire juridique, et que le dommage ne devait pas être nécessairement matériel pour qu'il y ait violation d'une obligation et, partant, engagement de la responsabilité[7].

36. La notion de dommage juridique est essentiellement la notion d'*injuria*, dont il a été question plus haut. Elle va plus loin que l'idée de dommage moral. Le tribunal a estimé que, dans le contexte d'un traité bilatéral, la Nouvelle-Zélande avait subi un dommage de caractère moral, politique et juridique, et que par conséquent la France était responsable de la violation. Il a évité de se prononcer directement sur les articles 1 et 3, mais la sentence ne donne pas à penser qu'il y a une séparation logique entre la notion relativement étroite de dommage moral et la notion retenue aux articles 1 et 3, à savoir que la violation d'une obligation entraîne l'engagement de la responsabilité. La notion de dommage juridique n'est pas, pour ainsi dire, une reprise en tonalité mineure de la notion de dommage moral; il s'agit de la notion d'*injuria* retenue dans les articles 1 et 3.

37. Pour dire les choses autrement : les États peuvent contracter des obligations sans restriction d'objet ni de forme. Ils peuvent convenir que leur responsabilité sera engagée seulement si le dommage est démontré, mais ils peuvent aussi convenir que leur responsabilité sera engagée si l'un des États ne s'acquitte pas d'une obligation donnée, quelle que soit sa formulation. Les deux possibilités existent. Bien sûr, les États peuvent décider catégoriquement qu'ils feront ou ne feront pas une certaine chose, et cela parce qu'il serait très difficile de prouver que le dommage a été provoqué par un certain fait. Par exemple, en ce qui concerne la répartition des ressources en eau d'un cours d'eau, le dommage peut être difficile à prouver, mais l'eau doit être distribuée et les États sont convenus qu'ils ne prélèveraient qu'un certain volume d'eau de la rivière. Cela constitue une obligation. Ils ne présupposent pas qu'un dommage doit être commis au détriment d'autres États si le volume d'eau retiré est plus grand que prévu. Dans le cadre du droit international moderne, les États contractent de nombreuses obligations spécifiques, et il n'y a pas de raison d'imposer aux autres États la charge de prouver, outre qu'il y a eu violation, le fait qu'ils ont subi un dommage. Si, en matière d'obligations internationales, l'existence d'un dommage était une condition générale, cela reviendrait à faire de tous les traités des promesses provisoires dont les États pourraient ne pas tenir compte s'ils estimaient que cela n'entraîne pas de dommage matériel au détriment d'autres États. La charge de la preuve du dommage incomberait à des États innocents, ce qui ne serait pas justifié.

38. Le même raisonnement s'applique à l'article 3 et cela est important en ce qui concerne les droits de

[6] Voir 2528e séance, note 3.

[7] Voir *Affaire concernant les problèmes nés entre la Nouvelle-Zélande et la France relatifs à l'interprétation ou à l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986, lesquels concernaient les problèmes découlant de l'affaire du* Rainbow Warrior, sentence du 30 avril 1990 (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX [numéro de vente : E/F.93.V.3], p. 215 et suiv.).

l'homme. En effet, il est presque dans l'ordre des choses que d'autres États ne subissent pas de dommage spécifique ou repérable en conséquence de la violation d'une obligation dans le domaine des droits de l'homme. La France a reconnu ce point dans ses commentaires et elle exclurait le domaine des droits de l'homme de la condition générale relative au dommage. Mais les droits de l'homme ne sont pas le seul domaine auquel le raisonnement s'applique. Il peut également être tenu en ce qui concerne les normes uniformes, par exemple lorsque les États s'engagent à adopter un certain texte en tant que loi uniforme sur un sujet donné. Ils ne s'engagent pas alors à accorder réparation à la personne ou à l'État qui subirait un dommage s'il n'adoptait pas ce texte; au contraire, l'accord porte sur le fait que la loi contiendra un certain élément. Cela est également vrai dans le domaine du désarmement, des espaces publics internationaux, de la protection de l'environnement, etc. Il y a des domaines dans lesquels les États sont intéressés à ce que les obligations soient respectées et non seulement à une répartition des pertes en cas de non-exécution des obligations. Donc, la suggestion tendant à faire du dommage une condition supplémentaire de la responsabilité, que ce soit aux articles 1, 3 ou 40, doit être rejetée. Il convient néanmoins de ne pas déduire de cette décision de rejet plus que ce qu'elle implique réellement. Elle veut seulement dire qu'il ne faut pas nécessairement chercher un dommage dans chaque affaire liée à une violation d'une obligation internationale.

39. Ce point de vue est assorti de trois réserves importantes, qui sont largement à même d'apaiser la crainte légitime des États d'être confrontés à de gênantes réclamations, d'être soumis à l'ingérence d'États non intéressés, ou d'autres situations encore. Ces réserves sont présentées au paragraphe 117 du premier rapport. En premier lieu, il est exact qu'un certain nombre, si ce n'est un grand nombre, de règles de droit international, font du dommage l'essence même de l'obligation. Pour prendre un exemple célèbre, la formulation du principe 21 de la Déclaration de Stockholm[8] vise à prévenir le dommage à l'environnement dans d'autres États ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale. L'exigence d'un dommage est inscrite dans l'obligation primaire. Mais même lorsque cela n'est pas le cas, on peut voir que la question du dommage doit être rattachée à l'obligation primaire. Il ne s'agit pas d'une condition générale secondaire.

40. En deuxième lieu, la question du dommage se pose dans le contexte des obligations *erga omnes*, tout en en étant distincte. La question de l'existence du dommage comme élément nécessaire du droit international se pose autant dans les relations bilatérales que dans les relations multilatérales, comme ce fut le cas dans l'arbitrage dans l'affaire du *Rainbow Warrior*. Il s'ensuit que, en adoptant l'article premier, la Commission ne prend pas position sur le fait de savoir s'il peut y avoir obligation à l'égard des États moins directement lésés ou s'il peut y avoir de multiples préjudices à l'égard d'États différents, question qui s'est posée à propos de la deuxième partie et devra être examinée. Il s'agit d'un sujet distinct sur lequel, au stade actuel, la Commission ne prendra pas position.

41. En troisième lieu, en disant que le dommage n'est pas un préalable indispensable à la création de la responsabilité, la Commission ne soutient nullement qu'il n'est pas pertinent en matière de responsabilité. Il est pertinent à de nombreux égards, sans parler du fait qu'une règle primaire peut exiger l'existence d'un dommage. Par exemple, l'existence d'un dommage est à l'évidence pertinente en matière de réparation — le montant et la forme de la réparation dépendent étroitement du dommage qui a pu se produire, et la deuxième partie part de ce principe. De même, l'existence ou la non-existence d'un dommage réel est pertinente en matière de contre-mesures, lesquelles doivent être proportionnées au dommage. Si un État n'a pas subi de dommage, il est logique de limiter son droit à prendre des contre-mesures en dehors de circonstances particulières.

42. En conséquence, il importe de ne pas trop extrapoler à partir de la recommandation ou de la position que les projets d'articles énoncent. Les articles établissent simplement la proposition générale selon laquelle, si un État viole une obligation internationale, sa responsabilité est engagée. C'est une position très simple qui doit être considérée en tant que telle. La même conclusion pourrait être tirée à propos de l'élément de faute. Aucun État n'a soutenu l'idée d'imposer l'existence d'une faute comme condition. Là encore, tout dépend de la règle primaire qui s'applique. Le Danemark, au nom des pays nordiques, a présenté clairement les choses dans les Commentaires et observations reçus des gouvernements. Il se peut que certaines règles primaires fassent entrer la faute en ligne de compte d'une certaine manière. Par exemple, la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide exige l'existence d'une intention spécifique de porter atteinte à un groupe ethnique en tant que tel ou de le détruire, ce qui est sans aucun doute un élément de faute. D'autres règles auront une version qui leur est propre de ce qui constitue une faute à des fins particulières. Simplement, selon le Rapporteur spécial, l'existence d'une faute n'est pas une condition générale; cette position a été élégamment soutenue par la Commission européenne des droits de l'homme, dans l'affaire entre l'Irlande et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, à propos des tortures et des traitements inhumains ou dégradants en Irlande du Nord[9]. Mais ces questions de responsabilité ne préjugent pas du fait que l'existence d'une faute peut être exigée au regard de certaines règles particulières. Il s'ensuit que, pour ces deux raisons, les articles 1 et 3 sont en l'état satisfaisants; mais cette affirmation ne doit pas être entendue comme signifiant autre chose que le fait que les questions de dommage ou de faute relèvent de règles primaires spécifiques.

43. La question de principe est celle de savoir si les articles doivent indiquer à l'égard de quels États la responsabilité est engagée ou s'il suffit, aux fins de la première partie, de formuler la notion de responsabilité en termes de responsabilité « objective ». À ce sujet, la France a proposé, dans les Commentaires et observations reçus des gouvernements, d'insérer les mots « l'État lésé » à la fin de l'article premier et de reformuler l'article 40. La Com-

[8] Voir 2529e séance, note 7.

[9] Conseil de l'Europe, requête n° 5310/71, *Irlande c. Royaume-Uni*, Rapport de la Commission adopté le 25 janvier 1976, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1976,* vol. 19, La Haye, Martinus Nijhoff, 1977, p. 513 et suiv., notamment p. 759 et 761.

mission devra revenir sur ces propositions lorsqu'elle examinera l'article 40 à sa prochaine session. Le premier point sur lequel il faut insister est que, comme il est universellement admis, la responsabilité des États ne découle pas seulement d'obligations de caractère bilatéral ou de relations bilatérales de responsabilité. La relation de responsabilité qui se crée à partir d'une violation est, ou peut être, une relation de caractère multilatéral ou général.

44. La question qui se pose est celle de savoir si, néanmoins, la responsabilité peut exister, pour ainsi dire, dans le vide. Un des points qui sous-tend le commentaire du Gouvernement français est que l'article 40 semble créer une forme de responsabilité abstraite. Il importe de noter que cela n'était pas dans l'intention de la Commission lorsqu'elle a adopté les articles. Le projet d'articles est conçu pour traiter du sujet de la responsabilité des États et, en ce qui concerne la première partie, il ne traite pas seulement de la responsabilité des États à l'égard d'autres États. Comme il ressort clairement du paragraphe 121 du premier rapport, la Commission a souhaité laisser ouverte la question des entités autres que les États à l'égard desquels pourrait s'exercer la responsabilité. Rien n'indique dans les sources que la responsabilité des États à l'égard de sujets du droit international autres que les États se fonderait sur des conditions différentes. En outre, il est difficile d'envisager des responsabilités internationales qui concernent exclusivement des entités autres que les États. En laissant, à la première partie, un caractère assez général sur ce point, la Commission n'a pas voulu soutenir l'idée d'une responsabilité dans le vide. Comme on peut le comprendre d'après le passage du commentaire de l'article 3 cité au paragraphe 121, il y a toujours une corrélation entre l'idée d'une obligation imputable à un État et les droits à l'égard d'autres États ou personnes. À cet égard, le Rapporteur spécial est partisan de supprimer l'adjectif « subjectif » employé après le mot « droit » dans le passage en question.

45. La deuxième partie a un champ d'application légèrement plus restreint que la première partie en ce qu'elle traite seulement des droits des États lésés. Néanmoins, cette distinction relativement mineure ne devrait pas créer de difficulté car il n'y a pas de raison de penser que la première partie aurait été rédigée différemment si la portée de la deuxième partie avait été plus large. La décision de limiter la deuxième partie aux droits des États lésés a été une décision raisonnable mais, dans le contexte actuel où les obligations internationales doivent être honorées à l'égard de particuliers sur la base de formes particulières de traités, à l'égard d'organisations internationales sur la base de leurs instruments constitutifs, ainsi qu'à l'égard d'autres entités, il est d'autant plus raisonnable de laisser la possibilité ouverte, comme la Commission l'a fait délibérément lorsqu'elle a adopté la première partie[10]. En plus de l'explication déjà donnée dans le commentaire de l'article 3, cet argument pourrait être formulé dans le commentaire de l'article premier.

46. Pour toutes ces raisons, le Rapporteur spécial recommande que l'article premier soit adopté sans changement, sous réserve d'un examen ultérieur du lien entre cet article et la notion d'« État lésé » telle qu'elle est définie à l'article 40 et appliquée dans la deuxième partie.

47. Aux termes de l'article 2, tout État est susceptible d'être considéré comme ayant commis un fait internationalement illicite engageant sa responsabilité. Cette phrase est un truisme qui, à la connaissance du Rapporteur spécial, n'a jamais été remis en cause. À vrai dire, le contester reviendrait à nier le principe de l'égalité des États et l'ensemble du système du droit international. En outre, l'article ne porte pas directement sur le sujet de la responsabilité internationale mais, plutôt, sur la possibilité qu'une telle responsabilité existe. Cela est révélateur de la tendance à un raffinement excessif qui, entre autres problèmes, affecte le projet d'articles. L'article semble donc inutile et pourrait être supprimé.

48. L'article 3 en revanche est très important à la fois parce qu'il structure les projets d'articles, comme il est dit au paragraphe 134 du premier rapport, et parce qu'il ne prévoit pas qu'une condition autre qu'un comportement consistant en une action ou en une omission imputable à l'État et constituant une violation d'une obligation internationale est nécessaire pour que le fait d'un État soit qualifié d'internationalement illicite. Comme il est dit au paragraphe 132, il serait fondé de placer l'article 3 avant l'article premier. En ce qui concerne la proposition faite par la France, dans les Commentaires et observations reçus des gouvernements sur la responsabilité des États, de faire référence aux « actes juridiques » — ou plutôt aux « actes licites » — à l'alinéa *a*, le Rapporteur spécial estime que la formulation actuelle couvre déjà les actes juridiques et qu'il suffirait d'éclaircir ce point dans le commentaire.

49. Enfin, l'affirmation contenue à l'article 4 a été bien sûr, à maintes reprises, affirmée par le droit international depuis l'arbitrage dans l'affaire de l'« *Alabama* » (États-Unis d'Amérique c. Grande-Bretagne)[11]. Comme la CPJI l'a souligné en maintes occasions, la qualification d'un acte comme illicite est une fonction autonome du droit international qui ne saurait être affectée par la qualification du droit interne et notamment la qualification du même fait comme licite d'après le droit interne. Cela ne signifie pas que le droit interne est sans intérêt pour la qualification d'un comportement comme illicite; au contraire, il peut être tout à fait pertinent à plusieurs égards. Aucune proposition de modification de l'article n'ayant été reçue, le Rapporteur spécial recommande donc de l'adopter.

50. Il propose que la Commission, après en avoir débattu, soumette les articles 1 à 4 au Comité de rédaction en recommandant que les articles 1, 3 et 4 soient adoptés sans modifications et que l'article 2 soit supprimé. Le Comité de rédaction devrait en outre être invité à étudier la possibilité de modifier l'ordre des articles et de changer le titre de la première partie.

51. M. BROWNLIE, après avoir félicité le Rapporteur spécial de son exposé très minutieux d'un sujet important, dit qu'il n'a pas le sentiment que les articles 1 à 4 soient véritablement sujets à controverse. Néanmoins, il est préoccupé par la question du dommage et souhaite dire quelques mots pour appuyer la proposition du Rapporteur spécial de ne pas faire de l'existence d'un dommage une

[10] Voir 2532e séance, note 9.

[11] Sentence du 14 septembre 1872 (A. de Lapradelle et N. Politis, *Recueil des arbitrages internationaux*, Paris, Pédone, 1923, t. II, p. 713 et suiv.).

condition distincte. La difficulté que soulève la notion de dommage n'est pas seulement sémantique, elle est aussi d'ordre conceptuel. Comme le Rapporteur spécial l'a expliqué, le contenu de la responsabilité est défini par les règles primaires dans chaque cas et, lorsque les règles ne prévoient pas tel ou tel détail particulier, il convient, notamment dans le domaine de la réparation, de revenir aux principes généraux de droit international.

52. Les raisons de son objection à la notion de dommage sont triples. Premièrement, faire du dommage une condition spéciale créerait à posteriori une confusion à l'égard des règles primaires, lesquelles souvent ne prévoient pas l'existence obligatoire d'un dommage, en particulier de nature économique ou matérielle. Deuxièmement, l'évolution du droit international depuis la seconde guerre mondiale a montré qu'il pouvait y avoir une responsabilité sans preuve d'un dommage particulier, ce pourquoi M. Brownlie se dit vivement partisan d'invoquer le concept plus général d'*injuria* et d'État lésé. Troisièmement, il craint que trop insister sur la notion de dommage nuise à la notion de dommage moral. Il a coutume de dire que l'intérêt pour des concepts relativement nouveaux tels que celui des obligations *erga omnes* tend à masquer l'utilité — y compris dans le domaine des droits de l'homme — des concepts existants, tel celui de dommage moral. Il serait regrettable que, en renforçant l'importance de la notion de dommage, la Commission, même involontairement, contribue à faire tomber en désuétude la notion de dommage moral.

53. Enfin, en ce qui concerne la notion de « faute », il n'est pas toujours clair, en anglais, si la faute *(culpa)* comprend un élément d'intention *(dolus)*. Il pourrait être utile d'utiliser de temps à autre dans le commentaire l'expression « faute ou intention ». Dans les ouvrages américains relatifs, par exemple, aux délits civils *(tort)*, il semble implicite que tout fait délictueux est dû à la négligence; pourtant, souvent cela n'est pas le cas, y compris quelquefois dans des circonstances tragiques, comme dans l'affaire du *Rainbow Warrior*.

54. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA remercie le Rapporteur spécial pour sa présentation. Il tient d'abord à appuyer la proposition faite par la France et mentionnée dans la note de bas de page du paragraphe 103 tendant à ce que, dans le titre de la première partie, il soit question non de l'« origine » mais du « fondement » de la responsabilité des États, étant entendu que le mot anglais *basis* correspondra au mot français « les fondements ». Au sujet de l'expression « État qui a commis un fait internationalement illicite » et de la proposition faite à l'alinéa *b* du paragraphe 98 de remplacer cette expression par l'expression « État fautif », il se demande si une telle modification ne serait pas contradictoire avec le paragraphe 126, où il est recommandé d'adopter l'article premier en l'état. En raison des contraintes de temps, il vaut peut-être mieux renvoyer cette question à la deuxième partie de la cinquantième session de la Commission qui se tiendra à New York.

55. M. ECONOMIDES appuie les commentaires formulés par M. Pambou-Tchivounda au sujet de l'emploi de l'expression « État fautif ». Il ne serait pas opportun de faire ce changement dans le peu de temps qui reste de la présente partie de la session. En ce qui concerne les autres recommandations du Rapporteur spécial, M. Economides est d'accord que l'article premier doit être maintenu, l'article 2 supprimé et le titre de la première partie modifié. Il est également d'avis que les articles 3 et 4 doivent être adoptés, sous réserve de modifications rédactionnelles qu'il proposera ultérieurement.

56. M. MELESCANU dit que le Rapporteur spécial mérite les remerciements de la Commission pour sa préparation et présentation d'un document très intéressant qui constitue une excellente base en vue d'une éventuelle décision. S'il approuve en principe les principales recommandations du Rapporteur spécial, il partage les doutes exprimés par MM. Pambou-Tchivounda et Economides au sujet de l'expression « État fautif » et se déclare réservé quant à la proposition de supprimer l'article 2. Certes, l'article n'ajoute rien à la substance des articles 1 et 3, mais il ne peut s'empêcher de penser que ce qui va sans dire va encore mieux en étant dit. Par exemple, dans son pays, la Roumanie, où il est en train de travailler sur une nouvelle Constitution, l'article qui proclame que nul n'est au-dessus de la Constitution a étonnamment donné lieu à beaucoup de discussions. Tout en reconnaissant que le Rapporteur spécial a sans doute raison d'un point de vue technique, il souhaite néanmoins qu'on prenne note de ses réserves au sujet de la suppression de l'article 2.

57. Selon M. ROSENSTOCK, tous les points qui ont été jusqu'ici soulevés par les autres membres sont d'ordre rédactionnel. Aucun d'eux ne justifie de prendre d'autres mesures que transmettre les articles 1 à 4 au Comité de rédaction pour que la Commission examine le rapport du Comité sur ces points à New York.

58. Selon M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), les membres de la Commission qui ont invoqué les contraintes de temps se sont mépris. Il est prévu que la Commission poursuive l'examen du sujet de la responsabilité des États l'après-midi.

La séance est levée à 13 h 5.

2547e SÉANCE

Jeudi 11 juin 1998, à 15 h 10

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Galicki, M. Hafner, M. Kusuma-Atmadja, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Rosenstock, M. Yamada.

Responsabilité des États[1] *(suite)* [A/CN.4/483, sect. C, A/CN.4/488 et Add.1 à 3[2], A/CN.4/490 et Add.1 à 7[3], A/CN.4/L.565, A/CN.4/L.569]

[Point 2 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

1. M. DUGARD souhaiterait que le Rapporteur spécial précise l'approche qu'il propose à la Commission d'adopter en ce qui concerne les articles 1 à 4, sachant qu'il a suggéré d'en retenir trois d'entre eux, de supprimer l'article 2 (Possibilité que tout État soit considéré comme ayant commis un fait internationalement illicite) et de renvoyer le texte au Comité de rédaction. Dans le cas d'autres instruments, l'opinion a été émise qu'il n'était pas souhaitable de modifier le texte existant. Le Rapporteur spécial partage-t-il cette opinion pour ce qui est des articles devant être conservés ou serait-il disposé à envisager une formulation plus élégante pour certains passages ? M. Dugard pense pour sa part qu'il conviendrait de reformuler certains d'entre eux, sans pour autant toucher aux principes entérinés, et il n'est pas certain que cette question relève du seul Comité de rédaction. Il appartient aux membres de la Commission de se prononcer sur ce point.

2. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) admet que ce problème concerne effectivement la Commission dans son ensemble. Le groupe de travail présidé par M. Simma lui a fourni des indications pour ce qui est de savoir jusqu'où la Commission était disposée à aller dans le réexamen du texte, sous l'angle tant des principes que du libellé.

3. S'agissant des principes, il apparaît clairement que certaines dispositions du projet d'articles appellent un réexamen, soit parce qu'elles ont suscité un désaccord marqué ou des malentendus, par exemple l'article 22 (Épuisement des recours internes), soit parce que ces dispositions sont à présent dépassées ou ont été remises en cause dans des décisions ultérieures, par exemple l'article 8 (Attribution à l'État du comportement de personnes agissant en fait pour le compte de l'État) qui ne comporte aucune référence à l'éventualité, pour un État, de revendiquer après coup un fait qui ne lui serait autrement pas attribuable. Cette éventualité s'est présentée dans l'affaire concernant le *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* et a amené la CIJ à dégager expressément ce principe, lequel devrait donc être incorporé dans le projet d'articles.

4. Pour ce qui a trait aux principes auxquels la Commission continue de souscrire parce que, selon elle, ils sont justes, ou parce qu'ils ont été à tel point repris dans des décisions ultérieures que revenir sur eux serait impensable — et c'est le cas de certains projets d'articles —, il est sans doute pour le moins possible de présumer que leur libellé ne devrait être modifié que s'il existe une bonne raison de le faire. Le Rapporteur spécial est naturellement en faveur d'un texte aussi élégant et concis que possible; c'est pourquoi il a proposé de trouver une autre formule pour remplacer l'expression « l'État auteur du fait internationalement illicite », qui est d'une lourdeur extrême et apparaît au moins une vingtaine de fois dans le texte. À ce propos, son intention n'est en rien de modifier les principes, c'est-à-dire le fond; il s'agit uniquement d'une question de terminologie, c'est-à-dire de forme. Le Comité de rédaction pourrait s'entendre sur une formule comme « l'État responsable » permettant de lever la difficulté mentionnée par M. Melescanu (2546e séance), selon lequel le libellé actuel pourrait avoir une connotation négative et impliquer un élément de faute — ce qui n'est pas nécessairement le cas dans l'optique de la responsabilité comprise au sens de l'article premier (Responsabilité de l'État pour ses faits internationalement illicites). L'objectif est donc de parvenir à un équilibre, c'est-à-dire de reformuler le texte en tenant compte de l'évolution intervenue au cours des vingt à trente dernières années, avec un souci de cohérence et d'élégance dans la rédaction sans pour autant revenir sur des expressions auxquelles les spécialistes du droit international se sont accoutumés. Certaines de ces expressions sont particulièrement maladroites et les remettre en cause pourrait susciter des remous car, à force d'avoir été citées, elles sont considérées comme faisant partie du droit, mais s'il y a une bonne raison de les changer, il faut le faire et c'est, semble-t-il, ce que souhaite la Commission.

5. Selon M. ROSENSTOCK, il n'est pas souhaitable en effet de modifier un texte existant mais rien ne l'interdit, si on a des raisons valables de le faire et si ce texte n'est pas devenu sacro-saint pour avoir été cité à maintes et maintes reprises. Rien n'empêche notamment de l'améliorer pour le rendre plus clair et en faciliter la lecture.

6. M. DUGARD, se référant au critère de la faute, croit comprendre que l'on s'est accordé à reconnaître que, si l'article 19 (Crimes et délits internationaux) et le concept de responsabilité pénale de l'État devaient être retenus, il faudrait aborder la question de la faute en tant que condition générale, et donc traiter la question de l'intention coupable *(mens rea)* dans le contexte de la responsabilité des États. Cette question a été renvoyée en groupe de travail mais, vu que le Rapporteur spécial n'a pas fait référence aux obligations *erga omnes* et a émis l'avis qu'il fallait exclure la condition de la faute à ce stade, M. Dugard aimerait savoir s'il a envisagé la possibilité d'une catégorie distincte de responsabilité au regard de telles obligations.

7. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) fait observer, tout d'abord, que les membres de la Commission sont manifestement divisés quant à l'article 19 et à la question de savoir si celui-ci traite de véritables crimes ou non. Certains sont favorables au principe énoncé dans le paragraphe 2 de l'article 19 sans pour autant nécessairement être d'accord avec son libellé, interprétant plutôt cette notion comme un acte illicite d'une extrême gravité. D'autres sont opposés à l'article 19 tout en reconnaissant qu'il peut exister des obligations à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble et que des distinctions doivent, à différentes fins, être établies entre les faits illicites les plus graves et les autres, tant en ce qui concerne le degré de gravité de la violation et son effet sur les États qu'au regard des catégories d'États susceptibles

[1] Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2e partie), p. 62, doc. A/51/10, chap. III, sect. D.

[2] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

[3] Ibid.

d'objecter de porter plainte ou de réclamer la cessation ou la restitution. On peut tout du moins constater qu'il y a accord sur la nécessité d'intégrer ces distinctions dans un régime de la responsabilité des États même si les travaux se poursuivent quant à la manière de procéder. Dans l'état actuel du droit international et des relations internationales, très peu de membres de la Commission sont disposés à envisager une véritable criminalisation du comportement des États au sens où serait attaché à un tel comportement, une conséquence pouvant être qualifiée de sanction. Le Rapporteur spécial n'exclut toutefois pas que cette notion de crime punissable finisse par s'imposer à l'avenir. Au stade actuel, si une place lui était faite dans le projet d'articles, il faudrait réexaminer certains articles de la première partie, dont les articles 1 et 3 (Éléments du fait internationalement illicite de l'État), car il est clair qu'un crime ne peut se concevoir sans le critère général de faute — ce qui n'est pas nécessairement le cas de la responsabilité. Lors des délibérations, le Rapporteur spécial ne s'est pas attardé sur cet élément, qui est mentionné aux paragraphes 108 à 118 de son premier rapport sur la responsabilité des États (A/CN.4/490 et Add.1 à 7) pour ne pas s'engager sur un terrain susceptible de créer des divisions et parce que cela ne lui semblait pas nécessaire pour l'heure, sans pour autant fermer la porte à cette notion à l'avenir.

8. Pour ce qui est des obligations *erga omnes*, les délibérations au sein du groupe de travail présidé par M. Simma ont fait apparaître que les dispositions des articles 1 à 4 s'appliquaient, quelle que soit la nature de l'obligation — obligation *erga omnes*. norme de *jus cogens,* ou toute autre norme — ayant fait l'objet de la violation. Elles s'appliquent donc, qu'il s'agisse d'une obligation bilatérale, à caractère multilatéral limité ou *erga omnes*. Le débat sur ce point ne devrait ainsi pas avoir d'incidence sur ces articles.

9. Le Rapporteur spécial espère qu'au début de la deuxième partie de la session à New York, sur la base d'une très brève discussion, les membres de la Commission tomberont d'accord pour renvoyer les quatre articles au Comité de rédaction. Jusque-là ce n'est pas son point de vue personnel, mais celui qu'ont permis de dégager les délibérations consacrées au sujet au sein du Groupe de travail, qu'il a exposé. Il souhaite toutefois revenir sur certains points abordés à cette occasion.

10. S'agissant du problème de terminologie soulevé par MM. Economides, Melescanu et Pambou-Tchivounda que pose, en français, la formule « État auteur du fait internationalement illicite », il y a lieu de noter que, dans l'article premier, il n'est pas fait expressément référence à la notion de faute mais, paradoxalement, cette notion transparaît à travers l'expression employée dans le texte français. Le problème ne se pose pas en anglais car le terme *wrongful* n'a pas nécessairement la connotation péjorative de « faute ». Le Comité de rédaction pourrait se pencher sur cette question et étudier la possibilité de retenir l'expression « État responsable » *(responsible State)* qui présenterait l'avantage d'éviter toute connotation négative tout en ayant le mérite de la concision.

11. D'autre part, le Rapporteur spécial estime que l'expérience acquise en matière de droit constitutionnel interne présente de l'intérêt dans l'optique des travaux relatifs à la responsabilité des États, comme M. Melescanu l'a fait observer, à juste titre, en groupe de travail. Le droit international constitue certes une institution autonome qui ne dépend d'aucun système de droit interne, mais il ne saurait pour autant être dissocié de l'expérience acquise par l'humanité dans le domaine du droit interne. S'il faut rester prudent en matière d'analogie, force est de constater cependant que le droit international emprunte constamment au droit interne, notamment sur les plans des techniques et de la terminologie. Le Rapporteur spécial n'est toutefois pas d'accord avec les conclusions dégagées par M. Melescanu car, tout d'abord, la Commission n'a pas été chargée de rédiger une constitution internationale et même si elle l'avait été il serait curieux d'élaborer un tel instrument sur la base de la violation des règles primaires qu'il énonce par les États membres qui y adhéreront. Le rôle normal d'une constitution est en effet de fixer des règles auxquelles les signataires doivent se conformer et non pas d'envisager la situation anormale que constitue leur violation. Ensuite, rappeler que tous les États sont régis par le droit international touche un point fondamental. Il est certes important que dans le premier paragraphe du projet de déclaration sur les droits et devoirs des États, adopté par la Commission[4], il soit indiqué que tous les États du monde forment une communauté régie par le droit international mais il s'agit là d'une hypothèse *(predicate)* formulée dans le préambule — et non d'un principe énoncé expressément dans un article — sur la base de laquelle est affirmée plus loin la notion d'égalité des États. La responsabilité des États ne constitue, elle, qu'un pan du droit international et ce n'est même pas le plus important. Il ne semble donc pas nécessaire de rappeler dans un texte relatif à une sous-composante du droit international ce postulat *(predicate)* qui est le fondement du droit international dans son ensemble. De plus, ce postulat prend tout son sens dans le contexte de l'égalité des États, mais pas dans celui de la responsabilité des États, et dire que tout État est *susceptible* d'être considéré comme ayant commis un fait internationalement illicite engageant sa responsabilité internationale tend à banaliser la noble idée de l'égalité des sujets de droit. Pour ces raisons, le Rapporteur spécial estime que, si l'on décidait d'ajouter un préambule au projet d'articles, c'est là qu'il faudrait rappeler ce postulat et on pourrait en outre développer cette idée dans le commentaire, mais rien ne justifie son inclusion dans le texte proprement dit du projet d'articles.

12. M. MELESCANU n'insistera pas sur cette idée si personne d'autre que lui ne la soutient. En ce qui concerne l'expression « État responsable », la position commune des membres francophones de la Commission est qu'elle n'est sans doute pas la meilleure solution car, dans certains cas, on peut commettre un fait illicite sans voir sa responsabilité engagée puisqu'un article spécial précise les conditions dans lesquelles l'auteur d'un fait illicite peut être exonéré de sa responsabilité. La question est compliquée et devrait être approfondie.

13. M. ECONOMIDES félicite le Rapporteur spécial de sa dernière communication, qu'il trouve de très haute qualité, et se dit prêt à suivre les recommandations qu'il fait à la Commission.

[4] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quatrième session, Supplément n° 10* (A/925), p. 8 et suiv.

14. Abordant tour à tour les projets d'articles qui y sont présentés, M. Economides dit que l'article 2 lui paraît totalement superflu. Il faut, à son avis, le faire disparaître mais, comme son élimination pourrait être mal comprise, il conviendrait d'en expliquer les raisons dans le commentaire.

15. L'article 3 semble critiquable sur le plan de la forme. M. Economides rappelle qu'en effet, non seulement le comportement consistant en une action ou en une omission doit être imputable à l'État d'après le droit international, comme le dit l'alinéa *a*, mais la violation de l'obligation internationale dont il est question à l'alinéa *b* doit elle aussi être appréciée au regard du droit international, ce qui n'est pas dit expressément. Aussi M. Economides conseille-t-il de libeller cet article comme suit :

« Il y a fait internationalement illicite de l'État, d'après le droit international, lorsque :

a) un comportement consistant en une action ou en une omission est attribuable à l'État;

b) ce comportement constitue une violation d'une obligation internationale de l'État. »

16. Pour ce qui est de l'article 4, M. Economides dit qu'en bonne doctrine, on est obligé de présumer que c'est le droit interne qui doit être conforme aux dispositions du droit international et en reprendre les solutions et pas le contraire. C'est une considération qui ne ressort pas suffisamment de la deuxième phrase de cet article. On pourrait avantageusement la remplacer par une formule plus neutre telle que « le droit interne ne saurait l'emporter en cette matière sur le droit international ». Cette formule serait d'ailleurs conforme à la proposition initiale du précédent Rapporteur spécial, Roberto Ago[5].

17. En ce qui concerne les hésitations de la Commission sur la qualification de l'État auteur d'un fait internationalement illicite, M. Economides reconnaît que l'expression « État fautif » est lourde de connotations, mais que l'expression « État responsable » n'est pas non plus tout à fait satisfaisante. Peut-être pourrait-on dire, en français, « État mis en cause ». Le Comité de rédaction trouvera assurément une solution élégante à ce problème.

18. Enfin, se référant à une observation de M. Dugard, M. Economides dit qu'il n'est pas certain de la nécessité de dispositions spéciales concernant la faute.

19. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) juge les amendements proposés par M. Economides tout à fait acceptables. Le Comité de rédaction, qui se réunira à la reprise de la session à New York, en fera son profit.

20. À l'issue d'un débat auquel participent MM. CANDIOTI, CRAWFORD (Rapporteur spécial), KUSUMA-ATMADJA et ROSENSTOCK, le PRÉSIDENT suggère que la Commission renvoie les articles 1 à 4 au Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 16 h 10.

[5] Voir 2523e séance, note 9.

2548e SÉANCE

Vendredi 12 juin 1998, à 10 h 5

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Galicki, M. Hafner, M. Kusuma-Atmadja, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rosenstock, M. Simma, M. Thiam, M. Yamada.

Les réserves aux traités *(suite*)* [A/CN.4/483, sect. B, A/CN.4/491 et Add.1 à 6[1], A/CN.4/L.563 et Corr.1 et 2]

[Point 4 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite*)*

GUIDE DE LA PRATIQUE *(suite*)*

PROJET DE DIRECTIVE 1.1.4

1. M. PELLET (Rapporteur spécial) reprend l'examen du projet de directives [ILC(L)/INFORMAL/12] avec le projet de directive 1.1.4, intitulé « Objet des réserves », qui est ainsi rédigé : « Une réserve peut porter sur une ou plusieurs dispositions d'un traité ou, d'une façon plus générale, sur la manière dont l'État entend mettre en œuvre l'ensemble du traité. » Il pense que le projet de directive 1.1.4 a beaucoup plus d'importance que les directives déjà examinées et peut avoir une incidence pratique.

2. Comme il l'a indiqué dans sa présentation (2541e séance), il a oublié, dans le projet de directive 1.1.4, de mentionner les organisations internationales, qui sont bien sûr également visées. Il convient donc d'ajouter les mots « ou l'organisation internationale qui la formule » *(or the international organization which formulates it)* après les mots « dont l'État » *(in which the State)*.

3. La directive 1.1.4 est importante pour la raison suivante : dans les Conventions de Vienne, une réserve est définie en fonction du but qu'elle poursuit, à savoir en tant que déclaration visant à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à l'État ou à l'organisation internationale qui l'a formulée. Un vaste débat doctrinal a eu lieu à propos des mots « certaines dispositions » et sur le fait de savoir si on pouvait appeler réserve une déclaration portant non pas sur telles ou telles dispositions du traité, mais sur le traité dans son ensemble. Dans la pratique, cette question a été tranchée depuis longtemps dans un sens qui s'écarte quelque peu de la lettre de la définition de Vienne, mais reste conforme à son esprit : par la pratique des réserves

* Reprise des débats de la 2545e séance.

[1] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

« transversales », c'est-à-dire de réserves qui ne portent pas sur des dispositions données d'un traité mais, plus généralement, sur la manière dont l'État ou l'organisation internationale auteur de la réserve entend appliquer le traité dans son ensemble. Le recours à de telles réserves est très courant : ces réserves peuvent porter sur les circonstances dans lesquelles un État appliquera ou n'appliquera pas un traité, ou sur certaines catégories de personnes auxquelles l'État refuse le bénéfice du traité, ou encore sur l'exclusion de certains territoires de l'application du traité dans son ensemble. Dans tous ces cas, la réserve ne porte pas sur des dispositions déterminées du traité, mais sur l'effet de celui-ci à l'égard de l'État ayant formulé la réserve. Les réserves de ce type, dont quelques exemples seulement sont cités au paragraphe 37 du document ILC(L)/INFORMAL/11, n'ont jamais, à la connaissance du Rapporteur spécial, suscité d'objections en tant que telles, pour autant que la réserve ne soit pas incompatible avec l'objet du traité. Mais cela est un problème de validité de la réserve, et non de définition. Le Rapporteur spécial espère que les membres de la Commission limiteront leurs commentaires à ce dernier aspect.

4. La Commission ferait preuve d'un formalisme excessif si, dans son interprétation des Conventions de Vienne, elle ne tenait pas compte d'une pratique fréquente qui pourrait poser un problème si un État décidait d'invoquer une application littérale de la définition de Vienne, dans un sens contraire à son esprit; par exemple, dans le cas où un État s'appuierait sur la position de certains juristes qui contestent qu'une réserve puisse porter sur un traité dans son ensemble en la considérant sous l'angle de la définition de Vienne, qui à son avis n'est pas très satisfaisante. Le Rapporteur spécial pense qu'il n'y a pas lieu de changer la définition, mais qu'il convient simplement de l'interpréter à la lumière de la pratique. Il estime dès lors que la Commission devrait adopter le texte du projet de directive 1.1.4 ou quelque chose d'approchant.

5. M. HAFNER préférerait une méthode factuelle ne prenant en considération que les instruments déjà existants; le droit international doit reposer sur des faits. Cela l'amène à exprimer certains doutes sur le projet de directive 1.1.4. Le Rapporteur spécial lui-même a mis en évidence le problème qui pourrait se poser. M. Hafner dit que, selon sa propre interprétation, la proposition que le Rapporteur spécial a faite (2541e séance), tendant à inclure une clause générale selon laquelle une réserve doit être conforme à la Convention de Vienne de 1969, concerne non seulement la directive 1.1.3, mais surtout la directive 1.1.4, et tend à éliminer certains problèmes qu'elle pose. Personnellement, il pense que le projet de directive 1.1.4 n'est pas acceptable. Si le but du droit international est de créer une base propice à des relations internationales stables et prévisibles et de réduire leur complexité et leur incertitude, les réserves du type envisagé dans le projet de directive 1.1.4 ne vont certainement pas dans ce sens; au contraire, si un État formule ce type de réserve, les autres parties au traité ne savent jamais par quelles obligations du traité l'État qui a fait la réserve est lié et pour la violation de quelles dispositions du traité cet État peut être tenu responsable.

6. Les réserves du type envisagé traduisent une certaine hypocrisie de la part des États, qui veulent bien accepter un traité mais refusent en même temps d'être liés par les obligations qui en découlent. Même si être partie à un traité sans assumer les obligations qu'il crée peut avoir un effet éducatif sur l'État, cela ne contribue pas à créer des relations internationales sûres. Dans la réserve qu'elle a formulée à la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles[2], citée par le Rapporteur spécial au paragraphe 37 du document ILC(L)/INFORMAL/11, l'Autriche a dit que « sa collaboration dans le cadre de cette Convention ne peut aller au-delà des limites déterminées par le statut de neutralité permanente », mais nul ne sait exactement ce que recouvre le statut de neutralité permanente. C'est pourquoi les obligations assumées par l'Autriche sont vagues.

7. Certaines affaires ont déjà fait apparaître la non-validité de telles réserves. En premier lieu, la question de la portée générale ou « transversale » des réserves a été examinée par la Cour européenne des droits de l'homme. Certes, on peut dire que la question a été soulevée en relation avec l'article 64 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais, pour M. Hafner, cet article reflète les normes du droit international. En second lieu, plusieurs États, surtout des États membres de l'Union européenne, se sont opposés à des réserves de cette nature. Par exemple, ils ont élaboré conjointement, et transmis séparément, une déclaration qualifiant d'inadmissible, de par sa nature générale, la réserve faite par l'Arabie saoudite lors de la ratification de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. La partie de la réserve contestée est la suivante : « appliquer les dispositions [de ladite Convention], à condition qu'elles ne soient pas contraires à la charia »[3]. Des déclarations similaires ont été faites sur des réserves de même nature. M. Hafner pense donc que, selon la pratique internationale récente, les réserves « transversales » comme celles envisagées dans le projet de directive 1.1.4 ne sont pas admises en droit international, et qu'il ne faut pas donner l'impression que ces réserves bénéficient d'un quelconque soutien.

8. M. ECONOMIDES dit que, même si le Rapporteur spécial a reflété la pratique internationale en la matière, c'est à juste titre que M. Hafner a mis en évidence un certain nombre de problèmes. Alors que la première partie de la directive 1.1.4, selon laquelle « une réserve peut porter sur une ou plusieurs dispositions d'un traité », reprend ce qui est dit dans la définition de la réserve, la deuxième partie, qui se réfère à la « manière » dont l'État entend mettre en œuvre l'ensemble du traité, est nouvelle. Cette « manière » doit être restrictive, faute de quoi la réserve n'est pas une réserve, mais une déclaration interprétative. Étant donné que si l'on rédige un guide de la pratique pour aider les États, c'est pour leur donner des conseils, ce guide pourrait souligner que les États devraient éviter de formuler des réserves générales ou imprécises et énoncer aussi clairement que possible les restrictions qu'ils entendent apporter au traité. Les réserves générales, comme celles évoquées par M. Hafner, sont inapplicables et introduisent un élément d'instabilité dans les relations internationales, les autres parties ne sachant pas exactement quels sont les engagements pris par un État. Certes, les

[2] Voir *Traités multilatéraux*... (2542e séance, note 3), p. 920.

[3] Ibid., p. 102.

réserves générales existent, mais elles doivent être rendues plus restrictives et moins générales.

9. M. ROSENSTOCK dit que l'orateur précédent a soulevé un point intéressant en notant que les États devaient être aidés à rédiger des réserves. Il note avec satisfaction que M. Economides reconnaît que le projet de directive 1.1.4 est un juste reflet du statu quo actuel. Le fait que des réserves du type visé dans cette directive ont été quelquefois contraires à l'objet et au but du traité signifie seulement que ces réserves d'un caractère spécifique à un traité donné peuvent être contraires à son objet et à son but. La pratique des institutions européennes en vertu de l'article 64 de la Convention européenne des droits de l'homme veut seulement dire que lorsque l'obligation d'exposer la loi nationale qui justifie la réserve existe, cette obligation n'est pas satisfaite si les institutions en cause estiment que la loi en cause doit être énoncée, même si dans certains cas elles ne l'exigent pas, tandis que dans d'autres, elles considèrent qu'il y a un vice en raison du fait que le droit n'a pas été énoncé. Cela ne crée pas une norme universelle interdisant les réserves sur la manière dont un État entend mettre en œuvre un traité. Il se peut que certaines réserves soient vagues au point d'en être incompréhensibles, et que d'autres soient contraires à l'objet et au but du traité, mais cela n'est pas plus vrai, même si c'est plus probable, en ce qui concerne le type de réserve évoqué que dans le cas des réserves portant sur une ou plusieurs dispositions du traité. Dès lors, s'il est tout à fait disposé à conseiller aux États de ne pas formuler de réserves du premier type et à les mettre en garde quant au fait que ces réserves peuvent soulever des problèmes, M. Rosenstock ne pense pas qu'il soit juste de conclure que les réserves de cette nature sont par définition illicites ou n'entrent pas dans le modèle de conduite étatique que la Commission est en train d'essayer de mettre en place. Il souhaite que le projet de directive 1.1.4 soit gardé tel quel, accompagné d'une note indiquant qu'il s'agit peut-être là d'une des dispositions au sujet de laquelle la Commission voudra faire quelques commentaires.

10. M. PELLET (Rapporteur spécial) fait remarquer qu'il n'a pas parlé de réserves générales, mais de réserves « transversales ». Parmi celles-ci, certaines peuvent être générales, mais pas toutes. M. Hafner a abordé la question de la validité des réserves, et non de leur définition. La question de la licéité des réserves « transversales » relève du droit des traités. Le Rapporteur spécial rappelle aux membres que le débat ne porte pas sur la validité des réserves, mais sur la définition.

11. M. MELESCANU est entièrement d'accord que le texte du projet de directive 1.1.4 reflète la pratique des États en matière de réserves. Il approuve ce texte, sous réserve de l'inclusion d'un commentaire approprié.

12. Le point de vue de M. Hafner est correct mais, comme l'a souligné le Rapporteur spécial, il faut accepter qu'une réserve a été formulée et, si l'on se réfère à l'exemple cité par M. Hafner, l'État doit opposer une objection à cette réserve. Si une réserve est tellement générale que les autres États ne peuvent l'accepter, il appartient à ceux-ci d'exercer leur droit à opposer une objection. Il va sans dire qu'une réserve ainsi contestée n'a aucun effet juridique dans les relations entre les États qui ont fait l'objection et l'État qui a formulé la réserve. Il n'y a pas de danger tant que les principes de base des Conventions de Vienne sont appliqués.

13. En ce qui concerne la remarque de M. Rosenstock, la Commission n'a pas discuté du fait de savoir si le Guide de la pratique comprendrait un commentaire. Si elle décidait d'inclure un commentaire, M. Melescanu serait partisan d'adjoindre une explication à chaque définition. Rien n'empêche que la Commission inclue dans le commentaire sur la définition certains éléments interprétatifs de nature à guider les États dans l'application des réserves. Donc, le texte du projet de directive 1.1.4 doit rester en l'état, et la Commission devrait réfléchir à l'interprétation ou aux conseils à inclure dans le commentaire qui lui serait adjoint.

14. Selon M. DUGARD, il risque d'être extrêmement difficile, dans la pratique, de faire une distinction entre la définition et la validité d'une réserve. S'il était démontré qu'une certaine catégorie de déclarations unilatérales était inacceptable, cette catégorie devrait naturellement être exclue de la définition d'une réserve. Par ailleurs, M. Dugard n'est pas convaincu que le projet de directive 1.1.4 reflète correctement la pratique des États. De nombreux États ont émis des objections comme celle évoquée par M. Hafner à propos de réserves beaucoup trop vagues et générales. On peut donc dire que la pratique des États n'est pas tranchée et qu'il y a place pour un développement progressif alternativement à une codification de la pratique existante. La compétence d'un État à formuler des réserves générales doit être mise en question et la Commission, dans ses efforts pour trouver une solution, doit être prête à s'appuyer sur d'autres éléments que les dispositions des Conventions de Vienne. Tout bien considéré, le projet de directive 1.1.4 doit faire l'objet d'un examen sérieux avant que la Commission l'approuve.

15. M. HAFNER n'ignore pas la différence entre la validité et la définition des réserves, et il n'a jamais laissé entendre que les déclarations visées dans le projet de directive 1.1.4 ne sont pas des réserves. Pour lui, la définition vient de l'emploi du mot « peut », qui ne permet pas de savoir clairement si la directive vise la définition ou la validité.

16. En réponse à M. Rosenstock, M. Hafner dit que tous les aspects de la pratique des États doivent être pris en considération, y compris les objections, lesquelles peuvent être émises non seulement à propos de réserves valides au sens des Conventions de Vienne, mais également à propos de réserves d'une nature différente considérées comme non valides. C'est pour faire valoir cet argument qu'il a donné lecture du texte de l'objection de l'Union européenne.

17. M. SIMMA pense que le débat est difficile à cause de l'approche « menu de restaurant » suivie par le Rapporteur spécial : la Commission s'est vu remettre une carte des plats alléchante, mais a reçu pour instructions de ne contrôler que l'orthographe et la grammaire du texte, et de s'abstenir de goûter aux plats. Il est frustrant de se concentrer sur la définition du projet de directive 1.1.4 sans s'intéresser aux problèmes qu'elle soulève. L'idée d'une définition des réserves qui visent seulement des cas en soi illicites est absurde. Comme il l'a

déjà dit à propos des réserves portant sur les traités relatifs aux droits de l'homme, M. Simma pense que la façon dont un État entend mettre en œuvre l'ensemble d'un traité peut, dans certains cas, être illicite parce qu'elle est trop générale ou trop large. Mais la situation est différente si un État déclare, par exemple, qu'un traité doit être interprété à la lumière d'une disposition claire de sa Constitution.

18. M. MIKULKA comprend la préoccupation du Rapporteur spécial quant aux déclarations générales qui prétendent indiquer la manière dont un État mettra en œuvre l'ensemble d'un traité. Il est d'accord qu'il faut examiner les effets juridiques de telles déclarations et le régime auquel elles sont soumises. Mais il ne voit pas pourquoi on ne connaîtrait d'emblée à ces déclarations la qualité de réserves dans le projet de directive 1.1.4, étant donné qu'elles ne correspondent pas nécessairement à la définition. La définition de la Convention de Vienne de 1969 mentionne uniquement l'exclusion ou la modification de l'effet juridique de « certaines » dispositions d'un traité. *A contrario*, une réserve ne doit pas viser à exclure ou modifier l'effet juridique de l'ensemble d'un traité. À cet égard, le projet de directive 1.1.4 semble contredire la définition de Vienne. Néanmoins, le Rapporteur spécial a, à juste titre, attiré l'attention sur l'existence d'une zone grise du droit qu'il y aurait lieu d'explorer plus avant.

19. M. CRAWFORD est tout à fait d'accord avec M. Simma et M. Mikulka. La discussion ne doit pas porter exclusivement sur la définition qui figure dans le projet de directive 1.1.4 sans aborder, d'une manière ou d'une autre, les conséquences de la reconnaissance d'une déclaration donnée comme réserve. L'institution d'un système unique de réserves peut donner à penser que certaines déclarations douteuses sont d'une certaine manière licites. M. Crawford prie le Rapporteur spécial d'admettre que la question de la licéité doit être traitée. En tout état de cause, il sera indispensable à un moment donné d'étudier le lien entre les définitions adoptées et la substance des directives.

20. M. MELESCANU dit que, même si la Commission ne fait aucune référence aux réserves générales dans le Guide de la pratique, les États continueront de formuler de telles réserves parce que les Conventions de Vienne n'interdisent que les réserves incompatibles avec l'objet et le but des traités ou les réserves expressément interdites. Les États ne devraient pas être privés de l'exercice de ce droit.

21. Selon M. GALICKI, une discussion plus approfondie et plus détaillée est indispensable avant que la Commission puisse décider si oui ou non certaines déclarations doivent être assimilées à des réserves. Il a l'impression que le Rapporteur spécial a envie d'élargir la question de l'objet des réserves pour y inclure l'éventail le plus large possible de déclarations unilatérales faites par des États sur des traités. Il n'est pas sûr que cela soit le meilleur moyen de procéder. La Commission devrait reconnaître que les réserves ne sont nullement le seul type de déclaration unilatérale pouvant être faite.

22. Selon M. PELLET (Rapporteur spécial), les membres qui craignent que le projet de directive 1.1.4 consacre en quelque sorte la validité des réserves générales fondent leur argumentation sur le fait que de telles déclarations ne constituent pas des réserves dans le régime de Vienne, invoquant la disposition relative à l'incompatibilité avec l'objet et le but du traité. Ce faisant, ils reconnaissent à ces déclarations le statut de réserves, mais de réserves d'un type inadmissible.

23. Si le Rapporteur spécial comprend que les membres puissent être frustrés de ne pouvoir pour l'instant goûter les plats, il pense que, sans cette discipline, ils pourraient être tentés de goûter trop de plats à la fois. Il est raisonnable de commencer par traiter des définitions au lieu de s'enliser dans des arguments infructueux.

24. Le Rapporteur spécial est d'accord avec M. Hafner sur le fait que le mot « peut » n'est pas très heureux. Il n'a certainement pas voulu donner l'idée d'une autorisation ou d'une approbation. Ce qu'il a voulu dire, c'est qu'une déclaration unilatérale par laquelle un État ou une organisation internationale indique la manière dont il ou elle entend mettre en œuvre l'ensemble du traité doit être considérée comme une réserve. Toute déclaration de ce type serait soumise au régime des réserves et devrait donc être compatible avec l'objet et le but du traité. Si la Commission abandonne l'idée d'une définition sur le modèle de celle proposée dans le projet de directive 1.1.4, elle donnera à penser que des réserves telle celle formulée par le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord au Pacte international relatif aux droits civils et politiques[4], citée au paragraphe 37 des documents ILC(L)/INFORMAL/11 et ILC(L)/INFORMAL/12, sont illicites, ce qui n'est à l'évidence pas le cas. Au contraire de M. Hafner, le Rapporteur spécial pense que la réserve formulée par l'Autriche, et mentionnée dans le paragraphe précité, est aussi valable et constitue un exemple type de nombreuses autres réserves « transversales » licites. Bien que ces déclarations ne soient pas couvertes par la lettre des Conventions de Vienne, ne pas les mentionner dans le Guide de la pratique traduirait un conservatisme d'arrière-garde.

25. M. Crawford a dit que la question de la licéité devait être examinée dès à présent. Cela reviendrait à mettre la charrue avant les bœufs. Avant de juger si les réserves sont valides, il faut tout d'abord établir si ce sont vraiment des réserves.

26. Selon M. PAMBOU-TCHIVOUNDA, la relation entre la définition d'une réserve et la validité n'est ni fortuite ni imaginaire, et doit toujours être gardée présente à l'esprit. La Commission ne doit pas donner aux États un guide de la pratique qui ne mentionne pas leur obligation à respecter les Conventions de Vienne. L'ensemble du régime instauré par ces conventions doit être désigné dans le Guide de la pratique comme le cadre constant de référence. Or, dans le projet de directive 1.1.4, cela est présumé. M. Pambou-Tchivounda propose que cette référence soit explicitée par l'adjonction, à la fin de la directive, de l'expression « pour autant que cette manière préserve l'objet et le but du traité ». Il lui serait difficile d'approuver la directive sans cette expression.

[4] Ibid., p. 139 et 140, et Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, p. 287 et 288.

27. M. BROWNLIE note que le Rapporteur spécial a dit nettement que les paramètres énoncés dans le projet de directive 1.1.4 ne concernent pas la question de la validité. Néanmoins, le libellé utilisé et le fait que le projet de directive soit placé dans la rubrique « définitions des réserves », combinés à la présomption de régularité, peuvent laisser supposer au lecteur qu'à priori l'éventail des réserves possibles évoquées par le Rapporteur spécial sont valides. Le problème, maintenant, n'est pas que les membres de la Commission s'entendent sur le paragraphe, mais que le Comité de rédaction trouve la bonne formulation, étant donné que, mis à part la question de la définition en tant que telle, l'objet de la rédaction — qui est important — est de clarifier la portée du Guide de la pratique.

28. M. CRAWFORD approuve ces remarques et dit qu'il n'a pas d'objection à ce que le projet de directive 1.1.4 soit transmis au Comité de rédaction. Cependant, la mesure dans laquelle la pratique des États s'écarte de la définition de la réserve donnée dans la Convention de Vienne de 1969 ne doit pas être exagérée. De nombreux États sont sérieusement préoccupés par de soi-disant réserves qui, de fait, excluent du champ d'application du traité tout ce qu'un gouvernement estime être contraire à sa constitution ou à l'éthique religieuse de la nation. Ces États ne sont pas disposés à renoncer à un argument potentiellement contenu dans les Conventions de Vienne en concédant d'avance que toutes les réserves « transversales » sont des réserves au sens de ces conventions. Ils veulent voir comment le régime de la Convention de Vienne de 1969 fonctionne en ce qui concerne les réserves « transversales ». Donc, la décision de transmettre le projet de directive au Comité de rédaction doit être prise sans préjudice de cette question de fond, qui ne peut être occultée dans le contexte de la rubrique de la définition.

29. M. ECONOMIDES conteste la distinction établie entre la définition et la validité des réserves. Au-delà de l'existence de définitions, une réserve générale peut être formulée sur la manière dont un État entend mettre en œuvre une convention, et une telle réserve ne peut pas être déclarée non valide. Le débat a montré que certaines réserves « transversales » sont licites : l'exemple donné a été celui de la réserve du Royaume-Uni au Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Une réserve peut donc exclure l'application de toutes les dispositions d'un traité, mais seulement à l'égard de certaines catégories de personnes, tout en demeurant parfaitement valide.

30. Cependant, certaines réserves générales sont illicites, et ce pour deux raisons. La première est qu'elles ne sont pas de véritables réserves car elles n'apportent aucune restriction, et la deuxième est qu'elles sont tellement vagues que les autres parties au traité n'ont aucun moyen de savoir sur quoi elles portent. De telles réserves ne sont pas applicables dans la pratique. La Commission devrait aider les États qui appliquent la Convention de Vienne de 1969 à savoir précisément quelles réserves « transversales » sont valides et lesquelles ne le sont pas. Si la question est transmise au Comité de rédaction, celui-ci doit être habilité à traiter la question au fond et à examiner avec attention les éléments constitutifs d'une réserve « transversale » en vue de les incorporer dans un texte approprié.

31. M. ROSENSTOCK dit qu'il ressort du commentaire de l'orateur précédent que la question peut être transmise au Comité de rédaction. Cependant, il convient d'être prudent pour ce qui est de laisser entendre que les réserves « transversales » pourraient être soumises à des critères autres que ceux applicables à toutes les réserves, à savoir l'incompatibilité avec l'objet et le but du traité, le fait d'être trop vagues ou expressément prohibées par le traité, etc. Concentrer l'attention sur les réserves « transversales » n'est pas un exercice utile s'il fait plus qu'observer que ces réserves tendent, de par leur nature, à poser certains problèmes. La pratique des États en ce qui concerne l'acceptation de telles réserves depuis l'entrée en vigueur de la Convention de Vienne de 1969 ne permet guère de soutenir que l'acceptation de ces réserves est, pour les États, contraire au sens de la Convention. M. Rosenstock ne connaît pas d'affaire dans laquelle un État aurait rejeté une réserve pour le motif qu'elle serait « transversale »; les États rejettent des réserves lorsqu'ils les jugent trop vagues ou trop générales. Un bon exemple en est la réserve du Royaume-Uni au Pacte international relatif aux droits civils et politiques concernant le personnel militaire et les détenus. Il y a eu aussi d'autres affaires dans lesquelles des États ont clairement accepté des réserves « transversales ».

32. M. Sreenivasa RAO dit qu'au bout du compte le problème n'est pas de savoir sur quel sujet et de quelle manière une réserve est formulée, mais si elle est compatible avec l'objectif fondamental et les critères du traité. Lorsque, au moment où ils acceptent un traité, les États font connaître leur position sur la manière dont ils entendent l'appliquer, il est souvent plus difficile de savoir s'ils font une réserve ou une déclaration interprétative que de savoir si la déclaration est licite ou non. Les concepteurs de traités porteurs de vastes objectifs sociaux n'ont certainement pas pensé que, une fois le traité signé, tous les problèmes seraient résolus. Lorsque, tout en acceptant le principe même du traité, les États indiquent qu'ils souhaitent mettre en œuvre le traité d'une manière particulière, la question se pose de savoir si la déclaration est en fait une réserve. M. Sreenivasa Rao ne croit pas que, par le simple fait qu'elle ait été faite, une telle déclaration devienne automatiquement licite.

33. Selon M. MIKULKA, il est vrai, comme l'a dit M. Rosenstock, que certaines déclarations générales et unilatérales ont été rejetées précisément parce qu'elles étaient trop vagues. C'est là le cœur du problème : l'élément de certitude et l'exigence que la réserve traduise une intention bien définie et claire doivent faire partie de la définition des réserves. Pourquoi une déclaration totalement incompréhensible devrait-elle être automatiquement considérée comme une réserve ? Comme l'a suggéré M. Sreenivasa Rao, elle pourrait être considérée comme une déclaration interprétative.

34. Le Rapporteur spécial a maintenant expliqué clairement que le libellé du projet de directive 1.1.4 est en fait le contraire de ce qu'il voulait dire, son idée étant que toutes les déclarations vagues devraient être examinées à la lumière des critères applicables aux réserves. Cela est une chose; personnellement, M. Mikulka pense qu'il faut aller plus loin, et dit que la véritable question est de savoir ce qui se passe si un État fait une déclaration générale sur la manière dont il entend mettre en œuvre un traité. Il faut

éviter de qualifier dès le début une telle déclaration de réserve.

35. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit que tous les membres de la Commission semblent reconnaître que les déclarations « transversales » peuvent être des réserves; tout ce que lui-même demande est que cela soit dit textuellement dans le Guide de la pratique. Après tout, il s'agit là de l'omission la plus grave qu'il ait rencontrée dans la définition des réserves énoncée dans la Convention de Vienne de 1969. M. Economides a attiré l'attention sur deux cas dans lesquels de telles déclarations ne peuvent pas être considérées comme des réserves : lorsqu'il s'agit de déclarations interprétatives, et lorsqu'elles sont trop vagues. Même si cela est exact, le Rapporteur spécial demeure convaincu que cela est un problème de licéité.

36. Il est d'accord avec M. Brownlie sur le fait que la question en discussion doit être traitée dans le Guide de la pratique. Cela étant, il ne croit pas qu'un texte doive être transmis au Comité de rédaction assorti de conditions, par exemple que le Comité réexamine l'ensemble du régime des réserves. Quoi qu'il en soit, il a promis à la Commission qu'il soumettrait un projet de directive 1.1.9, qui serait une clause de « sans préjudice »; il s'ensuit que, quel que soit le texte retenu pour le projet de directive 1.1.4, il ne préjugera en rien de la validité des réserves ou des déclarations interprétatives. En résumé, le Rapporteur spécial pense qu'il existe un accord général sur le fond au sein de la Commission, mais qu'il y a de bonnes raisons de modifier le libellé du projet de directive 1.1.4, qui a suscité certains malentendus.

37. M. HAFNER dit que tel est précisément le point de vue qu'il a essayé de défendre. Comme l'a souligné M. Mikulka, la question fondamentale est celle de savoir si toute déclaration qui vise à modifier l'étendue des obligations et des droits découlant d'un traité doit être qualifiée de réserve. M. Hafner n'en est pas sûr. Si par exemple un traité exclut toute réserve, mais qu'un État formule une réserve qui vise à modifier les obligations découlant du traité, et que les autres parties ne réagissent que par le silence, quelle sera la situation ? Au bout du compte, est-ce qu'une réserve aura été formulée ? Un accord a-t-il été implicitement conclu entre les États ? Ce problème est sous-jacent au projet de directive 1.1.4 et à la définition des réserves en général, et il doit être résolu.

38. Selon M. ECONOMIDES, le titre du projet de directive 1.1.4 devrait peut-être être changé et les mots « objet des réserves » remplacés par « réserves transversales » ou « réserves générales ». Le texte de la directive pourrait être celui actuellement proposé complété, à la fin du texte, par le membre de phrase suivant : « à condition que ces réserves remplissent les conditions de la Convention de Vienne de 1969 ». Enfin, le texte pourrait préciser que la réserve doit être suffisamment claire pour que les autres parties puissent savoir quelle est la limitation exacte de l'application du traité. Sous cette forme, la directive sera utile.

39. M. PELLET (Rapporteur spécial) n'approuve pas la deuxième modification proposée par M. Economides car la référence au fait que les réserves doivent remplir les conditions de la Convention de Vienne de 1969 figurera dans le projet de directive 1.1.9. Il peut accepter la modification du titre proposée par M. Economides, mais pense que ce point relève du Comité de rédaction.

40. Il se déclare surpris par la position de M. Hafner. L'alinéa *a* de l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités prévoit qu'un État peut formuler une réserve, à moins que « la réserve ne soit interdite par le traité ». Comment peut-on dire alors que la réserve n'est pas une réserve ? Elle est une réserve qui, en vertu des termes mêmes de l'alinéa *a* de l'article 19, est interdite par le traité. L'argument selon lequel une réserve n'est pas une réserve si elle est interdite prend le problème à l'envers et revient à dire que précisément parce que quelque chose est une réserve, elle ne peut être appliquée parce qu'elle est interdite par un traité. Mais changer la définition de la réserve sous prétexte qu'il est interdit de faire des réserves serait totalement extravagant. Même si une réserve est interdite par un traité, elle n'en est pas moins une réserve — une réserve interdite, mais néanmoins une réserve.

41. Cependant, des membres de la Commission semblent considérer qu'une réserve interdite n'est pas une réserve. Il a été soutenu que si une réserve est trop vague aux yeux d'une autre partie, ce n'est pas une réserve : la réserve de l'Arabie saoudite sur la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale a été citée à titre d'exemple. Le Rapporteur spécial n'est pas d'accord sur ce point de vue : cette réserve est bien une réserve, mais une réserve illicite. Il est cependant reconnaissant à M. Hafner d'avoir cité cet excellent exemple d'une réserve illicite.

42. M. HAFNER fait remarquer qu'il n'a pas simplement dit que la réserve était illicite; il a noté qu'elle avait été appliquée en tant que réserve illicite, et que cela posait la question de savoir si la réserve pouvait alors être encore qualifiée de réserve. Si un État accepte une réserve qui est contraire à l'objet et au but du traité, cela veut-il dire que l'État a modifié le traité, le cas échéant en violation d'une procédure d'amendement particulière ? Dans un tel cas, la réserve — une réserve illicite ayant été appliquée en dépit de son caractère illégal — peut-elle être encore qualifiée de réserve ?

43. Selon M. PELLET (Rapporteur spécial), cela est possible.

44. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que les membres de la Commission souhaitent transmettre le projet de directive 1.1.4 au Comité de rédaction, étant entendu que le Comité de rédaction tiendra compte des commentaires formulés au cours de la séance.

Il en est ainsi décidé.

45. M. PELLET (Rapporteur spécial) préférerait reporter l'introduction des projets de directives restants au début de la seconde partie de la session qui se tiendra à New York, en raison des contraintes de temps.

46. M. GALICKI appuie cette suggestion pour des raisons pratiques. Une présentation faite à la présente réunion devrait certainement être reprise à New York pour rafraîchir la mémoire des membres après une interruption de plusieurs semaines.

47. Le PRÉSIDENT, répondant à une question de M. ECONOMIDES, assure la Commission que les projets de directives restants, dont le projet de directive 1.1.9, seront examinés pendant la seconde partie de la session qui se tiendra à New York, avant d'être transmis au Comité de rédaction.

Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission (A/CN.4/483, sect. G)

[Point 8 de l'ordre du jour]

RECOMMANDATIONS DU GROUPE DE PLANIFICATION À LA COMMISSION

48. Le PRÉSIDENT invite les membres à examiner les recommandations du Groupe de planification contenues dans le document ILC/L)/PG/1. Il explique que, pour le moment, il n'a pas été demandé à la Commission d'examiner le chapitre X du projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquantième session.

A. — Recommandations pour la présente session de la Commission

REPRÉSENTATION DE LA COMMISSION À LA CONFÉRENCE DIPLOMATIQUE DE PLÉNIPOTENTIAIRES DES NATIONS UNIES SUR LA CRÉATION D'UNE COUR CRIMINELLE INTERNATIONALE

La recommandation est adoptée.

PROGRAMME DE TRAVAIL DE LA SECONDE PARTIE DE LA PRÉSENTE SESSION DE LA COMMISSION

La recommandation est adoptée.

B. — Recommandations pour les sessions futures de la Commission

METTRE LES RAPPORTS DES RAPPORTEURS SPÉCIAUX À LA DISPOSITION DES MEMBRES DE LA COMMISSION AVANT LE DÉBUT DE LA SESSION

Les suggestions et la recommandation sont adoptées.

Date et lieu de la cinquante et unième session

49. M. HAFNER dit que, selon ce qui ressort des réponses à un questionnaire, la majorité des membres de la Commission est en faveur d'une session en deux parties pour 1999. Il demande pourquoi cette position n'est pas reflétée dans les recommandations du Groupe de planification.

50. Le PRÉSIDENT dit que le Groupe de planification a dû tenir compte du fait que la Commission avait un budget pour une session de douze semaines en 1999 sous réserve que cette session soit continue. C'est pourquoi il recommande que les sessions postérieures à 1999 soient de douze semaines en deux parties. Les deuxième et troisième recommandations du Groupe de planification sous la section B devaient peut-être être examinées ensemble.

Date et lieu des sessions postérieures à 1999

51. M. ROSENSTOCK dit que, s'il a bien compris ce qui est ressorti des travaux du Groupe de planification, les membres qui étaient en faveur d'une session en deux parties, et qui étaient majoritaires, ont reconnu qu'il serait difficile de tenir une session sous cette forme en 1999; dans le même temps, les membres qui n'avaient pas de position tranchée sur la question sont convenus qu'il serait raisonnable et judicieux de demander une session en deux parties pour l'année 2000. Le fait que ces deux décisions ont été prises simultanément et soient également fermes devrait à son avis être reflété dans une deuxième phrase ajoutée à la recommandation concernant la date et le lieu de la cinquante et unième session et qui serait la suivante : « Le Groupe de planification recommande en outre qu'en l'an 2000 la session dure douze semaines et soit partagée en deux parties, les deux parties se tenant à Genève ».

52. M. PELLET ne peut entériner les recommandations du Groupe de planification à moins d'avoir l'assurance formelle qu'à la fin de la présente session la Commission prendra une décision définitive sur la forme et la durée de la cinquante-deuxième session. Il convient de résister au chantage budgétaire qui est exercé sur la Commission année après année.

53. M. DUGARD suggère que cette question soit examinée pendant la seconde partie de la session qui se tiendra à New York, si possible avant la dernière semaine de la session, pour être sûrs qu'il y ait un nombre suffisant de participants.

54. M. YAMADA, se référant au programme de travail proposé pour la seconde partie de la session qui se tiendra à New York, et qui est joint aux recommandations du Groupe de planification, se demande si deux réunions suffiront au Comité de rédaction pour achever la première lecture des projets d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses dont il est saisi.

55. M. SIMMA (Président du Comité de rédaction) est d'accord qu'il pourrait être utile de donner au Comité de rédaction plus de temps pour l'examen des projets d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, de sorte qu'il puisse transmettre certaines parties à la Sixième Commission.

56. M. PELLET n'a pas d'objections à ce que le Comité de rédaction dispose de plus de temps pour examiner le projet sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, sous réserve que les réunions supplémentaires aient lieu après les réunions prévues sur le sujet des réserves aux traités. À cet égard, il fait remarquer que les textes transmis au Comité de rédaction sur ce dernier sujet sont accompagnés de commentaires, ce qui n'est pas le cas pour les projets d'articles sur la prévention.

57. Le PRÉSIDENT dit que le programme de travail proposé est purement indicatif et peut être adapté. Après un bref échange de vues sur la date, le lieu et la forme des sessions postérieures à 1999, auquel prennent part MM. GALICKI et ECONOMIDES, il dit qu'il considère que la Commission souhaite adopter les recommandations du Groupe de planification sous réserve qu'elle reçoive des assurances en matière budgétaire pendant la seconde partie de la session qui se tiendra à New York et qu'une décision relative à la cinquante-deuxième session soit prise dès que possible.

58. Selon M. ROSENSTOCK, la Commission ne devrait pas demander leur avis aux autorités budgétaires, mais devrait leur dire ce qu'elle a décidé.

Les recommandations relatives à la date et aux lieux de la cinquante et unième session et des sessions postérieures à 1999 sont adoptées avec les observations du Président.

Clôture de la première partie de la session

59. Après l'échange habituel de remerciements, le PRÉSIDENT déclare close la première partie de la session, tenue à Genève.

La séance est levée à 12 h 40.

COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DES SÉANCES DE LA CINQUANTIÈME SESSION

Tenues à New York du 27 juillet au 14 août 1998

2549e SÉANCE

Lundi 27 juillet 1998, à 10 h 25

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Bennouna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Illueca, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Pellet, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Yamada.

Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour pénale internationale

1. M. CRAWFORD indique qu'il a représenté la Commission pendant deux jours à la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour pénale internationale, qui s'est tenue à Rome du 15 juin au 17 juillet 1998. La Conférence a adopté, par consensus, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale[1] qui va bien au-delà de ce que la Commission croyait possible, ce qui prouve que les réalités changent. Cela étant, comme la Conférence devait non pas accomplir un travail de codification mais créer une nouvelle institution, M. Crawford s'est contenté d'exposer aux participants l'évolution de la pensée juridique sur le sujet, ainsi que la contribution de la Commission dans ce domaine. La Commission a donc, par sa voix, donné au résultat des travaux de la Conférence non un imprimatur, mais un *nihil obstat*.

2. M. LEE (Secrétaire de la Commission) donne lecture du projet de résolution que la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour pénale internationale a adopté pour exprimer sa gratitude à la Commission. Il signale que les services fonctionnels de la Conférence ont été assurés par les mêmes fonctionnaires de la Division de la codification qui assurent le service des réunions de la Commission.

Les réserves aux traités *(suite)* [A/CN.4/483, sect. B, A/CN.4/491 et Add.1 à 6[2], A/CN.4/L.563 et Corr.1 et 2]

[Point 4 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

GUIDE DE LA PRATIQUE *(suite)*

3. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial sur le sujet des réserves aux traités à présenter les trois projets de directives qui n'ont pas encore été examinés, à savoir les projets de directives 1.1.5, 1.1.6 et 1.1.7.

4. M. PELLET (Rapporteur spécial) rappelle qu'à ce stade l'objet du travail qu'il présente porte uniquement sur les problèmes de définition des réserves et non sur le régime juridique de celles-ci. Il ne s'agit donc pas de discuter de la licéité de tel ou tel type de réserves mais de faire, d'abord, la distinction entre ce qui peut être qualifié de réserve et ce qui ne peut pas l'être.

PROJETS DE DIRECTIVES 1.1.5 ET 1.1.6

5. Les projets de directives 1.1.5 et 1.1.6 doivent être présentés simultanément, parce qu'ils renvoient tous deux au problème des réserves dites extensives, notion forgée par la doctrine mais par laquelle certains désignent les réserves qui augmentent les obligations de l'État réservataire et d'autres exactement le contraire, c'est-à-dire celles qui augmentent les obligations des autres parties à l'égard dudit État. Le cas de figure où l'État réservataire assume volontairement des obligations supplémentaires est celui qui soulève le moins de difficultés, mais aussi celui dont on peut se demander s'il se retrouve vraiment dans la réalité. Le seul exemple net à cet égard est celui de la déclaration par laquelle l'Union sud-africaine a pris, au regard d'un article de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, des engagements allant au-delà de ce que l'Accord exigeait des parties[3]. Les autres exemples que l'on pourrait citer sont assez marginaux mais, comme le précédent sud-africain peut se reproduire et que le pro-

[1] A/CONF.183/9.

[2] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

[3] Voir Protocole portant modification de certaines dispositions de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, p. 39.

blème a été abordé à la Commission tant à sa seizième session, en 1964, qu'à sa quarante-neuvième session, en 1997, il semble judicieux de se demander si ce type de déclaration peut, ou non, être qualifié de réserve. De l'avis du Rapporteur spécial, il semble difficile de voir une réserve dans des déclarations comme celle de l'Afrique du Sud, ne serait-ce que parce qu'elles peuvent être faites à tout moment, et pas seulement au moment où l'État qui en est l'auteur accepte d'être lié par le traité considéré, et qu'elles peuvent être faites à l'égard de certaines parties au traité seulement, voire ne pas se rapporter à un traité. Qualifier ces déclarations de réserves revient à les enfermer artificiellement dans un régime tout de même assez strict. Il s'agit en réalité d'actes unilatéraux autonormateurs, dont la CIJ a, certes, constaté l'existence dans les affaires relatives aux *Essais nucléaires*, mais dont la validité et le régime juridiques sont tout à fait indépendants du traité qui, dans des cas exceptionnels, en est le prétexte. C'est ce que dit la directive 1.1.5, qui précise toutefois, entre crochets, que ces déclarations sont régies par les règles applicables aux actes juridiques unilatéraux. Cette indication sort du cadre strict des définitions et empiète sur la problématique des régimes juridiques, mais elle semble nécessaire pour éviter aux futurs utilisateurs du Guide de la pratique tout embarras quant à la nature exacte de ce type de déclaration.

6. Le problème des réserves visant à limiter les obligations de leur auteur est très différent. Il s'agit de vraies réserves, et la perplexité d'une partie de la doctrine et de certains membres de la Commission à cet égard ne manque pas de surprendre. Comme l'a rappelé M. Economides (2548e séance), limiter l'effet des dispositions d'un traité dans leur application à l'État réservataire n'est-il pas l'un des objets les plus fréquents des réserves? Plus encore, si une réserve ne vise pas à exclure certaines dispositions du traité ou l'effet juridique de ces dispositions, elle vise nécessairement à en limiter l'application. Le problème n'est pas suffisamment grave pour qu'il faille modifier la définition de la Convention de Vienne de 1969, afin d'y insérer « limiter » entre « exclure » et « modifier », voire de remplacer « modifier » par « limiter », mais il serait utile de préciser que « modifier » ne peut signifier que « limiter ». Cette précision est d'autant plus indispensable que le problème a été mal posé par les auteurs, qui le ramènent à la dichotomie entre « réserve extensive » et « réserve limitative ». S'il est une réserve limitative type, c'est bien celle par laquelle les ex-pays socialistes d'Europe de l'Est avaient exprimé leur désaccord avec l'article 9 de la Convention sur la haute mer, relatif à l'immunité des navires d'État[4]. Les réservataires avaient indiqué que cette immunité s'applique de manière générale à tous les navires appartenant à l'État ou exploités par l'État. Or, cette réserve a été analysée par un auteur polonais, Renata Szafarz, comme étant une réserve extensive[5], au motif qu'en élargissant leurs immunités par rapport à l'article 9, les réservataires élargissaient les obligations des autres États. Certes, mais il n'y a élargissement des obligations que par rapport à ce qui est prévu dans le traité. Comme toutes les autres, cette réserve ne fait que neutraliser la restructuration des droits et obligations introduite par la disposition qu'elle vise, ramenant ainsi à la situation *ex ante*, c'est-à-dire au droit international général, le droit commun qui s'applique en dehors du cercle conventionnel. Les auteurs de cette réserve visaient l'objectif de tous les auteurs de réserves, à savoir ne pas avoir à appliquer une disposition particulière du traité. Quant à la question de savoir si cette réserve à l'article 9 était, ou non, licite, outre qu'elle ne relève pas des problèmes de définition, en premier lieu, tout dépend de la portée réelle de la règle de droit international coutumière applicable aux navires d'État indépendamment de la Convention et, en second lieu, les autres États étaient tout à fait libres d'accepter, ou non, cette réserve. Si l'interprétation du droit commun par les auteurs de la réserve n'est pas bonne, alors la réserve est illicite et ne peut produire d'effets juridiques, mais on n'est en aucune façon en présence d'une catégorie particulière de réserves.

7. Il peut néanmoins arriver aussi que, tout en laissant subsister le traité dans son intégralité, un État entende, par une déclaration, ajouter à ce traité quelque chose qui n'y figurait pas. Les deux seuls exemples de ce cas de figure sont ceux de la « réserve » par laquelle Israël entendait rajouter le Bouclier de David aux deux emblèmes de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge dans les Conventions de Genève du 12 août 1949[6], et de celle par laquelle la Turquie avait pareillement voulu rajouter le Croissant-Rouge à la Croix-Rouge dans les Conventions pour l'adaptation à la guerre maritime des principes de la Convention de Genève[7]. Mais, ni dans le premier cas, ni dans le second, l'auteur de la réserve n'entendait modifier l'effet du traité à son propre égard. Il s'agissait simplement d'ajouter au traité une sorte de clause non écrite, et l'on était donc en présence d'une proposition d'amendement ou d'un projet d'accord collatéral que les autres États étaient libres d'accepter ou de refuser, mais pas d'une réserve. Tel est le sens du dernier membre de phrase du projet de directive 1.1.6, qui gagnerait peut-être à être amélioré sur le plan de la rédaction.

8. M. ECONOMIDES dit que le cas que règle le projet de directive 1.1.5, celui de la déclaration qui vise à accroître les obligations qui pèsent sur son auteur, est en réalité extrêmement rare. Si, comme le dit le texte, la déclaration dont il s'agit n'est pas une réserve, il est permis de se demander ce qu'elle peut bien être. En premier lieu, on peut imaginer qu'il s'agit d'une proposition d'extension d'un traité qu'un État signataire fait de son plein gré, présentant ainsi une disposition nouvelle, extérieure au domaine couvert par le traité considéré. Si cette proposition est acceptée par les autres États parties, elle peut acquérir, par la pratique subséquente, ou même par la voie d'un accord collatéral, le caractère d'une disposition conventionnelle. On peut imaginer en deuxième lieu qu'il s'agit d'une déclaration interprétative : un État, se trompant sur le sens à donner au traité qu'il signe, alourdit de bonne foi ses propres obligations. Là encore, les autres États peuvent ultérieurement, par leur pratique, donner à

[4] Voir *Traités multilatéraux...* (2542e séance, note 3), p. 825 à 827, et Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 450, p. 162, et vol. 905, p. 80 et 81.

[5] R. Szafarz, « Reservations to multilateral treaties... », *op. cit.* (voir 2545e séance, note 3), p. 295 et 296.

[6] Voir Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, p. 437 et 439.

[7] Voir J. B. Scott, dir. publ., *Les Conventions et déclarations de La Haye de 1899 et 1907*, New York, Oxford University Press, 1918, p. 181 et 254.

cette déclaration le caractère d'une disposition conventionnelle.

9. Dans un cas comme dans l'autre, on est en présence d'autre chose qu'une réserve. À ce titre, il ne serait pas judicieux d'en traiter dans le Guide de la pratique, mais on pourrait évoquer le contenu du projet de directive 1.1.5, à des fins d'explication, dans le commentaire sur le projet de directive 1.1, relatif à la définition des réserves.

10. Pour ce qui est du projet de directive 1.1.6, M. Economides juge qu'il n'apporte rien de neuf et ne fait que donner une définition *a contrario* des réserves. À la définition générale, il ajoute simplement l'idée que l'auteur de la déclaration « vise à limiter [...] les droits que le traité crée pour les autres parties ». La précision est inutile, car cela va de soi en vertu du principe de la réciprocité qui s'applique rigoureusement en matière conventionnelle. Il en va autrement du membre de phrase « sauf si elle revient à ajouter au traité une disposition nouvelle », qui évoque justement le cas d'une déclaration allant au-delà de la réserve classique. De l'avis de M. Economides, le contenu du projet de directive 1.1.6 devrait lui aussi être intégré au projet de directive concernant la définition des réserves.

11. M. SIMMA approuve le contenu du projet de directive 1.1.5, mais souscrit au point de vue exposé par M. Economides à propos du paragraphe 1.1.6. Cette dernière disposition n'est en effet qu'une paraphrase de la définition donnée au projet de directive 1.1.1, à cette différence près qu'il y est question de « limiter » les obligations au lieu de les « modifier ». M. Simma se demande si la nuance vaut une directive particulière.

12. Aux paragraphes 97 et suivants de son troisième rapport sur les réserves aux traités (A/CN.4/491 et Add.1 à 6), le Rapporteur spécial analyse les réserves extensives à proprement parler. Il en distingue trois types, dont le dernier est celui des déclarations qui viseraient à imposer des obligations nouvelles, non prévues par le traité, aux autres parties à celui-ci. Si l'on rapproche ce cas de figure de celui que définit le projet de directive 1.1.6 à l'examen, on voit qu'il y a un glissement de l'un à l'autre, puisqu'il s'agit non plus d'« imposer des obligations » mais de « limiter des droits ». Est-on vraiment là encore en présence d'une « réserve extensive à proprement parler » ?

13. Comme l'a fait remarquer M. Economides, il faut indiscutablement modifier le dernier membre de phrase du projet de directive 1.1.6, car il est impossible de soutenir qu'une déclaration unilatérale peut « revenir à ajouter une disposition nouvelle ». Comment imaginer qu'une disposition, au sens propre du terme, soit ajoutée à un traité sur simple déclaration unilatérale ? À ce niveau, un État ne peut faire qu'une proposition de disposition nouvelle.

14. M. HAFNER estime qu'il faudrait modifier le libellé du projet de directive 1.1.5, qui donne une définition *a contrario* beaucoup trop large. Il lui semble en effet qu'il existe des déclarations unilatérales qui sont bel et bien des réserves. Il propose l'exemple de quelques États qui concluent un traité pour suspendre entre eux l'application d'un régime général fixant des obligations de droit international. Si l'un de ces États fait une réserve à ce traité particulier, il fait naître de nouvelles obligations, c'est-à-dire qu'il fait renaître celles du droit international général, et sa déclaration doit être considérée comme une réserve. C'est un cas qu'il vaudrait la peine d'évoquer dans le commentaire.

15. Le libellé du projet de directive 1.1.6 est très proche de la définition générale donnée au projet de directive 1.1. Il soulève le problème de savoir s'il existe un régime uniforme, applicable à toutes les déclarations, qui permettrait à celles-ci de modifier des obligations convenues. M. Hafner cite à cet égard le Statut de Rome de la Cour pénale internationale qui vient d'être adopté à la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour pénale internationale[8]. Le Statut de Rome contient une disposition transitoire (art. 124) telle qu'un État peut, au moment de la ratification, faire une déclaration aux termes de laquelle il réduit la portée et la nature des obligations que le Statut lui impose. Selon le projet de directive 1.1.6, il s'agirait là bel et bien d'une réserve. Or, le Statut de Rome lui-même exclut expressément toute possibilité de réserve. Il présume donc qu'il existe deux régimes, l'un applicable aux réserves proprement dites, l'autre aux déclarations. De ce point de vue, la question que la Commission doit résoudre est bien celle de l'unicité du régime des réserves.

16. M. BROWNLIE n'est pas tout à fait convaincu par la distinction que semblent introduire les projets de directives 1.1.5 et 1.1.6 entre les déclarations unilatérales qui constituent des réserves et celles qui n'en constituent pas. À son avis, il n'y a pas, sur le plan de la théorie du droit, de différence substantielle entre une déclaration qui allège et une déclaration qui alourdit les obligations pesant sur son auteur. De surcroît, il lui semble malencontreux de dire qu'une déclaration aux termes de laquelle l'État prend des engagements allant au-delà des obligations d'un traité relève d'un autre régime que celui des réserves.

17. M. ROSENSTOCK juge hasardeux le membre de phrase « sauf si elle revient à ajouter au traité une disposition nouvelle » par lequel se termine le projet de directive 1.1.6, dont on voit mal à quoi il se réfère. Cela dit, l'exemple du Statut de Rome cité par M. Hafner n'est pas tout à fait convaincant : la disposition qu'il a rappelée offre plutôt un choix aux États, qui sont libres d'opter ou non pour une certaine obligation. L'exercice de cette option n'est pas à proprement parler une réserve.

18. M. FERRARI BRAVO pense que les deux projets de directives à l'examen ne sont pas d'une importance déterminante pour la théorie du droit. Ils peuvent simplement être utiles aux États et méritent à ce titre de figurer dans le Guide de la pratique .

19. Le membre de phrase « et est régie par les règles applicables aux actes juridiques et unilatéraux » qui figure entre crochets au projet de directive 1.1.5 est assez imprudent dans la mesure où la Commission ne définit pas la déclaration qui en est le sujet. Elle se contente de constater que ce type de déclaration ne constitue pas une réserve, et de renvoyer aux règles qui lui seraient applicables. Si l'on supprimait ce membre de phrase, le projet de directive serait acceptable.

[8] Voir *supra* note 1.

20. Quant au projet de directive 1.1.6, il ne dit pas non plus à quoi correspond la déclaration visant à limiter les obligations de son auteur quand elle ne constitue pas une réserve. Et il laisse lui aussi entier le problème de savoir ce que peut être une déclaration qui ajoute aux traités une disposition nouvelle.

21. Selon M. BENNOUNA, on peut en effet établir une distinction entre la réserve et la déclaration unilatérale visant à modifier un traité. Mais on observera que, selon la définition du projet de directive 1.1, reprise de la Convention de Vienne de 1969, la réserve modifie non pas le traité, mais « l'effet » de celui-ci. Autrement dit, elle reste toujours circonscrite au champ du traité. Ajouter une disposition nouvelle, c'est sortir du traité tel qu'il est, et sortir par là même du cas de figure de la réserve.

22. Le projet de directive 1.1.6 souffre d'un libellé bien maladroit, dans la mesure où sa partie la plus importante, la clause « sauf si elle revient à ajouter au traité une disposition nouvelle », n'y figure que sous forme d'incidence. L'hypothèse qui s'y exprime aurait dû être au centre d'une disposition qui, au demeurant, ne fait que reprendre la définition classique de la réserve.

23. M. Bennouna serait d'avis de fusionner les projets de directives 1.1.5 et 1.1.6, puisque cette dernière directive ne donne qu'une définition *a contrario* de la figure juridique visée dans le 1.1.5. Pour ce qui est, enfin, du membre de phrase qui figure entre crochets dans le projet de directive 1.1.5, il vaudrait mieux le supprimer, car il renvoie à une matière toute différente qui reste pour l'instant hors sujet.

24. M. MIKULKA rappelle qu'il y a, comme M. Hafner l'a déjà fait remarquer, des traités qui ne visent pas à créer des obligations mais au contraire à restreindre celles qui sont déjà en vigueur par ailleurs. Le domaine diplomatique peut en fournir un exemple. Le droit international général ou les conventions multilatérales y fixent certaines normes, mais celles-ci étant loin d'être impératives, les États sont libres d'y déroger par accord particulier, au niveau régional par exemple. On peut ainsi imaginer que, pour éviter un recours abusif aux immunités diplomatiques, les États d'une région s'entendent pour limiter les privilèges de leurs agents respectifs. Ils restreignent donc ainsi les obligations de l'État d'accueil à l'égard des représentants diplomatiques. Si l'un de ces États fait à cet accord particulier une réserve qui a pour effet d'en rendre une disposition inopérante, il en revient au régime du droit international général. Il s'agit bien dans ce cas d'une réserve, mais qui échappe aux conditions posées au projet de directive 1.1.5. Ce genre de contradiction appelle des éclaircissements dans le commentaire.

25. M. LUKASHUK, se référant au projet de directive 1.1.1 relatif à la formulation conjointe d'une réserve, déclare que cette disposition n'a pas sa place dans le projet, car une réserve est essentiellement un acte unilatéral, dont l'auteur reste unilatéralement responsable.

26. Se référant ensuite au projet de directive 1.1.5, il dit y voir, au contraire de MM. Ferrari Bravo et Brownlie, une disposition fort utile en ce qu'elle résout de façon décisive le cas des déclarations visant à accroître les obligations pesant sur leur auteur. Cela dit, il conviendrait, comme l'ont demandé d'autres intervenants, de supprimer le membre de phrase qui figure entre crochets. On peut faire la même observation sur la dernière partie du projet de directive 1.1.6 (« sauf si elle revient à ajouter au traité une disposition nouvelle »), qu'il serait bon de faire disparaître.

27. M. GALICKI est d'avis qu'il est nécessaire d'intégrer au Guide de la pratique les projets de directives 1.1.5 et 1.1.6 car la définition des réserves figurant dans le projet de directive 1.1 présente certaines lacunes. Elle indique qu'une réserve est une déclaration unilatérale qui « vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions ». Le terme « exclure » ne pose pas de problème mais le terme « modifier » soulève une question : s'agit-il d'accroître les obligations ou de les limiter ? Comme l'a fait observer le Rapporteur spécial, on ne peut appliquer le régime des réserves aux déclarations qui visent à accroître les obligations pesant sur leur auteur. En revanche, lorsque les déclarations visent à limiter les obligations, elles doivent être considérées comme des réserves, avec toutes les conséquences que cela entraîne. Pour ce qui est du projet de directive 1.1.5, il est clair que le plus important est que les déclarations en question ne sont pas régies par le régime des réserves, et le Rapporteur spécial a eu raison de le souligner. Quant au dernier membre de phrase du projet de directive 1.1.6, il soulève une autre question : Signifie-t-il que, si la déclaration en question ajoute une disposition nouvelle au traité, elle ne constitue pas une réserve ? Il vaudrait mieux supprimer ce membre de phrase, mais il existe une autre possibilité, à savoir supprimer l'ensemble du projet de directive 1.1.6 : en effet, si l'on dit que les déclarations qui visent à accroître les obligations de leur auteur ne sont pas des réserves, on peut en déduire, en toute logique, que celles qui visent à les limiter sont bien des réserves. En tout état de cause, si l'on conserve la directive 1.1.6, il convient de supprimer le membre de phrase « sauf si elle revient à ajouter au traité une disposition nouvelle ».

28. M. CRAWFORD estime que les projets de directives 1.1.5 et 1.1.6 soulèvent des difficultés qui vont au-delà de simples problèmes de rédaction. S'agissant du membre de phrase placé à la fin du projet 1.1.6, « sauf si elle revient à ajouter au traité une disposition nouvelle », il est clair qu'une réserve ne peut en aucun cas ajouter une disposition à un traité. Les réserves ont pour effet de modifier les obligations qui découlent du traité. Ce membre de phrase n'a donc pas sa place dans le projet. Par ailleurs, si l'on considère qu'une réserve est une déclaration qui, en fonction de la manière dont elle est reçue par les autres États parties, modifie de diverses manières les obligations de l'État réservataire et celles des autres États, pourquoi exclurait-on les déclarations qui visent à accroître les obligations de leur auteur ? Par exemple, un État partie à un traité multilatéral peut formuler une réserve étendant ses obligations en espérant étendre du même coup, par l'effet de la réciprocité, celles des autres États parties. S'il est clair qu'un simple acte unilatéral qui a pour effet d'accroître les obligations de son auteur n'est pas une réserve, il n'est pas sûr qu'il en soit de même pour les autres formes de déclaration qui ont le même effet. Il serait souhaitable que le Comité de rédaction examine cette question plus en détail.

29. M. CANDIOTI approuve les projets de directives 1.1.5 et 1.1.6. En ce qui concerne le projet 1.1.5, il

est toutefois plus prudent de supprimer le membre de phrase figurant entre crochets car le type de déclaration dont il est question n'est pas nécessairement un acte unilatéral. Il vaut mieux examiner ces déclarations au cas par cas. Pour ce qui est du projet de directive 1.1.6, il est certainement utile de préciser que les déclarations visant à limiter les obligations de leur auteur constituent des réserves mais, comme l'ont fait observer les intervenants précédents, il convient de supprimer le dernier membre de phrase « sauf si elle revient à ajouter au traité une disposition nouvelle », car il n'entre pas dans le cadre du sujet. Les deux projets de directives éclairent la notion de réserve et ont donc leur place dans le Guide de la pratique.

30. M. MELESCANU rappelle que les projets de directives 1.1.5 et 1.1.6 soulèvent deux questions qui sont d'une importance fondamentale pour le Guide de la pratique. La première est de savoir si l'on peut, en formulant une réserve à un traité, y ajouter ou en exclure des dispositions. Il est clair que la réponse est non. En conséquence, le dernier membre de phrase du projet de directive 1.1.6 n'a pas sa place dans le Guide de la pratique. En deuxième lieu, si une réserve peut modifier l'effet juridique d'une disposition, peut-elle seulement le réduire ou peut-elle aussi l'étendre ? Comme l'a fait observer M. Crawford, on ne voit pas pourquoi une réserve ne pourrait que réduire l'effet juridique d'une disposition d'un traité. M. Hafner, notamment, a fait remarquer que si l'on peut élargir l'effet juridique d'un traité en appliquant le droit coutumier, pourquoi ne le pourrait-on pas en formulant une réserve ? En conclusion, il est clair qu'une réserve ne peut ni ajouter ni exclure une disposition conventionnelle, mais elle peut modifier l'effet juridique de toute disposition existante en le réduisant ou en l'élargissant.

31. M. KABATSI estime que le projet de directive 1.1.5 précise la définition des réserves figurant au projet de directive 1.1, mais qu'il est difficile, à ce stade, d'affirmer que le type de déclaration envisagé constitue un acte juridique unilatéral; les mots placés entre crochets devraient donc être supprimés. Quant au projet de directive 1.1.6, il est acceptable dans l'ensemble mais le dernier membre de phrase est inutile.

32. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO remercie le Rapporteur spécial pour ses propositions et estime, lui aussi, qu'elles devraient être intégrées au Guide de la pratique. Il partage l'opinion selon laquelle les déclarations unilatérales visant à accroître les obligations de leur auteur ne constituent pas des réserves. Il s'agit d'actes autonomes qui représentent une promesse et n'exigent pas l'acceptation des autres États. En ce qui concerne les mots entre crochets, il importe, certes, de préciser que les déclarations en question peuvent être régies par d'autres régimes juridiques mais le projet de directive est ici trop catégorique, car les déclarations dont il s'agit ne sont pas nécessairement des actes unilatéraux. On pourrait supprimer ces mots et faire figurer une explication sur ce point dans le commentaire. Quant au projet de directive 1.1.6, il est important qu'il figure dans le Guide de la pratique, même s'il semble répétitif. En revanche, le dernier membre de phrase est effectivement superflu. Sous réserve de ces modifications, les deux projets de directives peuvent être renvoyés au Comité de rédaction.

33. M. GOCO souhaiterait que le Rapporteur spécial indique quel serait l'effet du retrait par un seul État d'une réserve formulée conjointement avec d'autres États. Il fait en outre observer que, d'après la définition des réserves, on entend par réserve une déclaration qui vise à exclure « ou » à modifier, et non à exclure « et » à modifier l'effet des dispositions conventionnelles.

34. M. KUSUMA-ATMADJA dit que l'examen des projets de directives 1.1.5 et 1.1.6 a donné lieu à un débat extrêmement intéressant. Il est éminemment souhaitable d'élaborer un guide de la pratique des réserves aux traités, même si, depuis les années 80, nombre de conventions — la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer en est un exemple — interdisent les réserves.

35. M. ILLUECA dit qu'il appartient à la Commission de combler les lacunes du droit international en matière de réserves, et que les difficultés qu'elle risque de rencontrer découlent et de la technicité du sujet et des considérations politiques qui s'y attachent. Il approuve à cet égard l'approche plus pragmatique que doctrinaire adoptée par le Rapporteur spécial. Il pense en outre, comme nombre d'autres membres, que les projets de directives 1.1.5 et 1.1.6 doivent être conservés, moyennant la suppression des mots placés entre crochets dans le premier et du dernier membre de phrase, à partir du mot « sauf », dans le second.

36. M. HE remercie le Rapporteur spécial pour la présentation très claire qu'il a faite des dispositions à l'examen. S'agissant du projet de directive 1.1.5, il estime qu'il est bon d'indiquer clairement qu'une déclaration visant à accroître les obligations pesant sur son auteur ne constitue pas une réserve mais simplement une déclaration unilatérale; il n'est par contre pas nécessaire de préciser quelles règles régissent les déclarations de ce type et c'est pourquoi les mots placés entre crochets devraient être supprimés. Quant au projet de directive 1.1.6, même s'il a l'air d'énoncer une évidence et de reprendre la définition figurant dans le projet de directive 1.1, il doit être conservé, moyennant la suppression, toutefois, du dernier membre de phrase.

37. M. YAMADA estime lui aussi que le dernier membre de phrase du projet de directive 1.1.6 devrait être supprimé. Il approuve les deux projets de directives examinés mais souhaite poser une question au Rapporteur spécial. En 1971, le Japon a signé, avec d'autres pays, la Convention relative à l'aide alimentaire, dont les signataires s'engageaient à fournir du blé à certains pays au titre de l'aide alimentaire. N'étant pas un pays producteur de blé, le Japon a formulé une réserve[9] indiquant qu'il fournirait une quantité de riz équivalente en termes monétaires à la quantité de blé qu'il aurait dû fournir. Aucun des États signataires n'a protesté. Si cette réserve ne modifiait pas l'effet juridique de la convention pour le Japon, elle substituait néanmoins une obligation de fournir du riz à une obligation de fournir du blé. M. Yamada souhaiterait savoir si elle doit être considérée comme une réserve ou comme une déclaration unilatérale.

[9] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 800, p. 197.

38. M. PELLET (Rapporteur spécial) appelle l'attention des membres de la Commission sur son troisième rapport dont la longueur s'explique par la complexité du sujet. Il indique aux membres de la Commission qu'ils y trouveront la réponse à nombre des questions qu'ils lui posent ou se posent au sujet du Guide de la pratique, qu'on ne saurait utilement examiner sans se référer au rapport. Le Rapporteur spécial indique qu'il répondra en détail aux questions et aux observations des membres de la Commission à la séance suivante, mais qu'il tient à faire observer que certains membres de la Commission, notamment MM. Economides et Simma, lisent la définition des réserves figurant dans la Convention de Vienne de 1969 à leur manière, en particulier lisent « limiter » là où la Convention de Vienne dit « modifier ». Certes, il s'agit le plus souvent de « limiter » l'effet juridique de certaines dispositions, mais ce n'est pas ce que dit le texte. Répondant à M. Melescanu, le Rapporteur spécial dit qu'une réserve peut, selon la définition qu'en donne la Convention de Vienne de 1969, exclure l'effet juridique de certaines dispositions d'un traité.

La séance est levée à 13 h 10.

2550e SÉANCE

Mardi 28 juillet 1998, à 10 h 15

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Al-Khasawneh, M. Bennouna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Illueca, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Yamada.

Les réserves aux traités *(suite)* [A/CN.4/483, sect. B, A/CN.4/491et Add.1 à 6[1], A/CN.4/L.563 et Corr.1 et 2]

[Point 4 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

GUIDE DE LA PRATIQUE *(suite)*

PROJETS DE DIRECTIVES 1.1.5 ET 1.1.6 *(fin)*

1. M. PELLET (Rapporteur spécial) se félicite de la richesse des débats (2549e séance) autour du projet de Guide de la pratique qui figure dans son troisième rapport sur les réserves aux traités (A/CN.4/491 et Add.1 à 6) dont les conclusions lui inspirent un certain nombre de remarques générales. La première est qu'il faut essayer de rétablir le sens véritable de la définition des réserves données dans les Conventions de Vienne, qui est qu'une réserve exclut l'effet juridique d'une disposition d'un traité. Il semble en conséquence inexact de dire qu'une réserve peut exclure les dispositions d'un traité, et inexact aussi de dire qu'elle ne le peut, comme l'a indiqué M. Melescanu (2549e séance). De même, il n'est pas exact de faire dire aux Conventions de Vienne qu'elles définissent les réserves comme visant à limiter l'effet juridique des dispositions d'un traité, comme l'ont fait MM. Economides et Simma (ibid.), car c'est le terme de « modification » qui est employé, d'où le problème des réserves extensives.

2. Le deuxième commentaire général concerne la question essentielle de savoir si un État peut, par une réserve, accroître les obligations des autres États. Il faut absolument distinguer les deux aspects très différents de cette question. En premier lieu, il convient de se demander si une réserve peut accroître les obligations des parties qui découleraient normalement du traité. Selon le Rapporteur spécial, la réponse est à l'évidence affirmative puisqu'en excluant l'application des dispositions d'un traité l'État réservataire neutralise ces dispositions; il en revient à l'application du droit international général qui, si l'on a fait une réserve, impose vraisemblablement aux États cocontractants plus d'obligations que le traité. Bien que cela soit théoriquement possible (ce cas très particulier est visé au projet de directive 1.1.5), il est peu probable qu'un État fasse une telle réserve dans ces conditions.

3. En second lieu, on peut se demander si l'État réservataire peut accroître les obligations de ses cocontractants par rapport non plus seulement au traité, mais encore au droit international général. En d'autres termes, l'État réservataire peut-il profiter de ce qu'il émet une réserve pour essayer de modifier à son avantage le droit coutumier ? Cela paraît difficilement envisageable car un État ne peut évidemment pas modifier le droit international coutumier en sa faveur par un acte unilatéral. Il n'est cependant pas dit dans la définition de Vienne qu'une réserve ne peut que limiter les obligations découlant d'un traité : il est dit qu'elle peut les modifier. Or, la modification peut se faire dans un sens comme dans l'autre. Si elles ne sont pas expressément acceptées, les réserves modificatives qui aboutiraient à l'accroissement des droits de l'État qui les émet et des obligations des États cocontractants sont des réserves illicites, qui vont à l'encontre du droit international coutumier. Cette conception très académique du problème laisse de côté un effet très grave, qui tient au fait que les États négligent souvent d'objecter aux réserves mais, passé un délai de douze mois, sont réputés les avoir acceptées. Si les conséquences sont mineures pour les grands États industrialisés dotés de services juridiques très organisés, elles peuvent être extrêmement graves pour les petits États en développement, qui seront liés par une « législation » qui leur sera imposée de l'extérieur. Peut-être la partie consacrée à la définition des réserves n'est-elle pas le lieu d'essayer de pallier ces inconvénients, mais la discussion très académique qui s'est engagée dissimule un problème pratique aux arrière-plans politiques.

[1] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

4. La dernière remarque générale du Rapporteur spécial porte sur le consensus qui semble s'être dégagé du débat de la Commission autour du libellé des projets de directives. Les membres étaient dans l'ensemble plutôt défavorables au maintien, dans le projet 1.1.5, de la référence aux « règles applicables aux actes juridiques unilatéraux ». Mais, si les déclarations dont il s'agit ne peuvent pas être assimilées à des réserves, il est difficile d'imaginer qu'elles soient autre chose que des actes unilatéraux. Le Rapporteur spécial, à l'instar de M. Rodríguez Cedeño (ibid.), propose de préciser cette nuance dans le commentaire. Un certain nombre de membres ont d'autre part proposé l'expression « offre de négociation », mais le Rapporteur spécial conseille de ne pas faire apparaître ce point dans la disposition elle-même et d'en avancer l'idée dans le commentaire.

5. Les membres de la Commission partagent en outre les mêmes doutes quant à la dernière proposition du projet de directive 1.1.6, à savoir « si [la réserve] revient à ajouter au traité une disposition nouvelle ». Ces doutes semblent cependant tenir plus à la forme qu'au fond, et la plupart des membres qui se sont exprimés paraissent souscrire à l'idée sous-jacente que certaines déclarations unilatérales appelées réserves par leurs auteurs sont en fait — qu'elles visent à augmenter ou à diminuer les obligations des États tiers — des propositions d'amendement, comme l'est par exemple la fameuse réserve israélienne par laquelle Israël entendait rajouter le Bouclier de David aux deux emblèmes de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, dans les Conventions de Genève du 12 août 1949[2]. Ce type de réserve serait en fait une sorte d'amendement qui n'entrerait en vigueur qu'accepté par les autres. Le problème qui se pose est de savoir si ces « réserves » doivent être qualifiées comme telles, compte tenu du phénomène que le Rapporteur spécial a déjà signalé, celui de l'acceptation tacite des réserves. Là encore, les États — en particulier les États du tiers monde — risquent de se trouver liés par une convention qui ne sera pas celle qu'ils ont adoptée ou ratifiée, sans véritablement y avoir pensé.

6. Répondant à une observation faite par M. Hafner (ibid.), le Rapporteur spécial indique que les clauses de « participation » et d'« exemption » *(opting in* et *opting out)* feront l'objet du chapitre III de son rapport. De son point de vue, une clause d'exemption est une sorte de clause de réserve du fait que, contrairement à la clause de participation, elle consiste à modifier l'application du traité. Le Rapporteur spécial se déclare très sensible aussi à l'argument avancé par M. Hafner, selon lequel, si les clauses de « participation » et d'« exemption » sont des réserves, elles sont alors justiciables du régime des réserves, qui prévoit notamment que, si une réserve est permise, les autres sont toutes interdites. La solution serait peut-être de dire que ces clauses sont si particulières que l'on peut difficilement considérer que les États ont l'intention, en les faisant, d'exclure toutes les autres réserves.

7. Le Rapporteur spécial propose d'inviter le Comité de rédaction à réfléchir aux différentes solutions qui ont été proposées, et notamment à déterminer si le Guide de la pratique doit contenir une ou deux dispositions relatives aux obligations de l'État réservataire. Il s'efforcera pour sa part de soumettre au Comité de rédaction différentes propositions inspirées de ce qui a été dit.

8. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que les membres de la Commission souhaitent renvoyer les projets de directives 1.1.5 et 1.1.6 au Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

9. M. GOCO, rappelant le débat (2549e séance), déclare que l'emploi du terme « unilatéral » dans le projet de directive 1.1.1 semble contredire l'idée d'une formulation conjointe. Il souhaiterait savoir si d'autres projets de directives que les projets 1.1.5 et 1.1.6 ont été renvoyés au Comité de rédaction.

10. M. SIMMA rappelle que la question de savoir si les réserves formulées conjointement conservent, ou non, un caractère unilatéral a été examinée de manière approfondie par le Comité de rédaction. Il n'y a aucune contradiction entre la nature unilatérale d'une réserve et le fait qu'une réserve puisse être formulée conjointement.

11. En réponse à une question de M. LUKASHUK, M. Simma précise que la formulation conjointe des réserves apparaît dans le chapitre consacré aux définitions pour la seule raison que toute définition de réserve commence par préciser qu'elle est unilatérale et que l'on se heurte ensuite au problème des réserves formulées conjointement. Le problème a été évoqué au cours des débats de la séance précédente, mais il a été convenu qu'il serait examiné de manière plus approfondie lorsqu'il serait question des États qui se dissocient d'une réserve conjointe.

PROJET DE DIRECTIVE 1.1.7

12. M. PELLET (Rapporteur spécial), présentant le projet de directive 1.1.7, indique que celui-ci, tout comme le projet de directive 1.1.8, porte sur des déclarations unilatérales dont l'objet matériel est particulier. Il concerne le phénomène bien connu des réserves de non-reconnaissance, qui se présente sous deux aspects. Le premier est le cas où l'État A rappelle simplement qu'il ne reconnaît pas la qualité d'État à l'entité B. Ce type de déclaration de précaution, qui est en réalité inutile, ne constitue pas une réserve, parce qu'il n'a pas d'effet sur l'application du traité. Le second est le cas où l'État A ajoute qu'il n'entend pas avoir de relations conventionnelles avec l'entité B. On est alors en présence d'une véritable réserve, même si certains auteurs le contestent au motif qu'il s'agirait d'une réserve *ratione personae* et non *ratione materiae*. En effet, du point de vue de la définition, une réserve n'est pas forcément *ratione materiae*. Est une réserve toute déclaration unilatérale qui a pour effet d'exclure ou de modifier l'effet juridique d'un traité, et tel est le cas des vraies réserves de non-reconnaissance, qui ont pour effet que leur auteur, qui aurait été lié par toutes les dispositions du traité avec l'entité B qu'il ne reconnaît pas, s'en trouve ainsi délié.

13. La rédaction du projet de directive 1.1.7 a soulevé trois difficultés. La première était de savoir s'il fallait prévoir deux dispositions, l'une pour les déclarations de pré-

[2] Voir 2549e séance, note 6.

caution, l'autre pour les vraies réserves de non-reconnaissance. Le Rapporteur spécial a décidé de s'en tenir à une seule disposition, en la formulant de manière que le cas des déclarations de précaution puisse être couvert par déduction.

14. Le deuxième problème était de savoir si les États sont toujours très conscients des conséquences juridiques de leurs déclarations. De l'avis du Rapporteur spécial, il faut répondre à cette question par l'affirmative tant la pratique est à cet égard abondante. Mais le droit des traités est en général peu formaliste et accorde souvent plus d'importance à l'intention des parties qu'à l'expression de cette intention. Fallait-il alors préciser que les déclarations de non-reconnaissance sont des réserves lorsqu'elles visent à exclure l'application du traité, y compris lorsqu'elles ne le disent pas explicitement ? Le Rapporteur spécial, pour des raisons d'opportunité plus que de logique, a préféré une formulation qui n'empêche pas de rechercher l'intention des États et qui incite ceux-ci à ne pas rester dans le vague.

15. La troisième difficulté tenait au fait que les vraies réserves de non-reconnaissance se distinguent des réserves telles que les définissent les Conventions de Vienne par le fait qu'elles peuvent être formulées au moment où l'État réservataire accepte d'être lié par le traité, mais aussi au moment où l'entité non reconnue devient partie au même traité. Ce serait faire preuve d'un formalisme excessif que de considérer qu'il y a réserve dans le premier cas, mais pas dans le second. Telle est la raison pour laquelle le projet de directive 1.1.7 précise qu'une réserve de non-reconnaissance peut être formulée à tout moment. On pourrait aussi envisager, éventuellement dans le commentaire, une formulation précisant qu'elles peuvent l'être au moment de l'expression du consentement, soit de l'État auteur de la réserve, soit de l'entité non reconnue.

16. M. BENNOUNA souscrit à l'analyse que fait le Rapporteur spécial des déclarations de précaution. Le droit international reconnaît en effet qu'être partie à un traité multilatéral n'implique pas reconnaissance de toutes les autres parties. Il se demande en revanche si, du point de vue théorique, ce que le Rapporteur spécial appelle les vraies réserves de non-reconnaissance cadre tout à fait avec la notion de réserve. Cette notion couvre l'exclusion ou la modification de l'effet de certaines dispositions, alors que c'est ici l'ensemble du traité qui est exclu pour tel ou tel partenaire. De cette circonstance découlent des difficultés d'application du régime des réserves. Les objections, par exemple, sont conçues en fonction de réserves qui neutralisent telle ou telle disposition du traité et il faudrait donc concevoir des objections à sa propre exclusion de l'ensemble du traité. N'est-il pas dès lors plus commode d'assimiler ces réserves à des déclarations interprétatives ? Étant donné que l'élément commun à toutes les déclarations interprétatives est qu'elles visent à préciser le sens et la portée du traité considéré, les réserves de non-reconnaissance peuvent être considérées comme des déclarations interprétatives précisant les contours de l'engagement de l'État réservataire.

17. M. BROWNLIE fait remarquer que les déclarations visées par le projet de directive 1.1.7 s'écartent par un certain nombre de traits de la définition retenue pour les réserves. Outre le fait qu'elles n'excluent pas « certaines dispositions » seulement du traité, ces déclarations dénient à la partie visée la capacité de conclure un traité et introduisent donc une situation préconventionnelle, alors que les réserves interviennent dans un champ où les parties sont déjà liées par une forme ou une autre de relation conventionnelle. Il s'agit donc d'une situation qui se retrouve certes souvent dans la pratique mais qui, par rapport au sujet, reste périphérique.

18. M. LUKASHUK se demande s'il est judicieux de laisser de côté les cas où la réserve de non-reconnaissance n'exclut pas l'application du traité avec l'entité non reconnue, ces cas étant les plus nombreux dans la pratique. On pourrait considérer que ce type de déclaration constitue une sorte de reconnaissance particulière circonscrite au champ du traité, faute de quoi celui-ci ne peut pas être mis en œuvre entre les deux parties en question.

19. S'agissant de ce que le Rapporteur spécial appelle les « vraies réserves de non-reconnaissance », qu'en est-il lorsqu'elles portent sur la non-reconnaissance d'un gouvernement et non d'un État, ou lorsqu'il s'agit de la non-reconnaissance d'une organisation multilatérale partie au traité ? Enfin, le fait de préciser que ces réserves peuvent être faites à tout moment n'ouvre-t-il pas la porte à de graves complications en donnant la possibilité de cesser la mise en œuvre d'un traité en cas de changement de gouvernement ?

20. M. HAFNER fait remarquer que, parmi les nombreuses déclarations citées dans le troisième rapport du Rapporteur spécial, certaines portent sur la non-reconnaissance d'un État, d'autres sur la non-reconnaissance d'un gouvernement. Il lui semble abusif de dire qu'elles visent toutes à dénier la qualité d'État et la capacité de conclure un traité à la partie visée. Il ne s'agit simplement parfois que de tirer certaines conclusions de la non-reconnaissance de l'État ou du gouvernement considéré. Il faut donc se demander si l'application du traité est nécessairement liée à la question de la non-reconnaissance, s'il s'agit de la non-reconnaissance d'un État ou d'un gouvernement et si l'on peut faire de telles réserves. En effet, la Commission a toujours considéré que la non-reconnaissance était un acte strictement politique, dénué d'effets juridiques. Mais si l'on admet que le droit d'exclure l'application du traité à un État est lié à la question de la non-reconnaissance, on confère des effets juridiques à cette non-reconnaissance.

21. M. GALICKI dit que, si la définition recherchée doit assurément s'inspirer des formules acceptées par les États dans le cadre des Conventions de Vienne, il faut aussi tenir compte du développement de la matière. Cela dit, il ne faut pas aller jusqu'à considérer toute situation pratique nouvelle dans les relations interétatiques comme pouvant être qualifiée de réserve.

22. C'est le risque que l'on prend avec le projet de directive 1.1.7, dont de trop nombreux éléments sont en contradiction avec la définition de base. Comme d'autres intervenants l'ont signalé, l'exclusion de l'ensemble des obligations du traité contredit l'essence même de la notion de réserve. En outre, les règles des Conventions de Vienne sur l'objection ne peuvent plus être appliquées. Enfin, les délais établis par lesdites Conventions sont également écartés dans le cas de ces réserves qui peuvent être

faites « à tout moment ». Le projet de directive 1.1.7 semble donc difficilement acceptable en l'état.

23. M. MELESCANU souhaite verser au débat une considération d'ordre pratique en rappelant que, dans les années 60 et 70, beaucoup d'États se trouvaient divisés du fait, soit de la seconde guerre mondiale, soit du fait de la guerre froide. Une des solutions apportées au problème de la non-reconnaissance de ces parties d'État entre elles avait consisté à mettre en place un système de dépositaires multiples, notamment en matière de désarmement. Cela permettait par exemple à la Corée du Nord de déposer ses instruments de ratification à Moscou, et à la Corée du Sud de le faire à Washington. Cela montre bien que la déclaration de non-reconnaissance relève du régime des déclarations unilatérales et non de celui des réserves. Une réserve, faut-il le rappeler, vise à modifier non pas un traité mais ses effets, c'est-à-dire les obligations qui en découlent.

24. M. DUGARD, répondant d'abord à la question de savoir s'il faut considérer, en l'occurrence, la non-reconnaissance des États ou la non-reconnaissance des gouvernements, conseille de s'en tenir au premier cas. Le phénomène de la non-reconnaissance des gouvernements serait pour l'instant trop difficile à cerner. Il fait ensuite observer que ce n'est que dans un contexte bilatéral que l'acte de reconnaissance prend un sens, et qu'il n'en a aucun dans un contexte multilatéral.

25. Si les États font une déclaration de non-reconnaissance, c'est pour réaffirmer leur position politique. La difficulté tient à ce que cette déclaration manque le plus souvent de précision juridique. C'est ce qu'illustrent parfaitement les déclarations de l'Arabie saoudite et de la République arabe syrienne lors de la signature de l'Accord portant création du Fonds international de développement agricole (FIDA), citées par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport (par. 168 et suiv.)[3]. On en conclura, comme M. Brownlie, que la non-reconnaissance constitue un cas de figure *sui generis*.

26. La question qui se pose dès lors est celle du sort à lui réserver. Comme il s'agit d'une pratique fort courante, il est impossible de la passer sous silence dans le guide de la pratique en cours d'élaboration. Il faudrait à tout le moins attirer l'attention des États sur le fait que leur participation à un traité multilatéral n'implique pas nécessairement la reconnaissance de tous les autres États parties à ce traité. Restera aussi à régler la question de l'emplacement de la disposition dans le Guide de la pratique.

27. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA constate que le cas de figure de la déclaration de non-reconnaissance fait pour la première fois apparaître, dans le sujet à l'examen, la question du motif, qui, de surcroît, est ici politique. Si la Commission s'engage sur cette voie de réflexion, elle devra le faire de façon cohérente et sera amenée à réécrire, en quelque sorte, les Conventions de Vienne pour y inclure cette nouvelle notion. Or, si l'idée du motif est restée jusque-là implicite, c'est que les rédacteurs des Conventions de Vienne considéraient que la solution allait de soi. Si la Commission insiste, dans son projet de directives, sur le fait qu'il y a un type particulier de réserve mettant en cause, d'une part un État qui ne reconnaît pas une entité, et d'autre part cette autre entité, elle sera obligée d'expliciter toutes les situations où pourrait apparaître ce type de relation. Pour M. Pambou-Tchivounda, il est impossible de retenir un projet de directive qui obligerait à revenir sur le texte des Conventions de Vienne.

28. Se référant ensuite au membre de phrase « quelle que soit la date à laquelle elle est faite », déjà critiqué par M. Galicki, M. Pambou-Tchivounda rappelle que le dispositif de Vienne met en place un cadre temporel très clair qui va de la signature de l'instrument à l'adhésion des États au traité, en passant par l'approbation et la ratification. Il se demande donc si le membre de phrase en cause vise ces différentes étapes, c'est-à-dire s'il reste dans le cadre des Conventions de Vienne, ou s'il vise un moment antérieur ou postérieur aux opérations citées et sort ainsi du dispositif des Conventions. Pour éviter toute ambiguïté, il vaudrait mieux faire disparaître ce membre de phrase.

29. M. ECONOMIDES estime que le projet de directive 1.1.7 n'a rien à voir avec les réserves *stricto sensu*, comme l'ont d'ailleurs fait remarquer la plupart des autres intervenants. Cela tient essentiellement à trois raisons. La première est qu'une réserve a toujours pour objet une disposition conventionnelle, et non, comme en l'occurrence, la capacité de telle ou telle entité de signer un traité. La deuxième est qu'une réserve exclut ou limite l'effet de certaines dispositions conventionnelles, alors qu'il s'agit dans le texte d'exclure un traité tout entier. La troisième est que le droit matériel des réserves, notamment le droit procédural, ne peut s'appliquer au cas de figure évoqué dans le projet de directive 1.1.7. Le membre de phrase « quelle que soit la date à laquelle elle est faite » en est une parfaite illustration.

30. De surcroît, le projet de directive n'envisage qu'une seule éventualité parmi les multiples déclarations possibles qui peuvent être beaucoup moins absolues et exprimer des positions plus nuancées. Au contraire, parfois, la déclaration de non-reconnaissance est extrêmement concise, l'État se contentant d'affirmer « je ne reconnais pas tel ou tel État », signifiant par là qu'il n'appliquera pas l'accord dont il s'agit d'une façon qui l'amènerait à reconnaître de facto ou *de jure* l'État qu'il désigne.

31. Il apparaît donc que, si la Commission tient à régler le sort des déclarations de non-reconnaissance, elle doit s'engager dans une réflexion beaucoup plus approfondie qui l'amènera à la limite du sujet des réserves, jusqu'à la matière des « actes assimilables aux réserves ».

32. M. SIMMA constate lui aussi que le projet de directive 1.1.7 ne traite que l'une des situations que le Rapporteur spécial analyse dans le corps de son rapport. On rappellera par exemple que le fait que des États aient déclaré, dans le cadre d'un traité multilatéral, qu'ils ne reconnaissaient pas l'existence d'autres États parties au même traité n'a pas empêché le développement d'une vie interétatique très riche pendant toute la guerre froide. Ainsi, la République fédérale d'Allemagne ne reconnaissait pas la République démocratique allemande, or elle était partie, comme elle, à divers traités multilatéraux et

[3] Voir *Traités multilatéraux...* (2542e séance, note 3), p. 428 et 429, et Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1059, p. 317, et vol. 1119, p. 387.

avait même conclu avec elle des traités bilatéraux, toujours sans la reconnaître.

33. Sur le plan logique, on peut fort bien considérer que la figure juridique envisagée dans le projet de directive 1.1.7 relève bien du régime des réserves : un État qui refuse de reconnaître l'existence d'un autre État signataire du même traité modifie bel et bien l'effet que ce traité a pour lui-même. Mais si l'on considère une déclaration de non-reconnaissance comme une réserve, on s'aperçoit qu'en fait, bien peu de dispositions du régime de Vienne trouvent à s'y appliquer. La Commission devra donc décider du sort qu'elle entend faire à la non-reconnaissance qui, comme l'ont signalé la plupart des intervenants, échappe ainsi, par divers aspects, à la définition stricte de la réserve.

34. M. YAMADA souhaite formuler deux séries d'observations. En premier lieu, le Rapporteur spécial a recensé trois catégories de déclarations unilatérales de non-reconnaissance : les déclarations par lesquelles un État exclut toute relation conventionnelle avec un État qu'il ne reconnaît pas; les déclarations par lesquelles un État accepte d'avoir des relations conventionnelles avec un État qu'il ne reconnaît pas; et les déclarations dans lesquelles un État affirme qu'il ne reconnaît pas un autre État, sans préciser s'il accepte ou non d'avoir des relations conventionnelles avec lui. Les deux derniers types de déclarations ne constituent en aucun cas des réserves. Quant au premier, il ne s'agit pas simplement de déclarations politiques et il convient d'en examiner les effets juridiques. Le Rapporteur spécial, à juste titre, a estimé que ces déclarations constituaient bien des réserves.

35. En deuxième lieu, il faut savoir si un État peut, en formulant une réserve, refuser toute relation conventionnelle avec un autre État. Conformément à la Convention de Vienne de 1969, un État peut exclure toute relation conventionnelle avec un autre État lorsqu'il formule une objection à une réserve. Un État peut-il faire de même dans d'autres situations ? Comme le Rapporteur spécial l'a dit, un État peut formuler ce type de réserve vis-à-vis d'un autre État qu'il ne reconnaît pas. On peut inversement se demander si un État peut exclure toute relation conventionnelle avec un autre État qu'il reconnaît.

36. M. CRAWFORD est lui aussi d'avis que le type de déclarations visé dans le projet de directive 1.1.7 concerne exclusivement la non-reconnaissance et n'a rien à voir avec les réserves. Il vaudrait mieux ne pas s'écarter du sujet. D'ailleurs, les déclarations formulées au moment de la ratification ou de l'adhésion ne signifient pas que leur auteur ne reconnaîtra jamais l'État dont il est question. Il convient de déterminer si un État peut refuser d'avoir, à l'avenir, des relations conventionnelles avec un autre État. Cependant, il vaudrait mieux ne pas soulever cette question dans le Guide de la pratique, et la solution la meilleure serait d'éliminer le projet de directive 1.1.7.

37. M. GOCO est d'avis que le projet de directive 1.1.7 présente un intérêt pratique mais seulement si on le considère indépendamment du droit des traités. En effet, l'article 20 de la Convention de Vienne de 1969 (Acceptation des réserves et objection aux réserves) stipule que lorsqu'il ressort du nombre restreint des États ayant participé à la négociation que l'application du traité, dans son intégralité entre toutes les parties, est une condition essentielle du consentement de chacune d'elles à être liée par le traité, une réserve doit être acceptée par toutes les parties. Il est clair qu'il faut prendre en compte cette disposition. Le projet de directive 1.1.7 a donc sa place dans le Guide de la pratique, mais à condition d'être aligné sur la Convention de Vienne de 1969.

38. M. ELARABY fait observer que, dans la pratique des États, la ratification ne signifie pas nécessairement qu'il y a reconnaissance. Si l'on retient le projet de directive 1.1.7 au titre du développement progressif du droit international, on risque de compliquer les relations internationales et de compromettre l'universalité des traités. La majorité des traités multilatéraux sont appliqués, qu'il y ait reconnaissance ou non, voire en l'absence de relations diplomatiques entre les États concernés. Le projet de directive 1.1.7 n'a pas sa place dans le Guide de la pratique.

39. M. ADDO souhaite lui aussi que la Commission n'adopte pas le projet de directive 1.1.7. Le type de déclaration unilatérale dont il est question ne constitue pas en effet une réserve, une réserve visant à modifier l'effet juridique de certaines dispositions d'un traité, et non à refuser l'application d'un traité dans son intégralité.

40. M. MIKULKA est d'avis que le projet de directive 1.1.7 soulève une question importante mais sort du cadre des réserves. En effet, le type de déclaration de non-reconnaissance dont il est question ne remplit pas les critères énoncés dans la définition des réserves. Selon les Conventions de Vienne, une réserve est une déclaration par laquelle un État vise à modifier, ou à exclure, l'effet juridique de certaines dispositions d'un traité. Il s'agit, dans la directive 1.1.7, d'exclure l'application de l'intégralité d'un traité. De surcroît, l'hypothèse émise dans la directive est contraire à la doctrine du droit des réserves, selon laquelle l'État réservataire accepte les liens juridiques qui existent entre lui-même et les autres États.

41. Si l'on retient le projet de directive, cela signifiera que le régime des réserves devra s'appliquer aux déclarations unilatérales dont il est question, ce qui entraînera un certain nombre de problèmes. Par exemple, on peut imaginer le cas où toutes les autres parties au traité sont des États non reconnus par l'État réservataire. Rien n'empêche celui-ci d'exclure l'effet juridique du traité vis-à-vis de tous les autres États parties, situation absurde. On peut prendre un autre exemple : certains traités interdisent les réserves sauf si elles sont explicitement prévues dans le traité lui-même. Un État peut-il donc faire une déclaration unilatérale par laquelle il exclut tout lien juridique entre lui-même et un autre État partie qu'il ne reconnaît pas ? Il serait certainement utile d'examiner cette question ultérieurement, mais pas dans le cadre du régime des réserves.

42. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO doute lui aussi de l'opportunité de la présence de la directive 1.1.7 dans le Guide de la pratique. Le type de déclaration dont il est question est très particulier, car il ne s'agit pas d'une déclaration interprétative au sens où l'entend le Rapporteur spécial dans son troisième rapport. Celui-ci cite deux exemples précis, celui des déclarations faites par l'Arabie saoudite et la République arabe syrienne lors de la signature de l'accord portant création du FIDA. L'une porte sur

la non-reconnaissance en général, l'autre sur les relations conventionnelles avec un autre État partie. Or, l'accord portant création du FIDA contient un article qui interdit la formulation de réserves. Les déclarations en question n'auraient pas dû être acceptées en tant que réserves.

43. M. HE fait observer que le problème de la non-reconnaissance est extrêmement complexe, tant sur le plan politique que sur le plan juridique. On peut choisir entre deux possibilités : soit l'on considère que les questions liées à la non-reconnaissance n'ont pas leur place dans le Guide de la pratique, soit l'on en retient l'aspect qui touche aux réserves, et on l'inclut dans le Guide de la pratique. On devra cependant fournir une explication plus détaillée dans le commentaire et indiquer que la non-reconnaissance est un problème politique qui se pose souvent mais qui n'a rien à voir avec les réserves.

44. M. AL-BAHARNA déclare que le Rapporteur spécial sait très bien que la question à l'examen est en rapport avec la non-reconnaissance et non avec les réserves. C'est ce qu'il indique d'ailleurs lui-même dans le projet de directive 1.1.7, souhaitant probablement attirer l'attention sur la pratique des États. En effet, le type de déclaration dont il est question est courant dans le contexte des traités multilatéraux et n'a jamais suscité d'objections.

45. Pour régler ce problème, on pourrait trouver une solution de compromis consistant par exemple à retenir le texte du projet de directive 1.1.7 mais à l'intégrer ailleurs dans le Guide de la pratique, ou lui donner la forme d'un additif ou d'une annexe. Peut-être conviendrait-il aussi d'en modifier le libellé pour qu'il se lise comme suit :

> « Une déclaration unilatérale par laquelle un État vise à exclure l'application d'un traité entre lui et plusieurs autres États qu'il ne reconnaît pas constitue un type particulier de réserve qui ne correspond pas strictement à la définition donnée dans la directive 1.1 mais qui pourrait toutefois être considérée comme une déclaration ayant un effet sur les relations entre l'État qui en est l'auteur et l'État ou les États qu'il ne reconnaît pas pour ce qui est des droits et obligations découlant du traité en cause. »

La séance est levée à 13 h 5.

2551e SÉANCE

Mercredi 29 juillet 1998, à 10 h 10

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Al-Khasawneh, M. Bennouna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Illueca, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Yamada.

Les réserves aux traités *(suite)* [A/CN.4/483, sect. B, A/CN.4/491 et Add.1 à 6[1], A/CN.4/L.563 et Corr.1 et 2]

[Point 4 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

GUIDE DE LA PRATIQUE *(suite)*

PROJET DE DIRECTIVE 1.1.7 *(fin)*

1. M. ROSENSTOCK fait remarquer que le type de déclarations dont il est question dans le projet de directive 1.1.7 peut se faire à n'importe quel moment, même après qu'un État a exprimé son consentement à être lié par le traité en cause. Il importe de le préciser, sinon les déclarations en question ne seraient pas considérées comme des réserves, en vertu de la règle qui veut qu'une réserve doit être formulée au moment du consentement. On pourrait donc modifier le texte du projet 1.1.7 pour qu'il se lise comme suit : « Une réserve par laquelle un État vise à exclure l'application d'un traité entre lui-même et un ou plusieurs États qu'il ne reconnaît pas peut être formulée à n'importe quel moment. »

2. M. ILLUECA rappelle que les membres de la Commission se sont demandé (2550e séance) s'il était vraiment nécessaire de conserver le projet de directive 1.1.7. La non-reconnaissance est en effet un problème éminemment politique, qui revêt certes une importance particulière en Amérique latine et dans les Caraïbes, tout comme au Moyen-Orient, mais dont on peut se demander s'il a sa place dans le Guide de la pratique.

3. M. LUKASHUK déclare qu'on est en présence d'un problème très sérieux qu'il faut absolument résoudre. Il a écouté attentivement tous les intervenants et souhaiterait proposer un compromis. Certains ont affirmé que les déclarations visées dans le projet 1.1.7 ne constituaient pas des réserves. C'est exact, mais il s'agit néanmoins de déclarations particulières qui ont des effets juridiques importants puisqu'elles peuvent exclure toute relation conventionnelle entre plusieurs parties à un traité. Elles ont donc un impact sur les effets juridiques du traité en cause, contrairement aux déclarations interprétatives. On pourrait établir une distinction entre les déclarations de reconnaissance et les déclarations de non-reconnaissance. En effet, on ne peut passer sous silence le fait qu'un État peut déclarer que la participation conjointe ne signifie pas qu'il y ait reconnaissance mais que la non-reconnaissance ne fait pas obstacle à l'application du traité entre lui-même et l'autre État. Ces situations sont trop fréquentes pour qu'on s'abstienne de les commenter.

[1] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

4. M. MIKULKA souligne que le projet de directive 1.1.7 ne concerne qu'un seul type de déclarations de non-reconnaissance, à savoir celles qui visent à exclure l'application d'un traité entre leur auteur et l'État non reconnu et que la question est de savoir si ces déclarations constituent, ou non, des réserves. Comme il l'a dit (ibid.), il ne le pense pas. Quant à la proposition qu'a formulée M. Rosenstock, elle est dans l'ensemble acceptable, mais M. Rosenstock est-il vraiment convaincu que le type de déclaration dont il est question constitue une réserve ? Peut-être pourrait-on remplacer le terme « réserve » par « déclaration unilatérale», sans quoi l'on risque de se heurter à de graves problèmes, surtout si d'autres États formulent des objections.

5. M. PELLET (Rapporteur spécial), résumant le débat sur le projet de directive 1.1.7, rappelle que plusieurs intervenants se sont demandé si l'on était en présence d'un problème politique ou d'un problème juridique. Contrairement à M. Illueca, il estime que ce n'est pas parce que c'est un problème politique qu'il ne faut pas en parler, bien au contraire. C'est précisément parce qu'il y a un problème politique qu'il faut éviter les débordements. On ne doit pas pour autant se lancer dans une étude théorique de la reconnaissance et de la non-reconnaissance. La Commission n'a pas à réécrire le droit international. En revanche, il est essentiel de déterminer si les déclarations unilatérales dont il est question peuvent avoir un effet sur l'application d'un traité. Si oui, cet effet permet-il de les assimiler à des réserves ? Le Rapporteur spécial est bien d'accord avec MM. Simma et Yamada, pour lesquels il ne faut pas aborder cette question sous l'angle de la non-reconnaissance, mais il se distingue des membres qui, comme MM. Crawford et Brownlie, ont estimé qu'elle n'avait aucun lien avec le sujet des réserves. Il convient donc de se demander si les déclarations unilatérales visées dans le projet de directive 1.1.7 correspondent, ou non, à la définition des réserves que donnent les Conventions de Vienne. Plusieurs intervenants ont insisté sur les différences, pour eux fondamentales, qui existent entre les déclarations en question et les réserves. Certains ont mis l'accent sur l'expression « certaines dispositions du traité ». Or, le Rapporteur spécial espérait avoir montré, lors de l'examen du projet de directive 1.1.4 (Objet des réserves) que la plupart des réserves ne portaient pas sur « certaines dispositions », une expression qu'il ne faut pas prendre trop littéralement, de crainte d'exclure les réserves transversales, ce qui serait inacceptable. En revanche, il convient d'établir une distinction entre « certaines dispositions » et l'exclusion de l'intégralité du traité. Le Rapporteur spécial rappelle que, contrairement à la plupart des membres de la Commission, il estime qu'une réserve n'a pas forcément qu'un objet *ratione materiae*, mais qu'elle peut aussi avoir un objet *ratione personae*; néanmoins, il n'insistera pas pour faire prévaloir son opinion. Quoi qu'il en soit, nul ne doute qu'une réserve puisse, dans le cadre juridique du régime des réserves, exclure l'application d'un traité dans son ensemble. Si, comme l'a montré M. Yamada, une objection peut le faire, on voit mal pourquoi une réserve ne le pourrait pas.

6. Le Rapporteur spécial indique qu'il est plus préoccupé par les interventions qui ont essentiellement porté, non pas sur la conformité des déclarations avec la définition de Vienne, mais sur les problèmes que risquait de poser l'inclusion des déclarations unilatérales de non-reconnaissance dans la catégorie des réserves. M. Mikulka est allé particulièrement loin en disant que les déclarations en question étaient contraires à la philosophie même des réserves. Le Rapporteur spécial n'est pas d'accord, mais il convient qu'il risque d'y avoir des problèmes, ne serait-ce que parce que le système des acceptations et des objections ne peut pas fonctionner. Il reconnaît donc qu'il peut être dangereux de dire purement et simplement que l'on est en présence d'une réserve. À cet égard, le Rapporteur spécial fait sienne la réaction de M. Mikulka à la proposition qu'a formulée M. Rosenstock : on peut, certes, reformuler le projet de directive 1.1.7 en mettant l'accent sur le moment auquel ces déclarations unilatérales peuvent être faites, mais cela ne résout pas la question fondamentale, qui est de savoir si elles constituent une réserve. Quoi qu'il en soit, le Rapporteur spécial préférerait utiliser la variante qu'il avait évoquée en présentant le projet de directive, et consistant à préciser qu'une réserve peut être faite au moment où l'État lui-même s'engage mais aussi au moment où l'entité non reconnue s'engage. Il estime que supprimer le dernier membre de phrase ne résoudrait pas le problème, et pense qu'il convient, pour améliorer le texte, de préciser le moment dont il est question.

7. Certains intervenants se sont interrogés sur l'objet de la non-reconnaissance. Pour le Rapporteur spécial, on pourrait certes préciser que la non-reconnaissance n'a pas nécessairement un État pour objet, mais là n'est pas la question; l'important est que l'État réservataire veuille exclure toutes relations conventionnelles avec une autre entité. Quant à la question posée par M. Yamada, à savoir s'il est possible de refuser des relations conventionnelles avec un État reconnu, le Rapporteur spécial avoue qu'il n'a pas réfléchi à la question.

8. Pour toutes ces raisons, le Rapporteur spécial reconnaît qu'il est peut-être préférable de ne pas qualifier les déclarations de non-reconnaissance de « réserves ». Reste à savoir ce qu'elles sont.

9. Les membres de la Commission ont proposé deux explications. Pour certains, il s'agirait de déclarations *sui generis*, une expression qui est un peu l'aveu d'impuissance des juristes, et qui ne définit rien. Pour d'autres, il s'agirait de déclarations interprétatives, une thèse plus intéressante qu'a notamment défendue M. Bennouna. Le Rapporteur spécial estime que cette question doit être examinée plus avant, et c'est pourquoi il ne demande pas à la Commission de renvoyer le projet de directive 1.1.7 au Comité de rédaction. Il vaudrait mieux y revenir lorsque la Commission examinera les projets de directive relatifs aux déclarations interprétatives et aux déclarations de politique générale; mais il serait de toute façon inacceptable de passer cette question sous silence.

10. M. ECONOMIDES souligne que la question cruciale est de savoir si une déclaration unilatérale de non-reconnaissance est une réserve véritable au sens du droit des traités, et rappelle qu'à la séance précédente la majorité des membres y ont répondu par la négative. Selon lui, il ne s'agit pas non plus d'une déclaration *sui generis* ni d'une déclaration interprétative, mais d'une déclaration par laquelle un État ne reconnaît pas à une entité la capacité d'avoir des relations internationales, notamment conventionnelles. De telles déclarations relèvent plutôt des

règles du droit des traités relatives à la non-reconnaissance, mais la Commission se doit d'en parler, et M. Economides se demande si, moyennant les explications voulues dans le commentaire, la Commission ne devrait pas procéder comme dans le projet de directive 1.1.5, en disant qu'une déclaration unilatérale de non-reconnaissance « ne constitue pas une réserve ».

11. M. GOCO se déclare préoccupé à plusieurs égards. Tout d'abord, l'hypothèse de base est qu'un traité multilatéral est négocié par plusieurs États, et que certains traités nécessitent le consentement de toutes les parties. Quelle est donc l'incidence des réserves de non-reconnaissance sur l'application d'un traité ? Par ailleurs, pour l'État déclarant, le sens d'une telle réserve semble être qu'il ne souhaite pas être lié par un traité parce qu'il ne reconnaît pas d'autres États qui sont parties au traité envisagé. M. Goco rappelle à cet égard l'avis consultatif rendu par la CIJ au sujet des *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*[2]. Auparavant, une contre-proposition concernait la nécessité du consentement de l'autre État partie à être lié par un traité. La question se pose, en outre, de savoir si une telle directive s'appliquera dans tous les cas et à tous les traités internationaux.

12. M. HAFNER estime que le problème ne doit pas être envisagé du point de vue de la non-reconnaissance. Comme l'a souligné le Rapporteur spécial dans son troisième rapport sur les réserves aux traités (A/CN.4/491 et Add.1 à 6), il faut distinguer entre les réserves indiquant uniquement que l'État réservataire ne reconnaît pas un État partie au traité, et celles indiquant que l'État réservataire ne reconnaît pas un État partie au traité et que le traité ne s'appliquera pas entre lui et cet État. La véritable question est de savoir s'il est possible de faire une réserve excluant l'application d'un traité multilatéral à un autre État qui y est partie, et si cette question est nécessairement liée à la non-reconnaissance. Une autre question est de savoir s'il existe des cas où des États refusent l'application d'un traité à certains États parties en dehors de toute déclaration de non-reconnaissance.

13. Par ailleurs, il ne partage pas l'opinion du Rapporteur spécial selon laquelle l'objet de la non-reconnaissance importe peu. Ainsi, par exemple, on peut douter qu'un État ait le droit d'exclure l'application d'un traité entre lui et un autre État si ce dernier change de gouvernement et qu'il ne le reconnaît pas.

14. Enfin, faisant observer que le régime des réserves est très proche de celui des accords *inter se*, il propose que la Commission examine si la définition des accords *inter se* ne serait pas applicable à ces déclarations.

15. M. BROWNLIE estime que l'opinion exprimée la veille selon laquelle la question à l'examen ne relève pas du droit des traités mais plutôt du droit de la reconnaissance n'est pas sans mérite, mais il pense, comme le Rapporteur spécial, que cette question relève bien du droit des traités mais qu'elle est régie par les dispositions de la Convention de Vienne de 1969 concernant la capacité de conclure des traités ou l'expression du consentement, et non par celles relatives aux réserves. Le problème qui se pose est donc un problème de classification, et il pourrait peut-être être résolu par une clause de sauvegarde, du type « sans préjudice de ».

16. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit qu'il a été frappé par le bon sens des observations de M. Economides et il se déclare prêt à modifier la formulation du projet de directive 1.1.7 dans le sens préconisé par ce dernier, afin qu'il stipule qu'une déclaration unilatérale par laquelle un État vise à exclure l'application d'un traité entre lui et un ou plusieurs autres États qu'il ne reconnaît pas ne constitue pas une réserve. Cette directive devrait être accompagnée d'un commentaire assez étoffé, dans lequel on pourrait notamment reprendre les observations de M. Brownlie, ce qui permettrait à la Commission de régler le problème des déclarations en question une fois pour toutes.

17. Selon M. HE, le projet de directive 1.1.7 pose deux problèmes de fond : celui relatif à la décision que prend un État de reconnaître ou de ne pas reconnaître une entité, et la question de savoir si l'entité en question a la capacité d'être partie à un traité. La décision de non-reconnaissance est une déclaration politique très importante, et ne saurait être considérée comme une réserve. L'intervenant souscrit à la proposition de M. Economides et pense que la Commission doit indiquer très clairement qu'il ne s'agit pas d'une réserve. Il pense que la Commission apportera une contribution au droit international en éclaircissant cette question.

18. M. BENNOUNA estime que la méthode employée par la Commission n'est pas satisfaisante sur le plan juridique. Il pense que le débat en cours est un aveu d'impuissance, puisqu'on parle d'une chose sans la caractériser. Il s'étonne que le Rapporteur spécial ait changé brutalement d'avis en l'espace de quelques heures et souhaite qu'il approfondisse davantage la réflexion sur la question. Il propose que l'examen de la question soit reporté à la séance suivante.

19. M. MIKULKA croit comprendre que le Rapporteur spécial a changé d'opinion en tirant, à juste titre, la conclusion d'un débat qui a duré plus d'une journée. Il n'a jamais été question de passer le problème sous silence. Les membres ont au contraire constaté qu'il existait, qu'il était important et devait être traité, mais pas en tant que réserve. Il souscrit donc à la proposition du Rapporteur spécial. Il propose par ailleurs de renvoyer au Comité de rédaction l'autre aspect de la question, à savoir le moment où la déclaration peut être faite. Il semble ressortir du débat qu'elle peut être faite au moment où l'État déclarant exprime son consentement à être lié par le traité ou au moment où l'entité dont la qualité est contestée exprime un tel consentement. Le Comité de rédaction pourrait enfin préciser qu'il ne préjuge pas de la place que cette directive occupera dans le Guide de la pratique.

20. M. SIMMA dit que le point de vue initial du Rapporteur spécial, qui est également le sien, s'étant avéré minoritaire, il n'y a rien d'illogique à proposer que la question soit renvoyée au Comité de rédaction, assortie des précisions apportées par M. Mikulka, à charge pour le Comité, une fois la question des déclarations interprétatives examinée, d'élaborer éventuellement, sur le sujet, des

[2] Voir 2536e séance, note 13.

directives qui figureraient dans la partie finale du Guide de la pratique.

21. M. PELLET (Rapporteur spécial) précise que la question de la non-reconnaissance n'entre dans le cadre du sujet qui lui a été confié que dans la mesure où les déclarations de non-reconnaissance ont des effets en matière de droit des traités, et à cause des confusions fréquentes entre ces déclarations et les réserves. Il peut en outre s'avérer que ces déclarations ne sont même pas assimilables aux déclarations interprétatives et doivent être reléguées dans une autre catégorie, à l'instar des déclarations de politique générale et des déclarations informatives. Il faut donc renvoyer le projet de directive 1.1.7 au Comité de rédaction, en demandant à celui-ci de faire des propositions tenant compte de deux faits, à savoir que, pour la très grande majorité des membres de la Commission, les déclarations de non-reconnaissance ne sont pas des réserves, et qu'il faut déterminer le lien, s'il en est un, entre ces déclarations et les déclarations interprétatives.

22. MM. BROWNLIE et ILLUECA approuvent cette proposition.

23. M. HERDOCIA SACASA juge en outre extrêmement important que le Comité de rédaction ne perde pas de vue le lien étroit entre le projet de directive 1.1.7 et les projets de directives 1.1.9, 1.2 et 1.2.5.

24. M. GALICKI fait remarquer que, si le projet de Guide de la pratique procède en général d'une démarche positive, indiquant notamment ce qui est une réserve, il contient aussi des projets de directive (1.1.9, par exemple) qui indiquent que tel type de déclaration n'est pas une réserve. Le problème des déclarations de non-reconnaissance existe et doit donc être traité dans la partie finale du Guide de la pratique.

25. M. ROSENSTOCK n'est pas certain qu'il soit judicieux de décider que les déclarations de non-reconnaissance ne sont pas des réserves avant d'avoir étudié tous les autres cadres de définition possibles, y compris la possibilité que ces déclarations soient traitées dans le commentaire. La même prudence s'impose lorsqu'il s'agit de les assimiler aux déclarations interprétatives. Sauf à considérer que la déclaration faite par l'Arabie saoudite lors de la signature de l'accord portant création du FIDA, mentionnée dans le troisième rapport du Rapporteur spécial[3], n'a pas de conséquences juridiques sur la capacité de l'État visé par cette déclaration de recourir aux mécanismes de règlement des différends qui lui permettraient de traîner l'Arabie saoudite devant la CIJ, on risque, en assimilant une telle déclaration aux déclarations interprétatives, de conférer à celles-ci des effets juridiques dont on dit par ailleurs qu'elles sont dénuées.

26. M. ELARABY rappelle que le but ultime de l'opération est de faire en sorte que l'adhésion aux traités soit la plus universelle possible. Les problèmes politiques entre États sont une réalité et les déclarations de non-reconnaissance sont, pour les États, la solution qui permet de concilier cette réalité et leur adhésion aux traités. Introduire dans cette solution le risque d'être traîné devant la CIJ irait à l'encontre du souci d'universalité et compliquerait la pratique interétatique par rapport à ce qu'elle est actuellement.

27. Selon M. GOCO, la fonction du Comité de rédaction est de remanier ou de parachever la formulation d'une disposition exprimant la synthèse du débat de la Commission sur la question des déclarations de non-reconnaissance, mais la question fondamentale de savoir si ces déclarations font, ou non, partie du sujet et doivent ou non figurer dans le Guide de la pratique n'est toujours pas résolue. M. Goco se demande si le Comité de rédaction aura aussi à trancher cette question.

28. M. LUKASHUK se dit confiant dans l'aptitude du Comité de rédaction à élaborer un texte de compromis exprimant les vues divergentes, mais pas nécessairement contradictoires, de tous les membres de la Commission.

29. Le PRÉSIDENT suggère de renvoyer le projet de directive 1.1.7 au Comité de rédaction, ce dernier devant tenir compte des diverses remarques et observations importantes faites tout au long du débat.

Il en est ainsi décidé.

30. M. PELLET (Rapporteur spécial), présentant la section C du chapitre premier de son troisième rapport, consacrée à la distinction entre réserves et déclarations interprétatives, formule d'abord trois commentaires généraux. En premier lieu, les trois Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986 fournissent une base solide pour la réflexion sur la définition des réserves, mais il en va tout autrement pour les déclarations interprétatives. Certes, en élaborant son projet d'articles sur le droit des traités, la Commission s'est penchée, tout d'abord à sa huitième session, en 1956[4], puis à sa quatorzième session, en 1962[5], sur la question de la définition de ces déclarations, mais cette réflexion ne transparaît pas dans ledit projet[6], ce que certains États, notamment le Japon[7], ont jugé regrettable. La Convention de Vienne de 1969 et, a fortiori, celles de 1978 et de 1986, qui ne font qu'adapter les règles relatives aux réserves à leur objet propre, restent muettes sur la question. Ce silence comporte des avantages et des inconvénients. L'inconvénient premier est que les Conventions de Vienne ne fournissent ni directives ni indications sur la définition des déclarations interprétatives. Mais cet inconvénient est aussi d'une certaine manière un avantage, à savoir qu'il n'y a pas en la matière l'orthodoxie qui existe dans le cas des réserves. La Commission n'est pas enfermée dans le carcan d'un texte adopté il y a près de trente ans, et elle peut innover en fonction des convictions de ses membres et des besoins de la société internationale contemporaine.

31. La deuxième considération générale a trait à la pratique dans ce domaine. Les paragraphes 231 à 234 du rapport montrent que cette pratique est très abondante et que les États font fréquemment, au sujet d'un traité auquel ils deviennent parties, des déclarations expressément conçues comme n'étant pas des réserves. La réalité des déclarations interprétatives est aussi ancienne que celle des

[3] Voir 2550e séance, par. 25, note 3.

[4] Voir *Annuaire... 1956*, vol. II, p. 112, doc. A/CN.4/101, art. 13, al. *l*.

[5] Voir *Annuaire... 1962*, vol. II, p. 36, doc. A/CN.4/144, art. 1, al. *l*.

[6] Ibid., p. 176 et 179, art. 1, al. *f*.

[7] Voir *Annuaire... 1965*, vol. II, p. 49, doc. A/CN.4/177 et Add.1 et 2.

réserves, les deux remontant en fait à l'Acte final du Congrès de Vienne de 1815[8]. Les deux sont également concomitantes à l'apparition de la technique conventionnelle multilatérale et se sont développées avec elle. Quantitativement, les États font sans doute un peu moins de déclarations interprétatives que de réserves mais, comme il ressort du tableau du paragraphe 234 du rapport, on reste dans le même ordre de grandeur.

32. En troisième lieu, la définition des déclarations interprétatives et de ce qui les distingue des réserves est rendue plus difficile par deux facteurs. Le premier facteur de complexité tient aux incertitudes terminologiques. La question se pose d'abord de savoir si le fait d'analyser sur un mode binaire les déclarations unilatérales qui ont un impact sur le traité au sujet duquel elles sont faites, en opposant « réserves » à « déclarations interprétatives », ne relève pas d'un excès de rationalisme cartésien. En effet, si plusieurs langues semblent avoir adopté ce mode binaire, d'autres semblent en revanche beaucoup plus nuancées et usent d'une terminologie plus variée. Le Rapporteur spécial a finalement décidé de s'en tenir à l'opposition entre réserves et déclarations interprétatives, parce que les anglophones, par exemple, qui emploient les termes *statement*, *understanding*, *proviso*, *declaration*, *interpretation* et *explanation*, d'une part, ne définissent pas tous de la même manière ces termes et, d'autre part, conviennent souvent que les distinctions qui peuvent exister entre ces termes au plan interne n'ont pas de prolongements en droit international. Par ailleurs, sur les trente-deux États et les dix-huit organisations internationales qui ont répondu au questionnaire du Rapporteur spécial sur le sujet[9], aucun n'a contesté ce classement en deux catégories seulement des déclarations unilatérales relatives aux traités. Ceci dit, les incertitudes terminologiques demeurent et il arrive aux États, soit de ne pas qualifier du tout leurs déclarations, soit d'utiliser diverses locutions tortueuses ou ambiguës, dont le Rapporteur spécial donne quelques exemples aux paragraphes 255 à 259 de son rapport.

33. L'autre grand facteur de complexité lorsqu'il s'agit d'établir la distinction entre réserves et déclarations interprétatives tient à ce que l'on pourrait appeler la « politique extérieure » ou la stratégie juridique des États. Les locutions imprécises ou ambiguës sont bien sûr parfois employées par inadvertance, mais souvent, elles le sont délibérément. Comme le Danemark l'a fait remarquer dans sa réponse au questionnaire, les États baptisent parfois des réserves « déclarations interprétatives » soit pour tourner une interdiction de formuler des réserves, soit pour éviter la mauvaise presse que s'attirent les réservataires dans certains milieux. Bien sûr, ces « adresses » sont justement condamnées, puisqu'une réserve demeure une réserve « quels que soient son libellé ou sa désignation », mais cette pratique ne facilite assurément pas l'analyse.

34. La quatrième considération importante est que toutes les définitions qui ont été données des déclarations interprétatives partent en fait des définitions des réserves, qu'il s'agisse de celles avancées par la doctrine ou de celles proposées lors des travaux préparatoires de la Convention de Vienne de 1969. Dans ces définitions, les déclarations interprétatives ont été présentées d'abord et surtout comme n'étant pas des réserves, soit qu'on dise qu'« une déclaration interprétative n'est pas une réserve parce que » ou qu'« une déclaration interprétative se distingue d'une réserve en ce que ». Cette démarche est logique, et elle l'est d'autant plus aujourd'hui pour la Commission que celle-ci dispose, grâce aux Conventions de Vienne, d'une définition des réserves à laquelle elle a considéré qu'il n'était pas opportun de toucher. Il est par ailleurs tout à fait acceptable de partir de ce que l'on connaît pour mieux cerner ce que l'on ne connaît pas. Et c'est cette démarche empirique que le Rapporteur spécial, tout en connaissant les critiques dont elle a fait l'objet de la part de M. Horn[10], a suivi pour en arriver à la définition positive qu'il propose dans le projet de directive 1.2, dont il donne lecture.

35. Le Rapporteur spécial fait observer qu'on retrouve dans cette définition des éléments qui sont communs aux réserves et aux déclarations interprétatives : dans les deux cas, il s'agit de déclarations unilatérales d'États ou d'organisations internationales et cette identité formelle ne facilite pas la distinction, de même que, dans les deux cas, peu importe le libellé ou la désignation. En effet, et bien entendu, il serait absurde d'admettre qu'une réserve est une réserve « quel que soit son libellé ou sa désignation » si elle répond par ailleurs au critère des réserves, et de ne pas l'admettre en ce qui concerne les déclarations interprétatives. Si une réserve peut être appelée « déclaration » par son auteur — et c'est une conséquence nécessaire de la définition que donnent les Conventions de Vienne —, cela veut dire aussi que toutes les déclarations unilatérales qui s'intitulent elles-mêmes « déclarations » ou « déclarations interprétatives » ne sont pas forcément des déclarations interprétatives et, à l'inverse, que certaines déclarations unilatérales appelées « réserves » pouvaient, en réalité, être de simples déclarations interprétatives.

36. Ces points communs entre réserves et déclarations interprétatives appellent des précisions identiques, les mêmes causes produisant les mêmes effets, et c'est pourquoi le Rapporteur spécial propose le projet de directive 1.2.1 qui est le pendant, pour les déclarations interprétatives, du projet 1.1.1 concernant les réserves, et qui prévoit la possibilité de déclarations interprétatives conjointes. À cet égard, le Rapporteur spécial fait observer que, s'il n'a pas trouvé d'exemple de réserves conjointes, la pratique des déclarations interprétatives conjointes semble maintenant bien établie, comme l'attestent les exemples donnés au paragraphe 268 du rapport à l'examen.

37. Ceci étant, cette répudiation du nominalisme dans la définition tant des réserves que des déclarations interprétatives est assez « immorale » au point que l'on s'est demandé s'il ne fallait pas prendre les États au mot et décider que lorsqu'un État intitule sa déclaration « réserve » il fallait la considérer comme telle, et lorsqu'il

[8] Voir *Recueil international des traités du XIXe siècle, 1801-1825*, dir. publ. B. Descamps et L. Renault, t. I, Paris, Rousseau, p. 361 et 362. Voir également *British and Foreign State Papers, 1814-1815*, vol. II, Londres, 1839, p. 3 et suiv.

[9] *Annuaire... 1996*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/477 et Add.1 et A/CN.4/478, annexes II et III.

[10] Voir 2545e séance, note 4.

l'appelait « déclaration interprétative », il fallait s'en tenir à cela. Telle a été la position du Japon en 1964[11] et c'est aussi ce qu'a suggéré M. Lukashuk (2550e séance). Le Rapporteur spécial dit qu'il approuve ce souci de moralisation du droit, mais qu'il ne croit pas qu'on puisse aller aussi loin, pour des raisons, essentiellement au nombre de deux, qu'il expose aux paragraphes 277 et suivants de son rapport. D'une part, ceci n'est pas compatible avec la définition de Vienne et, d'autre part, cette démarche est tellement éloignée de la pratique que, si la Commission devait l'adopter, elle ne codifierait pas le droit, pas plus qu'elle ne le développerait progressivement; elle légiférerait purement et simplement, et telle n'est pas sa fonction.

38. En revanche, pour le Rapporteur spécial, la Commission peut faire quelques « petits pas » dans cette voie et c'est ce qu'il propose dans les projets de directive 1.2.2. et 1.2.3 dans lesquels, en se fondant surtout sur la jurisprudence du Comité des droits de l'homme, de la Commission des droits de l'homme et de la Cour européenne des droits de l'homme et sur les suggestions d'une partie de la doctrine, il propose de reconnaître que, si l'intitulé d'une déclaration interprétative ne constitue pas la preuve de sa nature juridique, il crée cependant une présomption — non irréfragable —, surtout lorsque l'auteur de la déclaration intitule certaines de ses déclarations relatives à un traité « réserves » et d'autres « déclarations interprétatives » : tel est essentiellement l'objet du projet de directive 1.2.2.

39. De même, lorsqu'une réserve est interdite par un traité, il semble qu'il y ait lieu de présumer, de manière là encore non irréfragable, que l'auteur de la déclaration interprétative a entendu agir de bonne foi, conformément au droit, et donc que c'est une déclaration interprétative et non d'une réserve interdite qu'il s'agit. Tel est l'objet du projet de directive 1.2.3.

40. Sur deux autres points, en revanche, les déclarations interprétatives se distinguent des réserves : il s'agit de l'élément temporel, le moment où la déclaration peut être faite, et de l'élément téléologique, l'objectif visé par l'auteur de la déclaration. Pour ce qui est de l'objectif, un élément qui est au cœur de la distinction, si une réserve vise à exclure ou à modifier l'effet juridique des dispositions du traité dans leur application à son auteur, tel n'est pas le cas d'une déclaration interprétative qui a pour objet, c'est une lapalissade, d'interpréter le traité ou certaines de ses dispositions, c'est-à-dire d'en préciser ou d'en clarifier le sens et la portée, comme l'ont dit à plusieurs reprises la CPJI puis la CIJ. Même si elle peut paraître sommaire, la définition de l'interprétation donnée par la CIJ semble, pour ce qui est des travaux sur les réserves aux traités, suffisante. Si l'on admet qu'interpréter signifie clarifier et préciser le sens et la portée d'un texte, il est clair que ceci s'oppose à modifier et à exclure : l'interprétation laisse subsister les dispositions sur lesquelles elle porte et leur effet juridique. Ceci paraît presque évident, mais est aussi absolument essentiel et, à cet égard, le Rapporteur aimerait connaître le sentiment des membres de la Commission : cela ressort-il suffisamment de la définition qu'il propose dans le projet de directive 1.2, ou est-il préférable de le répéter dans des directives plus explicites encore, comme celles qu'il propose dans les projets de directives 1.3.0 et 1.3.0 *bis* ? Le projet de directive 1.3.0 indique que la qualification d'une déclaration unilatérale comme réserve dépend uniquement de la question de savoir si elle a pour objet d'exclure ou de modifier l'effet juridique de dispositions du traité, et le projet de directive 1.3.0 *bis* indique que la qualification d'une déclaration unilatérale comme déclaration interprétative dépend uniquement de la question de savoir si elle a pour objet de préciser ou de clarifier le sens ou la portée que le déclarant attribue au traité ou à certaines de ses dispositions. À cet égard, le Rapporteur spécial s'en remet entièrement à la sagesse de la Commission et indique qu'il voit, pour sa part, des avantages et des inconvénients aussi bien à expliciter ces critères qu'à ne pas le faire, mais qu'il estime que l'attention des États doit être appelée sur ce point dans le Guide de la pratique.

41. Tout aussi importante est la question de savoir quelle méthode doit être utilisée pour mettre cette distinction en œuvre. C'est à ce problème qu'est consacrée la section C.3 du chapitre premier du rapport. Aux paragraphes 394 à 407, le Rapporteur spécial indique que cette méthode est en fait celle qui est prévue aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969, et est, tout simplement, la règle générale d'interprétation des traités, c'est-à-dire qu'il faut interpréter de bonne foi la déclaration interprétative suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes dans leur contexte, quitte à vérifier le résultat auquel cette méthode aboutit par le recours aux moyens complémentaires d'interprétation que sont, notamment, les travaux préparatoires. Telle est la conclusion à laquelle conduit l'étude de la pratique des États et surtout de la jurisprudence de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, de la Commission des droits de l'homme et de la Cour européenne des droits de l'homme, ainsi que celle du Tribunal arbitral dans l'affaire des *Îles Anglo-Normandes*[12], et c'est cette conclusion que le Rapporteur spécial propose à la Commission de tirer dans le projet de directive 1.3.1.

42. Les définitions des déclarations interprétatives, d'une part, et des réserves, de l'autre, conduisent aussi à laisser de côté deux catégories de déclarations dont le Rapporteur spécial indique qu'il donne d'assez nombreux exemples aux paragraphes 362 à 366 et 371 à 376 de son troisième rapport. Ce sont d'abord les déclarations de politique générale qu'un État, voire une organisation internationale, peut faire à l'occasion de la signature d'un traité ou de l'expression de son consentement à être lié par un traité, qui portent sur le même objet que le traité mais qui n'ont pour effet ni de modifier celui-ci, ni d'en exclure certaines dispositions, ni de l'interpréter, mais visent seulement à exposer la politique de leur auteur en ce qui concerne l'objet du traité. C'est ce type de déclaration qui est visé dans le projet de directive 1.2.5, dont le Rapporteur spécial indique qu'il n'est pas satisfait et qu'il entend le modifier dans un rectificatif qui sera distribué aux membres de la Commission.

43. La deuxième catégorie est celle des déclarations informatives par lesquelles un État ou une organisation internationale indique de quelle manière il entend s'acquitter de ses obligations au plan interne sans que cela

[11] Voir *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 343 à 348, doc. A/6309/Rev.1, annexe.

[12] Voir 2541e séance, note 14.

ait d'incidence sur les droits et obligations des autres États. Tel est l'objet du projet de directive 1.2.6. Dans les deux cas, il ne s'agit ni de réserves ni de déclarations interprétatives, et pour le Rapporteur spécial, il est utile de le préciser.

44. Il reste un élément de la définition des réserves dont il convient de savoir s'il faut le transposer dans la définition des déclarations interprétatives, à savoir l'élément temporel, c'est-à-dire le moment où la déclaration unilatérale est faite. Pour le Rapporteur spécial, et c'est ce qu'il indique dans son troisième rapport, la réponse doit être catégoriquement non. Il ne faut pas inclure d'élément temporel dans la définition générale des déclarations interprétatives. Il est par contre partisan de réintroduire cet élément dans la définition d'une catégorie particulière de déclarations interprétatives, à savoir les déclarations conditionnelles, pour les raisons suivantes.

45. Comme il l'a déjà indiqué, le Rapporteur spécial ne pense pas que les prédécesseurs des membres actuels de la Commission aient eu raison, à l'époque, d'inclure cet élément temporel dans la définition même des réserves, car ceci concerne le régime juridique et il suffisait, pour le Rapporteur spécial, d'en traiter à l'article 23 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Ceci dit, ce qui est fait est fait et il faut bien sûr s'en accommoder, mais ce n'est pas une raison pour refaire la même erreur dans la définition des déclarations interprétatives. La raison pour laquelle les rapporteurs spéciaux chargés du droit des traités ont inclus cet élément temporel dans la définition des réserves était purement pratique, à savoir qu'ils considéraient que les réserves étaient dangereuses pour la stabilité des relations juridiques et l'unité des traités. Or, cette considération ne s'impose pas avec la même force s'agissant des déclarations interprétatives. La pratique à cet égard rejoint d'ailleurs la théorie : les réserves relèvent en effet de la conclusion du traité, comme le confirme l'inclusion des règles les régissant dans la deuxième partie de la Convention de Vienne de 1969, alors que les déclarations interprétatives relèvent de l'application du traité, comme l'indique l'inclusion des règles les régissant dans la partie III de la Convention. Le Rapporteur spécial indique que, sur ce point, il est entièrement d'accord avec son prédécesseur, le précédent Rapporteur spécial, Sir Humphrey Waldock, qui déclarait aussi, au sujet des déclarations interprétatives, qu'elles pouvaient être faites à tout moment pendant les négociations ou lors de la signature, de la ratification, ou plus tard, au cours de la pratique ultérieure[13]. Dans la pratique, on constate d'ailleurs que c'est justement pour échapper à la rigueur des limites temporelles, mises par l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 2 et par l'article 23 de la Convention de Vienne de 1969 à la possibilité de formuler des réserves, que les États font des déclarations interprétatives, témoignant ainsi de leur conviction que celles-ci sont possibles à des moments où les réserves ne le sont pas. La première conclusion est donc qu'il ne faut pas inclure d'élément temporel dans la définition des déclarations interprétatives, qui doivent pouvoir intervenir à tout moment de la naissance et de la vie du traité.

[13] Voir *Annuaire... 1965* (*supra* note 7), p. 52.

46. Mais ce qui est vrai pour les déclarations interprétatives en général ne l'est pas pour un type particulier de déclarations interprétatives dont l'existence a été remarquablement mise en évidence par McRae[14]. Dans cette étude très documentée, l'auteur fait la distinction entre les déclarations interprétatives simples *(mere interpretative declarations)* et les déclarations interprétatives conditionnelles *(qualified interpretative declarations)*. Une déclaration interprétative est conditionnelle en ce que l'État ou l'organisation internationale qui la formule fait de l'interprétation qu'il avance la condition de son consentement à être lié par le traité, de la même manière que l'auteur d'une réserve fait de celle-ci la condition de son engagement conventionnel. Et ceci correspond en effet à une pratique indiscutable dont le paragraphe 310 du rapport à l'examen donne un exemple qui paraît très frappant, à défaut d'être très recommandable. Il s'agit de la déclaration interprétative faite par la France lorsqu'elle a signé le Protocole additionnel II au Traité visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine[15], déclaration reproduite dans le rapport à l'examen et dont le Rapporteur spécial donne lecture.

47. Cette déclaration est claire, mais souvent il n'en est pas ainsi, et c'est en utilisant la règle générale d'interprétation énoncée à l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, complétée le cas échéant par le recours aux moyens complémentaires prévus à l'article 32 du même texte, que l'on peut déterminer si l'on est en présence d'une déclaration interprétative simple ou conditionnelle, c'est-à-dire si la déclaration unilatérale en cause répond bien au critère des déclarations interprétatives conditionnelles que le Rapporteur spécial rappelle par précaution dans le projet de directive 1.3.0 *ter*.

48. Si la réponse est oui, il est bien évident que l'on a affaire à une déclaration interprétative beaucoup plus proche d'une réserve que ne le sont les déclarations interprétatives simples, car les réserves aussi sont « conditionnelles ». Le moment n'est pas encore venu de s'interroger sur le régime juridique de ces déclarations interprétatives conditionnelles, mais il semble qu'ici la répugnance qu'il y a à introduire un élément temporel dans la définition des déclarations interprétatives en général ne soit plus de mise : puisque l'auteur de la déclaration fait de celle-ci la condition de son engagement, il est évident qu'elle ne peut intervenir qu'avant qu'il s'engage ou au moment où il le fait. Et, autant l'inclusion de l'élément temporel dans la définition générale des déclarations interprétatives ne semble pas s'imposer, autant il faut le réintroduire, sous la même forme que pour les réserves, dans la définition des déclarations interprétatives conditionnelles. Ce sont ces considérations qui sont à l'origine du projet de directive 1.2.4 proposé dans le troisième rapport.

49. Le Rapporteur spécial indique qu'il croit avoir, aussi brièvement que la complexité du sujet le lui permettait, passé en revue l'ensemble des projets de directives qui se dégagent de la section C du chapitre premier de son troisième rapport, à l'exception de la directive 1.4, qui

[14] D. M. McRae, « The legal effect of interpretative declarations », *The British Year Book of International Law, 1978,* vol. 49, p. 155.

[15] Ratification du Protocole additionnel II (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 936, p. 420).

résulte d'une promesse que le Rapporteur spécial avait faite à l'issue d'un débat lors de la première partie de la session en cours, en réponse notamment à des points soulevés par MM. Economides et Hafner. Définir, en effet, n'est pas réglementer, et toutes les définitions qui figurent dans la première partie du Guide de la pratique sont sans préjudice de leur régime juridique et, en particulier, de leur licéité. Une réserve peut être licite ou illicite, elle demeure une réserve si elle répond à la définition retenue, et une déclaration interprétative peut être licite ou illicite, elle demeure de même une déclaration interprétative. On peut même dire que c'est parce que la déclaration unilatérale en question est soit une réserve, soit une déclaration interprétative que l'on peut déterminer si elle est, ou non, licite. C'est compte tenu de ces observations qu'a été élaboré et présenté le projet de directive 1.4.

La séance est levée à 13 h 5.

2552e SÉANCE

Jeudi 30 juillet 1998, à 10 h 15

Président : M. João BAENA SOARES

Puis : M. Igor Ivanovich LUKASHUK

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Al-Khasawneh, M. Bennouna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Illueca, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Yamada.

Les réserves aux traités *(suite)* [A/CN.4/483, sect. B, A/CN.4/491 et Add.1 à 6[1], A/CN.4/L.563 et Corr.1 et 2]

[Point 4 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(fin)*

GUIDE DE LA PRATIQUE *(fin)*

PROJET DE DIRECTIVE 1.4

1. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit qu'il a suffisamment expliqué (2551e séance) l'objet et les intentions du projet de directive 1.4 relatif à la portée des définitions. Ce projet, qu'il qualifie de « clause de sauvegarde », est en fait une mise en garde générale ayant pour objet de bien préciser que le Guide de la pratique reste au niveau de la définition des concepts et qu'il ne cherche pas à aller au-delà.

2. Le texte à l'examen pose le principe de l'antériorité de la qualification de la déclaration unilatérale par rapport au jugement de licéité ou d'illicéité de son contenu et à la mise en œuvre éventuelle du régime qui lui est applicable. Appliqué aux réserves, ce principe permet d'ailleurs de conclure qu'il peut y avoir des réserves illicites.

3. Le Rapporteur spécial propose de renvoyer le projet de directive 1.4 au Comité de rédaction.

4. M. LUKASHUK regrette que le Guide de la pratique ne fasse pas valoir qu'une déclaration interprétative ne peut en aucun cas faire obstacle à la mise en œuvre d'un traité, ni sur le plan interne, ni sur le plan international. Il lui semble aussi que la déclaration interprétative conjointe, même si elle n'a encore été attribuée à aucun régime, impose au moins entre les parties le principe de la bonne foi, c'est-à-dire l'obligation, pour l'État déclarant, de s'en tenir à l'interprétation qu'il a donnée.

5. Pour ce qui est de la déclaration interprétative en général, M. Lukashuk se demande quel sort réserver à cette figure juridique du droit international. Ce type de déclaration joue en fait un rôle extrêmement important car un traité consacre des relations interétatiques vivantes qui évoluent selon la volonté des États. En fait, un traité ne cesse d'être interprété, comme le montre bien le Rapporteur spécial dans son troisième rapport sur les réserves aux traités (A/CN.4/491 et Add.1 à 6). Les Conventions de Vienne disposent qu'à l'occasion de l'interprétation d'un traité, on doit tenir compte des ententes convenues entre les parties quant au sens à donner aux dispositions du traité, et de la pratique des États dans la mise en œuvre de celui-ci, y compris de leurs déclarations interprétatives. Évidemment, le régime et le statut juridiques de celles-ci ne sont pas définis, mais il serait impensable de consacrer un travail approfondi au régime des réserves en passant entièrement sous silence celui des déclarations interprétatives.

6. M. BENNOUNA dit que le Rapporteur spécial a eu raison de faire de la qualification de réserve ou de déclaration interprétative une condition préalable à l'examen de licéité.

7. La Commission est partie d'un projet de Guide de la pratique des réserves et elle se retrouve maintenant devant le cas des déclarations interprétatives qui, tout en étant différentes des réserves, empiètent sur le domaine de celles-ci. On voit que les deux phénomènes sont distincts mais qu'ils se chevauchent néanmoins. Si la Commission, dépassant le sujet des réserves, s'engageait dans celui des déclarations interprétatives, elle pénétrerait alors dans un univers très vaste, comme le montre le troisième rapport. Or, de l'avis de M. Bennouna, il vaudrait mieux éviter ce glissement. Peut-être faudrait-il changer le titre du Guide de la pratique et parler de la « Pratique des réserves et des déclarations interprétatives ».

8. M. Bennouna constate que, dans le projet de directive 1.4, la notion de « licéité » vise aussi bien les réserves que les déclarations interprétatives, ce qui lui paraît malencontreux. Si l'on peut certainement parler de la licéité

[1] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

d'une réserve, quel terme employer pour qualifier une déclaration interprétative ? Le Comité de rédaction saura, sans aucun doute, trouver une solution à ce problème.

9. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit que le Rapporteur spécial a eu raison de considérer que le silence du droit international sur le sujet des déclarations interprétatives était un motif supplémentaire, pour la Commission, de s'intéresser à celles-ci. Réserves et déclarations interprétatives procèdent des actes unilatéraux des États et elles ont le même objet; elles sont donc très proches. Les réserves sont cependant régies par le droit positif alors que les déclarations interprétatives ne sont régies que par la pratique, que l'on peut considérer comme institutionnalisée, même si elle ne prend pas toujours une forme écrite.

10. Le Rapporteur spécial propose ce qu'il appelle une « clause de sauvegarde », qui pose en principe que la qualification de déclaration interprétative conditionne la licéité de la déclaration dont il s'agit. On peut s'interroger sur la place que le Rapporteur spécial a faite à cette notion de licéité, qui n'est qu'un aspect du problème des déclarations unilatérales. Il aurait pu évoquer aussi le régime qui leur est applicable. Aussi M. Pambou-Tchivounda propose-t-il de modifier la partie centrale du projet de directive et, au lieu de dire « est sans préjudice de sa licéité au regard des règles », de préciser « n'affecte pas la licéité ni le régime ».

11. En conclusion, M. Pambou-Tchivounda se demande si la dualité entre réserves et déclarations interprétatives ainsi que le problème que soulève la localisation du projet de directive à l'examen dans le corps du Guide de la pratique ne sont pas deux bonnes raisons qui pourraient inciter la Commission à s'assigner un nouveau sujet d'étude, à savoir celui des déclarations interprétatives des traités.

12. M. ECONOMIDES n'a rien à reprocher au projet de directive 1.4, qui soulève pourtant la difficulté qu'ont déjà signalée MM. Bennouna et Pambou-Tchivounda, à savoir celle de la licéité des déclarations interprétatives au regard des règles du droit international. Si l'on peut dire qu'une réserve est illicite, il n'en va pas de même pour les déclarations interprétatives, dont les « règles » n'ont jamais été codifiées. Dans l'usage, on dit plutôt qu'une déclaration est « opérante » ou « inopérante » — plutôt que « licite » ou « illicite » — c'est-à-dire qu'elle produit, ou non, des effets juridiques. Cette difficulté terminologique n'est pas une raison de supprimer le projet de directive 1.4, dite « clause de sauvegarde », mais on pourrait la rédiger en termes plus simples, par exemple : « La mise en œuvre d'une réserve ou d'une déclaration interprétative, telle qu'elle est définie dans la partie [...] du Guide de la pratique, dépend de la licéité de la réserve ou du caractère opératoire de la déclaration au regard du droit international applicable aux réserves et aux déclarations interprétatives ».

13. M. Economides est d'accord pour que le projet de directive 1.4 soit renvoyé au Comité de rédaction.

14. MM. SIMMA et HAFNER souhaitent également que le projet de directive 1.4 soit renvoyé au Comité de rédaction.

15. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit que, s'il est exact que le régime des déclarations interprétatives n'a jamais été codifié, cela ne signifie pas qu'il n'y ait aucune règle qui leur soit applicable. Contrairement, donc, à ce que semblent penser MM. Economides et Bennouna, on peut considérer qu'une déclaration interprétative peut être illicite. La notion existe en tout cas pour la catégorie des déclarations interprétatives conditionnelles, qui ressemblent beaucoup, il est vrai, aux réserves, et qui peuvent être considérées comme illicites.

16. Faut-il vraiment s'engager dans le domaine des déclarations interprétatives ? Pour sa part, le Rapporteur spécial pensait pouvoir éviter cette figure juridique difficile mais il apparaît, au fil des débats, qu'il faudra y repenser à chaque point d'articulation de la réflexion sur les réserves.

17. M. BENNOUNA soulève un problème de méthode qu'il lui semble nécessaire de clarifier. Comme l'a fait remarquer le Rapporteur spécial, les déclarations interprétatives conditionnelles sont très proches des réserves, au point qu'il est parfois difficile de les en distinguer. La différence essentielle est que la déclaration interprétative se situe déjà dans l'univers du traité, dont le déclarant lit le texte d'une certaine façon.

18. Le Rapporteur spécial a raison de dire qu'il faudra évoquer le cas des déclarations interprétatives au fur et à mesure que l'on examinera les réserves, mais que ces déclarations sont déjà définies en droit international.

19. M. ROSENSTOCK estime qu'il n'est pas nécessaire de régler ces questions pour renvoyer le projet de directive 1.4 au Comité de rédaction. Pour apaiser les préoccupations des membres qui s'inquiètent de parler de la « licéité » d'une déclaration interprétative, peut-être pourrait-on ajouter « ou de ses effets » après « de sa licéité ».

20. M. KATEKA, constatant que la Commission s'engage dans un débat détaillé sur les déclarations interprétatives, dont le Rapporteur spécial a consacré la section C du chapitre premier de son troisième rapport, dit qu'il souhaiterait avoir la possibilité de présenter des remarques d'ordre général sur l'ensemble de cette section.

21. M. GOCO s'étonne que l'on soit déjà passé au projet de directive 1.4 alors qu'il reste tant de points importants à éclaircir. Pour sa part, il a par exemple des questions à poser au sujet du projet de directive 1.2.3 (Formulation d'une déclaration interprétative lorsqu'une réserve est interdite).

22. M. SIMMA (Président du Comité de rédaction) se dit sensible aux préoccupations de M. Kateka et pense qu'il serait en effet utile de faire le point sur la marche à suivre. Le Comité de rédaction apportera bientôt la touche finale aux projets de directives sur les réserves et présentera les résultats de ses travaux à la Commission. Néanmoins, le projet de directive 1.4 ayant suscité de nombreuses interrogations tant à la Commission qu'au Comité de rédaction, peut-être serait-il opportun de régler immédiatement son sort puis de le renvoyer au Comité de rédaction en même temps que les projets de directives sur les réserves. Il est, bien entendu, hors de question, à ce stade, de renvoyer les directives sur les déclarations interprétatives au Comité de rédaction.

23. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que les membres de la Commission souhaitent renvoyer le projet de directive 1.4 au Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

PROJETS DE DIRECTIVES 1.2 À 1.3.1

24. M. KATEKA dit que le sujet des réserves aux traités est déjà extrêmement complexe et que les problèmes soulevés par les déclarations interprétatives le compliquent encore. Le Rapporteur spécial a fait remarquer, au paragraphe 254 de son troisième rapport, que force est de constater que le plus grand désordre terminologique règne en la matière. Il est donc effectivement important d'établir une distinction entre les réserves et les déclarations interprétatives.

25. Aux paragraphes 320 et 321 de son troisième rapport, le Rapporteur spécial évoque le problème particulier des déclarations interprétatives conditionnelles, en soulignant l'importance de la différence entre application et interprétation. M. Kateka est d'avis que les déclarations interprétatives conditionnelles constituent de véritables réserves et doivent être traitées comme telles. Il est vrai que le régime de Vienne est silencieux au sujet des déclarations interprétatives, mais peut-être pourrait-on leur appliquer une formule analogue à celle utilisée pour les réserves, à savoir que, lorsqu'un traité ne donne aucune indication au sujet des réserves, les États sont autorisés à en formuler, à moins qu'elles ne soient incompatibles avec l'objet et le but du traité. Il y aurait intérêt à intégrer ce principe dans le Guide de la pratique. Il en va de même pour le fait qu'une réserve doit être formulée par écrit : ce principe devrait lui aussi être appliqué aux déclarations interprétatives et intégré au Guide.

26. On sait que les États, sous couvert de déclarations interprétatives, cherchent parfois à formuler de véritables réserves. Le projet de directive 1.2.2 (par. 291) met les choses au point, en soulignant que ce n'est pas le libellé ou la désignation d'une déclaration unilatérale qui détermine sa nature juridique mais l'effet juridique qu'elle vise à produire. Le Rapporteur spécial conclut son analyse sur une note quelque peu pessimiste, disant que quel que soit le soin mis à définir les réserves et à les distinguer des déclarations interprétatives, une part inévitable d'incertitude subsiste. Il faut espérer qu'il continuera à apporter sa précieuse contribution aux efforts accomplis pour éviter les situations floues.

27. M. Kateka est également préoccupé par les déclarations interprétatives qui portent sur des traités bilatéraux. Il a exprimé le souhait (2551e séance) que le Rapporteur spécial évoque la question, en ayant dans l'idée que ce type de déclaration devait être interdit ou du moins découragé. C'est pourquoi il n'est pas satisfait par le projet de directive 1.2.8 (Effet juridique de l'acceptation de la déclaration interprétative d'un traité bilatéral par l'autre partie).

28. M. PELLET (Rapporteur spécial) annonce la parution prochaine de la partie de son troisième rapport sur la question des déclarations unilatérales portant sur un traité bilatéral. Ses collègues voudront sans doute en prendre connaissance avant d'intervenir à ce propos.

29. M. HAFNER souhaite faire quelques remarques générales sur les déclarations interprétatives et sur la section C du chapitre premier qui en traite. Comme le souligne le Rapporteur spécial, il est parfois très difficile de faire la distinction entre les déclarations interprétatives et les réserves. Plusieurs exemples concrets l'illustrent bien. Ainsi, le Gouvernement autrichien a proposé au Parlement de formuler une déclaration interprétative portant sur le Protocole I aux Conventions de Genève du 12 août 1949, mais le Parlement a transformé cette déclaration interprétative en réserve, sans pour autant en modifier le texte[2].

30. D'autre part, contrairement à ce qu'ont dit certains intervenants, le régime de Vienne n'est pas entièrement silencieux au sujet des déclarations interprétatives. On peut en effet considérer que les règles générales d'interprétation de la section 3 de la Convention de Vienne de 1969 leur sont applicables.

31. En tout état de cause, s'il est vrai qu'il n'est pas nécessaire d'étudier en détail les déclarations interprétatives, il n'en demeure pas moins qu'il faudra définir clairement les critères qui permettent de les distinguer des réserves.

32. M. BROWNLIE dit qu'être vigilant à l'égard des différents types de comportement des États ne signifie pas qu'il est indispensable de codifier le domaine des déclarations interprétatives qui n'ont pas de contenu normatif. Peut-être pourrait-on se contenter de donner certaines indications dans le commentaire, en évitant de faire mention de ce cas de figure dans le Guide de la pratique.

33. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à présenter individuellement les projets de directives relatifs aux déclarations interprétatives.

34. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit que le projet de directive 1.2 qu'il a présenté (2551e séance) lui semble nécessaire parce que la Convention de Vienne de 1969 ne donne pas de définition de la déclaration interprétative. Le projet de directive 1.2.2, sur lequel M. Kateka s'est appuyé, explique que c'est l'objectif poursuivi qui fait la différence entre réserves et déclarations interprétatives, conformément à la définition des réserves données par la Convention. M. Kateka semble d'autre part assimiler les réserves illicites aux déclarations interprétatives conditionnelles. Prenant pour exemple la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, qui interdit expressément les réserves mais permet les déclarations interprétatives, le Rapporteur spécial se demande si une déclaration interprétative conditionnelle faite par un État au sujet de cette convention serait licite ou non. Si, dans bien des cas, le régime des déclarations interprétatives conditionnelles peut être aligné sur celui des réserves, il ne semble pas possible d'assimiler complètement les deux notions.

35. Le Rapporteur spécial convient avec M. Hafner que les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969 donnent des indications sur le régime juridique des déclarations interprétatives, bien que l'expression n'y figure

[2] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1289, p. 303 et 304.

pas. Toutefois, la Convention ne donne pas de définition et la Commission fait œuvre utile en en proposant une. Pour ce qui est des déclarations jointes à des traités d'adhésion, dans le domaine notamment du droit communautaire, il est difficile d'y voir des déclarations unilatérales au regard du droit international, dans la mesure où elles sont longuement négociées et sont acceptées du fait même que le traité d'adhésion est conclu. Peut-être faut-il y voir une variante de la déclaration interprétative.

36. M. BROWNLIE s'est interrogé sur la nécessité de codifier le domaine des déclarations interprétatives qui n'ont pas de contenu normatif. Le Rapporteur spécial considère qu'il n'est pas nécessaire que ces déclarations aient un contenu normatif pour que la Commission s'efforce d'en donner une définition. Les dispositions d'un traité qui définissent un terme n'ont pas non plus de caractère proprement normatif, mais conditionnent l'application du dispositif qui les suit. Sans s'engager dans la codification des déclarations interprétatives, la Commission doit donc au moins en proposer une définition et répondre à la question de savoir si le régime juridique des réserves est, ou non, transposable à ces déclarations.

37. Selon M. SIMMA, M. Brownlie a appelé l'attention de la Commission sur un problème réel : en essayant de pousser trop loin la codification des déclarations interprétatives, la Commission risque de perdre de vue l'objet des directives qu'elle élabore, qui est de permettre de distinguer les réserves des déclarations interprétatives. Toutes les propositions du Rapporteur spécial répondent à ce critère, à l'exception du projet de directive 1.2.1. (Formulation conjointe de déclarations interprétatives).

38. En ce qui concerne la relation entre les déclarations interprétatives et les dispositions de la Convention de Vienne de 1969 relatives à l'interprétation des traités, M. Simma fait observer qu'on peut la considérer sous deux points de vue différents. L'article 31 dispose, en son alinéa *b* du paragraphe 2, qu'un traité peut être interprété notamment à l'aide de « tout instrument établi par une ou plusieurs parties à l'occasion de la conclusion du traité et accepté par les autres parties en tant qu'instrument ayant rapport au traité ». Mais une autre provision (art. 31, par. 3, al. *b*) dit que « toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par laquelle est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité » peut servir à définir les déclarations interprétatives formulées ultérieurement. Le Rapporteur spécial renvoie à cet article lorsqu'il propose, dans son projet de directive 1.3.1, de faire application de la règle générale d'interprétation des traités codifiée à l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969. La Commission devra cependant prendre garde au fait que les règles générales énoncées dans la Convention ont pour objet d'éclaircir le sens d'un accord de volonté entre deux ou trois parties, lorsqu'il s'agit, dans le cas des déclarations interprétatives visées dans le projet de directives, de déclarations unilatérales. Elle devra donc se demander s'il est possible d'appliquer des règles conçues pour régir l'expression du consentement au niveau bilatéral ou multilatéral à une déclaration interprétative unilatérale.

M. LUKASHUK prend la présidence.

39. M. ILLUECA note que la définition donnée dans le projet de directive 1.2 s'applique aussi bien aux traités bilatéraux qu'aux traités multilatéraux, en relevant que le Rapporteur spécial préférerait qu'on s'intéresse d'abord aux traités multilatéraux. Il existe pourtant des traités bilatéraux qui évoluent pour devenir des traités multilatéraux ou qui ont des effets sur des États tiers.

40. Les critères proposés par le Rapporteur spécial pour distinguer les réserves des déclarations interprétatives sont différents pour les déclarations interprétatives conditionnelles. Outre le problème de terminologie, la définition a une fonction unique dans la détermination de la licéité d'une déclaration unilatérale. Le Rapporteur spécial a raison de dire qu'il faut déterminer si on est en présence d'une déclaration interprétative avant de pouvoir s'interroger sur sa licéité.

41. Appelant l'attention sur l'article 46 de la Convention de Vienne de 1969, consacré aux dispositions du droit interne concernant la compétence pour conclure des traités, M. Illueca évoque un épisode relatif au Traité du canal de Panama[3]. Un groupe de sénateurs des États-Unis d'Amérique avaient émis une objection parce que les réserves, amendements et conditions ajoutés au Traité n'avaient pas été soumis à référendum au Panama, au contraire de ce que prévoyait la Constitution du pays, le Traité lui-même ayant été approuvé par un référendum organisé sous l'égide de l'ONU. Le Panama a fait valoir que les réserves, amendements et conditions en question avaient été acceptés par le Gouvernement panaméen au moment de la ratification du Traité et n'avaient pas à être soumis à un nouveau référendum. Il considérait en outre que ces réserves, amendements et conditions relevaient de l'interprétation du Traité. Le Gouvernement américain a jugé que la position du Panama était juridiquement bien fondée et qu'elle n'était pas en infraction avec le droit interne de ce pays au sens de l'article 46 de la Convention de Vienne de 1969.

42. Citant encore le cas du Traité du canal de Panama, M. Illueca y voit un bon exemple de traité bilatéral ayant des effets multilatéraux. Ces effets multilatéraux découlent en l'occurrence du régime de neutralité permanente du canal. Les droits et intérêts des États tiers ont été pris en considération dans un régime qui fait partie du droit international général mais qui est également régi par un traité bilatéral et un protocole concernant la neutralité permanente du canal, auxquels ont adhéré plusieurs États.

43. En conclusion, M. Illueca souligne que le travail du Rapporteur spécial est très intéressant dans la mesure où il a envisagé la situation des États tiers et le problème de compatibilité avec le droit international général.

44. M. ADDO, se référant à l'intervention de M. Kateka et à la réponse du Rapporteur spécial au sujet des déclarations interprétatives conditionnelles, souhaite avoir des éclaircissements sur un point particulier. Dans l'hypothèse où un État fait, au moment où il ratifie un traité, une déclaration interprétative par laquelle il indique qu'il ne deviendra partie au traité que si son interprétation est acceptée par les autres parties, et dans l'hypothèse encore où un autre État rejette cette interprétation, ce rejet peut-il faire obstacle à l'entrée en vigueur du traité entre l'État

[3] Signé à Washington le 7 septembre 1977 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1280, p. 52 et suiv.).

qui a fait la déclaration interprétative et celui qui a fait l'objection ?

45. M. AL-BAHARNA, considérant parfaitement correcte la définition qui fait l'objet du projet de directive 1.2, propose d'élaborer, sur cette base, une disposition disant expressément que les États ont le droit de faire des déclarations interprétatives, pour autant que celles-ci répondent à deux critères. Le premier, énoncé au paragraphe 231 du troisième rapport du Rapporteur spécial, est que ces déclarations ne doivent viser ni à modifier ni à exclure l'effet juridique de certaines dispositions du traité, et le second, tiré de l'alinéa *c* de l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969, et adapté aux déclarations interprétatives, est que celles-ci ne doivent être incompatibles ni avec l'objet ni avec le but du traité. Enfin, étant donné que les déclarations interprétatives ainsi définies ne peuvent pas être des réserves, le projet de directive les concernant figurerait dans la partie finale du Guide de la pratique.

46. M. HERDOCIA SACASA estime que la définition proposée dans le projet de directive 1.2 répond bien à la nécessité de dissiper les malentendus, volontaires ou non, qui entourent la notion de déclaration interprétative et ce qui la distingue de celle de réserve. Pour les réserves, les outils d'analyse sont fournis par les articles 1 et 19 à 23 de la Convention de Vienne de 1969; pour les déclarations interprétatives, il faut élaborer d'autres critères de jugement. Dans la définition proposée, d'une part, ces déclarations doivent viser à préciser le sens ou la portée du traité et, d'autre part, c'est l'intention et le contenu de la déclaration, et non son appellation ou sa forme, qui sont déterminants. Toutefois, il convient peut-être d'introduire aussi dans cette définition un élément limitatif, qui est d'ailleurs énoncé par le Rapporteur spécial au paragraphe 231 de son troisième rapport, à savoir que les déclarations interprétatives ne visent ni à modifier, ni à exclure, l'effet juridique de certaines dispositions du traité.

47. M. ECONOMIDES fait quatre observations sur la définition des déclarations interprétatives. En premier lieu, un mot clef est absent de cette définition, le verbe « interpréter ». En deuxième lieu, alors que la réserve modifie ou exclut l'effet juridique de certaines dispositions seulement du traité, la définition proposée fait que la déclaration interprétative peut avoir pour objet de préciser ou clarifier l'ensemble du traité. Il n'est pas certain que cette distinction corresponde bien à la pratique. En troisième lieu, l'expression « que le déclarant attribue au traité » introduit un élément de subjectivité qui risque d'affaiblir les règles relatives à l'interprétation des traités. Enfin, il faut introduire une limite au pouvoir d'interprétation, en indiquant que l'interprétation doit être en accord avec la lettre et l'esprit de la disposition visée, encore que ce dernier aspect relève peut-être davantage du régime juridique que de la définition des déclarations interprétatives. M. Economides propose donc de modifier comme suit la fin du projet de directive 1.2 : « vise à interpréter certaines dispositions du traité en clarifiant ou en précisant leur sens ou leur portée ».

48. M. BENNOUNA s'interroge également sur le bien-fondé de l'emploi de l'expression « que le déclarant attribue au traité ». Le Comité de rédaction devra peut-être reformuler la définition compte tenu de l'objectif premier de tout travail d'interprétation, qui est de donner le sens exact de ce que l'on interprète. Par ailleurs, l'interprétation procède aussi du souci de favoriser la compatibilité entre le droit international et le droit interne. La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer évoquée par le Rapporteur spécial contient de nombreuses dispositions nécessitant la révision des législations nationales, et elle prévoit donc la possibilité de formuler des déclarations interprétatives portant aussi sur sa mise en œuvre. Peut-être faudra-t-il prévoir pareillement dans le projet de directive 1.2 que les déclarations interprétatives visent à préciser ou à clarifier non seulement le sens ou la portée du traité mais également les conditions de sa mise en œuvre.

49. M. GALICKI estime que la définition proposée dans le projet de directive 1.2 met bien en relief tant les principales différences entre les réserves et les déclarations interprétatives que le but de ces dernières. Toutefois, comme le texte proposé constitue une sorte de disposition liminaire dont découlent plusieurs autres, il serait bon d'y inclure aussi un énoncé négatif, indiquant ce que les déclarations interprétatives ne sont pas.

50. M. AL-BAHARNA fait remarquer que le verbe « interpréter » se prête lui-même à de multiples interprétations si bien que son emploi risque de priver la définition d'une partie de sa valeur opératoire. Les observations relatives au verbe « attribuer » sont en revanche plus pertinentes. Il serait en effet plus judicieux de dire que la déclaration interprétative vise à préciser ou à clarifier la position de l'État déclarant à l'égard du traité dans son ensemble ou de certaines de ses dispositions.

51. M. PELLET (Rapporteur spécial), répondant aux diverses observations faites au cours de la séance, indique tout d'abord que le fait que de très nombreux éléments du régime des réserves s'appliquent aux déclarations interprétatives conditionnelles ne lui semble pas suffisant pour dire que celles-ci sont des réserves. Quant à l'hypothèse de la déclaration interprétative conditionnelle qui contient une interprétation inexacte, elle pose le problème juridico-philosophique de savoir si une interprétation peut être inexacte. Plusieurs intervenants ont souhaité que la définition contienne aussi un élément de définition par la négative. Le Rapporteur spécial a préféré établir dans la définition qu'il propose une symétrie avec celle proposée dans le projet de directive 1.1, la démarche inverse étant adoptée dans les projets de directives 1.3.0, 1.3.0 *bis* et 1.3.0 *ter*. Il n'est toutefois pas opposé à ce qu'il soit indiqué dans la définition que la déclaration interprétative ne vise pas à modifier ou à exclure l'effet juridique du traité ou de certaines de ses dispositions.

52. Il faut, en tout état de cause, éviter les simplifications qui compliquent les choses : la définition des déclarations interprétatives n'est pas le lieu où tirer le bilan du régime juridique qui leur est applicable, et envisager de transposer aux déclarations interprétatives les dispositions de l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969 relatif à la formulation des réserves semble bien prématuré.

53. Les préventions à l'égard du verbe « attribuer » et les considérations relatives aux limites à imposer au pouvoir d'interprétation renvoient également à la question du régime juridique des déclarations interprétatives. L'observation selon laquelle la déclaration interprétative vise à

préciser ou à clarifier non pas le sens ou la portée du traité mais la position de l'État déclarant à l'égard de celui-ci est par contre pertinente au stade de la définition. Introduire le verbe « interpréter » dans la définition rendrait celle-ci quelque peu tautologique.

54. D'autre part, prévoir que la déclaration interprétative peut porter sur l'ensemble du traité correspond bien à la pratique, et il ne serait pas judicieux de se priver de la solution des déclarations interprétatives transversales en reprenant la limitation introduite, à tort, par la Convention de Vienne de 1969.

55. Enfin, faire dire à la définition que la déclaration interprétative vise aussi à préciser ou à clarifier les conditions de mise en œuvre du traité reviendrait à introduire dans cette définition la problématique des rapports entre droit international et droit interne, problématique qui renvoie plutôt au projet de directive 1.2.6.

56. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que les membres de la Commission souhaitent renvoyer le projet de directive 1.2 au Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 12 h 5.

2553e SÉANCE

Vendredi 31 juillet 1998, à 10 h 10

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Al-Khasawneh, M. Bennouna, M. Brownlie, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Illueca, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rosenstock, M. Yamada.

Responsabilité des États[1] *(suite*)* [A/CN.4/483, sect. C, A/CN.4/488 et Add.1 à 3[2], A/CN.4/490 et Add.1 à 7[3], A/CN.4/L.565, A/CN.4/L.569]

[Point 2 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

1. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), présentant la section C du chapitre II de son premier rapport sur la responsabilité des États (A/CN.4/490 et Add.1 à 7), consacrée au chapitre II de la première partie du projet d'articles (Le « fait de l'État » selon le droit international), souligne que les articles 5 à 15, auxquels le chapitre II est consacré, répondent à la première des deux conditions posées par l'article 3 (Éléments du fait internationalement illicite de l'État) pour qu'il y ait responsabilité de l'État, à savoir que le comportement visé doit être attribuable à l'État, l'autre condition étant que ce comportement doit constituer une violation d'une obligation internationale de l'État. Depuis leur adoption en première lecture, dans les années 70, la jurisprudence en la matière s'est considérablement étoffée, sous l'impulsion tant de la CIJ que de divers autres tribunaux — arbitraux ou des droits de l'homme. Certains de ces articles sont cités dans cette jurisprudence et doivent donc être maniés avec circonspection mais, pour d'autres, la marge de manœuvre est plus grande. Quant aux observations des gouvernements sur ce chapitre, elles émanent certes d'un nombre limité d'États mais n'en sont pas moins substantielles. Dans l'ensemble, la préoccupation générale des gouvernements est de veiller à ce que l'attribution puisse se faire sur une base suffisamment large, afin que l'État ne puisse pas se dégager de sa responsabilité par le biais de définitions formelles de ses organes ou agents et aussi afin que l'évolution récente vers la privatisation du secteur public n'entraîne pas un rétrécissement du champ des règles d'attribution. La Commission se doit de tenir compte de ces observations dans la suite de ses travaux sur le sujet. Ceci dit, aucun gouvernement ne propose de modifier la structure de base de ces articles à formulation positive sur l'attribution, aussi les quelques modifications proposées par le Rapporteur spécial ont-elles essentiellement une fonction de clarification. Dans cette structure de base, on peut discerner deux groupes distincts d'articles, les articles 5 à 8 et 10, qui portent sur l'attribution en général, et les articles 9 et 11 à 15, qui portent sur des cas de figure spécifiques et auxquels le Rapporteur spécial rajoute un projet d'article 15 *bis* sur un cas de figure qui n'était pas envisagé dans le projet.

ARTICLES 5 À 8 ET 10

2. Les articles « généraux » sur l'attribution soulèvent deux problèmes de terminologie. Le premier tient au fait que la Commission a préféré le terme « attribution » à celui d'« imputation »[4] employé au départ par le précédent Rapporteur spécial, Roberto Ago[5]. Or, la CIJ a continué dans des affaires ultérieures d'employer « imputation ». Le choix de la Commission n'en demeure pas moins juste, en ce sens que le terme « imputation » introduit un élément de fiction là où il n'y en a pas. Par ailleurs, l'intitulé du chapitre II du projet met entre guillemets « fait de l'État », par souci d'éviter la confusion avec des formulations proches que l'on retrouve dans divers systèmes juridiques internes. Le Rapporteur spécial propose de supprimer les guillemets ainsi que les risques de

* Reprise des débats de la 2547e séance.

[1] Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2e partie), p. 62, doc. A/51/10, chap. III, sect. D.

[2] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

[3] Ibid.

[4] Voir *Annuaire... 1971*, vol. II (1re partie), p. 225, doc. A/CN.4/246 et Add.1 à 3, par. 50.

[5] Voir *Annuaire... 1970*, vol. II, p. 199 et suiv., doc. A/CN.4/233.

confusion en adoptant le titre plus informatif suivant « Attribution d'un comportement à l'État selon le droit international ». Nonobstant ces points de terminologie, les articles « généraux » sur l'attribution mettent en œuvre les principes fondamentaux qui sous-tendent la notion d'attribution et sont décrits au paragraphe 154 du rapport, le point essentiel à cet égard étant la distinction entre attribution et violation d'une obligation : même lorsqu'il existe un lien étroit entre le fondement de l'attribution et l'obligation qui paraît avoir été violée, l'attribution du comportement à l'État en soi n'implique aucunement que ce comportement constitue une violation de l'obligation considérée. Ce premier groupe d'articles s'articule autour de l'article 5 (Attribution à l'État du comportement de ses organes), l'article 7 (Attribution à l'État du comportement d'autres entités habilitées à l'exercice de prérogatives de la puissance publique), l'article 8 (Attribution à l'État du comportement de personnes agissant en fait pour le compte de l'État), les articles 6 (Non-pertinence de la position de l'organe dans le cadre de l'organisation de l'État) et 10 (Attribution à l'État du comportement d'organes agissant en dépassement de leur compétence ou en contradiction avec les instructions concernant leur activité) ayant une fonction explicative, se rapportant au seul article 5 dans le cas de l'article 6 et aux trois articles (5, 7 et 8) dans le cas de l'article 10.

ARTICLES 5 ET 6

3. L'article 5 est consacré à l'attribution à l'État du comportement de ses organes; l'essentiel des problèmes qu'il pose tourne autour de cette notion d'organe. Ainsi, dans les commentaires et observations reçus des gouvernements sur la responsabilité des États (A/CN.4/488 et Add.1 à 3), le Gouvernement français a proposé d'ajouter dans l'article « ou agent » après « tout organe » mais, outre que la notion d'agent est traitée dans l'article 8, l'article 5 ne vise que les entités qui font organiquement partie de la structure étatique. Aux termes de l'article 5, est un organe de l'État toute entité ayant ce statut d'après le droit interne dudit État. Or, le droit interne ne suffit pas toujours pour déterminer ce statut et il faut parfois se référer à des pratiques, des conventions, etc. En outre, il est rare que le sens donné au terme « organe » dans les systèmes juridiques nationaux corresponde exactement à celui qu'il doit avoir aux fins de la responsabilité des États. Dans certains systèmes, il ne s'agit que des échelons supérieurs de l'appareil d'État, alors que, pour le sujet à l'examen, le terme peut couvrir tous les échelons de la hiérarchie. Le Rapporteur spécial propose donc, à l'instar de nombreux gouvernements, de supprimer cette référence au droit interne, mais en indiquant clairement dans le commentaire que ce droit, tout en étant particulièrement pertinent, ne constitue pas le critère unique.

4. Plusieurs aspects de la notion d'organe sont explicités dans l'article 6, qui précise d'abord que l'organe peut appartenir aux pouvoirs constituant, législatif, judiciaire ou autres. Cette précision est importante mais elle a amené certains auteurs à se demander si elle n'introduit pas, dans l'article 5, la notion limitative d'exercice de prérogatives de la puissance publique que l'on retrouve dans l'article 7 en ce qui concerne les entités paraétatiques, ou encore les limitations que l'on retrouve par exemple dans le droit des immunités par le biais de la distinction entre fonctions gouvernementales et non gouvernementales. De l'avis du Rapporteur spécial, telle n'était pas l'intention de la Commission lorsqu'elle a élaboré le projet d'article 6, et il est clair que le comportement de tout organe ayant ce statut est attribuable à l'État, la classification de ces fonctions n'ayant en la matière aucune importance. La deuxième précision apportée par l'article 6, « que ces fonctions aient un caractère international ou interne », énonce en matière d'attribution une évidence et semble d'autant plus superflue qu'elle pose une dichotomie dont l'existence n'est pas aussi nette dans la réalité. La troisième précision, « que sa position dans le cadre de l'organisation de l'État soit supérieure ou subordonnée », correspond à une pratique bien établie mais sa formulation risque d'exclure les organes intermédiaires, autonomes ou indépendants. Il serait préférable de dire « quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État ».

5. Le Rapporteur spécial propose donc de conserver la substance des articles 5 et 6, de supprimer la référence au droit interne et de fusionner les deux articles pour en faire le nouvel article 5 qu'il propose à la fin de son premier rapport, à la section C.3 du chapitre II.

ARTICLE 7

6. Le paragraphe 1 de l'article 7 introduit la notion de collectivité publique territoriale. Toutefois, tant les observations faites par la Tchécoslovaquie en 1981[6] que le commentaire de l'article 7[7] lui-même montrent bien que la structuration de l'État par le droit interne n'affecte pas le principe de « l'unité de l'État » aux fins du droit international, y compris dans le cas des États fédéraux. De ce fait, ce paragraphe n'est qu'une redite, en plus confus, de l'article 5 et devrait être supprimé. Le paragraphe 2, en revanche, pose le très intéressant et important problème de l'exercice des prérogatives de la puissance publique par des entités qui ne font pas partie de la structure même de l'État : compagnies aériennes exerçant des fonctions de contrôle de l'immigration, entreprises privées assurant la gestion d'établissements pénitentiaires, etc. Les observations des gouvernements ne révèlent aucune opposition à la règle d'attribution posée par ce paragraphe mais un gouvernement a demandé à la Commission de définir la notion de puissance publique. La Commission pourrait certes clarifier cette notion au moyen d'exemples dans le commentaire mais elle ne devrait pas essayer d'élaborer une définition. La puissance publique ne se définit pas seulement en termes de contenu mais également par rapport à son traitement dans le droit interne. En outre, il n'appartient pas au droit international de prescrire à priori quels comportements doivent être publics et quels autres ne doivent pas l'être.

ARTICLE 8

7. L'article 8, comme l'article 7, possède une structure duelle : son alinéa *a* est consacré à la situation normale où

[6] *Annuaire... 1981*, vol. II (1re partie), p. 79, doc. A/CN.4/342 et Add.1 à 4.

[7] *Annuaire... 1974*, vol. II (1re partie), p. 288 et suiv., doc. A/9610/Rev.1.

une personne, ou un groupe de personnes, agissait en fait pour le compte de l'État et son alinéa *b* est consacré à la situation plus exceptionnelle où la personne, ou le groupe de personnes, exerçait en fait des prérogatives de la puissance publique pour cause de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui justifiaient l'exercice de ces prérogatives. L'alinéa *a* pose deux problèmes. En premier lieu, il débute par la formule « il est établi que », qui singularise sans raison valable l'article 8 par rapport aux articles 5 et 7 : l'exigence qu'il soit établi que le comportement est attribuable à l'État est posée par l'article 3 comme principe général et vaut pour les trois articles. Il n'y a donc aucune raison de répéter cette formule pour le seul article 8. Le second problème est plus capital puisqu'il concerne la portée de l'expression « pour le compte de », dont on peut se demander si elle se limite aux cas où il y a des instructions expresses ou si elle va au-delà. Dans son opinion dissidente en l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (voir p. 189, note 1), Roberto Ago a reproché à la CIJ d'adopter le critère du « contrôle effectif », qui va au-delà de celui des « instructions expresses » (par. 198 du premier rapport). La notion de « contrôle » a été utilisée sous diverses formes dans plusieurs affaires ultérieures. Elle l'a été par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie pour déterminer si le comportement des Serbes de Bosnie pouvait être attribué à la République fédérative de Yougoslavie (par. 201 et suiv.); certes, il ne s'agissait pas exactement d'un problème de responsabilité des États, mais le critère retenu était bien celui du contrôle. Il a également été employé par le Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran (par. 205 et 206) et par la Cour européenne des droits de l'homme (par. 207 et 208).

8. Il apparaît donc qu'il y a dans l'article 8 une ambiguïté qui doit être levée, et qu'il faut indiquer clairement que le comportement est attribuable à l'État non seulement lorsqu'il répond à des instructions expresses, mais également lorsqu'il intervient dans une situation dans laquelle l'État exerçait un pouvoir de direction et de contrôle. Toutefois, il faut dans le même temps éviter que cet élargissement de la portée de l'expression « pour le compte de » n'étende la règle d'attribution à tout comportement d'une société appartenant à l'État, donc sous son contrôle, ce qui introduirait une contradiction entre l'article 8 et le paragraphe 2 de l'article 7. Il faut donc trouver une formulation qui précise en plus qu'il ne doit pas s'agir d'un contrôle générique et que la direction et le contrôle peuvent être rapportés au comportement qui fait l'objet de la réclamation. La nouvelle formulation pour l'alinéa *a* de l'article 8, proposée par le Rapporteur spécial à la section C.3 du chapitre II, remplit ces conditions grâce au membre de phrase nouveau « ou sous la direction et le contrôle de cet État en ayant ce comportement ». Compte tenu de l'ambiguïté du libellé initial de l'article 8, la nouvelle formulation proposée n'est peut-être en fin de compte qu'une clarification, et non un élargissement, de la portée de la règle d'attribution.

9. La deuxième situation, envisagée à l'alinéa *b* de l'article 8, est celle où les organes de l'État sont rendus inopérants — révolution ou chute du gouvernement — et où les prérogatives de la puissance publique sont exercées par des individus ou des groupes au vu de la carence des autorités officielles. Cette situation peut être rapprochée de la célèbre institution de la « levée en masse » que connaît le droit des conflits armés. Le principe ainsi énoncé ne s'applique pas souvent mais il peut être amené à jouer un rôle important, comme en témoigne l'usage qu'en a fait le Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran. Il devrait donc être maintenu mais sa formulation pose problème : en effet, le libellé initial stipulait que les prérogatives de la puissance publique devaient s'exercer « en cas de carence des autorités officielles et dans des circonstances qui justifiaient l'exercice de ces prérogatives ». Or, si le comportement est réputé illicite, on peut difficilement le « justifier ». C'est un simple problème de formulation que l'on peut résoudre en disant plutôt « dans des circonstances qui commandaient l'exercice de ces prérogatives ».

10. En optant pour le verbe « commander », on implique que, certes, la situation exigeait que des prérogatives de puissance publique s'exercent, mais pas nécessairement le comportement considéré. Si l'alinéa *b* de l'article 8 est laissé tel quel, il maintiendra cette contradiction. Le dernier point à aborder, d'une extrême importance, est celui de l'article 10 relatif à l'attribution à l'État du comportement d'organes agissant en dépassement de leur compétence ou en contradiction avec les instructions concernant leur activité. Il s'agit là du problème classique du comportement *ultra vires*, qui veut que le comportement d'un organe de l'État est considéré comme un fait de l'État même si l'organe a agi sans y être autorisé, s'il a dépassé sa compétence ou s'il a contrevenu aux instructions concernant son activité. On trouve également ce principe dans le droit des traités qui régit très strictement les conditions dans lesquelles un État peut invoquer son droit interne pour se libérer de ses obligations. Si ce principe est valable en droit des traités, qui stipule l'existence d'une obligation, il l'est d'autant plus en droit de la responsabilité des États qui réglemente dans quel cas une obligation est violée. D'ailleurs, la jurisprudence postérieure à 1975 et les commentaires émanant des gouvernements n'ont laissé planer aucun doute sur la validité de l'article 10.

ARTICLE 10

11. L'article 10 pose toutefois un problème de formulation que l'on observe aussi dans d'autres articles, à savoir la signification de la notion de « qualité » appliquée à une entité ou un organe. La jurisprudence a donné à cette formulation un sens assez large. Le commentaire a cité comme une formulation pratiquement définitive la formulation dérivant de la décision de la Commission des réclamations Mexique-France dans l'affaire *Caire* où il a été dit que les fonctionnaires coupables des faits illicites avaient agi « sous le couvert de leur qualité officielle » ou encore « avaient profité de leur statut officiel »[8]. La notion de « qualité » demeure assez vague et le problème est de déterminer si toute personne invoquant sa qualité d'agent de l'État agit en effet en sa qualité officielle même si, de toute évidence, son comportement est outrageusement illicite. Il faut donc déterminer si le libellé de l'article 10 et d'autres articles du chapitre II est suffisam-

[8] Décision n° 33 du 7 juin 1929 de la Commission des réclamations Mexique-France (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V [numéro de vente : 1952.V.3], p. 530 et suiv.).

ment clair ou s'il faut préciser « sous le couvert de sa qualité officielle ». On pourrait adopter, dans l'article 10, la formulation « agissant en sa qualité officielle ou sous le couvert de celle-ci » afin de bien confirmer que la jurisprudence existante est respectée. Étant donné que l'article 10 n'a pas été contesté et que les règles qu'il consacre ont été appliquées dans plusieurs cas, il n'est pas certain que cette modification soit indispensable, mais elle mérite quand même que le Comité de rédaction l'examine.

12. En bref, le Rapporteur spécial propose de conserver telle quelle la majeure partie du projet d'articles concernant la question centrale de l'attribution, c'est-à-dire les articles 5 à 8 et 10, moyennant quelques petites modifications pour la plupart rédactionnelles. Les modifications les plus importantes consisteraient à supprimer la référence au droit interne à l'article 5, à supprimer l'alinéa *a* de l'article 8 qui est superflu et à ajouter l'expression « sous la direction et le contrôle de cet État en ayant ce comportement ». Exception faite de ces quelques modifications, ces articles devraient demeurer tels quels car ils ont bien résisté au passage du temps.

13. M. BROWNLIE se félicite du travail accompli par le Rapporteur spécial et s'associe aux propositions qu'il a faites. Il juge positif que, de manière générale, le Rapporteur spécial ait maintenu le texte du projet d'articles en l'état, car on ne doit pas oublier que cette série d'articles existe depuis plusieurs décennies, qu'elle a figuré dans plusieurs recueils de droit international et que d'importantes décisions ont été fondées sur elle. Bien que le Rapporteur spécial n'ait pas eu pour mandat de maintenir le statu quo, il n'est pas mauvais qu'une certaine continuité soit assurée moyennant quelques améliorations.

14. Plusieurs observations sont à faire. Premièrement, il est impossible de résoudre les nombreux problèmes que pose la responsabilité de l'État en déployant tout un arsenal de concepts juridiques. Les articles ont tendance à refléter le caractère empirique des sources du droit international, notamment l'expérience utile des tribunaux et commissions confrontés à des situations délicates. M. Brownlie a porté un intérêt particulier au contenu des articles 8 et 10. L'article 8 concerne les cas où une entité agit de fait au nom d'un État. Dans ce type de situation, pour statuer, il suffit d'avoir la preuve qu'une entité agit en qualité d'agent de l'État, de même que dans les cas de comportement *ultra vires* qui relèvent de l'article 10.

15. En revanche, la question de la délégation des fonctions étatiques est beaucoup plus délicate, par exemple, lorsque la gestion du système pénitentiaire est confiée au secteur privé ou lorsque certaines fonctions de l'armée sont privatisées. Cela n'entre pas très bien dans le cadre du paragraphe 2 de l'article 7. M. Brownlie indique que, lorsqu'il parle de délégation des fonctions étatiques, il cherche simplement à lancer le débat en utilisant des termes conventionnels. En réalité, l'expression « prérogatives de puissance publique » soulève bien des questions. On peut se demander en effet ce qu'elle recouvre, et cela sans tomber dans des considérations idéologiques. On ne peut résoudre la difficulté réelle que pose la délégation de fonctions relevant jusqu'ici de l'État, comme l'entretien des prisons, que si on impose à l'État une obligation de résultat, c'est-à-dire si l'État est obligé de garantir le respect de normes d'entretien des prisons. Dans ce cas, peu importe que les prisons soient ou non considérées comme des organes de l'État : il ne s'agit plus alors d'un problème d'attribution, mais d'un problème de règles de fond.

16. M. Brownlie soulève un deuxième point, de moindre importance, concernant le Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran, dont le Rapporteur spécial a cité la jurisprudence. Une certaine prudence s'impose à cet égard, car les règles appliquées par ce tribunal ne relèvent pas strictement du droit international public, de sorte que les principes du droit n'y sont pas nécessairement appliqués comme ailleurs.

17. S'agissant de la notion de « contrôle », le Rapporteur spécial, peut-être involontairement, a opposé cette notion à l'existence d'une autorisation spécifique émanant de l'État. Il a, depuis, proposé un libellé beaucoup plus satisfaisant qui relie les notions de contrôle et de direction, l'existence même du contrôle supposant que le comportement est approuvé. On peut rapprocher ce cas de celui où un État entérine le comportement d'entités n'agissant pas pour son compte. Dans un cas, il y a rapport de causalité directe, dans l'autre les actes d'entités tierces sont entérinés une fois accomplis.

18. Enfin, le point de vue de Roberto Ago dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* est présenté comme si ce juge essayait de « défendre son territoire ». Or, les arguments présentés dans le cas du Nicaragua en faveur de la partie nicaraguayenne se fondaient sur le droit international général. Les projets d'articles de la Commission, loin d'être ignorés ou omis, ont été invoqués en même temps que d'autres éléments. Si l'on veut aborder la notion de contrôle sous l'angle des décisions prises dans cette affaire, il ne faut pas oublier que la Cour devait statuer dans un contexte bien particulier, et notamment déterminer si les États-Unis d'Amérique maintenaient, avec les contras et leur chaîne de commandement, des liens engageant leur responsabilité pour les violations du droit international humanitaire reprochées aux contras. La Cour a eu raison de se montrer prudente, et on retombe ici sur la question des règles primaires, la notion de contrôle suffisant s'appliquant différemment selon les contextes juridiques.

19. M. LUKASHUK dit que, dans son exposé, le Rapporteur spécial a posé toute une série de problèmes très complexes sur lesquels il interviendra après avoir examiné le rapport en détail. Toutefois, il souhaite d'emblée soulever une question qui, selon lui, n'a pas été évoquée avec suffisamment de clarté dans la présentation orale. En effet, on distingue deux formes de responsabilité de l'État : la responsabilité directe pour les actes accomplis par l'État lui-même et la responsabilité indirecte pour les actes accomplis par des personnes physiques ou morales relevant de sa juridiction. M. Lukashuk serait reconnaissant au Rapporteur spécial de bien vouloir donner son avis sur cette question.

20. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), répondant à M. Lukashuk, dit que l'État ne saurait être considéré comme indirectement responsable au seul motif que le fait illicite a été commis sur son territoire; un facteur supplémentaire est nécessaire, par exemple un acte ou une

omission d'un organe de l'État, personne physique ou morale ou autre entité. Le projet ne prévoit pas que l'État puisse être indirectement responsable, et il y a toujours interaction entre les règles d'attribution et d'autres normes. L'État n'est responsable que pour les actes ou omissions de ses organes.

21. M. BENNOUNA indique qu'il souscrit dans l'ensemble à l'approche adoptée par le Rapporteur spécial, mais que celle-ci soulève cependant une question, celle de la définition des organes de l'État et du renvoi au droit interne. Les projets d'articles 8 et 10 tirent des conséquences de l'exercice de prérogatives de puissance publique, et M. Bennouna se demande si cette notion est bien établie ou s'il ne s'agit pas plutôt d'une notion en évolution. En effet, les États délèguent de plus en plus des fonctions dont on estimait, il y a quelques années seulement, qu'elles étaient inséparables de l'État.

22. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que les paragraphes 2 des articles 7 et 8 font en effet appel à la notion de prérogatives de puissance publique pour permettre de déterminer si une entité est bien un organe de l'État. On ne peut en effet répondre à cette question que dans chaque cas d'espèce; si le droit international doit définir ce qu'est l'État aux fins de la responsabilité, il ne le fait pas à priori, et c'est à chaque État de décider de son organisation interne, même si certains domaines, comme la justice, l'administration pénitentiaire et le parlement, sont à priori considérés comme relevant de l'État. Il y a certainement une évolution et, à cet égard, les questions de procédure — la mesure dans laquelle le système interne considère qu'une activité donnée relève de l'exercice de prérogatives de puissance publique — revêtent une importance particulière.

23. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA félicite le Rapporteur spécial du travail très constructif qu'il a accompli dans la section C du chapitre II de son rapport et de son effort de simplification, l'idée étant que le dommage doit être rattaché à une entité étatique. Il se demande néanmoins pourquoi, tout au long des projets d'articles, on emploie l'expression « est considéré ». Il se demande également par qui le fait en question « est considéré » comme un fait de l'État, par le droit international ou par la Commission. Cette expression est malheureuse, et il serait préférable de la supprimer et de dire « est » un fait de l'État.

24. Par ailleurs, il semble à M. Pambou-Tchivounda que le Rapporteur spécial a voulu supprimer tout renvoi au droit interne, et il le regrette profondément. C'est en effet d'abord le droit interne qui détermine quels sont les organes de l'État, et les entités ou personnes physiques ou morales visées dans les divers projets d'articles à l'examen opèrent à l'intérieur du cadre territorial de l'État. Ce droit interne est d'ailleurs présent implicitement, par exemple lorsqu'on parle, à l'article 7, d'une entité « habilitée par le droit de cet État » ou, à l'article 8, d'« instructions » données par l'État — elles le sont, à l'évidence, en vertu du droit interne. À cet égard, donc, peut-être serait-il nécessaire d'indiquer dans une clause générale que le droit international renvoie au droit interne.

25. Enfin, M. Pambou-Tchivounda s'étonne de la présence des mots « en fait » à l'article 8 : si une personne agit sur les instructions ou sous le contrôle de l'État, elle agit en droit et non pas en fait. Il propose donc de supprimer ces deux mots.

26. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) reconnaît que les mots « en fait » utilisés à l'article 8 sont malvenus, et souligne qu'ils sont beaucoup plus emphatiques en français qu'en anglais. Le Comité de rédaction pourra certainement régler ce problème. Par contre, il conteste avoir voulu supprimer toute référence au droit interne. Il l'a certes fait à l'article 5, mais non au paragraphe 2 de l'article 7, et ceci uniquement pour indiquer que le droit interne n'est pas décisif. Il arrive en effet parfois que le système juridique interne ne reflète pas l'organisation de l'État. Le Rapporteur spécial ne s'oppose pas à ce que l'on rétablisse la mention du droit interne à l'article 5 mais à condition que l'on ne présente pas ce droit comme déterminant aux fins de l'attribution.

27. M. GOCO se demande si l'expression « fait de l'État » *(act of the State)* n'est pas ambiguë. Elle renvoie en effet à un moyen de défense parfois utilisé par des dirigeants déchus pour réclamer l'immunité pour des faits commis à l'époque où ils étaient au pouvoir. Peut-être l'expression « acte de gouvernement » serait-elle préférable.

28. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) précise que la doctrine du « fait de l'État » que connaît le droit de certains États et qu'évoque M. Goco n'est pas ici en cause. C'est une question de droit interne, et le projet concerne l'attribution d'un fait illicite à l'État au regard du droit international.

29. M. PELLET dit qu'il sait gré au Rapporteur spécial d'avoir conservé la structure générale du projet d'articles, mais qu'il est hostile aux deux modifications principales apportées à celui-ci, à savoir la suppression du renvoi au droit interne à l'article 5 et la suppression du paragraphe 1 de l'article 7. À l'appui de la première de ces « innovations », le Rapporteur spécial a donné deux raisons : le droit international peut être pertinent pour définir ce qu'est un organe de l'État, et, en général, les droits nationaux n'utilisent pas le mot « organe ». Sur le premier point, il est difficile d'imaginer un droit interne qui ne tiendrait pas compte de ce que le droit international prévoit dans ce domaine et, sur le second, cela importe peu, l'essentiel étant de savoir si les droits nationaux permettent de déterminer ce qui est ou n'est pas considéré comme un organe de l'État. Pour M. Pellet, la référence au droit interne est la raison d'être même de l'article 5. Comme le Rapporteur spécial le dit lui-même au paragraphe 174 de son premier rapport, la situation d'entité séparée est différente; or, pour déterminer si une entité est, ou non, « séparée », on doit s'en remettre au droit interne, car recourir au droit international pour ce faire serait contraire au principe de la liberté de l'État de s'organiser comme il l'entend. Le droit international s'en remet au droit interne sur ce point, et c'est pourquoi un renvoi à ce dernier est indispensable.

30. Dans la note 3 du projet d'article 5, au paragraphe 284 de son premier rapport, le Rapporteur spécial explique que s'en remettre au droit interne revient à donner à l'État la possibilité d'échapper à sa responsabilité en niant qu'une entité ayant agi contrairement au droit internatio-

nal soit un organe de l'État. Or, cette crainte n'est pas fondée, puisque le fait internationalement illicite doit être apprécié au moment où il a été commis, comme l'indiquent les articles 24 et suivants. D'ailleurs, la fonction même des articles 7, 8 et 10, et en particulier de l'alinéa *a* de l'article 8, est d'éviter de telles solutions de continuité dans la responsabilité de l'État.

31. Quant à la deuxième modification proposée — la suppression du paragraphe 1 de l'article 7 —, elle découle de la même conception à priori de ce qu'est ou devrait être l'État au regard du droit international. Aux fins de la responsabilité des États, l'État doit être pris en tant que personne juridique, et non en tant qu'objet sociologique. En supprimant la mention spécifique des « collectivités territoriales », on fait un amalgame entre des personnes juridiques différentes. Une collectivité territoriale, par exemple une commune, n'est pas l'État, même si, bien entendu, son fait peut engager la responsabilité internationale de l'État. À cet égard, la notion d'attribution est particulièrement intéressante, puisqu'elle permet d'imputer à une entité un acte commis par une autre entité qui a une personnalité juridique distincte. Il apparaît donc essentiel de dire que ces entités, qui ne sont pas l'État au regard du droit interne, voire du droit international, peuvent engager la responsabilité de l'État. M. Pellet se dit d'autant plus surpris par la suppression du paragraphe 1 de l'article 7 que tous les États qui ont fait des observations à ce sujet ont insisté sur l'importance de cette disposition, certains demandant même qu'elle soit explicitée. On pourrait par exemple ajouter à la fin de l'article 5 les mots « qu'il s'agisse d'un organe central ou décentralisé » ou une autre clause de même effet. Quoi qu'il en soit, il semble indispensable de rétablir le renvoi au droit interne à l'article 5 et de conserver l'idée qui était exprimée au paragraphe 1 de la version antérieure de l'article 7.

32. Les autres commentaires qu'appelle le rapport sont moins importants. Comme M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet pense qu'il faut supprimer l'expression « est considéré ». De même, l'expression « aux fins des présents articles » ne se justifie pas au stade actuel, et elle pourra toujours être rétablie si le projet d'articles devient un traité. Il propose par ailleurs de supprimer les mots « agissant en cette qualité » figurant aux articles 5, 7 et 10, et d'ajouter, avant le texte actuel de l'article 10, un nouvel alinéa indiquant que la responsabilité de l'État est engagée lorsque ses organes ou ses entités agissent « en cette qualité ».

33. M. Pellet convient avec le Rapporteur spécial que le terme « attribution » est préférable à « imputation », l'attribution recouvrant, d'une part, l'imputation à l'État d'un acte commis par une autre entité et, d'autre part, le fait que la responsabilité de l'État est engagée par son propre fait. En outre, on avait considéré dans les commentaires du projet d'articles[9] que la notion d'attribution évitait de trop se rapprocher du droit interne. M. Pellet approuve également la suppression de l'article 6.

34. En ce qui concerne l'article 8, le Rapporteur spécial a déclaré que la Commission pourrait le préciser. M. Pellet n'est pas sûr qu'il faille toujours clarifier ce qui n'est pas clair. Se référant à diverses affaires examinées par des juridictions internationales — *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* et *Tadi½*[10] —, il pense que, dans ce domaine, la Commission gagnerait à ne pas être trop précise. Les changements proposés par le Rapporteur spécial, qui visent certes à clarifier le droit, vont dans le sens d'un durcissement des règles de l'attribution qui risque de gêner certains États et de rendre plus difficile l'établissement de la responsabilité au plan international. M. Pellet indique qu'il ne saurait faire sienne la philosophie qui sous-tend un tel durcissement et qu'il est réservé au sujet de l'interprétation restrictive de l'arrêt rendu dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* qu'a donnée le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Tadi½*. Lorsque le droit n'est pas complètement stabilisé, la Commission doit éviter de prendre parti. En ce qui concerne l'alinéa *b* de l'article 8, le Rapporteur spécial propose de remplacer le terme « justifiaient » par « commandaient » : pour M. Pellet, le terme « justifiaient » est préférable en français.

35. Enfin, M. Pellet tient à marquer son désaccord total avec une observation faite par M. Pambou-Tchivounda au début de son intervention, à savoir que l'attribution visait à déterminer si un « dommage » pouvait être attribué à une personne. Or, l'attribution ne vise aucunement à déterminer qui est l'auteur du dommage, mais bien qui est l'auteur du fait internationalement illicite. C'est à une étape ultérieure que la question du dommage est envisagée. Ceci est extrêmement important, car il y va de la philosophie même du projet d'articles.

36. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) ne s'oppose pas à la proposition de M. Pellet tendant à faire référence aux collectivités territoriales à l'article 5, à condition d'éviter une répétition entre l'article 5 et le paragraphe 1 de l'article 7. En ce qui concerne les termes « aux fins des présents articles », qu'il avait lui-même, dans un premier temps, envisagé de supprimer, il a décidé de les conserver afin de bien marquer la différence qui existe entre le droit de l'attribution aux fins de la responsabilité des États et dans d'autres domaines comme le droit des traités et le droit des actes unilatéraux. Le Rapporteur spécial considère par contre que la proposition de M. Pellet concernant l'article 10, qui permet d'éviter la répétition des termes « agissant en cette qualité », est utile et va dans le sens de la clarification du projet d'articles.

37. Pour ce qui est de la conception de l'État en droit international, le Rapporteur spécial maintient qu'il ne partage pas l'opinion de M. Pellet : par l'« État », il faut, en droit international, entendre non seulement les organes centraux mais aussi toutes les subdivisions établies par le droit interne. À cet égard, et contrairement à ce que semble penser M. Pellet, il n'est pas rare que des États invoquent leur droit interne pour se soustraire à leur responsabilité internationale. C'est ainsi que, dans le

[9] Pour les commentaires des articles 1 à 6, voir *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 175 et suiv., doc. A/9010/Rev.1; pour les commentaires des articles 7 à 9, voir *Annuaire... 1974* (*supra* note 7).

[10] *Le Procureur c. Duško Tadi½ alias « Dule »*, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, affaire n° IT-94-1-T, Chambre de première instance II, jugement du 7 mai 1997.

cadre de l'arbitrage qui opposait la société Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company et le Gouvernement de la République arabe libyenne, le Gouvernement de la République arabe libyenne a prétendu que la responsabilité de l'État libyen ne pouvait être engagée par un contrat conclu par le Ministère libyen du pétrole et du gaz[11]. Dans un autre arbitrage auquel le Rapporteur spécial a participé récemment, un État a fait valoir que seuls les actes engagés par son gouvernement — à savoir, aux termes de son droit interne, les seuls président et conseil des ministres — lui étaient imputables. Aux fins de la responsabilité des États, une telle définition de l'État est inacceptable. Le Rapporteur spécial ne nie pas l'importance du droit interne ni la liberté de l'État de s'organiser comme il l'entend, mais il insiste sur le rôle complémentaire que doit jouer le droit international. Il serait d'accord pour rétablir un renvoi au droit interne à l'article 5 si la majorité des membres de la Commission le souhaitent, à condition que le droit interne ne soit pas présenté comme le critère décisif, car cela serait contraire à l'article 10 et ne serait pas conforme au droit international.

La séance est levée à 12 h 50.

[11] Voir *International Law Reports* (Cambridge), vol. 53, 1979, exceptions préliminaires du 27 novembre 1975, p. 392 et suiv., notamment p. 415, par. 23, al. *a*.

2554e SÉANCE

Lundi 3 août 1998, à 10 h 20

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Al-Khasawneh, M. Bennouna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Illueca, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Rosenstock, M. Simma, M. Yamada.

Coopération avec d'autres organismes *(suite*)*

[Point 9 de l'ordre du jour]

* Reprise des débats de la 2538e séance.

DÉCLARATION DE L'OBSERVATEUR POUR LE COMITÉ JURIDIQUE INTERAMÉRICAIN

1. Le PRÉSIDENT invite M. Jonathan T. Fried, observateur pour le Comité juridique interaméricain, à prendre la parole.

2. M. FRIED (Observateur pour le Comité juridique interaméricain) indique que son exposé portera sur les activités récentes et les travaux en cours du Comité juridique interaméricain, ses méthodes et procédures de travail, ses contributions au développement progressif et à la codification du droit international en Amérique, ainsi que sur les difficultés qu'il rencontre dans l'exécution de son mandat.

3. Le premier domaine sur lequel le Comité axe ses travaux est le droit commercial international. Au cours des deux années écoulées, le Comité a réalisé une étude comparative des régimes de règlement des différends dans les accords commerciaux sous-régionaux en Amérique (tels que l'Accord de libre-échange nord-américain [ALENA], le Marché commun du Sud [MERCOSUR], le Marché commun centraméricain [MCCC] et le Pacte andin) et en a publié et diffusé les résultats. Plus récemment, il a entrepris l'analyse juridique de la clause de la nation la plus favorisée et de ses implications pour les accords commerciaux interaméricains, tels que l'Association latino-américaine d'intégration (ALADI). Il a également entrepris l'analyse approfondie du texte initial du projet de convention interaméricaine contre la corruption. La Convention interaméricaine contre la corruption adoptée par l'Assemblée générale de l'OEA tient largement compte des observations qu'il a formulées et des modifications qu'il a proposées.

4. Le deuxième grand volet de l'action du Comité est la promotion de la démocratie. Le Comité a notamment été chargé par l'Assemblée générale de l'OEA d'étudier les questions d'administration de la justice en Amérique, en particulier la question de la protection des juges et des avocats dans l'exercice de leurs fonctions. Il a procédé à la comparaison et à l'analyse, sur le plan du droit international, des garanties individuelles et institutionnelles dont bénéficient ou devraient bénéficier les juges, avocats et toutes les personnes qui relèvent du système judiciaire, en se fondant sur les instruments internationaux et interaméricains relatifs aux droits de l'homme. Le rapport établi par le Comité a inspiré la mise en place du Groupe de travail sur le renforcement de l'administration de la justice, qui rend directement compte à la Commission des affaires juridiques et politiques de l'OEA.

5. Un autre aspect des activités du Comité dans le domaine de la démocratie porte sur le droit à l'information et comprend la protection de la vie privée et des informations sur les personnes détenues par les administrations et institutions officielles, et le droit d'accès à ces informations ainsi que le contrôle de leur exactitude. Le Comité a procédé à l'étude de la législation existante, notamment au Brésil, aux États-Unis d'Amérique et au Canada, s'efforçant de dégager des principes communs en vue de mettre au point une législation type qui pourrait être appliquée dans d'autres pays d'Amérique. Le Comité a procédé à une étude exhaustive des aspects juridiques de la démocratie dans le système interaméricain, notamment à travers la pratique des États depuis la création de l'OEA

en 1948. Son rapport a été publié et largement diffusé, et le Comité a recommandé aux organes politiques de l'OEA d'en assurer le suivi par l'action éducative et l'assistance technique.

6. Le troisième volet de l'action du Comité est celui des droits de l'homme. Le Comité a notamment été saisi du projet de convention interaméricaine sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des personnes handicapées proposé par les Gouvernements du Panama et du Costa Rica. Il l'a examiné clause par clause, a proposé des modifications et en a rendu compte aux organes politiques de l'OEA, qui s'en inspirent actuellement dans leurs travaux sur le projet de convention. En mars 1998, l'Assemblée générale de l'OEA a soumis au Comité un texte pouvant servir de base à un projet de convention ou de déclaration sur les droits des peuples autochtones d'Amérique. Le Comité a procédé à l'analyse détaillée de ce texte et a formulé des observations portant notamment sur la différence de statut juridique entre une déclaration et une convention.

7. L'Assemblée générale de l'OEA a d'autre part demandé au Comité de se pencher sur la question de la coopération des pays de la région dans la lutte contre le terrorisme. Le Comité a examiné les différentes conventions multilatérales traitant d'aspects particuliers du terrorisme. Il a notamment axé ses efforts sur la mise au point d'outils juridiques que les États pourraient utiliser pour lutter contre ce fléau, tels que les accords d'entraide judiciaire et les traités d'extradition.

8. Comparant les méthodes et procédures de la Commission et celles du Comité, M. Fried fait observer que les travaux du Comité mettent plus particulièrement l'accent sur le droit comparatif. Il ressort notamment de ses travaux sur le développement de la démocratie que le Comité étudie les systèmes juridiques nationaux non seulement pour déterminer s'ils reflètent des principes qui peuvent être considérés comme fondant la pratique des États ou qui peuvent être communs à plusieurs systèmes juridiques et, en tant que tels, constituer des principes généraux de droit international, mais également dans une perspective de codification et de développement progressif du droit interne dans certains domaines.

9. Dans celui de la corruption, par exemple, l'Assemblée générale de l'OEA a demandé au Comité de mettre au point une loi type qui pourrait s'appliquer aussi bien dans les pays de « common law » que dans les pays de droit civil romain.

10. Le Comité a des relations étroites et suivies avec la Conférence spécialisée interaméricaine de droit international privé (CIDIP) et participe actuellement aux préparatifs de la sixième conférence (CIDIP VI), dont l'ordre du jour comprendra un certain nombre de questions relatives au droit international privé et au droit comparatif.

11. Le Comité comprenant onze membres seulement, ses sessions se caractérisent par une ambiance détendue et des échanges de vues sans arrière-pensée. Conformément à la Charte de l'OEA[1], le Comité s'exprime presque exclusivement sous la forme d'opinions et de résolutions. Il n'a pas l'occasion, comme la CDI lors du débat annuel de la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies, d'établir un véritable dialogue avec les États membres de l'OEA. Son rapport annuel est soumis à la Commission des affaires juridiques et politiques de l'OEA, mais peu de missions à Washington sont dotées d'un personnel ayant les compétences juridiques nécessaires pour participer à des débats du même niveau que ceux de la Sixième Commission.

12. Dans le cadre de sa mission d'éducation et de diffusion du droit international, le Comité cultive ses relations avec l'Association interaméricaine des avocats et d'autres organismes ayant une vocation similaire. Il a créé des bibliothèques et conclu d'autres arrangements avec un certain nombre d'universités brésiliennes et organise des conférences, séminaires et ateliers à l'intention de ses membres.

13. Le Comité apporte une importante contribution à la codification du droit — notamment en matière d'entraide judiciaire, d'extradition et de corruption — et au développement progressif du droit. Sa contribution au droit comparatif est également notable : il a en particulier mis au point une loi type de répression de la corruption et a participé à la codification des principes de base relatifs à l'indépendance des juges et des avocats et des principes régissant la protection de la vie privée et l'accès à l'information dans ce domaine.

14. Les difficultés que rencontre le Comité dans l'exercice de son mandat sont multiples. L'Assemblée générale de l'OEA l'a saisi, il y a peu, de problèmes délicats, tels que la question des Îles Falkland (Malvinas) ou, plus récemment, la loi intitulée *Cuban Liberty and Democratic Solidarity (Libertad) Act* (dite « loi Helms-Burton ») signée par les États-Unis d'Amérique. D'importants débats ont eu lieu tant au sein du Comité qu'avec les organes politiques auxquels il rend compte quant à l'opportunité de confier au Comité de telles analyses. C'est pourquoi, lorsqu'il formule des observations et des résolutions, le Comité prend bien soin de préciser qu'il n'est pas un tribunal et qu'il n'exerce aucune fonction judiciaire ou étatique. Une autre difficulté du Comité tient au fait que le budget de l'OEA est soumis à des pressions comparables à celles que subissent les finances de l'ONU, les organes politiques de l'OEA n'accordant pas toujours aux travaux d'un organe consultatif indépendant l'importance qu'ils méritent.

15. Le Comité souhaiterait développer les échanges avec les gouvernements des États membres et la société civile en général, en particulier les entités s'occupant de l'étude, du développement progressif et de la codification du droit international. Depuis vingt-cinq ans, le Comité organise chaque année, à Rio de Janeiro, un stage intensif de droit international, auquel participent des juristes, des diplomates, des enseignants et des praticiens du droit désignés par les États membres de l'OEA. Le réseau de relations établi à l'occasion de ce stage permet de renforcer le dialogue avec les milieux du droit des pays intéressés.

16. Comme le Comité consacre une bonne part de ses travaux au droit commercial international, il s'efforce de rapprocher droit public international et droit commercial international, voire de faire la synthèse des deux. Les tra-

[1] Signée à Bogota le 30 avril 1948 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 119, p. 3); modifiée par le « Protocole de Buenos Aires » du 27 février 1967 (ibid., vol. 721, p. 324).

vaux qu'il mène sur le droit commercial international en Amérique l'ont conduit à constater que celui-ci progressait plus vite que n'importe quelle autre branche du droit public international. Cette évolution a des conséquences inattendues dans des domaines relevant du droit international public classique. Dans le domaine de la responsabilité des États, par exemple, le droit commercial international est doté d'un régime parfaitement codifié de responsabilité des États, y compris face à des situations de non-violation, en application du principe d'annulation ou de réduction des avantages sans violation dans le cadre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce.

17. En conclusion, M. Fried invite la Commission à examiner avec le Comité les moyens de renforcer leurs relations et, notamment, de procéder à des échanges de vues réguliers sur les sujets auxquels ils consacrent leurs travaux. À cet effet, les membres de la Commission et ceux du Comité pourraient renforcer les relations qu'ils entretiennent à titre personnel et réfléchir à la possibilité d'institutionnaliser de tels échanges.

18. M. CANDIOTI répond à l'Observateur pour le Comité juridique interaméricain en le mettant au courant de l'état d'avancement des travaux de la Commission sur les six sujets inscrits à son ordre du jour. À l'instar du Comité, la Commission revoit continuellement ses méthodes de travail. Elle réexamine chaque année son plan de travail à long terme et propose à l'Assemblé générale de nouveaux sujets. Quel que soit le sujet considéré, le Comité a toujours apporté des contributions très utiles aux travaux de la Commission, d'où la nécessité de trouver les moyens d'améliorer concrètement les contacts, les liens et les échanges d'information, de témoignages et d'idées entre les deux organes.

19. M. LUKASHUK fait remarquer que le Comité accomplit, avec un très haut niveau de professionnalisme, un travail très important sur des sujets qui, comme la lutte contre la corruption ou l'approfondissement de la démocratie, intéressent de nombreux pays. Toutefois, les documents issus de ce travail ne parviennent pas suffisamment à temps à tous ceux qu'ils pourraient intéresser. Le manque de ressources, problème commun au Comité et à la Commission, explique en partie cet état de choses, mais il y a aussi le fait que la communication entre les deux organes reste souvent purement formelle et devrait donc être restructurée sur la base de véritables relations de travail.

Responsabilité des États[2] *(suite)* [A/CN.4/483, sect. C, A/CN.4/488 et Add.1 à 3[3], A/CN.4/490 et Add.1 à 7[4], A/CN.4/L.565, A/CN.4/L.569]

[Point 2 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

ARTICLES 5 À 8 ET 10 *(suite)*

20. M. HERDOCIA SACASA dit que, dans une matière fondamentale pour le développement du droit international, le Rapporteur spécial a su, avec rigueur et précision, tout à la fois maintenir les acquis de la Commission et leur apporter les aménagements et précisions qui s'imposaient. La tâche n'était pas facile, car définir les conditions dans lesquelles le comportement d'un organe ou d'une entité de l'État est attribuable à ce dernier exigeait de dénouer les tensions induites par quatre couples antinomiques : droit interne ou droit international; limites de la responsabilité des États ou moyens de contrôle plus précis et plus souples, en matière de lutte contre la pollution en particulier; unité de l'État ou décentralisation; et droit du monde réel ou droit-fiction.

21. S'agissant des rapports entre droit interne et droit international, l'article 3 (Éléments du fait internationalement illicite de l'État), pièce maîtresse du projet d'articles, pose que l'attribution d'un comportement à l'État est régie par le droit international, ce qui a des conséquences importantes au regard de l'article 5 (Attribution à l'État du comportement de ses organes), qui fait référence au droit interne. Laisser au seul droit interne le soin de définir ce qu'est un organe de l'État revient à saper le principe fondamental selon lequel la responsabilité des États est régie par des règles de droit international adoptées par la communauté des États. C'est aussi se contenter de règles qui ouvrent la porte à toutes les interprétations. Cela étant, le droit interne a un rôle à jouer à cet égard, mais il ne faut ni exagérer ce rôle, ni l'extraire de son contexte, ni renoncer à la primauté du droit international.

22. Les éléments d'éclaircissement et d'équilibrage apportés par l'article 6 (Non-pertinence de la position de l'organe dans le cadre de l'organisation de l'État) à la définition donnée dans l'article 5 confirment la nécessité de modifier l'intitulé du chapitre II (Le « fait de l'État » selon le droit international), pour bien montrer qu'il s'agit de définir non pas le fait de l'État mais les conditions de l'attribution de ce fait en droit international. Cela permettrait de supprimer la dichotomie artificielle entre droit international et droit interne, qui risque d'être utilisée pour se dégager d'obligations internationales. La fin de l'article 5 — « pour autant que, en l'occurrence, il ait agi en cette qualité » — peut ouvrir la voie à de multiples interprétations, voire faire intervenir le droit interne, alors qu'il s'agit de comportements des organes de l'État. La formulation plus neutre proposée par le Rapporteur spécial est à cet égard judicieuse.

23. La référence au droit interne dans l'article 7 (Attribution à l'État du comportement d'autres entités habilitées à l'exercice de prérogatives de la puissance publique) se justifie, en revanche, car il faut dans ce cas un lien de causalité : les entités visées ne font pas partie de la structure formelle de l'État et seul le droit interne peut les habiliter à exercer des prérogatives de la puissance publique. Le maintien de cette référence au droit interne ne répond pas seulement à des considérations de forme, il restreint substantiellement le champ de la règle d'attribution, en excluant les faits dont le droit interne ne permet pas l'attribution à l'État. L'article 8 (Attribution à l'État du comportement de personnes agissant en fait pour le compte de l'État) élargit au contraire ce champ en rendant attribuable à l'État le comportement de personnes ou de groupes de personnes qui agissaient en fait sur les instruc-

[2] Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2e partie), p. 62, doc. A/51/10, chap. III, sect. D.

[3] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

[4] Ibid.

tions ou sous la direction de cet État. Il faut donc se demander aussi si cet élargissement introduit le degré de souplesse voulu.

24. La mission de la Commission est de contribuer à l'élaboration d'un droit international qui traite des réalités et envisage toutes les situations concrètes possibles. De ce point de vue, l'abandon de la notion d'« imputation » au profit de celle d'« attribution » n'est pas un simple changement terminologique. Il permet de sortir de la « fiction » et de combler les lacunes qui peuvent être source d'impunité ou de non-responsabilité. L'orientation nouvelle du projet d'articles va dans ce sens, puisqu'elle rend attribuable à l'État le comportement non seulement de ses organes officiels mais également de toute entité agissant pour son compte. Un souci de transparence et de morale affleure dans cette volonté de soumettre à l'empire du droit le comportement de personnes ou de groupes de personnes dont le lien juridique avec l'État est parfois difficile à déterminer. Il faut pour cela trouver un équilibre qui permette d'attribuer ces comportements à l'État sans arbitraire, mais sans ambiguïté non plus.

25. Divers arrêts de la CIJ, en l'affaire relative aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, notamment, sont pertinents à cet égard, mais le critère du « contrôle » qu'ils mettent en avant, même s'il est très important, ne saurait être le seul. L'affaire relative aux *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* doit d'ailleurs être replacée dans un contexte plus large que celui du seul droit humanitaire. Ayant connu une époque, heureusement révolue, où certains États étaient liés à des groupes paramilitaires responsables de milliers de disparitions forcées, l'Amérique latine s'est dotée, dans le cadre de l'OEA, d'une importante convention sur le sujet, la Convention interaméricaine sur la disparition forcée des personnes, qui assimile la disparition forcée à la privation de liberté, que l'auteur de cette privation soit un agent de l'État ou une personne ou un groupe de personnes agissant avec l'autorisation, l'appui ou l'assentiment de l'État. On trouve donc ici d'autres critères qui permettent plus de souplesse.

26. En ce qui concerne les effets de la décentralisation, le Rapporteur spécial a eu raison de réaffirmer l'unité et la singularité de l'État au regard du droit international, ainsi que l'indivisibilité de sa responsabilité. Procéder différemment reviendrait à saper l'intégrité du droit international. Ayant analysé et défini tous les éléments découlant de toutes ces antinomies, il ne manquera certainement pas, à l'avenir, avec le concours de la Commission, de résoudre la dernière des difficultés, celle qui consiste à concrétiser la volonté de l'État dans le cadre juridique que la Commission a entrepris de définir.

27. M. HAFNER, se félicitant que le Rapporteur spécial ait souligné dans son premier rapport sur la responsabilité des États (A/CN.4/490 et Add.1 à 7) tous les problèmes soulevés par les projets d'articles, dit que son intervention portera exclusivement sur les modifications que le Rapporteur spécial a apportées aux articles 5 à 8 et 10.

28. À l'article 5, le Rapporteur spécial propose de supprimer la référence au droit interne lorsqu'il s'agit d'un organe. Il est manifeste qu'un organe de l'État ne peut être ainsi qualifié qu'au regard du droit interne car, comme l'a déjà fait observer M. Pellet, le terme d'organe est lui-même d'ordre juridique et relève du droit interne : ce n'est pas le droit international qui définit ce qu'est un organe, mais le droit national de l'État considéré. Si l'on parlait d'« organe » sans autre précision, on pourrait facilement faire valoir que le type d'organe visé à l'article diffère du type d'organe que définit le droit international. On finirait donc par dire qu'un acte est attribuable à l'État parce que c'est le fait d'un organe et que c'est le fait d'un organe parce qu'il est attribuable à l'État, ce qui n'est pas très satisfaisant.

29. L'argument de certains États tendant à ce que le renvoi au droit interne autorise les États à se dégager de leur responsabilité n'est ni pertinent ni applicable en l'espèce. Si un État institue une entité séparée afin de lui confier des fonctions étatiques, il reste responsable des actes accomplis par cette entité en vertu de l'article 7. On peut citer le cas des banques centrales qui, dans de nombreux pays, sont dotées d'un statut juridique distinct et qui, parfois même, ne sont pas liées par les politiques de l'État, qu'elles ne sont pas contraintes d'appliquer. Il n'en reste pas moins que les actes de ces entités sont attribuables à l'État, comme plusieurs cas ont déjà permis de l'établir. Or, ce cas de figure ne tombe pas sous le coup de l'article 5, mais sous celui de l'article 7. D'autre part, si un État adopte une loi donnant à une entité le statut d'organe, sa responsabilité est engagée pour les actes de cette entité, d'où la nécessité de renvoyer au droit interne. On trouve à l'article 7 un autre motif de conserver ce renvoi puisqu'il y est question de la « structure même de l'État ». La mention du droit interne à l'article 5 facilitera l'interprétation de cette expression à l'article 7.

30. Le Rapporteur spécial a en partie raison lorsqu'il fait une distinction entre les actes *de jure imperii* aux fins du droit des immunités des États, et les faits de l'État aux fins de la responsabilité des États. Toutefois, il ne faut pas oublier qu'il existe des liens entre ces deux figures juridiques, puisqu'un fait ne peut être considéré comme *de jure gestionis* ou *imperii* que si c'est un fait de l'État. Quant à l'expression « en cette qualité », le Rapporteur spécial a dit qu'il préciserait ses intentions à propos de l'article 10 (Attribution à l'État du comportement d'organes agissant en dépassement de leur compétence ou en contradiction avec les instructions concernant leur activité), mais le commentaire de l'article 10[5] ne donne pas réellement d'explication : le cas qui y est cité n'est pas vraiment éclairant pour l'article 5.

31. En revanche, M. Hafner approuve la fusion des articles 5 et 6 en un nouvel article 5. Mais il juge nécessaire de maintenir la « clause fédérale » à l'article 7. En effet, on peut de nouveau faire le parallèle avec les règles régissant l'immunité des États, qui offrent beaucoup de similitudes avec celles régissant la responsabilité des États.

32. Lorsqu'elle a examiné le sujet des immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, la Commission a elle-même défini l'État par l'attribut d'unité territoriale[6].

[5] Pour les commentaires des articles 10 à 15, voir *Annuaire... 1975*, vol. II, doc. A/10010/Rev.1, p. 65 et suiv.

[6] Pour les projets d'articles et les commentaires y relatifs, voir *Annuaire... 1991*, vol. II (2e partie), doc. A/46/10, p. 13 et suiv.

On peut donc se demander pourquoi cette référence se justifie dans la matière des immunités mais pas dans celle de la responsabilité. On peut soutenir également qu'aux fins de l'immunité un État n'est rien d'autre qu'un État et n'appelle pas d'autre définition.

33. Pour illustrer le cas de figure des collectivités publiques territoriales bénéficiant d'une autonomie au sein de l'État, on peut citer le cas des *Länder* (provinces) qui, en Autriche, peuvent conclure des traités avec d'autres États dans la mesure où le sujet relève de leurs compétences d'entités autonomes. Ce qui soulève d'ailleurs la question de savoir contre qui les autres États contractants doivent prendre des contre-mesures en cas de violation : la province ou l'État ? Selon M. Hafner, c'est l'État tout entier qui est responsable de l'application des traités. Aussi serait-il utile de faire référence aux collectivités territoriales à l'article 7 pour mieux préciser les règles à appliquer dans des situations de ce type.

34. S'agissant du terme « prérogatives de la puissance publique », M. Hafner ne souscrit pas entièrement à l'interprétation qui en est donnée dans le premier rapport. Les commentaires du Rapporteur spécial semblent assimiler ce que couvre cette expression à la « fonction étatique ». Or, il s'agit de deux notions différentes dans la mesure où, par « prérogative de la puissance publique », on entend plutôt la pratique, et par « fonction », plutôt le contenu. Or, selon le paragraphe 190, il s'agit, dans le cas présent, du contenu et non de la pratique.

35. L'expression en question pose aussi un problème du fait qu'elle ne fait référence qu'aux prérogatives gouvernementales, alors qu'elle sous-entend sans doute bien davantage. Or, les prérogatives de la puissance publique ne sont qu'une partie des prérogatives de l'État. Il est intéressant de noter que le projet d'articles sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens a recours à la même expression à l'article 11, où les actes d'un agent de l'État n'engagent sa responsabilité que s'il assume des fonctions étroitement liées à l'exercice de l'autorité publique. Ces fonctions se limitent manifestement à des actes *de jure imperii*, de sorte que le terme de « prérogatives » à l'article 8 n'englobe que les actes *de jure imperii* de l'État.

36. Si le terme « fonctions » n'est pas acceptable, on devrait faire figurer une explication dans le commentaire, par exemple en citant l'usage qui est fait de cette expression dans le contexte des immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. Exception faite de ces considérations, qui sont évoquées au paragraphe 190 de son premier rapport, M. Hafner approuve en substance le contenu du projet d'article 7.

37. Au paragraphe 198 du premier rapport, en référence à l'article 8, le Rapporteur spécial propose de supprimer l'expression « il est établi que ». Or, cette mention peut être nécessaire étant donné qu'il y a une différence entre les organes créés par la loi et les autres agents, comme l'indique la terminologie utilisée par la France. Dans le premier cas, l'existence d'une loi portant création de l'organe suffit à établir la responsabilité. Dans le deuxième, l'État requérant doit prouver que l'auteur du fait a agi en l'espèce pour le compte de l'autre État. La procédure d'établissement de la preuve sera tout autre si l'on a à faire à un organe.

38. Le problème soulevé par le Rapporteur spécial dans ce contexte à propos de l'affaire *Loizidou c. Turquie* est très important, car il se pose beaucoup plus souvent qu'on ne le voudrait. On peut citer, par exemple, le cas où la Chambre des Lords a qualifié la République démocratique allemande d'entité dépendante ou subordonnée créée par l'Union soviétique pour exercer indirectement un contrôle. Étant donné les incidences politiques et juridiques de ce type de situation, il vaudrait mieux ne pas en négliger l'éventualité. Avant d'invoquer la responsabilité d'un État, les autres États devraient d'abord donner des preuves irréfutables de l'existence d'une telle situation dans le contexte particulier de l'espèce.

39. M. Hafner mentionne aussi une autre question d'actualité plus récente, qui amène à se demander si un organe de l'État agissant sur instruction du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie tombe sous le coup de l'article 8. Sans aller jusqu'à dire que les actes de l'organe sont attribuables au Tribunal et non à l'État concerné, on pourrait mentionner ce cas, ou d'autres exemples analogues, dans le commentaire de l'article 8.

40. Passant pour terminer à l'article 10, M. Hafner dit qu'il n'est pas très judicieux d'y remplacer « compétence » par « pouvoir ». Comme il vient de le signaler, ce dernier mot vise exclusivement les actes *de jure imperii* et ne se définit pas en termes de contenu, contrairement à ce qui est envisagé à l'article 10. On aboutit donc à un rétrécissement excessif d'une terminologie qui doit pouvoir s'appliquer à des organes ordinaires. Il vaudrait peut-être mieux garder le terme de « compétence » en apportant quelques éclaircissements dans le commentaire.

41. M. GOCO s'interroge sur la définition exacte du « gouvernement ». On a dit qu'un gouvernement n'était qu'une partie de l'État, ou que c'était une institution composée de tous les agents chargés de la conduite des affaires publiques. Or, il semblerait que le Rapporteur spécial préconise une nouvelle qualification du terme. Pour M. Goco, un gouvernement représente l'ensemble de l'État et, à ce titre, revêt une grande importance en matière d'attribution de responsabilité.

42. M. HAFNER répond que c'est Montesquieu qui a parlé le premier de la séparation des pouvoirs. Certes, le gouvernement ne représente qu'une partie de l'État. Le pouvoir judiciaire, par exemple, est indépendant du gouvernement, mais il fait également partie de l'État. C'est pourquoi il faut adopter une définition plus large du terme. Malheureusement, il est difficile de trouver une autre formule et la seule manière de résoudre le problème, c'est de donner une explication dans le commentaire.

43. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit qu'il faut entendre par « gouvernement » l'exécutif, le législatif et le judiciaire et que l'expression « prérogatives de la puissance publique » a une acception tout aussi large.

44. M. DUGARD n'est pas plus satisfait que le Rapporteur spécial de l'expression « fait de l'État » non plus que des guillemets qui l'encadrent dans le titre du chapitre II du projet d'articles. Ce terme risque de semer la confusion

chez les spécialistes de la « common law » habitués à la doctrine du fait de l'État *(Act of State)*. S'il doit être conservé, il faudra supprimer les guillemets, mais il vaudra mieux alors adopter le nouveau titre « Attribution d'un comportement à l'État selon le droit international » proposé au paragraphe 147 du premier rapport.

45. Pour ce qui est de la référence au droit interne à l'article 5, elle peut aussi prêter à confusion dans le commentaire qui affirme d'un côté que les États risquent de se réfugier derrière le droit interne pour se soustraire à leurs obligations pour affirmer ensuite le contraire. Il est intéressant à cet égard de rapprocher les déclarations du précédent Rapporteur spécial, Roberto Ago, aux paragraphes 7 et 8 du commentaire de cet article[7] : au paragraphe 7, il dit que chaque État a le droit de s'organiser comme il l'entend, et au paragraphe 10, il ajoute que cela n'a aucune incidence au regard du droit international, ce qui est la position la plus pertinente. Il conviendrait malgré tout de supprimer la référence au droit interne et le Rapporteur spécial devrait modifier le commentaire pour clarifier la question.

46. Les difficultés apparaissent surtout lorsqu'on se trouve en présence d'entités illicites. Le Rapporteur spécial a évoqué la situation de la République turque de Chypre du Nord (« RTCN ») dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*. M. Hafner a évoqué le cas de la République démocratique allemande. On peut ajouter aussi celui de l'Afrique du Sud. Ainsi, il faut mentionner la notion de direction et de contrôle à l'article 8, alinéa *a*, afin de couvrir le cas de la « RTCN », État créé à la suite d'une intervention militaire.

47. En revanche, il n'est pas certain que l'on couvre aussi bien les situations où le contrôle militaire est moins manifeste, comme dans le cas des bantoustans, les foyers nationaux d'Afrique du Sud. À l'époque, plusieurs gouvernements ont jugé que le Gouvernement sud-africain était responsable des actes des gouvernements des foyers nationaux bien qu'aucun contrôle militaire ne se soit véritablement exercé et qu'au regard du droit interne de l'Afrique du Sud ces entités aient été entièrement indépendantes (ce qui n'était pas tout à fait le cas dans la réalité politique). Le droit interne a été intelligemment manipulé pour occulter la subordination de ces entités. Malgré cela, en 1987, le Gouvernement français a protesté auprès du Gouvernement sud-africain après qu'un ressortissant français, Pierre Albertini, eut été incarcéré par le Gouvernement du Ciskei et condamné à quatre ans de prison pour avoir refusé de témoigner dans un procès politique[8]. Le Gouvernement sud-africain a répondu qu'il n'avait aucun contrôle sur le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire du Ciskei et que le Gouvernement français devait donc adresser ses griefs au gouvernement de l'État en question. Le Gouvernement français a refusé de le faire et a indiqué qu'il n'accepterait pas les lettres de créance du nouvel ambassadeur d'Afrique du Sud en France tant que Pierre Albertini resterait incarcéré au Ciskei. Suite à cette protestation, le ressortissant français a été rapidement libéré.

48. Le Gouvernement britannique a également tenu le Gouvernement sud-africain responsable des pratiques de ses foyers nationaux dans un certain contentieux commercial avec la Trust Bank of South Africa. En 1992, la Commission d'investigation et de conciliation en matière de liberté syndicale concernant la République sud-africaine, créée par l'OIT pour examiner les pratiques de l'Afrique du Sud dans le domaine du travail, a jugé le Gouvernement sud-africain responsable du respect du droit international du travail dans les bantoustans[9].

49. Il n'est pas certain que les dispositions proposées par le Rapporteur spécial couvriraient les cas où un État crée une entité fantoche et cache le fait qu'il exerce une autorité politique sur cette entité, son droit interne l'exonérant de toute responsabilité pour les actes de l'État fantoche. Pour ce qui est de l'article 5, le libellé en est particulièrement malvenu du fait de sa double référence au droit interne. Aussi faudrait-il la supprimer. En ce qui concerne l'article 8, les amendements proposés couvriraient sans doute les cas où un contrôle, en particulier un contrôle militaire, s'exerce manifestement, comme dans le cas de la « RTCN ». Mais si l'État qui tire les ficelles se borne à exercer un contrôle politique et si le droit interne le dégage de toute responsabilité, il n'est pas certain que les dispositions élaborées règlent de manière satisfaisante le problème de l'attribution de responsabilité.

50. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) conclut des interventions précédentes que la notion de « collectivités publiques territoriales » doit être maintenue à l'article 5, car aucune distinction n'est faite entre les actes des entités gouvernementales territoriales exerçant certains aspects des prérogatives de la puissance publique et les autres actes. Ces entités sont actuellement visées au paragraphe 1 de l'article 7 dans les mêmes termes que les organes de l'État le sont à l'article 5. Le Rapporteur spécial fait sienne la proposition tendant à faire figurer ces entités à l'article 5.

51. Si on adopte cette solution, on pourra couvrir le cas où l'État qui constitue des collectivités publiques territoriales se soustrait à ses responsabilités. On notera à ce propos que si un État crée une collectivité publique et que celle-ci obtient son indépendance et constitue un nouvel État, elle devient responsable de ses actes. En revanche, comme dans les cas des bantoustans, lorsque l'entité n'acquiert pas son indépendance et demeure une collectivité publique territoriale, l'État qui l'a instituée reste responsable de son comportement. La solution consiste donc à insérer le paragraphe 1 de l'article 7 dans l'article 5, afin de régler les problèmes qu'ont signalés M. Dugard et d'autres membres.

52. M. KABATSI dit que la Commission, adoptant la proposition de M. Pellet, pourrait fort bien renvoyer au Comité de rédaction les projets d'articles à l'examen, qui s'inspirent de principes largement acceptés par les plus grands publicistes. Cela dit, M. Kabatsi souhaite faire deux remarques.

[7] Ibid.

[8] Voir J. Charpentier et E. Germain, « Pratique française du droit international », *Annuaire français de droit international, 1987*, Paris, vol. 33, p. 1009 et 1010.

[9] Voir Conseil d'administration du BIT : *Rapport de la Commission d'investigation et de conciliation en matière de liberté syndicale concernant la République sud-africaine*, doc. 253/15/7, Bureau international du Travail, Genève, mai-juin 1992.

53. La première concerne la terminologie. Le Rapporteur spécial déclare préférer le terme « attribution » à celui d'« imputation », pour les raisons qu'il donne au paragraphe 146 de son premier rapport. Or, ces deux termes sont interchangeables, sauf que « imputation » est déjà entré dans l'usage et est utilisé par la CIJ. « Attribution » convient sans doute davantage dans certains cas, notamment ceux que vise l'article 10.

54. La deuxième remarque porte sur le projet de fusion de l'article 5 et de l'article 6, fusion que recommandent les exigences d'économie du texte. Mais le sujet dont il s'agit est si important qu'il faut viser à donner au projet la plus grande transparence possible, exigence qui prime en l'occurrence celle de l'économie.

55. M. SIMMA juge que le document à l'examen est d'une clarté remarquable, qualité à laquelle s'ajoute la pertinence des analyses présentées dans le commentaire.

56. À la séance précédente, la Commission s'est demandé s'il fallait maintenir, à l'article 5, le membre de phrase « est considéré comme un fait de l'État ». La formulation de la version française est en effet fort lourde et il s'agirait simplement de la modifier.

57. L'article 5 soulève une question bien importante, celle de la mention du « droit interne ». Dans le paragraphe 163 de son premier rapport, le Rapporteur spécial insiste trop sur la distinction qu'il établit entre le droit et la pratique. Il explique que l'une des raisons de faire disparaître la mention en cause est que, dans beaucoup de systèmes, le statut de certaines entités est déterminé non pas par le droit mais par la pratique ou la tradition. Cela ne semble pas trop problématique pourtant. En revanche, les raisons qui justifient le maintien de la mention sont assez convaincantes. Des considérations de certitude juridique entrent en effet en jeu, qui tendent à restreindre les renvois d'ordre général au droit interne. On voit la même tendance dans le domaine du droit des traités. L'article 7 de la Convention de Vienne de 1969, par exemple, atteste que le droit international lui-même prévoit que certains actes liés à la conclusion des traités, s'ils sont accomplis par certaines personnes, sont considérés comme étant accomplis par l'État. Le mieux serait de ne pas parler du droit interne dans le corps de l'article et de l'évoquer plutôt dans le commentaire. C'est aussi une bonne idée que de fusionner l'essentiel de l'article 6 avec le nouvel article 5.

58. Pour ce qui est de l'article 7, relatif à la « clause fédérale », M. Simma, originaire lui-même d'une subdivision d'un État fédéral, s'étonne de se trouver dans le même cas que l'habitant des bantoustans évoqué par M. Dugard. La plupart des intervenants ont à juste titre insisté pour que l'on réintroduise la mention des entités fédérales. Mais le Rapporteur spécial a bien fait d'expliquer dans sa présentation que cette mention ne serait pas absolument nécessaire, l'article 5 visant « tout organe d'État ». Mais les entités fédérales risquent de ne pas se considérer elles-mêmes comme de simples « organes ». De surcroît, ces entités sont la seule catégorie d'organes, au sens de l'article 5, qui ont une capacité juridique internationale, c'est-à-dire qui peuvent agir de leur propre autorité. Des exemples inspirés de la pratique autrichienne ont déjà été donnés à la Commission par M. Hafner.

59. Pour ce qui est des infractions aux traités conclus par ces entités, on peut se demander si le Rapporteur spécial a raison de penser que c'est la responsabilité de l'entité qui est engagée, et non celle de l'État fédéral tout entier. En Allemagne, par exemple, les *Länder* peuvent conclure des traités, avec le consentement du Gouvernement central. La responsabilité de l'État fédéral est clairement engagée. Ainsi, à la fin des années 70, des fonds étaient collectés dans plusieurs universités allemandes pour armer les mouvements de libération africains. La responsabilité internationale de l'Allemagne a alors été mise en cause au titre des relations amicales entre États. Le Ministère des affaires étrangères a répondu que le Gouvernement fédéral n'avait pas le pouvoir constitutionnel d'obliger les *Länder* à interrompre ces collectes, mais que l'Allemagne se considérait responsable de tout acte ou omission de ses éléments constitutifs. Enfin, une dernière raison milite en faveur de la mention des entités fédérales à l'article 5, c'est la disparition de l'article 2.

60. Au paragraphe 188 du rapport, le Rapporteur spécial recommande la suppression du paragraphe 1 de l'article 7, ainsi que de la référence aux collectivités publiques territoriales du paragraphe 2 de l'article 7. À quoi il ajoute, à la note de bas de page relative à cette déclaration, que cette suppression est cohérente avec la position adoptée dans la Convention de Vienne de 1969 et avec la doctrine relative aux États fédéraux en droit international. Mais la raison de la disparition de l'article 6 de la Convention de Vienne de 1969, qui réglait le cas des entités fédérales, tenait aux circonstances historiques de l'époque, plus précisément aux relations entre la province de Québec et le Canada. Faut-il encore s'incliner devant des événements qui ont plus de trente ans ? Quant à la doctrine relative aux États fédéraux citée par le Rapporteur spécial, elle traite non pas du cas des collectivités publiques internationales, mais bien plutôt de la capacité de conclure des traités dont sont investies les entités fédérales.

61. À propos de l'alinéa *a* de l'article 8, M. Simma juge que la nouvelle formule proposée par le Rapporteur spécial dans le paragraphe 284 de son premier rapport circonscrit plus étroitement la personne ou le groupe de personnes dont il s'agit. Plusieurs intervenants ont déjà fait observer que cette formule, peut-être trop restrictive, risquait de laisser certaines situations en dehors du champ d'application du projet. Sans doute négligent-ils certaines considérations complémentaires. Il y a d'abord la nouvelle formulation proposée pour le nouvel article 15 *bis* (Comportement de personnes ou d'entités n'agissant pas pour le compte de l'État, qui est ultérieurement entériné ou fait sien par cet État) qui vise à couvrir certaines de ces situations. Il y a ensuite le fait qu'on ne parle en l'occurrence que d'« attribution »; autrement dit, si les actes des groupes ou des entités sont considérés comme un fait de l'État selon l'alinéa *a* de l'article 8, il y a un vide juridique dans lequel peuvent s'évanouir certaines situations concrètes.

62. M. ROSENTOCK se dit lui aussi disposé à renvoyer les projets d'articles à l'examen au Comité de rédaction et se déclare totalement d'accord avec les recommandations

du Rapporteur spécial. Ceux qui ont mis en doute le travail que celui-ci a consacré au projet d'article 5 ne sont d'ailleurs pas en désaccord avec lui sur le fond. Après n'avoir soulevé aucune objection à propos de l'article 4 qui définit la nature de l'acte dont il s'agit, il serait étrange de créer une lacune juridique en définissant trop lâchement l'identité des auteurs de cet acte.

63. L'importance de la fonction déterminative du droit international, tant du point de vue de l'acte que de celui de l'acteur, a été amplement démontrée dans les affaires citées au paragraphe 6 du commentaire sur l'article 4 adopté en première lecture[10]. C'est le texte même de l'article 5 qui est assez malencontreux en ce qu'il donne involontairement l'impression que, si le droit interne d'un État ne dit pas explicitement que les entités constitutives de celui-ci sont des organes d'État, les actes ne sont pas imputables à l'État. La solution ne consiste pas à s'appuyer ensuite sur l'article 7 pour revenir sur la bonne interprétation de l'article 5. L'importance de la clarté sur ce point est soulignée par l'argumentation présentée dans l'arbitrage opposant la société Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company et le Gouvernement de la République arabe libyenne[11] et dans l'exemple anonyme donné par le Rapporteur spécial (2553e séance).

64. La proposition du Rapporteur spécial consistant à regrouper les articles 5 et 6 et le paragraphe 1 de l'article 7 est à la fois claire et économe. Le Comité de rédaction aura du mal à l'améliorer. Mais il sera difficile de reprendre la question du « droit interne » dans le nouvel article 5 sans en revenir aux formules ambiguës antérieures ou sans mentionner des considérations qui seront mieux à leur place dans le commentaire. Pour ce qui est des entités territoriales, M. Rosenstock pense qu'il ne faut pas en parler à l'article 10. On pourrait le faire à l'article 5 sans prendre trop de risques, à condition de ne pas compliquer encore cet article 5 au point qu'il perdrait de sa clarté et se prêterait à des interprétations erronées.

65. M. LUKASHUK souligne les aspects positifs du projet qui, d'une part, concrétise le principe de la responsabilité de l'État et, de l'autre, consacre celui de la différence entre l'État et ses éléments constitutifs. Étant donné l'importance de ces deux principes qui sont le pivot du texte, le Rapporteur spécial devrait revenir sur un passage du commentaire qui ne semble pas leur rendre justice. À l'alinéa *a* du paragraphe 154, il dit en effet qu'un État est responsable seulement si le comportement en question lui est attribuable et constitue une violation d'une obligation internationale due par l'État aux personnes ou aux entités affectées de ce fait. Mais la responsabilité en droit international concerne les relations entre États; les sujets de droit international sont les États, non les personnes physiques ou morales. Les violations par un organe de l'État des droits de personnes physiques, par exemple les droits garantis par le Pacte international relatif aux droits sociaux, économiques et culturels et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, relèvent de la juridiction de cet État et non d'une juridiction interétatique.

[10] Voir 2553e séance, note 9.

[11] Ibid., note 11.

66. Pour ce qui est de l'article 5, M. Lukashuk se félicite que le Rapporteur spécial utilise, dans le paragraphe 157, l'expression « exercer des fonctions internationales ». On sait bien en effet qu'il y a des cas où des partis politiques ou des organisations religieuses ne sont pas des organes d'État, sans que cela les empêche d'exercer des fonctions de pouvoir, parfois très importantes. Il est donc impossible de souscrire aux propos des intervenants qui ont affirmé que seul le droit interne pouvait déterminer le statut d'un organe. Ils se trouvent contredits par la Convention de Vienne de 1969, comme vient de l'expliquer M. Simma.

67. La dernière phrase de l'article 5 — « pour autant que, en l'occurrence, il ait agi en cette qualité » — pourrait être supprimée parce que le cas qu'elle évoque est rare, que la situation créée est de toute manière évidente et que l'on gagne toujours à raccourcir un texte.

68. Passant ensuite à l'article 7, M. Lukashuk s'interroge sur le problème de la responsabilité des éléments constitutifs de l'État fédéral. Ignorer les éléments spécifiques d'une fédération serait une faute injustifiable et provoquerait de grandes complications, comme l'indique le Rapporteur spécial dans ses commentaires. On pourrait donc insérer dans l'article 7 même une clause qui reprendrait la substance du paragraphe 188 du premier rapport où il est dit : « cas exceptionnels où les entités fédérées d'un État fédéral exercent des compétences internationales limitées, aux fins par exemple de conclure des traités sur des questions locales ». On pourrait d'ailleurs élargir encore cette disposition en prenant en considération les régions, et plus seulement des États fédératifs. Les régions ont en effet une dimension transfrontière, et il faudra un jour ou l'autre s'intéresser à leur cas.

69. Pour ce qui est de l'alinéa *b* de l'article 8, il semble trop flou comme le reconnaît aussi le Rapporteur spécial. Il conviendrait de le préciser pour mieux définir les cas qu'il tend à couvrir.

70. Pour terminer, M. Lukashuk se déclare lui aussi d'avis de renvoyer au Comité de rédaction les projets d'articles 5 à 8 et 10.

La séance est levée à 13 heures.

2555e SÉANCE

Mardi 4 août 1998, à 12 h 10

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Al-Khasawneh, M. Bennouna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Illueca, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka,

M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Yamada.

Responsabilité des États[1] *(suite)* [A/CN.4/483, sect. C, A/CN.4/488 et Add.1 à 3[2], A/CN.4/490 et Add.1 à 7[3], A/CN.4/L.565, A/CN.4/L.569]

[Point 2 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

ARTICLES 5 À 8 ET 10 *(fin)*

1. M. ECONOMIDES dit que, d'une manière générale, il approuve le nouveau libellé de l'article 5 (Attribution à l'État du comportement de ses organes) proposé au paragraphe 284 du premier rapport du Rapporteur spécial sur la responsabilité des États (A/CN.4/490 et Add.1 à 7) et se félicite en particulier de la suppression des mots « ayant ce statut d'après le droit interne de cet État », et ceci pour deux raisons. La première est que, dans la plupart des cas, ces mots sont en grande partie superflus, car par « organe de l'État » on entend tous les organes de l'État qui ont cette qualité en vertu du droit interne. Deuxièmement, ces mots peuvent dans certains cas, certes exceptionnels, être trop limitatifs. C'est ainsi que des organes de l'État peuvent ne pas avoir officiellement ce statut selon le droit interne. En outre, et à l'opposé, M. Dugard a cité comme exemple les États fantoches qui existaient en Afrique du Sud sous le régime de l'apartheid, de même que l'État fantoche qu'a créé la Turquie au nord de Chypre après avoir envahi et occupé ce pays en violation du droit international. La Cour européenne des droits de l'homme a jugé, dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*, que c'était la Turquie, et non cet État fantoche, qui était responsable des violations de la Convention européenne des droits de l'homme dont avait été victime Mme Loizidou.

2. Par ailleurs, comme l'a proposé M. Pambou-Tchivounda (2553e séance), il convient de supprimer les mots « est considéré ». M. Economides se demande en outre si le dernier membre de phrase du nouvel article 5, à partir des mots « et quelle que soit la position », qui est purement descriptif, est bien nécessaire. Si l'on décide néanmoins de le garder à titre d'illustration, il conviendrait de le compléter et de parler, après la fonction et la position de l'organe, de son caractère, à savoir s'il s'agit d'un organe central ou d'un organe ressortissant à une collectivité territoriale. Par contre, M. Economides aurait aimé que le projet d'articles donne une définition du terme « État », que ce soit à l'article 5 ou ailleurs. Il faudrait indiquer, par exemple, que par État on entend tout État selon le droit international, quelle que soit sa structure ou son organisation, unitaire, fédérale ou autre. Un projet d'article sur la responsabilité des États se doit en effet de définir, même de manière très générale, le concept d'État.

3. M. Economides déclare qu'il éprouve certaines réticences face au nouveau libellé de l'article 8 (Attribution à l'État d'un comportement mené en fait sur ses instructions ou sous sa direction et son contrôle) proposé par le Rapporteur spécial au paragraphe 284 de son premier rapport, qui semble plus restrictif que l'ancien et qui réduit le champ de la responsabilité des États pour fait illicite. Deux critères limitatifs y sont en effet énoncés, à savoir qu'il faut qu'il y ait eu des instructions ou qu'il y ait direction et contrôle, ces deux derniers éléments étant d'ailleurs présentés comme cumulatifs. Une telle disposition permettrait à un État qui recrute, finance, entraîne et arme du personnel irrégulier pour commettre des faits illicites sans lui donner d'instructions expresses et sans exercer sur lui un véritable contrôle de se soustraire à sa responsabilité internationale. Cette question mérite de retenir l'attention. La formulation de l'article 8 (Attribution à l'État du comportement de personnes agissant en fait pour le compte de l'État) adoptée en première lecture avait d'ailleurs un caractère de développement progressif plus net.

4. Par ailleurs, le début de l'article 8, à savoir le chapeau et l'alinéa *a*, sont mal rédigés, du moins en français, et M. Economides propose de le remanier comme suit : « Est un fait de l'État d'après le droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes qui agit sur les instructions ou sous la direction et le contrôle de cet État ». Enfin, l'alinéa *b* de l'article 8, qui envisage une situation tout à fait particulière, devrait faire l'objet d'une disposition distincte.

5. M. YAMADA dit que la partie de l'excellent premier rapport du Rapporteur spécial sur le chapitre II de la première partie du projet (Le « fait de l'État » selon le droit international) ainsi que les projets d'articles proposés n'appellent de sa part aucune contradiction, mais qu'il souhaite faire deux observations. La première a trait à la référence au « droit interne » à l'article 5. M. Yamada souscrit à la proposition du Rapporteur spécial de supprimer cette référence et aux raisons qu'il donne pour ce faire. Dans le même temps, dire que la question de savoir si un organe est, ou non, un organe de l'État est régie par le droit international est une déclaration assez abstraite. Il estime que l'organisation interne de la structure de l'État a un rôle décisif, sinon déterminant dans certains cas, s'agissant de décider du statut de cet organe. Si, dans un État particulier, une entité ne s'est pas vu conférer à toutes fins utiles le statut d'organe de l'État, que ce soit par la législation interne relative à l'organisation de l'État, par d'autres textes, y compris ceux qui confèrent à ses employés le statut de fonctionnaire ou qui définissent ses fonctions, ou par la pratique, et s'il n'y a aucune intention de l'État, dans le traitement de cette entité, de se soustraire à sa responsabilité, il ne semble pas que l'on puisse attribuer le fait de cette entité à l'État. M. Yamada espère que le Rapporteur spécial formulera un commentaire complet et détaillé sur le rôle de l'organisation interne *bona fide* de la structure de l'État.

6. Deuxièmement, se référant au paragraphe 2 de l'article 7 (Attribution à l'État du comportement d'autres entités habilitées à l'exercice de prérogatives de la puis-

[1] Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2e partie), p. 62, doc. A/51/10, chap. III, sect. D.

[2] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

[3] Ibid.

sance publique) et à l'article 8, M. Yamada estime qu'il y a peut-être un chevauchement ou une duplication entre ces deux dispositions. Y a-t-il une nette différence entre les entités visées à l'article 7 et les personnes ou groupes de personnes visés à l'article 8 ? Le Rapporteur spécial a appelé l'attention de la Commission sur la tendance récente à la privatisation des fonctions étatiques. Cette question doit être traitée de manière adéquate au Comité de rédaction. On assiste effectivement, au niveau mondial, à une réduction rapide et à grande échelle des fonctions étatiques. Cette réduction s'effectue selon diverses modalités. D'une part, l'État peut conserver le monopole de ses fonctions et les déléguer à des organismes publics ou même à des entités privées. D'autre part, l'État peut abandonner totalement des fonctions particulières et les confier au secteur privé. Entre ces deux extrêmes, l'État peut conserver un organe pour exécuter une fonction particulière et dans le même temps inviter le secteur privé à participer à l'exercice de la même fonction pour, par le jeu de la concurrence, améliorer l'efficacité. Dans les deux derniers cas, les actes des entités non étatiques ne devraient pas être attribués à l'État. Le projet d'articles doit être ajusté de manière à tenir compte de cette évolution.

7. M. PELLET dit qu'il comprend mal la position de M. Yamada sur le premier point. En effet, si on fait abstraction de l'organisation interne de l'État telle que chaque État la définit dans sa liberté souveraine, l'article 7 devient pratiquement inutile. C'est bien parce que l'État est organisé de telle ou telle manière et qu'il répartit la puissance publique entre lui-même en tant que personne juridique et d'autres entités à qui il confère la personnalité juridique en fonction de son droit interne que l'article 7 est nécessaire. L'explication de M. Yamada, qui suit celle du Rapporteur spécial, n'est pas plus convaincante que celle-ci. L'existence de deux articles distincts, l'article 5 sur l'État et ses organes et l'article 7 sur les autres entités habilitées à exercer des prérogatives de puissance publique, ne se justifie que parce que l'on prend le droit interne en considération. M. Pellet regrette donc profondément, comme il l'a déjà dit, la suppression du renvoi au droit interne à l'article 5, proposée au paragraphe 284 du premier rapport. Il s'agit ici de la personnalité juridique de l'État et seul le droit interne peut la définir.

8. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) estime que l'existence de la personnalité juridique en droit interne n'est pas décisive. Il existe nombre d'États dans lesquels la plupart des ministères, voire tous, ont en droit interne une personnalité juridique distincte. Ceci est vrai, par exemple, de nombre de ministères du pétrole et du gaz, et ceci est aussi vrai du Ministère du commerce et de l'industrie du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord. Il s'agit pourtant bien d'organes de l'État. Il est donc tout simplement erroné d'identifier l'État avec une seule entité juridique en vertu du droit interne.

9. Certes, comme l'a dit M. Yamada, le droit international n'a pas une conception autonome de ce que devrait être l'État. D'autre part, le droit international considère l'« étiquette » que l'État appose sur une entité comme déterminante. Nombre d'États, en effet, n'utilisent pas la terminologie, et notamment le mot « organe », utilisée à l'article 5. Si une juridiction internationale saisie dans une affaire donnée constate qu'en vertu de la constitution et des lois de l'État en cause une entité a agi en qualité d'organe de l'État, c'est-à-dire en tant qu'élément constitutif de sa structure interne, la question est réglée. Mais il est des cas plus complexes, comme celui de la police au Royaume-Uni. La simple existence de la personnalité juridique n'est pas décisive et nombre de facteurs doivent être pris en considération. Le Rapporteur spécial rappelle qu'il ne s'oppose absolument pas à une référence au droit interne en tant que critère important à l'article 5, mais qu'il ne saurait accepter une disposition aux termes de laquelle serait décisif le fait qu'en vertu de son droit interne un État définisse une entité comme n'étant pas un organe de l'État.

10. M. BENNOUNA dit qu'il ne faut pas faire de l'opposition entre partisans et adversaires d'une référence au droit interne une question de principe. Il convient de faire preuve de pragmatisme et de réalisme juridique. Ni les uns ni les autres ne contestent que le droit interne joue un rôle extrêmement important pour ce qui est de l'attribution, ni que chaque État ait le droit — il s'agit de l'aspect interne du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes — de s'organiser comme il l'entend. Par ailleurs, il n'est pas non plus contestable qu'un État ne peut invoquer son droit interne pour se soustraire à sa responsabilité, mais on peut invoquer le droit interne d'un État pour établir sa responsabilité internationale. En réalité, il faut considérer qu'il existe un continuum entre droit interne et droit international à cet égard.

11. M. PELLET considère pour sa part qu'il s'agit bien d'une question de principe, à savoir le principe de la liberté de chaque État de s'organiser comme il l'entend. Certes, il faut veiller à ce que les considérations pratiques invoquées par le Rapporteur spécial soient prises en compte, mais elles le sont du fait même de l'article 4 (Qualification d'un fait de l'État comme internationalement illicite), selon lequel un État ne peut s'abriter derrière son droit interne pour échapper à sa responsabilité. Quant à l'argument du Rapporteur spécial selon lequel les fonctions relevant de l'exercice de prérogatives de puissance publique sont réparties différemment selon les États, l'article 7 y répond puisqu'il explique bien que, quelle que soit cette répartition, l'entité dont il s'agit engagera la responsabilité de l'État. Le Rapporteur spécial a déclaré qu'il ne s'opposait pas à une référence au droit interne si celle-ci s'accompagnait d'une référence au droit international, mais M. Pellet se demande sous quelle forme une telle solution se présenterait. Il estime que le renvoi au droit interne qui figurait dans le projet d'articles proposé par le précédent Rapporteur spécial, Roberto Ago[4], était raisonnable.

12. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) souligne qu'il existe une différence cruciale entre le paragraphe 2 de l'article 7 et l'article 5. Ce dernier prévoit que le comportement d'un organe de l'État est attribuable à l'État dans tous les cas où cet organe agit en cette qualité, alors qu'aux termes de l'article 7, les seuls actes attribuables à l'État sont ceux qui relèvent de l'exercice de prérogatives de puissance publique. Dans de nombreux arbitrages internationaux, la question se pose en effet de savoir si

[4] Voir *Annuaire... 1971*, vol. II (1re partie), p. 209 et suiv., doc. A/CN.4/246 et Add.1 à 3.

l'on a affaire à des *acta jure imperii* ou des *acta jure gestionis*. Une telle question ne peut se poser dans le cadre de l'article 5. L'article 7 est nécessaire étant donné le nombre des entités qui ne sont pas des organes de l'État et exercent des fonctions étatiques, comme, par exemple, les compagnies aériennes privées qui exercent des fonctions en matière d'immigration. Le droit interne est certes le facteur le plus important, mais il n'est pas le seul et parfois même la pratique peut être plus pertinente que les textes. Quoi qu'il en soit, le Rapporteur spécial est persuadé que le Comité de rédaction pourra mettre au point un libellé qui rassure les tenants d'une référence au droit interne à l'article 5.

13. M. ROSENSTOCK dit qu'en effet nul ne nie que l'État soit libre de s'organiser comme il l'entend mais il ne voit pas selon quelle logique cette liberté aurait une influence déterminante sur la responsabilité internationale de l'État du fait d'une de ses entités.

14. M. HAFNER pense qu'il ne faut pas accorder une importance excessive à la personnalité juridique distincte d'une entité pour dire qu'elle n'est pas un organe de l'État. C'est ainsi que le terme « organe » n'est pas utilisé dans la Constitution autrichienne, mais le Parlement autrichien, par exemple, est bien considéré comme un organe de l'État. Le fait qu'une entité ait une personnalité juridique distincte de celle de l'État n'est donc pas déterminante. Par ailleurs, M. Hafner demande au Rapporteur spécial si, à son avis, une banque centrale relèverait de l'article 5 ou de l'article 7 du projet.

15. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) souscrit aux observations de M. Hafner quant au rôle de la personnalité juridique en matière d'attribution et pour ce qui est du terme « organe ». S'agissant des banques centrales, il ne saurait y avoir de règle générale. Certaines banques centrales jouissent d'un tel degré d'autonomie qu'elles relèveront de l'article 7, paragraphe 2, alors que d'autres sont si liées à l'État et contrôlées par celui-ci qu'elles relèveront de l'article 5. Mais il doit être clair que le fait qu'un État déclare que sa banque centrale est indépendante alors qu'elle ne l'est pas ne saurait être décisif aux fins de l'article 5.

16. M. LUKASHUK souligne, après avoir rappelé le principe consacré à l'article 4, qu'il ne s'agit pas à l'article 5 des dispositions du droit interne mais bien de la fonction de l'entité considérée, indépendamment du droit. Si certains veulent que l'on mentionne le droit interne dans cet article, il est facile de le faire, et de manière tout à fait logique, en ajoutant à la fin de l'article les mots « en vertu du droit interne ».

17. M. ILLUECA, après avoir retracé la genèse des projets d'articles sous l'impulsion de Roberto Ago, le précédent Rapporteur spécial, relève qu'au paragraphe 146 du premier rapport à l'examen, l'actuel Rapporteur spécial indique que, quand il a pour la première fois proposé ce groupe d'articles, le précédent Rapporteur spécial a utilisé le terme « imputation »; et que le même terme a été utilisé par la CIJ dans des affaires ultérieures. Or, le terme « attribution » a été substitué au terme « imputation ». Compte tenu des raisons qu'elle avait avancées, à la suite du précédent Rapporteur spécial[5], en faveur du terme « imputation » et du fait que la Cour a utilisé ce terme, la Commission devrait peut-être réfléchir sérieusement à la question et examiner la possibilité de revenir au terme « imputation » qui, en espagnol en tout cas, est bien meilleur.

18. En ce qui concerne le renvoi au droit interne à l'article 5, M. Illueca pense qu'il faudrait le conserver. Contrairement à ce que semblent craindre certains, en particulier le Rapporteur spécial, un tel renvoi ne donnerait pas une importance absolue, exclusive ni prépondérante au droit interne. La référence au droit interne n'empêche pas la responsabilité de l'État d'être engagée lorsqu'il y a violation du droit international, quand bien même les dispositions du droit interne seraient contraires à ce droit. Ce principe est d'ailleurs consacré, pour les traités, à l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969.

19. M. Illueca dit qu'il a constaté chez certains, au cours du débat, une certaine réserve, voire de la méfiance, vis-à-vis des États quant à la manière dont ils qualifient les entités qui exercent leurs compétences. Cette méfiance ne lui semble pas fondée, et les choix des États dans ce domaine méritent le plus grand respect. Sans doute s'agit-il d'un problème de rédaction, et il est certainement possible de concilier les différentes positions. Les positions de MM. Pellet et Hafner sont à la fois logiques et juridiquement fondées et devraient donc être prises en compte par le Comité de rédaction. Par ailleurs, le Comité de rédaction devrait examiner sérieusement la proposition de la France, qui figure dans les commentaires et observations reçus des gouvernements sur la responsabilité des États (A/CN.4/488 et Add.1 à 3) et dont il est mention dans le paragraphe 159 du premier rapport, tendant à remplacer l'expression « organe de l'État », trop imprécise, par « tout organe ou agent de l'État », aussi bien à l'article 5 qu'aux articles 6, 7, 9, 10, 12 et 13.

20. M. HAFNER demande au Rapporteur spécial quel critère sera retenu pour définir l'organe de l'État à l'article 5 si l'on abandonne la référence au droit interne. Il serait utile de préciser dans le commentaire les critères permettant de définir ce qu'est un organe de l'État, notamment du fait du libellé de l'article 7, qui évoque « un organe d'une entité qui ne fait pas partie de la structure même de l'État ». Des explications doivent être données dans le commentaire à ce sujet.

21. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) reconnaît la nécessité de définir ce qu'est un organe de l'État, d'autant plus que la plupart des États n'utilisent pas le terme « organe ». De nombreux facteurs doivent être pris en compte à cet effet, notamment la structure de l'organe, sa responsabilité vis-à-vis du gouvernement central et le fait que ses employés ont, ou non, le statut de fonctionnaire. Il faudra également analyser ce que les tribunaux ont décidé dans le contexte analogue de l'immunité des États, où des distinctions ont dû être faites entre l'État et ses différentes entités. Le Rapporteur spécial souligne qu'il n'a jamais dit que le droit interne n'était pas pertinent mais que l'État ne pouvait se redéfinir afin de jouir de l'immunité devant les tribunaux d'autres États en ayant recours à une disposition législative qui dirait que telle entité n'est pas un organe de l'État. Une telle disposition est pertinente mais ne peut être déterminante.

[5] Voir 2553e séance, note 4.

22. M. GALICKI constate qu'il est devenu indispensable de définir ce qu'est un organe de l'État, et que l'on ne peut ignorer le droit interne à cet égard. L'article 5 utilise les termes « organe de l'État » et les membres de la Commission s'accordent à reconnaître que le droit international ne définit pas le terme « organe ». En outre, ce terme ne figure pas dans la législation de tous les États, ce qui peut poser problème. L'article 7, quant à lui, vise les « entités qui ne font pas partie de la structure même de l'État ». M. Galicki pense donc que l'on pourrait, à l'article 5, remplacer l'expression « tout organe de l'État » par « toute entité qui fait partie de la structure même de l'État ». Cette formulation couvre aussi bien les organes que les agents de l'État, et elle permettrait peut-être même de satisfaire les tenants du maintien d'un renvoi au droit interne à l'article 5. Selon M. Galicki, le fait d'utiliser la même terminologie permettra d'établir une différence claire entre les entités visées à l'article 5 et celles visées à l'article 7. Si l'on décidait cependant de maintenir la formulation actuelle de l'article 5, il ne faudrait pas oublier que la notion d'organe de l'État a sa source dans le droit interne, et que chaque État est libre de décider ce qu'il considère comme étant ou n'étant pas un organe de l'État. Les différences existant à cet égard entre les droits internes créent certes des difficultés, mais l'État ne peut être privé de son droit souverain de décider ce qui fait partie de la structure formelle de l'État et ce qui en est exclu.

23. M. MIKULKA dit douter de la validité de la proposition de M. Galicki : une entité est une fiction et, si le terme peut s'appliquer à des collectivités territoriales, il ne pourrait désigner ni le gouvernement ni le parlement d'un État. Ce n'est en tout cas pas le sens qu'on lui donne habituellement. Pour M. Mikulka, ce serait donc une erreur de transposer l'idée d'entité de l'article 7 à l'article 5. Tel quel, l'article 5 proposé par le Rapporteur spécial lui semble adéquat mais il souhaiterait toutefois savoir ce que le Rapporteur spécial pense de la proposition de M. Lukashuk. L'adoption de cette proposition permettrait peut-être de satisfaire ceux qui souhaitent le maintien d'un renvoi au droit interne tout en évitant de donner trop de poids à ce droit, comme le souhaite le Rapporteur spécial.

24. M. ROSENSTOCK souligne, en ce qui concerne le champ d'application des articles 5 et 7, respectivement, qu'un chevauchement serait sans conséquence mais qu'un vide constituerait un grave problème.

25. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit qu'il avait lui-même songé à la solution proposée par M. Lukashuk, car il comprend les appréhensions de certains, même s'il les juge sans fondement, parce qu'ainsi qu'il l'a déjà expliqué à plusieurs reprises, il n'a jamais prétendu que le droit interne n'était pas important ni qu'il devait être laissé de côté. Il partage dans une certaine mesure l'analyse de M. Galicki, mais pense qu'il est utile de conserver les différences existant entre les deux articles du point de vue de la formulation. À cet égard, la proposition de M. Lukashuk pourrait être examinée en comité de rédaction et permettrait peut-être de rassurer certains. Répondant à M. Pellet, qui en fait une question de principe, le Rapporteur spécial rappelle que la définition de l'État, y compris ses divers organes, aux fins des immunités des États n'avait pas posé de problème, et que nul n'a jugé nécessaire à l'époque de renvoyer au droit interne le sens des termes dans les conventions internationales.

26. Enfin, le Rapporteur spécial rappelle l'opinion qu'il a exposée au paragraphe 284 de son premier rapport se rapportant à l'article 5, à savoir que le terme « organe de l'État », au sens de l'article 5, permet d'éviter de se demander si l'organe exerce des prérogatives de puissance publique au sens du paragraphe 2 de l'article 7. La seule question est de savoir si l'organe de l'État agit en cette qualité. Les organes de l'État accomplissent de nombreux actes dont la caractérisation — *acta jure gestionis* ou autres — aux fins des immunités ou à d'autres fins n'est pas pertinente aux fins de l'attribution. Ils peuvent par exemple conclure des contrats commerciaux qui engagent l'État et, à supposer que ces contrats aient été conclus avec une entité faisant l'objet de sanctions de l'ONU, il y aurait rupture des obligations internationales de l'État concerné. Deux questions seulement se posent au titre de l'article 3 (Éléments du fait internationalement illicite de l'État) : premièrement, est-ce que le comportement est attribuable à l'État ? Si c'est un organe de l'État, la réponse est oui; et deuxièmement, est-ce que ce comportement constitue une violation des obligations internationales de l'État ?

27. M. HE se félicite de la structure de la première partie du chapitre II et des propositions qui y figurent. Le nouveau chapitre II et ses articles constituent une amélioration sensible du texte qui avait été examiné en première lecture. Il se demande toutefois si tous les éléments de fond figurent bien dans le texte proposé concernant le fait de l'État. Comme l'ont souligné de nombreux membres, le concept d'organe et d'agent de l'État a beaucoup évolué. Le nouvel article 7 (Attribution à l'État du comportement d'autres entités habilitées à l'exercice de prérogatives de la puissance publique), proposé au paragraphe 284 du premier rapport, traite d'entités qui ne font pas partie de la structure même de l'État mais sont habilitées par le droit interne de cet État à exercer des prérogatives de puissance publique. Toutefois, des entités qui ne sont pas habilitées par le droit interne à exercer de telles prérogatives peuvent exécuter des activités sur les instructions de l'État ou sous sa direction et son contrôle. De telles entités relèvent-elles de la définition donnée au paragraphe 2 de l'article 7 ou des groupes de personnes envisagés à l'article 8 ? M. He pense que, tels qu'ils sont formulés, les articles 7 et 8 ne sont pas clairs sur ce point. Pour ce qui est du choix du terme « attribution », il souscrit à la position du Rapporteur spécial pour les raisons exposées dans le premier rapport de celui-ci, sans préjudice de l'utilisation du terme « imputation » dans d'autres contextes, comme le fait la CIJ par exemple. Il souhaite enfin que les articles soient renvoyés au Comité de rédaction aussitôt que possible.

28. M. AL-KHASAWNEH n'est pas tout à fait convaincu de la nécessité de supprimer la référence au droit interne, pour les raisons invoquées par M. Hafner ainsi que pour trois autres raisons. En premier lieu, rédiger une disposition en partant du principe que l'État va s'efforcer d'échapper à sa responsabilité en omettant expressément de prévoir dans son droit interne l'organe dont le comportement peut lui être attribué revient à présupposer la mauvaise foi de l'État, ce qui va à l'encontre du principe

fondamental selon lequel c'est la bonne foi qui doit être postulée au départ. En deuxième lieu, les problèmes que cette référence pourrait causer peuvent être résolus en adoptant une définition large du droit dans le commentaire. Enfin, la responsabilité de l'État peut encore être engagée à raison de son attitude ultérieure à l'égard du comportement visé, à savoir s'il l'approuve, s'il ne fait pas preuve de la diligence due, etc. Les autres modifications apportées à l'article 5 sont acceptables, y compris sa fusion avec l'article 6 et la suppression de celui-ci.

29. La nouvelle formulation de l'article 7 représente une amélioration par rapport à la précédente. Le maintien de la formule « pour autant que, en l'occurrence, cette entité ait agi en cette qualité », supprimée de l'article 5, est justifié par le fait qu'il s'agit d'entités qui, en situation normale, n'agissent pas pour le compte de l'État. Toutefois, d'une part, la formulation serait plus claire si l'on disait « pour autant qu'il soit établi que, en l'occurrence » et, d'autre part, il conviendrait peut-être d'élargir la portée de la règle pour couvrir non seulement le fait d'avoir agi en cette capacité en l'occurrence, mais également en des occurrences analogues. Quant à l'article 8, sa formulation rend encore moins nécessaire la suppression de la référence au droit interne dans l'article 5.

30. M. FERRARI BRAVO fait remarquer que, quel que soit le sort fait à la référence au droit interne, celui-ci reste présent dans l'article 5, en ce sens que l'expression « agissant en cette qualité » ne peut renvoyer qu'à ce droit, même si des aménagements peuvent être apportés par le droit international. La formulation antérieure est donc préférable. Mais cet article pose un problème plus important, qui tient à la disparition du membre de phrase « pour autant que, en l'occurrence, il ait agi en cette qualité ». Le Rapporteur spécial lui substitue « que cet organe exerce des fonctions constituante, législative, exécutive, judiciaire ou autres », mais l'articulation entre ces deux énoncés reste à préciser dans le cadre du Comité de rédaction. Celui-ci devrait en outre étudier simultanément les articles 5 et 7, parce que, en fonction de la structure de l'État considéré, la même situation peut relever du premier article ou du second. S'agissant de l'article 8, le Rapporteur spécial demeure curieusement en retrait par rapport à son prédécesseur. La formule par laquelle il remplace l'expression « agissait en fait pour le compte de l'État » réduit le champ de la responsabilité et complique l'attribution du comportement à l'État.

31. M. GOCO fait remarquer que, dans de nombreux pays dotés d'une constitution écrite, celle-ci et le droit administratif définissent tous les organes et autres entités habilités à exercer des prérogatives de puissance publique. De ces prérogatives peuvent découler des fonctions « constituantes », essentielles et réservées à l'État, et des fonctions « administrantes », que l'État peut confier au secteur privé. La formulation proposée par le Rapporteur spécial, « que cet organe exerce des fonctions constituante, législative, exécutive, judiciaire ou autres », semble donc limitative et superflue tant la signification du terme « organe » est claire. Il serait en outre intéressant de différencier l'article 5 de l'article 7 par le critère de l'appartenance ou non à la structure formelle de l'État.

32. Quant au choix du terme « attribution » au lieu d'« imputation », il faut bien voir que les comportements en question sont en dernière analyse le fait d'individus ou de groupes d'individus agissant dans le cadre général du gouvernement. Peut-être conviendrait-il donc de parler de comportement du gouvernement et non de l'État. Pour ce qui est, enfin, des problèmes soulevés par la privatisation, ils pourraient être résolus par le critère de l'existence ou non d'une intervention gouvernementale ou de liens avec des activités gouvernementales.

33. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) relève tout d'abord un accord général sur le nouvel intitulé du chapitre II et sur la fusion des articles 5 et 6. Certains membres étaient même d'avis que le contenu de l'article 6 avait davantage sa place dans le commentaire, mais deux éléments d'éclaircissement contenus dans cet article devraient être maintenus, sous une forme ou une autre, dans l'article 5, dont ils précisent la finalité et la portée. L'expression « agissant en cette qualité » est également nécessaire à l'article 5 pour souligner la différence entre celui-ci et l'article 7, à savoir que l'attribution du comportement à l'État est la règle lorsqu'il s'agit des organes de l'État mais l'exception dans le cas des entités qui ne font pas partie de la structure même de celui-ci.

34. Plusieurs interventions portant sur la question très complexe des rapports avec le droit interne dénotent une crainte, totalement infondée, de voir exclue toute référence à ce droit. Les notions de qualité, d'organe, de fonction, d'organisation de l'État renvoient toutes au droit, mais aussi à la pratique, et le terme « droit » ne s'entend pas pour tous comme incluant la pratique. Il se peut même que le terme « organe » ait un sens spécifique en droit international. C'est, dans une très large mesure, par une analyse de la structure de l'État que l'on peut déterminer les contours de la notion d'« organe ». La formule proposée par M. Lukashuk permettrait peut-être de régler le problème. En tout état de cause, la proposition du Rapporteur spécial répondait au souci très net de plusieurs gouvernements d'éviter que la qualification par le droit interne de l'entité considérée ne soit utilisée pour échapper à une responsabilité qui serait normalement attribuée à l'État.

35. En ce qui concerne la suppression du paragraphe 1 de l'article 7, la disparition de toute mention des collectivités publiques territoriales peut effectivement être source d'interprétations erronées, mais ce problème peut être réglé par le transfert de cette mention à l'article 5. Son maintien dans l'article 7 ne peut que créer d'innombrables chevauchements entre les deux articles. Dans le paragraphe 2 de l'article 7, le renvoi au droit interne doit être maintenu en raison du caractère exceptionnel signalé plus haut des situations visées, et toutes les situations où l'entité non étatique n'est pas habilitée par le droit interne relèvent alors de l'article 8.

36. L'article 8 contient deux dispositions qui sont effectivement assez distinctes, mais qui ne le sont pas au point de faire l'objet de deux articles. La reformulation par M. Economides de la version française de la partie liminaire de l'article est incontestablement une amélioration. En ce qui concerne l'alinéa *a*, le Rapporteur spécial n'a jamais eu l'intention de réduire la portée de l'article en substituant « sur les instructions ou sous la direction et le contrôle de » à « pour le compte de ». Cette deuxième formulation peut certes paraître très large, mais elle est éga-

lement imprécise, dans un article important. Une clarification à cet égard s'impose d'autant plus que Roberto Ago, auteur de la version initiale de l'article 8, a par la suite expliqué celui-ci dans un sens à l'évidence trop restrictif. Le Rapporteur spécial a donc voulu rétablir la portée véritable de l'article 8 compte tenu des déclarations où Roberto Ago lui-même limite la portée de l'expression « pour le compte de » aux seuls cas où il y a instructions expresses[6]. Aucun membre de la Commission n'a proposé une telle limitation, mais le Comité de rédaction doit veiller à ce que la portée de l'article 8 ne soit pas trop large non plus, parce que l'omniprésence de l'État fait que, à la limite, par causalité naturelle, tout peut lui être attribué. Dans leur sens le plus large, les expressions « pour le compte de » ou « sous le contrôle de » pourraient étendre la portée de l'article 8 à des comportements qui ne devraient pas être attribués à l'État, tout comportement d'une entreprise publique par exemple. La formulation proposée par le Rapporteur spécial vise à exclure cette causalité naturelle et à montrer le plus clairement possible où se situe le point limite.

37. L'alinéa *b* de l'article 8 porte sur une situation très spécifique mais pour laquelle il existe une jurisprudence et qui doit donc être couverte par le projet d'articles. Toutefois, le titre de l'article 8 ne couvre en réalité que l'alinéa *a* et il y aurait donc peut-être lieu de le modifier. Enfin, pour ce qui est de l'article 10 (Attribution à l'État du comportement d'organes agissant en dépassement de leur compétence ou en contradiction avec les instructions concernant leur activité), le principe qu'il énonce est accepté de tous et le débat n'a rien révélé qui ne puisse être résolu par le Comité de rédaction.

38. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que les membres de la Commission souhaitent renvoyer les articles 5, 7, 8 et 10 au Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

ARTICLES 9 ET 11 À 15 *BIS*

39. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), présentant les articles 9 et 11 à 15 *bis* qui figurent dans la section C du chapitre II de son premier rapport, au chapitre II de la première partie du projet d'articles, dit que les principaux articles sur l'attribution dont la Commission vient d'achever l'examen sont complétés dans le chapitre II par des articles traitant de problèmes particuliers, voire très particuliers, dont certains prennent la forme de dispositions négatives. Ces articles ne disent pas que tel ou tel comportement n'est pas attribuable à l'État en tant qu'exception aux principaux articles susvisés, mais que ledit comportement n'est pas attribuable à l'État sauf s'il peut lui être attribué en vertu des projets d'articles. Il est apparent que cette démarche est logiquement invalide : l'article 3 dispose que la responsabilité de l'État n'est engagée que si le comportement lui est attribuable, puis viennent des articles selon lesquels certains comportements sont attribuables à l'État, lesquels sont suivis d'autres articles disposant que d'autres comportements ne sont pas attribuables à l'État, sauf s'ils le sont en vertu des projets d'articles. Ces derniers articles peuvent avoir valeur d'explications mais logiquement ils sont invalides. Il n'en reste pas moins que certains d'entre eux, notamment l'article 13 (Comportement d'organes d'une organisation internationale), concernent des problèmes très sérieux. Ils ne sont peut-être pas nécessaires en tant qu'articles mais certains de leurs éléments sont nécessaires ou soulèvent des questions importantes. Les projets d'articles 9 et 11 à 15 *bis* envisagent quatre problèmes différents : le problème des organes d'un État agissant pour le compte d'un autre État (art. 9 et 12), le problème des organisations internationales agissant au nom d'États (art. 9 et 13), le problème des mouvements insurrectionnels (art. 14 et 15) et le problème, qui n'entre dans aucune catégorie, soulevé par les articles 11 et 15 *bis* que propose le Rapporteur spécial.

40. Pour ce qui est des situations envisagées aux articles 9 (Attribution à l'État du comportement d'organes mis à sa disposition par un autre État ou par une organisation internationale) et 12 (Comportement d'organes d'un autre État), il est difficile de donner des solutions définitives à ces questions car il faudra y revenir dans le cadre du chapitre IV (Implication d'un État dans le fait internationalement illicite d'un autre État) et parce que les articles 27 (Aide ou assistance d'un État à un autre État pour la perpétration d'un fait internationalement illicite) et 28 (Responsabilité d'un État pour le fait internationalement illicite d'un autre État) n'épuisent pas la matière de l'action conjointe des États. Les observations reçues jusqu'ici montrent que les États ne s'opposent pas à ce que la Commission examine le problème de l'action conjointe de manière plus approfondie que ne le font les projets d'articles et le Rapporteur spécial entend procéder à cet examen dans son prochain rapport. Selon l'issue du débat qui va avoir lieu, les conclusions auxquelles la Commission parviendra au sujet de l'article 9 auront donc un caractère provisoire.

41. Quoi qu'il en soit, il est très fréquent que des États agissent pour le compte d'autres États et que des questions d'attribution se posent. C'est la situation qu'envisage l'article 9, qui traite du comportement d'organes mis à la disposition d'un État par un autre État. Par ailleurs, excepté dans les cas relevant de l'article 9, le fait qu'un organe agit sur le territoire d'un autre État ne signifie pas que son comportement soit attribuable à cet autre État, et c'est ce qui ressort de l'article 12.

42. Il est fréquent que des États mettent leurs organes à la disposition d'autres États pour l'exercice de diverses fonctions. Le Rapporteur spécial indique qu'il donne, au paragraphe 220 de son premier rapport, divers exemples très intéressants d'une telle situation, un exemple classique, mais non le seul, étant celui du *Privy Council* du Royaume-Uni, qui a servi de cour d'appel en dernier ressort pour un certain nombre d'États indépendants dans le cadre du Commonwealth. Il est clair, dans un tel cas, que la cour d'appel en question agit en qualité de juridiction de dernier ressort de l'État où l'appel a été interjeté et que tout problème que peuvent poser ses décisions est donc attribuable à cet État. Un autre exemple est celui de l'*Auditor-General* de Nouvelle-Zélande[7] qui faisait fonc-

[6] Voir *Annuaire... 1971* (*supra* note 4), p. 282 à 289.

[7] *Controller and Auditor-General* v. *Davison*, Nouvelle-Zélande, Cour d'appel, jugement du 16 février 1996, *International Law Reports* (Cambridge), 1997, vol. 104, p. 526 et suiv.

tion d'auditeur dans un autre État conformément à la Constitution de ce dernier et agissait donc en qualité d'auditeur de cet État avec les conséquences qui en découlaient (par. 227).

43. Le commentaire de l'article 9[8] souligne que la notion de « mise à disposition » doit être entendue de manière limitative, et cela est important. C'est ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que les fonctionnaires des douanes et de la police suisses exerçant leurs fonctions au Liechtenstein n'étaient pas à la disposition du Liechtenstein aux fins de la responsabilité, car ils exerçaient, certes avec l'accord du Liechtenstein, des prérogatives de la puissance publique helvétique (par. 224)[9]. Bien qu'il s'agisse d'une matière très particulière, l'article 9 semble utile et, tant qu'il concerne les États, le Rapporteur spécial recommande de le conserver.

44. S'agissant de l'article 12, le Rapporteur spécial relève que, curieusement, le commentaire[10] n'analyse pas l'affaire du *Détroit de Corfou* qui est pourtant le *locus classicus* d'un État agissant sur le territoire d'un autre État. La CIJ a indiqué très clairement dans cette affaire que le fait qu'un comportement se soit produit sur le territoire d'un État ne suffit pas pour l'attribuer à cet État. Néanmoins, aux termes de l'article 12, le fait que le comportement ait eu lieu sur le territoire de l'État n'est pas juridiquement pertinent : il ne renverse pas la charge de la preuve, et n'emporte pas *ipso facto* attribution, ce que d'ailleurs nul n'a jamais suggéré. On peut donc se demander pourquoi distinguer ce facteur. Le paragraphe 1 de l'article 12 pourrait certes donner lieu à des explications dans le commentaire, mais l'article ne semble pas avoir d'utilité et présente l'inconvénient d'impliquer que le fait qu'un État agit sur le territoire d'un autre État avec le consentement de celui-ci n'est pas juridiquement pertinent, ce qui n'est pas exact. Ce fait n'est pas juridiquement suffisant, ce qui est différent. Beaucoup de facteurs sont juridiquement pertinents mais non juridiquement suffisants, mais il n'y a aucune raison d'en faire l'objet de projets d'articles. On peut en traiter dans le commentaire. Pour ces raisons, le Rapporteur spécial propose de supprimer l'article 12 et de traiter de la situation qu'il envisage dans le commentaire de l'article 9 ou, et cela est peut-être préférable, dans le cadre du traitement de l'action conjointe des États dans le chapitre IV.

45. Le deuxième problème à résoudre concerne les organisations internationales. L'article 9 traite le cas où des organes sont mis à la disposition d'un État par une organisation internationale et l'article 13 contient une autre clause d'attribution négative qui vise les organisations internationales agissant sur le territoire d'un État. Plusieurs difficultés se présentent à cet égard. Premièrement, si l'on peut facilement trouver des cas convaincants où des organes d'État ont été mis à la disposition d'autres États d'après l'article 9, il est très difficile de trouver des exemples équivalents mettant en jeu des organes d'organisations internationales. Il existe bien un ou deux exemples sur lesquels on pourrait débattre mais aucun cas patent n'est connu. D'ailleurs, l'Organisation des Nations Unies s'interdit ce type de pratique et il en va de même pour l'Union européenne. Ainsi, le premier défaut de l'article 9, c'est qu'il envisage une situation dont il n'existe aucun exemple.

46. Le deuxième défaut apparaît à l'article 13. Alors que les faits d'un État sur le territoire d'un autre État, comme l'a confirmé l'arrêt rendu dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, sont du point de vue juridique significatifs, pertinents mais non suffisants aux fins de l'attribution, le fait qu'une organisation internationale mène des activités sur le territoire d'un État n'est pas juridiquement pertinent. Les organisations internationales n'ont pas de territoire mais elles doivent bien opérer quelque part. Or, on ne saurait affirmer, par exemple, que l'ONU, ayant son siège aux États-Unis d'Amérique, son comportement est attribuable *prima facie* aux États-Unis. Par définition, l'organisation internationale doit être relativement indépendante de l'État hôte. Il est donc singulier d'affirmer que son comportement sur tel ou tel territoire est un fondement de l'attribution.

47. La proposition figurant à l'article 13 est donc assez problématique de ce point de vue. À cela s'ajoute une troisième difficulté, à savoir que, depuis l'adoption du projet d'articles, de grandes questions de principe sont apparues quant à la responsabilité des États du fait des organisations internationales, qu'il s'agisse de l'action conjointe d'États dans le cadre d'organisations internationales, de décisions prises par des États au sein d'organisations internationales tendant à proposer ou à voter des projets portant préjudice à d'autres États ou réputés tels, ou de responsabilités particulières des membres des organisations pour les faits ou les dettes d'organisations internationales.

48. Il s'agit là d'une question fondamentale qui doit être examinée au regard du droit des organisations internationales. L'effort qui a abouti au libellé de l'article 9 en ce qu'il a trait aux organisations internationales et à celui de l'article 13 était certes louable mais mal dirigé. L'article 9 est adéquat pour les organes de l'État mais pas pour les organisations internationales car il complique plus les choses qu'il ne les simplifie. Il faudrait donc, à titre provisoire, supprimer la référence aux organisations internationales à l'article 9 et supprimer l'article 13. Pour éviter tout malentendu, il faudrait insérer une réserve expresse s'inspirant de l'article 73 de la Convention de Vienne de 1969. Le Rapporteur spécial indique qu'il propose d'insérer dans la clause de sauvegarde du cadre général du projet d'articles une réserve qui se lirait comme suit :

> « Ce projet d'articles est sans préjudice de toute question qui peut se présenter au regard de la responsabilité d'après le droit international d'une organisation internationale, ou d'un État pour le comportement d'une organisation internationale. »

Cela permettrait de renvoyer l'examen de cette question dans le cadre du droit des relations internationales dont elle semble plutôt relever.

49. Le troisième problème à régler concerne la question du comportement des organes d'un mouvement insurrectionnel. Le projet d'articles a cherché à le résoudre

[8] Voir 2553e séance, note 9.

[9] Conseil de l'Europe, requêtes n° 7289/75 et 7349/76, *X et Y c. Suisse,* décision du 14 juillet 1977, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme, 1977*, vol. 20, La Haye, Martinus Nijhoff, 1978, p. 373 à 413.

[10] Voir 2554e séance, note 5.

comme dans les cas précédents en y consacrant deux articles. Curieusement, les auteurs du projet ont passé plus de temps sur ces problèmes secondaires que sur les principaux problèmes posés par l'attribution dont la Commission a déjà abordé l'examen. L'article 14 (Comportement d'organes d'un mouvement insurrectionnel) contient une clause d'attribution négative sur les mouvements insurrectionnels, qualifiant les responsabilités desdits mouvements et des États aux termes d'autres articles du même chapitre. En revanche, les articles 9 et 15 (Attribution à l'État du fait d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement d'un État ou qui aboutit à la création d'un nouvel État) contiennent les seules clauses d'attribution positives de toute la série d'articles à l'examen.

50. L'article 15 traite en premier du fait d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement d'un État (par exemple, dans le cas d'une guerre civile aboutissant à un changement de gouvernement). Le paragraphe 2 traite des mouvements insurrectionnels dont l'action aboutit à la création d'un nouvel État. Ce paragraphe crée une règle qui s'insère mal dans le cadre classique du droit international mais semble bien établie, à savoir que le comportement des organes d'un mouvement insurrectionnel qui devient le gouvernement d'un nouvel État est attribuable au nouvel État, ce qui introduit un élément de rétroactivité. On peut citer en exemple de ce cas de figure le comportement du Comité national polonais pendant la période précédant la reconnaissance du nouvel État polonais en 1919. L'hypothèse de base qui sous-tend la clause relative aux mouvements insurrectionnels est que l'État n'est pas responsable des faits de mouvements insurrectionnels en dehors des éléments d'attribution fondamentaux contenus dans les articles 5, 7 et 8 et des cas spéciaux prévus à l'article 15. Dans la doctrine élaborée depuis au sujet des mouvements insurrectionnels, on a critiqué ces articles au motif qu'ils ne faisaient pas la distinction entre les mouvements de libération nationale et les mouvements insurrectionnels internes n'ayant pas de statut juridique ou possédant un statut juridique très limité au regard du droit international, par exemple aux fins de l'application de certaines dispositions du droit des conflits armés. Aussi justifiées que puissent être ces critiques, elles méconnaissent la distinction qu'il convient de faire entre attribution et violation de l'obligation. Il est évident qu'un mouvement insurrectionnel diffère d'un mouvement de libération au regard du droit international à des fins particulières.

51. Le très célèbre paragraphe 4 de l'article premier du Protocole I aux Conventions de Genève du 12 août 1949, qui a soulevé bien des controverses, fait la distinction entre ces mouvements et les mouvements insurrectionnels relevant du Protocole II. Or, il s'agit ici de s'interroger sur les obligations que ces mouvements doivent remplir et les règles qu'ils doivent appliquer, ce qui n'a rien à voir avec l'attribution. La Commission doit se préoccuper exclusivement de l'attribution à l'État et non de l'attribution de comportement aux mouvements en question.

52. Aussi pertinentes que puissent être ces critiques, qu'il conviendrait d'exposer en détail dans le commentaire, il faut malgré tout traiter le cas des mouvements insurrectionnels en se fondant sur l'importante jurisprudence arbitrale sur la responsabilité de ces mouvements. En l'absence d'objection de la part des gouvernements, le Rapporteur spécial propose de réunir les articles 14 et 15 en un seul article d'attribution négative, dont le libellé est reproduit dans le paragraphe 284 de son premier rapport, afin de conserver la substance de ces deux articles mais sous une forme plus condensée.

53. Ainsi, comme cela est précisé dans le commentaire sur les articles 14 et 15, de manière générale, un État n'est pas responsable du fait de mouvements insurrectionnels. On peut donc raisonnablement classer le nouvel article parmi les articles d'attribution négative en prévoyant deux exceptions à la clause négative. Cela revient à dire que le comportement d'un organe d'un mouvement insurrectionnel, établi en opposition à un État ou à son gouvernement, n'est pas considéré comme un fait de cet État d'après le droit international à moins que le mouvement insurrectionnel parvienne à devenir le nouveau gouvernement de cet État — cet aspect était couvert en substance au paragraphe 1 de l'article 15 — ou que le comportement soit par ailleurs considéré comme un fait de cet État d'après d'autres articles — ce qui était visé dans l'ensemble à l'article 14. La différence, c'est que la responsabilité de l'État ne devrait pas être engagée pour des faits se déroulant dans le cadre d'une insurrection qui ne sont pas accomplis par les mouvements insurrectionnels eux-mêmes.

54. Le Rapporteur spécial indique qu'il a essayé de traduire cette nuance en utilisant l'expression « le comportement d'un organe d'un mouvement insurrectionnel » et de tenir compte, tout du moins dans ses termes généraux, du principe contenu dans les Protocoles I et II des Conventions de Genève du 12 août 1949 et dans la jurisprudence quant au seuil au-delà duquel un mouvement insurrectionnel atteint le stade d'organisation et en deçà duquel il se limite à des émeutes ou des troubles locaux qui tombent sous le coup d'autres règles. On retrouve cette notion dans l'expression « établi en opposition à un État ou à son gouvernement ».

55. S'agissant du paragraphe 2 de l'article 15, il faut faire la distinction entre les cas où un mouvement insurrectionnel parvient à ses fins et devient le gouvernement du nouvel État ou le nouveau gouvernement de l'ancien État et le cas sans doute plus répandu où, s'agissant en particulier d'une guerre civile, un mouvement risque de provoquer la partition du pays et où le gouvernement, pour sauvegarder l'unité nationale, conclut un accord avec le mouvement en question afin de créer un gouvernement de réconciliation nationale. Dans ce cas de figure, l'article 15 ne peut s'appliquer, car il serait peu judicieux et peu réaliste d'attribuer à l'État le comportement du mouvement insurrectionnel avant l'accord. Le Comité de rédaction devra s'appliquer à faire la part des choses, sans quoi les gouvernements en place qui n'ont été ni renversés ni remplacés et ont fait preuve d'un esprit de conciliation en intégrant des éléments des mouvements insurrectionnels en leur sein seraient trop lourdement pénalisés : ils paieraient en effet leur politique de réconciliation en étant tenus d'assumer l'entière responsabilité des faits commis par les mouvements insurrectionnels pendant l'insurrection.

56. La dernière question concerne l'attribution à un État de faits qui ne relèvent ni du comportement d'un organe,

ni du comportement d'une entité visée au paragraphe 2 de l'article 7, ni du comportement visé à l'article 8, ni des comportements relevant des cas spéciaux cités à l'article 9 ou à l'article 15. Il s'agit du comportement des personnes privées. Le problème de l'article 11 (Comportement de personnes n'agissant pas pour le compte de l'État), sous son libellé actuel, est qu'il semble dire que le comportement des personnes privées n'est pas attribuable à l'État mais ne le dit pas vraiment. Or, il arrive souvent que la responsabilité des États soit engagée. Si l'on pouvait tenir compte du commentaire très étoffé sur l'article 11 dans le projet d'articles et bien préciser les limites de l'attribution à l'État, l'article 11 ne serait plus nécessaire.

57. Un deuxième problème ne figure pas dans le projet d'articles pour des motifs assez flous à l'origine mais qui se sont éclaircis à la suite de l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* lorsqu'il a été établi par les juridictions saisies à l'époque que le Gouvernement de la République islamique d'Iran avait avalisé le comportement des parties privées concernées. Cet exemple n'est d'ailleurs pas le seul. On peut également citer l'affaire de l'arbitrage de l'affaire relative à la *Concession des phares de l'Empire ottoman* en 1956[11], qui a établi que le Gouvernement grec avait avalisé le comportement du Gouvernement autonome crétois avant l'annexion de la Crète par la Grèce. Le Gouvernement a été jugé responsable *ab initio* de ce comportement malgré le point de vue très largement partagé selon lequel un nouvel État ne succède pas, en général, à la responsabilité étatique de l'État prédécesseur.

58. Parmi les cas où un État fait sien un comportement qui ne lui est pas attribuable, on peut citer celui des conflits civils où une administration ou un territoire peut échapper au contrôle de l'État mais où, dans le cadre de l'accord de paix, le gouvernement ratifiera les faits survenus sur ce territoire et en acceptera la responsabilité. Il existe donc bien des situations où l'État avalise des comportements qui ne sont pas les siens. À ce propos, aux fins de l'article 15, il faut distinguer les comportements qui sont simplement approuvés par l'État de ceux qui sont réellement avalisés (comme dans le cas de l'affaire concernant le *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* et de l'arbitrage dans l'affaire relative à la *Concession des phares de l'Empire ottoman*). C'est à cet effet qu'est proposé le nouvel article 15 *bis* (Comportement de personnes ou d'entités n'agissant pas pour le compte de l'État, qui est ultérieurement entériné ou fait sien par cet État), dont le texte est reproduit à la fin du paragraphe 284 du premier rapport. Cela peut sembler élémentaire, mais il est nécessaire, aux fins de l'attribution, que l'État accepte que le comportement en question soit traité comme son propre comportement. L'article 15 *bis* est donc un ajout indispensable au chapitre II pour régler les situations susmentionnées, avec comme atout supplémentaire le fait que l'on conserve l'essence de l'article 11 dans un article nettement plus opérant. Le commentaire très nourri sur l'article 11 devrait être repris dans le commentaire de l'article 15 *bis* à des fins d'explication et de clarification des exceptions à la règle d'attribution.

59. En conservant l'article 9 en ce qu'il a trait aux organes de l'État, en réunissant les articles 14 et 15 en un seul article — ce qui permet au passage de ne pas donner aux mouvements insurrectionnels plus de place qu'ils ne le méritent —, en adoptant l'article 15 *bis*, qui contient un élément figurant précédemment à l'article 11, et en adoptant une clause de sauvegarde concernant les organisations internationales, non seulement la Commission conserverait la substance du projet d'articles mais elle l'améliorerait nettement.

La séance est levée à 13 h 10.

[11] Décision du 24/27 juillet 1956 (France c. Grèce) [Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (numéro de vente : 63.V.3), p. 155 et suiv.].

2556e SÉANCE

Mercredi 5 août 1998, à 10 h 10

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Bennouna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Illueca, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Yamada.

Responsabilité des États[1] *(suite)* [A/CN.4/483, sect. C, A/CN.4/488 et Add.1 à 3[2], A/CN.4/490 et Add.1 à 7[3], A/CN.4/L.565, A/CN.4/L.569]

[Point 2 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

ARTICLES 9 ET 11 À 15 *BIS (suite)*

1. M. HAFNER dit que la série d'articles à l'examen soulève des problèmes très complexes, d'autant plus que les relations internationales ont évolué depuis que le projet a été élaboré. En effet, de nouvelles modalités de coopération sont apparues entre États, entre États et organisations internationales et entre organisations internationales. On peut citer en exemple le Mémorandum

[1] Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2e partie), p. 62, doc. A/51/10, chap. III, sect. D.

[2] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

[3] Ibid.

d'accord sur l'administration de Mostar[4] entre l'Union européenne et la Bosnie-Herzégovine, concernant l'administration de cette ville pendant la période transitoire. Son article premier stipule que l'administration de Mostar est confiée à l'Union européenne, bien que celle-ci n'ait pas le statut d'organisation internationale. On peut donc se demander qui est désormais responsable des actes des autorités administratives de la ville.

2. Pour ce qui est de l'article 9 (Attribution à l'État du comportement d'organes mis à sa disposition par un autre État ou par une organisation internationale), deux cas de figure y sont envisagés, dont le premier concerne un organe d'un État envoyé dans un autre État afin de seconder celui-ci. Le Rapporteur spécial en donne plusieurs exemples auxquels il n'y a rien à ajouter. La situation se complique dans le deuxième cas, lorsqu'un organe exerce des fonctions pour le compte d'un autre État mais dans les limites de ses propres compétences. À ce titre, il convient de définir avec précision l'expression « mis à sa disposition », étant entendu que l'on se place exclusivement dans le contexte du statut des relations entre États. Il pourrait arriver également qu'un État soit contraint, en droit international, d'obéir aux ordres qui lui sont donnés par des organisations internationales ou même par un autre État. Par exemple, il faudrait examiner le cas où un État exerce des fonctions consulaires dans l'intérêt ou au nom d'un autre État. Le cas s'est produit lorsque l'Autriche a conclu un traité bilatéral avec la Suisse en vue de l'exercice réciproque des fonctions consulaires. On peut aussi citer le célèbre article 8, alinéa *c,* du Traité de Maastricht, en vertu duquel chaque État membre de l'Union européenne s'engage à fournir la protection consulaire et diplomatique aux nationaux des autres États membres. Ou encore l'exemple de la Convention sur l'assistance en cas d'accident nucléaire ou de situation d'urgence radiologique élaborée sous les auspices de l'AIEA : cette convention prévoit la possibilité d'offrir une assistance à un autre État en cas d'accident et des réglementations détaillées sur les demandes de remboursement et d'indemnisation aux termes desquelles l'État qui demande une assistance a la charge de régler les actions engagées par des États tiers contre le fournisseur de l'assistance, qu'il doit dégager de toute responsabilité.

3. Il faudrait donc examiner ce type de situation au regard de l'article 9 et envisager d'appliquer également à cette partie du projet d'articles la clause de la *lex specialis*. Des cas analogues se sont produits où un État a agi sur ordre d'une organisations internationale, n'ayant pas d'autre choix. On peut se demander si la responsabilité de cet État est alors engagée. Ce problème se pose surtout dans le domaine des droits de l'homme, où l'institution qui donne des ordres n'est pas soumise aux mêmes obligations que l'État qui les exécute. M. Hafner cite plusieurs exemples où des institutions juridiques ont donné des ordres à des États, posant le problème de la responsabilité, et ajoute que ce cas de figure risque de se reproduire fréquemment à l'avenir en ce qui concerne le Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie et la Cour pénale internationale.

4. En ce qui concerne l'article 13 (Comportement d'organes d'une organisation internationale), il semble à première vue judicieux de le supprimer, comme le propose le Rapporteur spécial. À la réflexion cependant, on se rappelle que des États essaient parfois d'imposer à l'État du siège la responsabilité du fait d'une organisation internationale. Un autre problème se pose à cet égard, celui des liens existant entre les organisations internationales et les États qui n'en sont pas membres. Si l'on traitait la question de la responsabilité de manière séparée, on aboutirait à ce que les États non membres seraient contraints de reconnaître la personnalité juridique de l'organisation internationale. Or, l'article 13 entendait précisément couvrir tous les cas de figure où les États non membres doivent reconnaître la responsabilité ou la non-responsabilité des États du siège, ce qui suppose aussi la reconnaissance du statut juridique de l'organisation internationale. C'est un problème de fond d'ordre international qu'il n'est pas facile de régler, et si le projet d'articles doit le passer sous silence, il sera indispensable d'insérer une clause de sauvegarde sur les organisations internationales.

5. M. Hafner est favorable à la réunion de l'article 14 (Comportement d'organes d'un mouvement insurrectionnel) et de l'article 15 (Attribution à l'État du fait d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement d'un État ou qui aboutit à la création d'un nouvel État) dans un nouvel article 15 (Comportement d'organes d'un mouvement insurrectionnel), tel que proposé par le Rapporteur spécial au paragraphe 284 de son premier rapport sur la responsabilité des États (A/CN.4/490 et Add.1 à 7). Mais il lui semble qu'il faudrait aussi tenir compte du fait qu'un mouvement insurrectionnel ne conduit pas systématiquement à la formation d'un nouveau gouvernement. Il peut arriver qu'il n'en soit qu'une fraction. Or, le libellé du Rapporteur spécial (« qui devient le nouveau gouvernement d'un État ») ne prévoit pas le cas où le mouvement insurrectionnel est représenté dans le gouvernement existant. Un autre cas se présente aussi, lorsque le gouvernement respecte dans une certaine mesure les aspirations du mouvement insurrectionnel en lui accordant une certaine autonomie sur un territoire relevant de la structure de l'État. Il n'est pas certain que ce scénario soit couvert par l'article 15.

6. En résumé, M. Hafner accepte le principe de l'insertion d'un article 15 *bis* (Comportement de personnes ou d'entités n'agissant pas pour le compte de l'État, qui est ultérieurement entériné ou fait sien par cet État), proposé au paragraphe 284 du premier rapport, car le projet d'articles resterait sinon inachevé, et il approuve la majorité des suppressions qui ont été proposées par le Rapporteur spécial, à la condition que l'on mentionne le problème des organisations internationales dans une clause de sauvegarde.

7. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) tient à préciser deux points soulevés par M. Hafner. Premièrement, la difficulté que pose l'article 13 n'est pas la proposition qu'il contient, mais plutôt qu'il touche de près à un problème beaucoup plus important, celui de la responsabilité des États pour les faits d'organisations internationales, qui n'est que partiellement un problème d'attribution. Cette question est d'une telle envergure que l'option la plus sage consiste à prévoir une clause de sauvegarde, et

[4] Voir *Bulletin de l'Union européenne*, n° 6-1994, p. 99 et 100, point 1.3.6.

à supprimer par conséquent l'article 13, car on ne peut pas à la fois évoquer un problème et déclarer ensuite qu'on ne le traitera pas. Comme l'a dit M. Hafner, c'est une question tellement délicate qu'il faut lui réserver un traitement particulier.

8. Pour ce qui est, en deuxième lieu, des cas où un mouvement insurrectionnel s'intègre à un gouvernement remanié, le texte de l'article 13 ne couvre pas cette situation. C'est seulement lorsqu'un mouvement insurrectionnel parvient à remplacer le gouvernement existant que la règle s'applique. C'est une règle d'exception que le Rapporteur spécial a souhaité élargir. Il faut ajouter qu'un gouvernement qui n'a pas été vaincu par un mouvement insurrectionnel n'a guère intérêt à engager un processus de réconciliation en accueillant des membres du mouvement insurrectionnel en son sein si, ce faisant, il doit assumer la responsabilité des actes antérieurement accomplis par le mouvement insurrectionnel, actes qui sont très souvent illicites, voire anticonstitutionnels, en droit interne. Il vaut donc mieux s'en tenir au libellé actuel pour éviter de décourager la mise en route de mouvements de réconciliation en eux-mêmes hautement souhaitables.

9. M. DUGARD, s'exprimant au sujet des articles 14 et 15, dit que la question des mouvements insurrectionnels doit être examinée dans le commentaire. Sur ce point, le texte du précédent Rapporteur spécial, Roberto Ago[5], est un peu dépassé : il ne tient pas compte de la décolonisation opérée depuis 1960 et, bien qu'il fasse quelques brèves allusions aux mouvements de libération nationale, il ne connaît dans l'ensemble que les stades initiaux de la pratique des États en la matière.

10. Il faudrait commencer par se demander si le terme de « mouvement insurrectionnel » est toujours pertinent. Beaucoup de mouvements de libération s'opposeraient à ce qu'on les réduise à de simples mouvements insurrectionnels. Mais, peut-on vraiment distinguer les mouvements de libération nationale reconnus par les organisations régionales compétentes et par l'ONU et ceux qui ne jouissent pas de ce statut ? La question va bien au-delà de la tâche qui a été confiée à la Commission, mais il faudrait tout de même envisager d'utiliser une autre formule.

11. Pour ce qui est du paragraphe 3 de l'article 14 du projet d'articles adopté en première lecture, le Rapporteur spécial propose, au paragraphe 272 de son premier rapport, de le supprimer au motif qu'il traite de la responsabilité internationale des mouvements de libération qui ne sont, *ex hypothesi*, pas des États. Il entend donc faire une différence entre la responsabilité des États et le statut d'État. Or, la Commission a soigneusement évité la question de la reconnaissance des États. Mais peut-elle continuer d'éluder dans le cas des mouvements insurrectionnels qui ont été en partie reconnus ? Un exemple en est fourni par l'Organisation de libération de la Palestine (OLP) avant la Déclaration de principes sur des arrangements intérimaires d'autonomie, signée à Washington le 13 septembre 1993 par le Gouvernement de l'État d'Israël et l'OLP, qui était reconnue comme représentante du peuple palestinien et de l'État de Palestine par une cinquantaine d'États (Accords d'Oslo)[6]. Dans ce contexte, un fait illicite aurait-il pu être attribué à l'OLP du fait qu'elle n'était déjà plus un simple mouvement d'insurrection ? Le débat autour de cette question se poursuit actuellement, même dans le cadre des Accords d'Oslo : peut-on en effet tenir Israël responsable des faits de l'Autorité palestinienne dans les zones placées sous son contrôle ?

12. Le cas de la Namibie soulève un autre problème à cet égard, celui de l'identité de son gouvernement après la révocation du mandat : s'agissait-il du Conseil des Nations Unies pour la Namibie ou du Gouvernement de facto du régime sud-africain ? Quant à savoir si la Commission doit tenir compte des situations de ce type, on rappellera que ce sont des considérations du même genre qui ont abouti à la rédaction du paragraphe 4 de l'article premier du Protocole I des Conventions de Genève du 12 août 1949, qui cherche à garantir que les mouvements de libération bénéficient des avantages du droit humanitaire international, tout en leur imposant un certain nombre de responsabilités et d'obligations. Peut-être faudrait-il adopter une approche analogue et chercher à régler la responsabilité des mouvements pour les faits illicites qu'ils ont pu commettre.

13. Enfin, la question se pose de la responsabilité encourue par l'État pour les actes commis par un mouvement insurrectionnel sur son territoire. Au paragraphe 263 de son premier rapport, le Rapporteur spécial dit que cet État n'est pas responsable, sauf dans les circonstances très particulières où il aurait dû agir pour empêcher le préjudice. La formule est un peu trop catégorique car un État n'est pas dégagé de sa responsabilité s'il néglige de mettre un terme aux activités d'un mouvement insurrectionnel opérant sur son territoire contre un autre État. Cette question exigerait un examen plus approfondi.

14. M. BROWNLIE se félicite que le Rapporteur spécial ait fait quelques coupures dans le texte, car il jugeait les formulations de Roberto Ago souvent trop alambiquées et difficiles à appliquer. Cela vaut en particulier pour les principes d'attribution négative. Le projet Ago passe aussi sous silence la question de l'attribution du comportement d'une entité non étatique. Depuis, plusieurs affaires, comme celle relative au *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran,* ont donné une illustration éclatante de ce problème.

15. M. Brownlie n'est pas certain que la responsabilité d'un État ne soit pas engagée pour les actes de mouvements insurrectionnels. Selon lui, quel que soit le principe adopté, et quelle que soit l'exception que l'on peut prévoir à un principe négatif, il ne faut laisser planer aucun doute sur la continuité des règles primaires. Il faudrait bien préciser dans le commentaire du paragraphe 3 que les dispositions prévoyant l'attribution générale s'appliquent sans préjudice de règles primaires particulières, surtout lorsque ces dernières contiennent des obligations de résultat. En d'autres termes, un État ne peut systématiquement invoquer le prétexte de troubles civils pour se soustraire à une obligation. Certes, le projet consacre le principe de la *lex specialis*, ainsi qu'une clause de sauvegarde relative

[5] Voir 2554e séance, note 5.

[6] A/48/486-S/26560, annexe; voir *Documents officiels du Conseil de sécurité, quarante-huitième année, Supplément d'octobre, novembre et décembre 1993*, doc. S/26560.

aux organisations internationales, mais il faudrait prévoir aussi une clause de sauvegarde sur le contenu de règles primaires particulières dans la disposition relative aux mouvements insurrectionnels.

16. M. SIMMA, répondant à M. Dugard qui s'interrogeait sur le terme « mouvement insurrectionnel » et sur le cas des mouvements de libération nationale, dit que l'expression « mouvement insurrectionnel » est déjà ancienne, mais que l'expression « mouvement de libération nationale » l'est à peine moins. Si l'on considère les cas de figure que vise l'article 15 et, d'autre part, les événements en cours au Kosovo et au Congo, on ne peut qu'être circonspect avant de conclure qu'il s'agit d'activités de mouvements de libération nationale. Il ne faut pas de débarrasser trop vite de la terminologie existante.

17. M. HAFNER fait siennes les observations de M. Simma sur le terme traditionnel de « mouvement insurrectionnel ».

18. Pour en revenir à l'une des questions soulevées par le Rapporteur spécial à propos du membre de phrase « qui devient le nouveau gouvernement », l'hypothèse où des troubles civils sont survenus dans un État, où des élections ont eu lieu et où 80 % des électeurs ont voté pour la formation représentant le mouvement insurrectionnel, oblige à se demander si l'on doit conclure que le nouveau gouvernement élu est responsable des actes initiaux du mouvement insurrectionnel. La limite est très difficile à définir.

19. M. BENNOUNA déclare que la Commission ne doit pas s'engager dans le problème du statut des mouvements de libération, mouvements insurrectionnels et autres, car tel n'est pas son mandat. Comme la CIJ l'a dit dans son avis consultatif concernant l'affaire de la *Namibie*, la responsabilité internationale est fonction de l'effectivité du pouvoir, et non de sa légalité. Ce qu'il convient de déterminer donc, c'est si l'État exerce une autorité réelle sur un territoire, auquel cas il est responsable de ce qui s'y passe. S'il y a rupture du pouvoir effectif, par exemple si les autorités centrales perdent le contrôle d'une zone, et si le mouvement insurrectionnel a une autorité de fait et assume à ce titre des fonctions gouvernementales, ce mouvement assume la responsabilité internationale au nom de l'État. C'est le problème de la succession de responsabilité.

20. D'une manière plus générale, la Commission ne doit pas tout remettre en question en deuxième lecture. Elle doit simplement reprendre les points problématiques et examiner les aménagements proposés à un projet d'articles où l'on trouve bien le reflet du droit international positif actuel.

21. M. KABATSI estime, comme M. Bennouna, que la Commission irait vers de graves difficultés en s'attaquant au problème du statut des mouvements insurrectionnels.

22. Il approuve l'idée de réunir en un seul les articles 14 et 15, mais encore faudrait-il que la situation simple visée dans ces articles ne présente aucune variante. Or, comme l'a dit M. Hafner, les scénarios sont très divers : un mouvement insurrectionnel peut devenir membre de l'ancien gouvernement; il peut aussi être autorisé par le gouvernement à gouverner une partie du territoire; des fractions d'un gouvernement peuvent appuyer des groupes insurrectionnels, et ainsi de suite. Omettre tous ces cas de figure sous le prétexte de ne pas décourager la réconciliation est un peu trop simpliste. Des situations complexes apparaissent tous les jours dans le monde et l'État participe souvent d'une manière ou d'une autre aux faits des mouvements insurrectionnels. Il devrait donc y avoir une part de responsabilité, en particulier lorsqu'un préjudice est causé à des pays tiers. Cette question est trop importante pour qu'on la passe sous silence. Le mieux serait de régler explicitement le cas des diverses variantes de la situation visée aux articles 14 et 15, au besoin dans un article distinct.

23. M. MELESCANU partage la position que vient d'exposer M. Bennouna. Pour régler le cas des mouvements insurrectionnels, la Commission doit fixer deux limites à la responsabilité. La limite supérieure est la situation dans laquelle le mouvement insurrectionnel devient le nouveau gouvernement de l'État. Cette éventualité est convenablement réglée par le paragraphe 1 de l'article 15. La limite inférieure est constituée par la responsabilité générale de l'État pour tout ce qui se passe sur son territoire. Entre les deux termes, il est facile d'imaginer une multiplicité de situations intermédiaires, présentant chacune ses particularités.

24. La Commission aurait tort de s'engager dans un débat, probablement sans issue, sur le statut des mouvements insurrectionnels. Ce n'est pas sous cet angle qu'il faut chercher à clarifier la situation. On pourrait peut-être, dans le commentaire qu'il faudrait alors étoffer davantage, donner des explications sur les diverses formes et les divers buts des mouvements insurrectionnels. L'analyse devra de toute manière se fonder sur le principe de l'effectivité plutôt que sur celui de la légalité. M. Melescanu cite en exemple le cas ambigu de l'OLP qui exerce certaines fonctions étatiques, alors que c'est Israël qui en exerce d'autres.

25. M. MIKULKA se dit convaincu par M. Dugard qu'il faut réfléchir au terme « mouvement insurrectionnel ». Le projet d'articles date d'il y a vingt ans et sa terminologie apparaît quelque peu datée. Les situations nouvelles intervenues depuis permettent d'apprécier la figure juridique du mouvement insurrectionnel sous des angles nouveaux et d'adapter le projet d'articles dans un sens pour ainsi dire plus moderne.

26. M. Mikulka est en principe d'accord avec M. Brownlie. Si le mouvement insurrectionnel endosse lui-même la responsabilité des faits qui se produisent sur le territoire d'un État, cela ne signifie pas nécessairement que cet État soit exonéré de sa responsabilité internationale. Or, ce n'est pas vers cette conclusion que tend le paragraphe 1 de l'article 15, proposé au paragraphe 284 du premier rapport. Il dit en effet que le comportement d'un organe d'un mouvement insurrectionnel « n'est pas considéré comme un fait de cet État », ce qui ne veut pas dire que l'État lui-même soit responsable de la non-exécution de ses obligations internationales. Le commentaire de cet article est tout à fait pertinent, mais il ne doit pas contredire ce qui est dit à l'article premier (Responsabilité de l'État pour ses faits internationalement illicites).

27. M. Hafner a eu raison d'attirer l'attention sur le cas du mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement d'un État. Mais dans quelle situation concrète peut-on vraiment dire qu'un mouvement insurrectionnel devient un nouveau gouvernement ? On peut imaginer qu'une fraction seulement du mouvement parvienne au pouvoir. C'est un aspect des choses qui mérite plus ample réflexion. D'ailleurs, il est peut-être inutile d'en faire mention à l'article 15 puisque l'article 15 *bis* règle le cas par ailleurs.

28. M. Mikulka s'interroge ensuite sur les renvois aux articles 5, 7, 8, 9 ou 15 *bis* qui figurent à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 15, proposé au paragraphe 284 du premier rapport, qui ne lui paraissent pas pertinents. Par exemple, peut-on vraiment dire que le comportement d'un organe d'un mouvement insurrectionnel est celui de l'entité « habilitée [...] à exercer des prérogatives de la puissance publique » que vise le nouvel article 7 (Attribution à l'État du comportement d'autres entités habilitées à l'exercice de prérogatives de la puissance publique) ? Peut-on dire qu'un organe insurrectionnel agit « sur les instructions ou sous la direction et le contrôle » d'un État, comme le prévoit l'alinéa *a* du nouvel article 8 (Attribution à l'État d'un comportement mené en fait sur ses instructions ou sous sa direction et son contrôle) ? À propos de cette dernière disposition, on peut d'ailleurs imaginer que le mouvement insurrectionnel agit à l'instigation d'un deuxième État. Le renvoi est alors d'autant plus malencontreux.

29. M. ECONOMIDES constate que l'article 15 règle convenablement le cas du mouvement insurrectionnel qui devient un nouveau gouvernement. Il passe cependant entièrement sous silence la situation juridique qui prévaut pendant l'insurrection même. La question se pose en effet de savoir à qui attribuer la responsabilité des actes illicites, entre l'État et le mouvement insurrectionnel, en attendant que celui-ci prenne le pouvoir, si tant est qu'il y parvienne jamais. Pour y répondre, il faut, comme l'a expliqué M. Bennouna, s'appuyer sur le principe de l'effectivité, c'est-à-dire évaluer la réalité du passage du pouvoir des organes de l'État aux organes insurrectionnels. L'adjectif « établi », qui figure à la première phrase du paragraphe 1 de cet article, renvoie d'ailleurs sans doute à cette notion d'effectivité.

30. La Commission pourrait adopter une disposition interprétative écartant du champ des articles la responsabilité internationale des mouvements insurrectionnels. Il ne lui en faudrait pas moins épuiser la question de la responsabilité de l'État, qui est bien son sujet. Dans la situation transitoire que M. Economides évoquait au début de son intervention, l'État reste encore responsable de sa passivité, de sa défaillance à l'égard de ses responsabilités internationales. Le droit traditionnel classique veut que l'État est toujours internationalement responsable de ce qui se passe sur son territoire. Ainsi, même si la responsabilité des événements est attribuée à un mouvement insurrectionnel, l'État est donc au moins responsable, pendant la lutte même, de ses propres manquements.

31. M. ADDO dit qu'on ne peut passer sous silence, dans le projet d'articles, la figure juridique du mouvement insurrectionnel. Le paragraphe 1 de l'article 15, à vrai dire, formule une évidence : de toute manière, ou c'est le mouvement insurrectionnel ou c'est l'État qui est responsable de ce qui se passe sur le territoire. Mais, comme l'ont déjà signalé plusieurs intervenants, le vrai problème juridique est posé par le mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement de l'État. L'histoire offre à cet égard l'exemple de la Namibie dans ses rapports avec l'Afrique du Sud : pouvait-on affirmer que le nouvel État namibien devait prendre la responsabilité des actes de l'Afrique du Sud ? Ce n'est pas l'article 15 qui permet de répondre à la question.

32. M. GALICKI pense lui aussi qu'il faut prévoir dans le projet une disposition comme l'article 15 pour régler le cas des mouvements insurrectionnels. Certes, on peut débattre de la propriété du qualificatif « insurrectionnel » mais c'est pour l'instant la seule formule que l'on ait trouvée. L'article 15 dit que, d'une manière générale, le comportement d'un mouvement insurrectionnel n'est pas considéré comme un fait de l'État, en ajoutant qu'il peut l'être cependant dans certaines circonstances. Or, on sait et on a déjà dit qu'un mouvement insurrectionnel pouvait être en fait responsable des événements intervenus sur le territoire d'un État. La question revient donc à tracer la limite entre les deux domaines de responsabilité.

33. Plus particulièrement, il faut savoir dans quelle mesure le comportement du mouvement insurrectionnel peut être imputé rétroactivement à l'État né des œuvres de ce mouvement. Certes, l'État est responsable des événements qui se produisent sur son territoire, mais doit-il l'être de leur totalité ? Et puis, *quid* de la responsabilité du mouvement insurrectionnel qui, en tant que tel, accède au pouvoir ? Plus précisément encore, la fraction du mouvement insurrectionnel qui parvient au pouvoir doit-elle assumer la responsabilité des actes de l'autre partie du mouvement ?

34. M. Mikulka a eu raison de signaler le problème soulevé par le renvoi que fait l'alinéa *b* du paragraphe 1 aux articles 5, 7, 8, 9 et 15 *bis*, au paragraphe 284 du premier rapport. Il a fort bien expliqué pourquoi. La solution consisterait peut-être à rendre ces renvois plus explicites, surtout en ce qui concerne les articles 7, 8 et 9.

35. De toute manière, M. Galicki est d'avis qu'il faut régler le problème de la responsabilité des mouvements insurrectionnels en s'appuyant sur la pratique des États. Celle-ci présente des situations très différenciées, une multiplicité de cas d'espèce et beaucoup d'exemples de situations ambiguës. C'est pourquoi il conseille de formuler l'article 15 en termes aussi généraux que possible, comme il l'est d'ailleurs déjà. Pousser le degré de détail obligerait à la prolixité et à l'adoption d'une approche pour ainsi dire de casuiste.

36. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) se déclare très proche de MM. Bennouna et Melescanu quant à la conception générale de l'article 15. La première chose qu'il tient à rappeler, c'est que cet article s'inscrit dans la problématique de l'attribution de la responsabilité, et non dans celle des règles primaires qui ont été ou n'ont pas été violées par l'État ou le mouvement insurrectionnel. Il faut admettre que, comme on l'a fait remarquer, cela ne ressort pas très nettement de son libellé tel qu'adopté en première lecture.

37. M. Mikulka a fait observer que, par définition, un mouvement insurrectionnel ne pouvait être considéré comme un organe de l'État, ce qui va en effet sans dire. Reste pourtant le cas évoqué à l'alinéa *b* de l'article 8, celui du groupe de personnes exerçant en fait des prérogatives de la puissance publique en cas de carence des autorités officielles, disposition sur laquelle il faudra sans doute revenir. D'une manière générale, l'intention de l'article 15 est de ramener sous le couvert du projet d'articles tout ce qui peut être attribuable à l'État en droit international. La question de savoir si cet État honore ou enfreint ses obligations internationales est tout à fait différente.

38. Comme l'a conseillé M. Bennouna, la Commission devrait éviter de s'étendre sur le statut juridique des mouvements insurrectionnels. Certains de ces mouvements, les mouvements de libération nationale par exemple, peuvent avoir des obligations plus élevées en droit international, en vertu par exemple des protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949. Mais encore une fois, il s'agit de régler uniquement le problème de l'attribution de la responsabilité à l'État. Celui de la responsabilité des mouvements insurrectionnels n'est pas à l'examen. Certains membres se sont interrogés sur le partage de la responsabilité internationale pendant l'action insurrectionnelle. On peut évidemment considérer que les dirigeants des mouvements insurrectionnels endossent une responsabilité, au regard du droit humanitaire ou des droits de l'homme par exemple. On constate d'ailleurs au sein de la Commission interaméricaine des droits de l'homme une tendance à insister sur le caractère *erga omnes* des prescriptions de ces deux domaines du droit. Mais ce qui intéresse la Commission, ce n'est pas la responsabilité du mouvement insurrectionnel, c'est celle de l'État. En l'occurrence, on ne peut pas dire que c'est l'État qui est responsable des actes commis pendant l'insurrection, s'il n'y a pas d'autres raisons de les lui imputer. La chose semble parfaitement établie.

39. Le Rapporteur spécial attire l'attention sur un problème fondamental d'approche, que fait ressortir le caractère quelque peu anormal de l'article 15 à l'examen. Cet article dispose en effet que des actes qui ne sont pas attribuables à l'État au moment où ils sont commis le deviennent à posteriori, du fait d'un événement qui survient par la suite, à savoir le succès du mouvement insurrectionnel. L'article 15 *bis* prévoit de la même façon que l'État « fait sien » le comportement d'une entité qui ne lui appartenait pas. C'est en fait le cas de figure de la succession, avec cette particularité qu'il s'agit d'une succession de fait et non d'une succession légale. D'ailleurs, si anormale qu'elle paraisse, la situation est largement attestée par la jurisprudence et la Commission ne fait que codifier la pratique. L'article, tel qu'adopté en première lecture, semble d'ailleurs bien reçu par les États.

40. L'article 15 *bis* offre une issue à cette anomalie : le nouveau gouvernement n'est pas tenu d'accepter la responsabilité des actes du mouvement insurrectionnel qui l'a porté au pouvoir, il en a simplement la faculté. Selon l'article 15, il en a l'obligation. Le Rapporteur spécial cite à cet égard le cas de la Namibie qui, accédant à l'indépendance, a fait siens non seulement les comportements de la South West Africa People's Organization (SWAPO), mais aussi les actes de l'Afrique du Sud, qui imposait au pays un régime de facto, illégal en droit international. Elle n'était pas tenue de le faire, et ce n'est pas l'article 15 *bis* qui aurait pu l'y obliger.

41. On voit poindre une question encore plus particulière, mais tout aussi pertinente : que se passe-t-il si le mouvement insurrectionnel aboutit à des élections et à la mise en place d'un gouvernement où siègent ses représentants ? Quand il y a prise de pouvoir par les armes, on peut supputer qu'il y a au moins continuité des personnes mais, quand il y a élection, il y a création d'une situation nouvelle, avec rupture de causalité par rapport à la situation ancienne. Si intéressant que soit ce point de doctrine, le Rapporteur spécial conseille de ne pas aller au-delà du texte actuellement proposé à l'article 15, qui est fondé sur la pratique actuelle et sur de nombreux précédents. On pourra certes en affiner le libellé, mais il sera impossible d'y couvrir tous les cas de figure possibles. L'article 15 *bis* est là pour résoudre les cas limites.

42. M. HE refuse de voir dans « insurrectionnel » un terme dévalué. Cela dit, il faut éviter d'essayer d'étudier les aspects politiques des mouvements insurrectionnels. Pour ce qui est du problème de l'attribution de responsabilités à ces mouvements, certains intervenants ont à juste titre fait observer que c'était un problème qu'on ne peut passer sous silence dans le projet d'articles, quand ce ne serait que parce qu'il faut bien marquer la limite entre la responsabilité des mouvements insurrectionnels et celle de l'État. La disposition qu'on est en voie d'élaborer doit donc être formulée en termes très larges. Si larges d'ailleurs qu'il faudrait peut-être prévoir deux articles, ce qui permettrait de couvrir toutes les situations.

43. Selon M. ADDO, le groupe d'articles à l'examen traite essentiellement des circonstances dans lesquelles un comportement illicite ne peut pas être attribué à un État (art. 11 à 14). En toute rigueur, il ne serait pas nécessaire de s'interroger dans le cadre du sujet sur les comportements qui ne sont pas attribuables à un État.

44. L'article 9 traite de l'attribution à l'État du comportement d'organes mis à sa disposition par un autre État ou par une organisation internationale. Le Rapporteur spécial a bien fait de maintenir l'article mais de supprimer la mention des organisations internationales, qui méritent un traitement détaillé distinct.

45. L'article 11 (Comportement de personnes n'agissant pas pour le compte de l'État) dispose que le comportement de personnes ou de groupes de personnes n'agissant pas pour le compte de l'État ne peut être considéré comme un fait de l'État en droit international. C'est dire l'évidence et, comme l'a fait observer le Gouvernement des États-Unis d'Amérique dans son commentaire qui figure dans les commentaires et observations reçus des gouvernements sur la responsabilité des États (A/CN.4/488 et Add.1 à 3), cette disposition n'ajoute rien au projet. Autant la faire disparaître, comme le propose le Rapporteur spécial.

46. L'article 12 (Comportement d'organes d'un autre État) n'ajoute rien non plus puisqu'il ne fait que réaffirmer la règle de l'attribution. Il doit lui aussi disparaître. Quant à l'article 13, le Rapporteur spécial donne des raisons convaincantes de le supprimer aussi. Enfin, M. Addo est d'accord pour que les principes essentiels affirmés aux

paragraphes 1 de l'article 14 et 1 et 2 de l'article 15 soient regroupés dans un article unique.

47. Au total, M. Addo est lui aussi d'avis de renvoyer les projets d'articles 9 et 11 à 15 *bis*, tels que proposés par le Rapporteur spécial, au Comité de rédaction.

48. M. PELLET approuve nombre de simplifications et suppressions proposées par le Rapporteur spécial, mais se demande si celui-ci ne va pas trop loin dans certains cas.

49. En ce qui concerne les articles 9 et 13, M. Pellet approuve la suppression de la mention des organisations internationales, mais pense qu'il faudrait ajouter une disposition expresse indiquant que le projet ne concerne ni la responsabilité des organisations internationales, ni la responsabilité des États résultant de leurs relations avec les organisations internationales. Une telle disposition pourrait être insérée à l'article premier, que M. Pellet souhaiterait que le Comité de rédaction examine en même temps que les articles 9 et 13.

50. Revenant à l'article 9, M. Pellet reconnaît qu'il traite convenablement du problème très particulier sur lequel il porte, à savoir le comportement d'un organe mis à la disposition d'un État par un autre État. Il regrette qu'il n'aborde pas le cas beaucoup plus fréquent de la représentation d'un État par un autre : la Suisse assure par exemple un certain nombre de services publics pour le Liechtenstein, l'Italie pour Saint-Marin, la France pour Monaco. Dans ce cas, il n'est pas certain que l'on puisse se contenter de dire qu'un État met certains organes à la disposition d'un autre. Le problème qui se pose en réalité est celui de la représentation partielle d'un État. L'article 9 devrait donc être complété, soit en modifiant sa rédaction pour montrer que cette situation est bien envisagée, soit en y ajoutant un deuxième paragraphe, soit encore en rédigeant un autre article. Il serait en outre souhaitable de préciser dans le commentaire si, dans un tel cas, la responsabilité incombe à l'État représentant ou à l'État représenté, et quelles en sont les conséquences pour leurs rapports *inter se*, à savoir si l'État représentant peut se retourner contre l'État représenté ou inversement.

51. En ce qui concerne l'article 10 (Attribution à l'État du comportement d'organes agissant en dépassement de leur compétence ou en contradiction avec les instructions concernant leur activité), proposé par le Rapporteur spécial au paragraphe 284 de son premier rapport, M. Pellet approuve la suppression de la mention des collectivités territoriales, à condition qu'elle soit réintroduite à l'article premier. En revanche, il n'est pas convaincu par le remplacement du terme « compétence » par le terme « pouvoir ». En français, « compétence » est bien le terme qui convient, la compétence étant généralement définie comme le pouvoir circonscrit par le droit, alors que le pouvoir est un simple fait.

52. La raison que le Rapporteur spécial invoque pour supprimer les articles 11 et 12 — à savoir qu'il s'agit de dispositions d'attribution négative — n'est pas suffisante au regard de l'utilité des précisions qu'apportent ces articles. Si la suppression de l'article 11 est bien justifiée, car cet article se borne à confirmer de façon négative les dispositions des articles 5 (Attribution à l'État du comportement de ses organes), 7 et 8, tel n'est pas le cas pour l'article 12. Le commentaire correspondant du Rapporteur spécial (par. 246 à 252 du rapport) montre que le lieu où se produit le fait illicite a une incidence dans la détermination de la responsabilité. Mais le Rapporteur spécial n'en tire aucune conséquence. Peut-être devrait-il rédiger un projet d'article qui règle ce problème. L'article 15, tel que proposé au paragraphe 284 du premier rapport, est formulé sous la forme négative, alors qu'il aurait pu se lire : « La responsabilité de l'État est engagée lorsque le mouvement insurrectionnel triomphe », ce qui eût été plus cohérent. Cela dit, ce nouvel article est globalement plus satisfaisant que les articles 14 et 15 tels qu'adoptés en première lecture, tout en posant quelques problèmes. Le Rapporteur spécial a lui-même signalé (par. 271) qu'il paraissait difficile d'assimiler les mouvements de libération nationale à des mouvements insurrectionnels. Toutefois, il n'a retenu que le terme « mouvement insurrectionnel », au motif que le même régime s'applique aux deux mouvements. M. Pellet en est d'accord, mais « mouvement insurrectionnel » a une connotation négative, alors que « mouvement de libération nationale » a une connotation plutôt positive. Il propose donc de modifier la rédaction du nouvel article 15 en insérant « d'un mouvement de libération nationale ou » avant « d'un mouvement insurrectionnel ».

53. D'autre part, il n'est pas nécessaire de préciser que ces mouvements sont établis en opposition à un État ou à son gouvernement, car c'est une évidence. Il faut en outre réfléchir aux conséquences de la reconnaissance d'un mouvement de libération nationale ou d'un mouvement insurrectionnel sur la mise en œuvre de la responsabilité de l'État. Cette question pourrait être examinée dans le cadre de la deuxième partie du projet d'articles. Il s'agit peut-être du problème du régime juridique de la responsabilité des mouvements insurrectionnels, et non du régime de la responsabilité des États.

54. Le projet d'articles devrait également aborder la question de la localisation des actes, mis en lumière à juste titre par M. Bennouna, qui s'est appuyé sur l'exemple de la Namibie. La situation visée est celle dans laquelle un État exerce une autorité effective sur un territoire et est donc en principe responsable de ce qui s'y passe, sauf circonstances exceptionnelles, et on peut se demander si le projet d'articles actuel envisage ce principe fondamental.

55. Un autre problème tient à la suppression des clauses de sauvegarde qui figuraient au paragraphe 2 de l'article 14 et dans la deuxième phrase du paragraphe 1 de l'article 15 tel qu'adopté en première lecture. Le projet d'article 15 *bis*, auquel M. Pellet souscrit, ne remplace pas ces clauses de sauvegarde. Il est donc d'avis d'ajouter un deuxième paragraphe à l'article 15 *bis* (ou un article 15 *ter*) précisant que toute disposition exonérant un État de sa responsabilité internationale s'applique sans préjudice de la responsabilité de l'État pour les actes liés aux guerres de libération nationale ou aux insurrections, si les conditions énoncées aux articles 5 à 18 sont remplies. Cette idée est au cœur du droit de la responsabilité pour les faits des mouvements insurrectionnels, pour lesquels il existe un corps de règles extrêmement approfondies où s'exprime le souci de maximiser la responsabilité de l'État. L'essentiel consiste à dire que, même en cas de guerre ou d'insurrection, l'État n'est pas moins responsable quand il n'a pas fait tout ce qu'il pouvait pour prévenir

le préjudice dont il s'agit. La suppression des clauses de sauvegarde ferait perdre de vue cette idée. Il semble enfin que le Rapporteur spécial ait commis une petite erreur lorsque, pour faire valoir la singularité de l'article 15, il a dit que cette disposition était la seule qui établissait la responsabilité *ex post facto*. C'est pourtant aussi le cas des articles 21 (Violation d'une obligation internationale requérant d'assurer un résultat déterminé) et 22 (Épuisement des recours internes), et surtout 26 (Moment et durée de la violation d'une obligation internationale de prévenir un événement donné).

56. M. Pellet conclut que, d'une manière générale, les articles à l'examen devraient être renvoyés au Comité de rédaction.

57. M. BENNOUNA dit douter que l'article 15 *bis* établisse, ou vise à établir, une responsabilité *ex post facto*. Cette disposition, qui lui inspire quelques réserves, devrait préciser que la reconnaissance ultérieure par l'État du comportement d'un mouvement insurrectionnel constitue un élément de preuve et non un élément d'attribution. La responsabilité de l'État est engagée non pas au moment où il reconnaît les faits, mais au moment où il les commet. Autrement dit, les faits sont attribués à l'État au moment où ils se produisent et leur reconnaissance ultérieure par l'État constitue la preuve de cette attribution.

58. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), répondant aux observations de M. Pellet sur la question de la représentation des États visée à l'article 9, dit qu'il ne s'agit pas seulement d'un problème d'attribution. Cette question de représentation soulève en effet toute une série de problèmes qui concernent l'action conjointe des États, laquelle relève aussi du chapitre IV de la première partie du projet d'articles. C'est donc dans ce contexte qu'il faut la traiter, l'article 9 n'abordant qu'un aspect très précis, celui de l'attribution. La Commission pourra revenir sur la question dans le cadre du débat sur le chapitre IV.

59. Le Rapporteur spécial estime qu'il n'y a pas d'inconvénient à garder le terme « compétence » dans la version française de l'article 10.

60. Pour ce qui est de la formulation négative de l'article 15, le Rapporteur spécial fait observer qu'il a simplement dit qu'il fallait éviter une rédaction négative des articles relatifs à l'attribution, sauf lorsqu'ils constituaient une exception à une situation normale. Il pense que les mouvements insurrectionnels au sens de l'article 15 constituent bien une exception. Toutefois, à la lumière du débat très intéressant sur les mouvements insurrectionnels, le Comité de rédaction devra examiner de façon détaillée les différentes questions soulevées.

61. Une des raisons pour lesquelles la formulation négative a la préférence du Rapporteur spécial tient à ce qu'il a accepté l'introduction de la notion d'entité gouvernementale territoriale à l'article 5 et que certains mouvements insurrectionnels établis sur un territoire constituent parfois des entités gouvernementales territoriales. Il faudrait toutefois prévoir une exception pour les mouvements insurrectionnels qui sont établis en opposition à un État ou à son gouvernement. On ne trouve aucune définition de la notion d'entité gouvernementale territoriale dans les articles adoptés en première lecture, ni aucune analyse approfondie de ces notions dans le commentaire. La formulation de l'article 5 aura donc vraisemblablement une incidence sur la formulation de l'article 15. Les autres questions soulevées par M. Pellet peuvent être réglées par le Comité de rédaction.

62. En ce qui concerne le point soulevé par M. Bennouna, le Rapporteur spécial reconnaît que l'article 15 *bis* peut couvrir un certain nombre de situations différentes : l'État peut reconnaître avoir eu un tel comportement, mais il peut aussi décider librement d'entériner un comportement qui ne lui est pas imputable. C'est notamment le cas lorsqu'il n'existait pas au moment des faits ou lorsqu'il n'exerçait pas la souveraineté territoriale sur la zone dans laquelle ils se sont produits. Toutefois, il n'est pas inutile d'avoir une disposition générale qui englobe un certain nombre de situations et offre une certaine souplesse. Dans la mesure où un État a entériné ou fait sien un comportement, la question de l'attribution ne se pose plus et il n'est pas nécessaire de la poser. L'approche analytique adoptée par M. Bennouna ne modifie donc pas le point de vue du Rapporteur spécial sur la question.

63. M. BENNOUNA approuve dans l'ensemble les suppressions proposées par le Rapporteur spécial. Il convient avec lui que la question de la responsabilité d'une organisation internationale, d'un organe d'une organisation internationale ou d'un État agissant dans le cadre d'une organisation internationale ne relève pas du sujet de la responsabilité des États et appelle un traitement séparé. On croit d'ailleurs savoir qu'à propos du programme de travail à long terme de la Commission, M. Brownlie a l'intention de proposer l'étude du sujet de la responsabilité des organisations internationales.

64. En ce qui concerne l'attribution à l'État du comportement d'organes mis à sa disposition par un autre État, il faut convenir qu'il s'agit d'un cas très rare. L'exemple donné par le Rapporteur spécial au paragraphe 220 de son premier rapport, à savoir les décisions en appel du *Privy Council* du Royaume-Uni, particulières au droit du Commonwealth, est une hypothèse d'école, qui n'a guère d'applications concrètes. L'hypothèse soulevée par M. Pellet est complètement différente : il s'agit de l'action conjointe de plusieurs États et de la possibilité de mettre en cause l'un d'entre eux, qui pourra le cas échéant se retourner contre les autres. Le problème s'est présenté notamment dans le contexte du lancement de satellites. Cette situation ne semble pas couverte par le projet d'articles et le Rapporteur spécial devrait envisager d'introduire une disposition supplémentaire sur ce point.

65. M. Bennouna approuve la formulation négative de l'article 15, car il conçoit la situation visée comme une exception. Cela dit, le libellé de l'article pourrait être amélioré et bien montrer qu'un État est responsable s'il ne prend pas toutes les mesures voulues pour maintenir l'ordre en présence d'un mouvement insurrectionnel naissant. Il existe actuellement dans le monde un certain nombre de situations dans lesquelles l'État en cause ne prend pas toutes les mesures qui s'imposeraient et pourrait, d'une certaine façon, être accusé de complicité passive, étant bien entendu que, si l'État perd le contrôle effectif de la situation, ce fait exceptionnel l'exonère de sa responsabilité. D'autre part, comme l'ont dit le Rapporteur

spécial et M. Pellet, si on élimine la mention des organisations internationales, il faut maintenir la clause de sauvegarde les concernant.

66. Pour ce qui est de la formulation de l'article 15 *bis*, il serait bon de prévoir deux situations : celle où un État fait sien un comportement qui ne lui est pas attribuable, et celle où le comportement ultérieur d'un État (qu'il s'agisse de déclarations ou d'actes) est la preuve qu'un comportement antérieur lui est attribuable. Selon lui, cette distinction devrait mieux apparaître dans le texte. Il se demande enfin si le régime de la responsabilité est le même dans le cas où un comportement n'est pas attribuable à l'État mais où l'État le fait sien tout de même, et dans le cas où le comportement est effectivement attribuable à l'État.

67. Selon M. ROSENSTOCK, certains membres se fourvoient lorsqu'ils parlent de la responsabilité de l'État pour les actes commis par un mouvement insurrectionnel. Là n'est pas la question. Dans certaines circonstances, on peut considérer qu'un État est internationalement responsable parce qu'il n'a pas assuré la sécurité face à une insurrection. Il faut donc dire qu'un État est responsable, non pas du comportement d'un mouvement insurrectionnel, mais de son incapacité à prévenir ce comportement. Il suffirait de le mentionner dans le commentaire, sans en parler dans l'article même.

Les réserves aux traités *(suite*)* [A/CN.4/483, sect. B, A/CN.4/491 et Add.1 à 6[7], A/CN.4/L.563 et Corr.1 et 2]

[Point 4 de l'ordre du jour]

Examen des projets de directives concernant le Guide de la pratique proposé par le Comité de rédaction à la cinquantième session

68. M. SIMMA (Président du Comité de rédaction), présentant le rapport du Comité de rédaction (A/CN.4/L.563 et Corr.1 et 2), précise que ledit rapport porte intégralement sur les réserves aux traités, sujet à l'examen duquel le Comité de rédaction a consacré cinq séances, du 27 au 31 juillet. Il a examiné les directives 1.1 à 1.1.6, 1.1.8 et 1.4 proposées par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport sur les réserves aux traités (A/CN.4/491 et Add.1 à 6). Saisi aussi d'autres questions, le Comité de rédaction a décidé de remettre à la session suivante l'examen des directives 1.1.7 et 1.2 relatives aux déclarations interprétatives. D'autre part, comme le projet consiste en un ensemble de directives, le Comité de rédaction a décidé de conserver, pour l'instant, la forme et la structure proposées par le Rapporteur spécial, le but étant d'établir une distinction bien nette, y compris sur le plan visuel, entre les directives et les articles à caractère normatif. Le Comité de rédaction et la Commission auront l'occasion de revoir ce mode de présentation à l'issue de l'examen en première lecture des directives.

69. Le Comité de rédaction a toutefois modifié l'ordre suivi par le troisième rapport du Rapporteur spécial. Le texte débute désormais par une définition des réserves, puis sont traitées les différentes formes et combinaisons possibles de réserves et la fin du texte est consacrée aux pratiques qui ne seraient pas considérées comme constituant des réserves. Le texte contient enfin une clause dite de sauvegarde. Le Comité de rédaction a jugé ce réaménagement plus rationnel. Dans le rapport du Comité de rédaction, le numéro de chaque directive est suivi, entre crochets, du numéro que cet article avait à l'origine dans le troisième rapport du Rapporteur spécial.

70. Dans la première partie du Guide de la pratique, le Rapporteur spécial a proposé une définition des « réserves ». Il s'agit en l'occurrence non d'une définition nouvelle mais de la composition des définitions qui existent déjà dans les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986. Le Rapporteur spécial a délibérément voulu élaborer une définition qui se suffise à elle-même, sans pour autant s'écarter des définitions retenues dans ces Conventions, et ce, afin d'éviter toute confusion. Cette définition fait désormais l'objet de la directive 1.1, à laquelle le Comité de rédaction n'a apporté, et ne pouvait apporter, aucune modification.

71. La directive 1.1.1, intitulée « Objet des réserves », portait le numéro 1.1.4 dans le troisième rapport du Rapporteur spécial. Pour éviter toute erreur d'interprétation du terme « objet », il sera clairement indiqué dans le commentaire que cette directive ne vise pas le contenu de fond de la réserve proprement dite mais le texte auquel la réserve se rapporte, c'est-à-dire une ou plusieurs dispositions d'un traité, ou le traité dans son ensemble. Les seules modifications apportées par le Comité de rédaction au texte proposé par le Rapporteur spécial ont consisté, en premier lieu, à remplacer « mettre en œuvre » par le terme utilisé dans les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, à savoir « appliquer »; en second lieu, à ajouter les termes « ou une organisation internationale » (A/CN.4/L.563/Corr.1), afin d'aligner ce texte sur la définition qui le précède. Il sera indiqué clairement dans le commentaire que l'emploi du terme « peut » ne doit pas être interprété comme ayant une incidence sur la question de la licéité des réserves, qui sera examinée à un stade ultérieur. Un membre a exprimé des réserves sur l'utilité de cette directive.

72. En présentant la directive 1.1.2 à la Commission, le Rapporteur spécial a expliqué (2542e séance) qu'elle avait une fonction limitée mais importante, à savoir éliminer les divergences qui semblent exister entre la définition des réserves figurant à l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 2 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 et à l'article 11 des mêmes Conventions. Le Comité de rédaction a reformulé ce texte pour en faire ressortir plus clairement la finalité. Il a supprimé l'accent mis sur le « moment » où les réserves sont faites, cette circonstance n'étant pas significative dans le contexte de cette directive. L'expression « les cas dans lesquels » remplace le terme « lorsque » afin d'introduire aussi l'idée de « comment » ou « à quelle occasion » les réserves sont faites. D'autre part, comme les définitions du terme « réserve » figurant dans les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 avaient été incorporées à la directive 1.1, il était utile de mentionner cette dernière dans la directive 1.1.2, d'où le libellé retenu pour celle-ci par le Comité de rédaction : « les cas dans lesquels une réserve

* Reprise des débats de la 2552e séance.

[7] Voir *supra* note 2.

peut être formulée en vertu de la directive 1.1 ». Le titre de la directive (Cas dans lesquels une réserve peut être formulée) correspond à son contenu.

73. S'agissant de la directive 1.1.3 (Réserves à portée territoriale), qui portait le numéro 1.1.8 dans le troisième rapport du Rapporteur spécial, le Comité de rédaction n'a apporté au texte initial qu'une seule modification, consistant à supprimer le dernier membre de phrase : « quelle que soit la date à laquelle elle est faite ». La question du moment où ces réserves peuvent être faites sera traitée ultérieurement, dans le cadre du chapitre consacré à la formulation des réserves. La directive 1.1.3 a fait l'objet de longs débats portant plus particulièrement sur la question de savoir si une déclaration unilatérale par laquelle un État entend exclure l'application d'un traité dans son intégralité à un territoire donné constitue, ou non, une réserve. La majorité des membres a estimé que, compte tenu de la pratique des États, la définition générale des réserves retenue dans la directive 1.1, qui vise uniquement « certaines dispositions du traité », ne devrait pas être interprétée de manière trop restrictive et, par voie de conséquence, une déclaration unilatérale excluant l'application de l'ensemble du traité à un territoire donné peut être assimilée à une réserve dans la mesure où elle constitue aussi une limitation de l'application du traité. Toutefois, certains membres n'étaient pas de cet avis et ont réservé leur position.

74. La directive 1.1.4 (Réserves formulées à l'occasion d'une notification d'application territoriale), portait le numéro 1.1.3 dans le troisième rapport du Rapporteur spécial. Selon la définition retenue par ce dernier, il s'agit des déclarations unilatérales qui remplissent les deux conditions suivantes : *primo*, elles sont faites à l'occasion d'une notification d'application territoriale d'un traité; *secundo*, elles visent à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application au territoire concerné. Le Comité de rédaction a jugé préférable d'inverser l'ordre de ces deux éléments afin d'indiquer clairement d'emblée que la directive définit un certain type de réserves.

75. La directive 1.1.5 (Déclarations visant à limiter les obligations de leur auteur) reprend l'idée centrale de la directive 1.1.6 (Déclarations visant à accroître les obligations de leur auteur) proposée par le Rapporteur spécial. Celle-ci comportait trois éléments : limitation des obligations de l'auteur de la déclaration, limitation des droits que le traité crée pour les autres parties et élément temporel. Compte tenu des débats de la Commission et après mûre réflexion, le Comité de rédaction a décidé de supprimer l'élément temporel, qui n'a apparemment pas lieu d'être dans ce contexte. Le deuxième élément — la limitation des droits des autres parties au traité par suite de la limitation des obligations de l'État auteur — a été également supprimé, parce que la seconde limitation n'a pas toujours pour conséquence la première. Le Comité de rédaction a été d'avis que le point capital en la matière était qu'une déclaration unilatérale par laquelle un État ou une organisation internationale limite ses obligations en vertu du traité constitue effectivement une réserve. Il n'était pas à ce stade nécessaire de se pencher sur les effets qui découlent d'une telle déclaration unilatérale.

76. La directive 1.1.5 proposée par le Rapporteur spécial a donc été reformulée pour devenir la directive 1.1.6, afin d'exprimer clairement cette façon de voir. Dans la version anglaise du titre de la directive, le terme *designed* a été remplacé par *purporting*. La directive 1.1.6 reprend l'idée centrale de la directive 1.1.5 proposée par le Rapporteur spécial. Ce réaménagement répond au souci qu'avait le Comité de rédaction de placer les directives dans un ordre logique. La directive 1.1.5 traitait d'une forme particulière de pratiques qui ne sont pas des réserves. Cette disposition a paru superflue à certains, le but du Guide de la pratique étant de décrire les réserves, et non ce qui ne doit pas être considéré comme une réserve. Toutefois, de nombreux membres du Comité de rédaction ont préféré le maintien de cette directive, au motif que la finalité du Guide de la pratique est d'être utile aux gouvernements et que parfois il vaut mieux, au moins pour la clarté, décrire certaines pratiques qui ne sont pas des réserves mais peuvent en revêtir l'apparence.

77. Le texte adopté par le Comité de rédaction couvre deux cas de figure. Le premier est celui des déclarations unilatérales par lesquelles un État ou une organisation internationale entend assumer des obligations allant au-delà de celles que lui impose un traité. Le second correspond aux déclarations unilatérales par lesquelles un État ou une organisation internationale entend s'attribuer un droit ne figurant pas dans le traité. Ces deux types de déclarations ne constituent pas des réserves au sens de la directive 1.1.

78. Le Comité de rédaction a relevé à ce propos qu'il arrive qu'un État ou une organisation internationale, par voie de déclaration unilatérale, substitue une autre obligation à celle qui lui incombe en vertu d'un traité et que cette substitution ne constituerait pas une réserve. Il a toutefois estimé plus judicieux de traiter de ce cas de figure dans le commentaire plutôt que dans la directive elle-même. Les situations de ce type ne sont pas fréquentes dans la pratique et leur complexité appelle des précisions et explications qui ne peuvent trouver leur place dans les quelques lignes d'une directive.

79. La directive 1.1.7 (Réserves formulées conjointement) correspond à la directive 1.1.1 proposée par le Rapporteur spécial. Si sa formulation en est différente, le sens reste le même : elle rend compte du fait qu'il est parfois plus commode pour plusieurs États ou organisations internationales de formuler conjointement une réserve. Elle ne fait que confirmer que cette formulation conjointe n'affecte pas le caractère unilatéral de la réserve. On a fait remarquer au Comité de rédaction qu'il arrive parfois aussi que ces réserves conjointes soient formulées de telle manière qu'il en résulte une certaine interdépendance entre les États ou organisations internationales qui en sont les auteurs. Cette question est toutefois sans préjudice du caractère unilatéral de la réserve pour ce qui concerne les autres parties au traité visées par la déclaration, mais elle mérite d'être expliquée dans le commentaire, afin d'éviter toute ambiguïté.

80. La dernière directive adoptée par le Comité de rédaction, dont le numéro et le titre seront établis ultérieurement, part de la directive 1.4 proposée par le Rapporteur spécial. Le titre (Portée des définitions) n'a pas été jugé assez proche du contenu de la directive, laquelle peut être assimilée à une clause de sauvegarde. Contrairement à la

proposition du Rapporteur spécial, le texte adopté par le Comité de rédaction traite uniquement des réserves, le Comité n'ayant pas encore examiné les directives relatives aux déclarations interprétatives. Ce n'est qu'après cet examen que l'on pourra décider s'il faut deux clauses de sauvegarde distinctes, l'une dans la section consacrée aux réserves et l'autre dans celle consacrée aux déclarations interprétatives, ou si les deux peuvent être combinées, comme le Rapporteur spécial l'a fait dans la directive 1.4.

81. Le Comité de rédaction a décidé d'ajouter les mots « et de ses effets » après le terme « licéité » afin de répondre aux préoccupations exprimées à la Commission quant à l'applicabilité de cette clause de sauvegarde au régime juridique des réserves. La fin du texte proposé par le Rapporteur spécial a été en revanche supprimée, parce qu'on a jugé superflu d'énoncer le fait que la définition des réserves conditionne la mise en œuvre des règles relatives aux réserves. Enfin, le Comité de rédaction a apporté une modification d'ordre rédactionnel consistant à remplacer, dans le texte anglais, l'expression *unilateral declaration* par *unilateral statement*, cette dernière étant employée dans toutes les autres directives relatives à la définition des réserves.

82. M. LUKASHUK approuve le travail accompli par le Comité de rédaction mais se demande si la formulation de la directive 1.1.1 n'est pas trop large et ne fait pas abstraction des limites établies par les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986. Il conviendrait à son avis d'inclure dans cette directive un renvoi aux limites dans le cadre desquelles les réserves peuvent être faites.

83. M. BENNOUNA juge quelque peu maladroit l'emploi de l'expression « d'une façon plus générale » dans une disposition aussi importante que la directive 1.1.1. En outre, le membre de phrase « sur la manière dont un État, ou une organisation internationale, entend appliquer l'ensemble du traité » dépasse le champ des réserves *stricto sensu* et empiète sur celui des déclarations interprétatives.

84. M. GOCO estime que le titre de la directive 1.1.4 serait plus clair si l'on y précisait qu'il s'agit de l'application territoriale « d'un traité ».

85. M. ELARABY fait remarquer que la directive 1.1.5 ne vise que la limitation des obligations de l'auteur de la réserve et omet de mentionner la limitation des droits des autres parties, alors que les deux éléments figuraient dans le texte initial du Rapporteur spécial de la directive 1.1.6. Cette omission crée des difficultés au regard des déclarations interprétatives et il faudra donc attendre que les directives relatives à ces déclarations aient été examinées avant de se prononcer sur l'ensemble.

86. M. MIKULKA se dit aussi réservé que M. Bennouna sur la dernière partie de la directive 1.1.1, qui fait une réserve de la déclaration d'un État sur la manière dont il entend appliquer le traité.

87. M. KABATSI fait remarquer que la directive 1.1.6 contient deux éléments, les obligations et les droits, alors que son titre ne mentionne que les obligations.

88. M. Sreenivasa RAO souscrit aux réserves exprimées à propos de la directive 1.1.1. La manière dont l'État entend appliquer un traité relève d'une logique positive et ne saurait être assimilée à la notion de réserve, qui a une connotation négative. Il relève d'autre part un décalage entre le titre de la directive 1.1.2 (Cas dans lesquels une réserve peut être formulée) et son contenu, qui est les modes d'expression du consentement à être lié par un traité.

89. M. PELLET (Rapporteur spécial) précise que l'ensemble constitué par les directives 1.1.5 et 1.1.6, à son avis mal rédigé, a été adopté par le Comité de rédaction à une très large majorité, mais contre l'avis du Rapporteur spécial.

90. M. SIMMA (Président du Comité de rédaction) rappelle, à propos des limites évoquées par M. Lukashuk, qu'il est prévu une clause de sauvegarde sur la licéité et les effets des réserves. En ce qui concerne les observations relatives à la directive 1.1.1, la formule retenue fait certes que l'on côtoie parfois la notion de déclaration interprétative, mais la majorité des membres du Comité de rédaction a estimé qu'il fallait la maintenir dans la définition de l'objet des réserves.

91. La proposition de M. Goco relative au titre de la directive 1.1.4 paraît judicieuse. Les observations de M. Kabatsi et du Rapporteur spécial portent sur une question très complexe, à propos de laquelle le Comité de rédaction a, à une très large majorité, décidé d'aborder la question de la substitution dans le commentaire et non dans une directive. Toutefois, le titre de la directive 1.1.6 pourrait effectivement renvoyer aussi aux droits de l'État auteur. L'observation de M. Sreenivasa Rao sur la directive 1.1.2 est pertinente et si le Comité de rédaction a décidé de conserver les mots « modes d'expression du consentement », c'est faute de mieux.

La séance est levée à 13 h 15.

2557e SÉANCE

Jeudi 6 août 1998, à midi

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Al-Khasawneh, M. Bennouna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Illueca, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Yamada.

Les réserves aux traités *(suite)* [A/CN.4/483, sect. B, A/CN.4/491et Add.1 à 6[1], A/CN.4/L.563 et Corr.1 et 2]

[Point 4 de l'ordre du jour]

EXAMEN DES PROJETS DE DIRECTIVES CONCERNANT LE GUIDE DE LA PRATIQUE PROPOSÉ PAR LE COMITÉ DE RÉDACTION À LA CINQUANTIÈME SESSION *(suite)*

1. M. BENNOUNA juge la formulation de la directive 1.1.1 (Définition des réserves) moins problématique dès lors que, comme l'a signalé le Rapporteur spécial, il s'agit de la définition non pas des réserves mais de l'objet de celles-ci. En revanche, il continue d'avoir des doutes sur la notion de réserves à portée territoriale (directive 1.1.3), qui semble ne pas être tout à fait conforme à l'article 29 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986. S'agissant des directives 1.1.5 (Déclarations visant à limiter les obligations de leur auteur) et 1.1.6 (Déclarations visant à accroître les obligations de leur auteur), compte tenu de la position prise à leur égard par le Rapporteur spécial, il conviendrait peut-être de demander au Comité de rédaction de les revoir pour, éventuellement, les fondre en une seule directive. En tout état de cause, la directive 1.1.5 n'apporte rien au projet et donc contrevient au principe de l'effet utile, et la directive 1.1.6 vise des hypothèses *a contrario* dont la vraisemblance est loin d'être établie.

2. M. AL-BAHARNA juge la directive 1.1.1 quelque peu superflue, en ce sens que l'objet des réserves figure implicitement dans la définition de celles-ci, par le biais de l'expression « dans leur application à cet État ou à cette organisation ». Il conviendrait donc, au moins, de supprimer dans cette directive le membre de phrase « la manière dont un État, ou une organisation internationale, entend appliquer ». La directive 1.1.2 devrait être reformulée de manière à en exclure les expressions « les cas dans lesquels » et « incluent l'ensemble des modes d'expression du » et à y remplacer « mentionnés » par « conformément ». La directive 1.1.6, y compris son titre, devrait être reformulée de manière à indiquer clairement qu'elle vise les obligations et les droits de l'auteur de la réserve. Des modifications d'ordre rédactionnel sont également à apporter aux directives 1.1.3 (Réserves à portée territoriale), 1.1.4 (Réserves formulées à l'occasion d'une notification d'application territoriale) et 1.1.5, ainsi qu'à la directive finale, qui ne porte pas encore de numéro.

3. M. CRAWFORD pense que le problème posé par la directive 1.1.6 tient au fait qu'elle n'établit pas une distinction claire entre les cas où un État fait une déclaration unilatérale par laquelle il assume des obligations plus étendues que celles prévues dans le traité, ce qui ne constitue pas une réserve, et ceux où l'État fait une déclaration unilatérale qui a pour effet d'accroître les obligations qui lui incombent en vertu du traité mais en escomptant la réciprocité, auquel cas il s'agit bien d'une réserve, parce qu'il y a modification de l'effet juridique du traité.

4. M. LUKASHUK estime que les directives 1.1.3 et 1.1.4 sont liées et pourraient être fondues en une seule. S'agissant de la directive 1.1.7 (Réserves formulées conjointement), il conviendrait de préciser, dans le commentaire, les liens juridiques qu'une réserve formulée conjointement instaure entre ses auteurs, pour ce qui est notamment de la faculté pour chacun de ceux-ci de retirer unilatéralement « sa » réserve.

5. M. ELARABY approuve la proposition tendant à supprimer du texte de la directive 1.1.1 le membre de phrase « la manière dont un État, ou une organisation internationale, entend appliquer », car son maintien déroge au droit qu'ont les États de faire des déclarations interprétatives et ferait que la directive ne serait pas véritablement conforme à la pratique des États. Quant à la directive 1.1.6, il faut attendre de voir comment elle s'insérera dans l'économie générale du projet une fois qu'auront été examinées les directives relatives aux déclarations interprétatives.

6. M. SIMMA (Président du Comité de rédaction) indique, à propos de la directive 1.1.7, que le Comité de rédaction a été unanime à considérer qu'il ne fallait pas, au stade de la définition des réserves conjointes, prendre position sur les liens juridiques entre les auteurs desdites réserves, et que ceci devait figurer dans le commentaire. La proposition de supprimer un membre de phrase de la directive 1.1.1 est inacceptable pour deux raisons : d'une part, les réserves visées par cette directive ont bien trait à la manière dont l'État réservataire entend appliquer le traité et, d'autre part, le texte ainsi modifié susciterait l'opposition de tous les membres de la Commission qui considèrent qu'une réserve portant sur l'intégralité d'un traité serait illicite ou ne serait pas une réserve du tout. Le seul vrai problème semble être celui posé par la directive 1.1.6, aussi conviendrait-il peut-être de confier au Comité de rédaction le soin de revoir l'ensemble constitué par cette directive et la directive 1.1.5.

7. M. GALICKI considère que la directive 1.1.3 devrait viser non pas l'exclusion de l'application d'un traité dans son ensemble mais uniquement l'exclusion de certaines des dispositions du traité.

8. M. ECONOMIDES se dit en désaccord avec l'argumentation selon laquelle, lorsqu'un État fait une déclaration qui a pour effet d'accroître ses obligations et qu'il y a réciprocité de la part d'un autre État, on est en présence d'une réserve parce qu'il y a modification de l'effet juridique du traité. Il y a certes modification de l'effet juridique du traité, mais par le biais de deux déclarations unilatérales constituant un accord collatéral au traité et l'on n'est aucunement en présence d'une réserve. Celle-ci est toujours limitative et ne peut aller au-delà des clauses conventionnelles. Le libellé de la directive 1.1.6 est donc correct sur le plan juridique.

9. M. CRAWFORD dit qu'aucun exemple concret ne lui vient à l'esprit mais que la situation à laquelle il se réfère est celle où un État adhère à une convention à la condition que tel ou tel terme du traité ait un certain sens et où le sens donné par l'État à ce terme va au-delà du sens que lui donne le traité.

10. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit qu'il est légitime que les membres de la Commission souhaitent voir figurer leur position sur les projets de dispositions dans le compte rendu et qu'il s'efforcera de tenir compte des vues exprimées dans le commentaire. Les plus gros problèmes concernent la directive 1.1.1 et les directives 1.1.5 et

[1] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

1.1.6, qui semblent indissociables. Concernant la directive 1.1.1, indépendamment de toute considération d'ordre rédactionnel, on ne peut pas raisonnablement dire qu'elle n'a pas d'objet. Elle est utile en ce sens que la définition de Vienne, qui y est simplement reproduite, dit qu'une réserve est une déclaration unilatérale par laquelle un État vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions d'un traité. Or, la réalité est tout autre et il y a beaucoup de réserves qui ne portent pas sur certaines dispositions des traités (réserves transversales). C'est à cette réalité que le projet de directive 1.1.1 essaie de répondre.

11. À ce titre, la position de M. Elaraby paraît intenable car il reconnaît lui-même que le phénomène en question se produit et peut donc difficilement, dans le même mouvement, souhaiter que l'on n'en tienne aucun compte. Reste à savoir si les déclarations de ce type sont ou non des réserves. À cet égard, dire qu'une déclaration unilatérale est une réserve ne signifie ni qu'elle est licite ni qu'elle est illicite : elle entre simplement dans une définition. Une fois ceci déterminé, on peut se poser les questions que M. Elaraby soulève, et on peut affirmer que la répétition constante de certaines positions étatiques fait que l'on est en face de quelque chose de licite.

12. Pour ce qui est des directives 1.1.5 et 1.1.6, les problèmes sont un peu différents. M. Economides a raison sur un point : dans la définition de Vienne, il est bien indiqué qu'une réserve vise à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité. Cette définition est corrigée en fonction de la pratique avec la directive 1.1.1, qui précise « ou du traité dans son ensemble sous un angle particulier ». Quand un État essaie d'augmenter ses droits et corrélativement les obligations des autres États, d'une façon positive, en ajoutant au droit général, l'État ne modifie plus l'effet juridique de certaines dispositions du traité, il cherche à modifier les dispositions elles-mêmes. Ce n'est pas tout à fait la même chose. Cela ne veut pas dire que ce que font les États lorsqu'ils proposent en fait un amendement au traité est illicite : simplement, ce n'est pas un problème d'effet juridique des dispositions puisqu'on demande leur modification. On peut citer en exemple l'affaire du Bouclier de David, la « réserve » par laquelle Israël a cherché à accroître ses droits en fonction du traité, de même que les obligations des autres États, sans pour autant modifier le traité existant[2].

13. Il faut reconnaître que le Comité de rédaction a peut-être cherché à conclure avec un peu trop de hâte l'examen d'un sujet technique et compliqué, le Président du Comité de rédaction ayant mis fin à la discussion par un vote. Les formulations auxquelles on est arrivé ne sont pas entièrement satisfaisantes puisque, dans la directive 1.1.5, on a l'air de dire une évidence, et dans la directive 1.1.6, on mélange des problèmes très différents sans pour autant être exhaustif.

14. Le Rapporteur spécial se rallie donc à la position du Président du Comité de rédaction, qui a proposé de renvoyer les directives 1.1.5 et 1.1.6 à un prochain comité de rédaction afin que la Commission puisse se mettre d'accord sur des formulations un peu plus cohérentes.

[2] Voir 2549e séance, note 6.

15. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO dit que la Commission semble être unanime à considérer que le deuxième cas de figure visé dans la directive 1.1.6 ne constitue pas une réserve. En revanche, dans le premier cas de figure, où un État assume des obligations allant au-delà de celles qu'il a déjà contractées en adhérant au traité, l'État effectue un acte juridique autonome, voire un acte unilatéral au sens strict, comme la Commission a pu le voir dans d'autres domaines.

16. Il faudrait donc qu'un commentaire soit établi au sujet des dispositions qui ne font pas l'objet d'un consensus et que les deux paragraphes sur lesquels la Commission ne s'est pas mise d'accord soient réexaminés par le Comité de rédaction.

17. M. ROSENSTOCK dit qu'il n'est pas certain qu'il puisse s'agir de déclarations unilatérales au sens traditionnel du terme et que la distinction qui a été opérée n'est pas gratuite : elle s'impose au contraire si l'on ne veut pas que les parties à un traité multilatéral se trouvent un jour contraintes d'assumer de nouvelles obligations auxquelles elles n'avaient pas souscrit. Ce qui ne signifie pas que le libellé du projet soit parfait ni qu'il offre la meilleure définition de ce qui constitue ou ne constitue pas une réserve.

18. M. AL-KHASAWNEH fait observer que plusieurs membres de la Commission ont formulé des réserves ou des déclarations interprétatives au sujet du document sur les réserves aux traités, de sorte que l'on peut se demander si ce document sera bien utile pour déterminer ce qui constitue ou non une réserve. Il faut mentionner à cet effet que l'interaction entre le Comité de rédaction et la Commission ne doit pas être rigide au point que des membres qui n'ont pas assisté aux débats du Comité de rédaction ne puissent raisonnablement s'exprimer en séance plénière sur des questions d'ordre rédactionnel. Le Rapporteur spécial a eu raison d'accepter le renvoi de certaines dispositions au Comité de rédaction afin que la Commission puisse dégager un consensus. À ce titre, la question soulevée par M. Elaraby est également très importante et mérite donc aussi d'être renvoyée au Comité de rédaction.

19. Concernant les directives 1.1.3 et 1.1.4, M. Al-Khasawneh souhaite demander quelques éclaircissements. Selon lui, ces directives ne font pas la distinction entre les deux cas suivants : le cas où un État formule une réserve concernant l'applicabilité du traité à une partie de son propre territoire et le cas où des États tiers formulent une réserve quant à l'applicabilité d'un traité à une partie d'un territoire — on peut citer à cet égard le cas de Berlin. Cette distinction peut n'avoir aucun effet juridique si la situation est jugée au fond analogue, mais elle mériterait peut-être d'être soulignée. Dans ce cas aussi, il faudrait renvoyer l'examen de cette question au Comité de rédaction.

20. M. ELARABY dit que le texte de la directive 1.1.1. va beaucoup plus loin que la définition de Vienne, ce qui n'est pas foncièrement mauvais puisque la Commission est précisément chargée de réexaminer ces directives, mais soulève en revanche beaucoup de problèmes. En effet, la définition donnée empiète sur celle de la déclaration interprétative et il faudrait donc la réexaminer lorsque le moment viendra de réétudier la notion même de

déclaration interprétative. La Commission pourrait alors définir le champ de ces deux notions avec le souci d'aboutir à un consensus.

21. M. Sreenivasa RAO s'associe aux orateurs qui souhaitent que la directive 1.1.1 soit renvoyée au Comité de rédaction, comme les directives 1.1.5 et 1.1.6, afin que la Commission puisse dégager un consensus. Concernant la tenue des débats, il juge que les travaux du Comité de rédaction et les débats à la Commission ont un caractère complémentaire et que, les réunions de la Commission conservant une certaine primauté, on ne devrait pas écarter toute possibilité d'y soulever des points d'ordre rédactionnel.

22. M. SIMMA (Président du Comité de rédaction) déclare, au sujet de la directive 1.1.1, qu'attendre la fin des débats sur la définition des déclarations interprétatives et sur ce qui les distingue des réserves constituerait une solution de facilité. Si le Rapporteur spécial accepte de renvoyer cette question au Comité de rédaction, lui-même ne s'y opposera pas, bien que la directive 1.1.1 convienne sous sa forme actuelle. En fait, lors du débat qui s'est déroulé à la quarante-neuvième session sur l'admissibilité de certaines réserves concernant les droits de l'homme, de multiples exemples ont été donnés de réserves correspondant aux cas de figure évoqués par MM. Al-Khasawneh et Elaraby. Comme M. Elaraby était absent à l'époque, personne n'a constaté que les déclarations examinées étaient précisément des réserves. Il serait donc judicieux d'attendre la définition corrélative de la déclaration interprétative pour adopter définitivement la directive 1.1.1.

23. M. CRAWFORD dit qu'il ne faudrait pas renvoyer à la Sixième Commission un projet de directive dans lequel la CDI a laissé beaucoup de questions en suspens. Le Comité de rédaction pourrait réexaminer rapidement les objections qui ont été faites au niveau de la rédaction, étant entendu que s'il les rejette, on ne les réexaminera pas à la Commission.

24. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit qu'il est inacceptable que certains membres de la Commission se déclarent insatisfaits par certaines directives et en demandent le renvoi alors que, précédemment, la Commission s'était mise d'accord sur l'orientation générale de toutes les directives à renvoyer au Comité de rédaction. Il admet certes que les directives 1.1.5 et 1.1.6 doivent être renvoyées au Comité de rédaction car le Comité n'avait pas eu la possibilité d'en débattre à fond, mais il indique que si, lorsqu'il se réunira, le Comité de rédaction modifie de nouveau le texte des dispositions réexaminées, il n'établira pas de commentaire. Le Rapporteur spécial demande à la Commission d'adopter l'ensemble des directives à l'exception des directives 1.1.5 et 1.1.6.

25. M. ECONOMIDES dit qu'il n'est pas sûr que le Comité de rédaction ait le temps de réexaminer les points soulevés et réussisse à présenter des textes nouveaux acceptables par tous les membres de la Commission, et le Rapporteur spécial n'aura de toutes façons pas le temps de rédiger les commentaires. Il propose que certaines directives soient mises entre crochets, avec une note explicative indiquant que ces dispositions n'ont pas été adoptées par la CDI et seront réexaminées ultérieurement. Les projets de directives pourraient ainsi être soumis à la Sixième Commission afin qu'elle formule des commentaires qui seront utiles aux travaux de la CDI à sa prochaine session.

26. M. SIMMA (Président du Comité de rédaction) dit qu'il préférerait que les directives soient purement et simplement adoptées, à l'exception des directives 1.1.5 et 1.1.6, conformément à ce qu'a proposé le Rapporteur spécial. Il se dit prêt à accepter la décision de la Commission si elle souhaite que certaines dispositions soient mises entre crochets, mais partage le point de vue du Rapporteur spécial selon lequel il n'est pas normal ni utile, à ce stade, de reprendre la rédaction des projets de directives.

27. M. ELARABY dit que, puisque le Rapporteur spécial est prêt à renvoyer les projets de directives 1.1.5 et 1.1.6 au Comité de rédaction, il ne voit pas pourquoi ne pas renvoyer également le projet de directive 1.1.1. Il lui semble essentiel que la Commission détermine le champ d'application des réserves et celui des déclarations interprétatives. À cet effet, il est prêt à accepter toute solution permettant d'indiquer que la Commission réexaminera la directive 1.1.1.

28. M. AL-KHASAWNEH précise que, lorsqu'il a dit qu'il ne comprenait pas le projet de directive 1.1.3, il voulait dire qu'il ne pouvait pas l'accepter, pas plus qu'il n'acceptait le projet de directive 1.1.1. Il espérait alors que la Commission pourrait réexaminer ces directives de bonne foi.

29. M. PELLET (Rapporteur spécial) prend note du fait que M. Al-Khasawneh ne peut accepter un texte à l'élaboration duquel il n'a pas participé. En ce qui concerne l'intervention de M. Elaraby, il souligne que les problèmes posés par la directive 1.1.1 et par les directives 1.1.5 et 1.1.6 sont très différents. Le Comité de rédaction a sciemment changé l'ordre initial des directives, car la directive 1.1.1 commande la plupart des directives suivantes. Il n'est notamment pas possible de comprendre la directive 1.1.3 ou la directive 1.1.5 sans avoir à l'esprit le fait qu'une réserve peut soit porter sur une disposition précise, soit être transversale, c'est-à-dire s'appliquer à l'ensemble d'un traité.

30. Le Rapporteur spécial pense qu'il existe, parmi les membres de la Commission, un sentiment largement partagé selon lequel il n'est pas possible de faire abstraction des réserves transversales. Il existe par contre un désaccord profond sur la question de savoir si une déclaration visant à accroître les droits de son auteur peut être considérée comme une réserve. Dans le cas de la directive 1.1.1, le Comité de rédaction est parti de l'idée qu'on était en présence d'une réserve répondant à la définition donnée aux paragraphes précédents et a donc exclu d'avance les déclarations interprétatives. Le Rapporteur spécial souhaite donc vivement que la Commission adopte la directive 1.1.1.

31. M. BENNOUNA pense que la solution de compromis proposée par M. Economides concernant le projet de directive 1.1.1 offre une issue et devrait permettre de répondre aux préoccupations de MM. Al-Khasawneh et Elaraby ainsi qu'à celles du Rapporteur spécial. Il propose que le Comité de rédaction indique, dans une note explicative, que la Commission a adopté le projet de directive à titre provisoire, et se réserve d'y revenir, le cas échéant,

pour la confirmer au moment où elle examinera les déclarations interprétatives.

32. M. PELLET (Rapporteur spécial) se dit prêt à accepter la proposition de M. Bennouna et est d'accord pour préciser, soit dans une note explicative, soit dans le commentaire — éventuellement au début de celui-ci —, que la directive 1.1.1 ne concerne que les réserves, et qu'elle sera réexaminée à la lumière de ce que la CDI aura décidé au sujet des déclarations interprétatives. En ce qui concerne les directives 1.1.5 et 1.1.6, la CDI peut décider de procéder de la même façon ou suivre la position du Président du Comité de rédaction, qui lui paraît justifiée, dans la mesure où il n'aura lui-même pas le temps de rédiger les commentaires pour les présenter à la Sixième Commission.

33. M. MIKULKA appuie la proposition de M. Bennouna, mais pense que l'explication devrait figurer dans le commentaire. Le Rapporteur spécial devrait indiquer que la Commission reconnaît qu'il existe une catégorie de réserves s'appliquant à l'ensemble des traités, mais que la formulation de la directive semble correspondre à la définition des déclarations interprétatives.

34. M. ELARABY se rallie également à la proposition de M. Bennouna.

35. M. AL-KHASAWNEH, constatant que le Rapporteur spécial ne semble pas vouloir renvoyer le projet de directive 1.1.3 au Comité de rédaction, demande que la question soit mise aux voix.

36. M. BENNOUNA demande si le Comité de rédaction, lorsqu'il se réunira la semaine suivante pour réexaminer les projets de directives 1.1.5 et 1.1.6, ne pourrait pas examiner en même temps le projet de directive 1.1.3.

37. M. SIMMA (Président du Comité de rédaction) croit comprendre que la Commission est sur le point d'arriver à un accord concernant le projet de directive 1.1.1, et sur le fait que les projets de directives 1.1.5 et 1.1.6 seront renvoyés au Comité de rédaction. Toutefois, il ne pense pas que ce dernier dispose de suffisamment de temps à la session en cours pour formuler un texte satisfaisant pour tous, et il estime préférable de renvoyer ces projets de directives à la session suivante.

38. LE PRÉSIDENT demande à M. Al-Khasawneh s'il insiste pour que la Commission procède à un vote.

39. M. AL-KHASAWNEH pense que la rédaction du projet de directive 1.1.3 est erronée et doit être corrigée. Il lui semble raisonnable de demander que le Comité de rédaction le réexamine. S'il n'obtient pas satisfaction, il se verra contraint de demander à la Commission de se prononcer par un vote sur la question.

40. M. ECONOMIDES constate qu'une solution semble avoir été trouvée pour le projet de directive 1.1.1, et que les seules objections encore en suspens portent sur le dernier membre de phrase du projet de directive 1.1.6, à savoir « ou vise à s'attribuer un droit ne figurant pas dans le traité » et sur l'expression « l'application d'un traité » dans le projet de directive 1.1.3. Il se dit convaincu que le Comité de rédaction devrait pouvoir régler rapidement ces problèmes, à moins que la Commission ne décide de placer les projets de directives en question entre crochets, en précisant qu'ils seront réexaminés à la session suivante. Il pense toutefois qu'il n'est pas judicieux de procéder à un vote sur certaines dispositions.

41. M. SIMMA (Président du Comité de rédaction) demande à M. Al-Khasawneh s'il serait d'accord pour que le projet de directive 1.1.3 fasse l'objet, comme le projet 1.1.1, d'une note explicative indiquant que la Commission l'examinera à sa prochaine session.

42. M. Al-KHASAWNEH dit qu'il est prêt à accepter toute proposition ayant pour effet d'indiquer qu'un problème subsiste et que le projet de directive sera réexaminé à une date ultérieure.

43. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que les membres de la Commission sont d'accord avec la dernière proposition faite par le Président du Comité de rédaction.

44. M. PELLET (Rapporteur spécial) déclare qu'il est prêt à accepter un vote et à en tirer les conséquences, mais juge anormal le principe qu'un membre de la Commission réussisse à force d'insistance à faire prévaloir sa position alors qu'il ne dispose pas des éléments nécessaires pour émettre un jugement. Il souligne par ailleurs qu'il est prêt à refléter toutes les positions qui ont été exprimées dans son commentaire.

45. M. ROSENSTOCK s'interroge sur l'utilité d'une note explicative se rapportant au projet de directive 1.1.3. Il appuie la position du Rapporteur spécial et pense que le problème soulevé au sujet du projet de directive 1.1.3 est différent de celui que pose le projet de directive 1.1.1, pour lequel la Commission peut vouloir réserver sa position du fait que ses travaux futurs apporteront peut-être des éclaircissements.

46. M. SIMMA (Président du Comité de rédaction) précise que sa dernière proposition ne visait pas seulement à répondre à la préoccupation exprimée par M. Al-Khasawneh. La question de savoir si des réserves peuvent s'appliquer aux traités dans leur ensemble ou à certaines de leurs dispositions seulement a été soulevée par de nombreux membres de la Commission et concerne plusieurs projets de directives, notamment les projets de directives 1.1.1 et 1.1.3. Dans le projet de directive 1.1.3, l'expression « vise à exclure l'application d'un traité », sous-entendu l'ensemble d'un traité, renvoie à un problème qui, s'il n'est pas identique à celui du projet de directive 1.1.1, est très similaire. Il lui semble donc justifié que la Commission réexamine cette question importante à sa prochaine session.

47. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit que s'il s'agit de tirer, pour l'ensemble des projets de directives, y compris le projet 1.1.3, les conséquences de la position prise sur le projet de directive 1.1.1, il est prêt à accepter la proposition du Président du Comité de rédaction. Il est également prêt à apporter les précisions voulues dans le commentaire.

La séance est levée à 13 h 18.

2558e SÉANCE

Vendredi 7 août 1998, à 10 h 15

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Al-Khasawneh, M. Bennouna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Illueca, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Yamada.

Coopération avec d'autres organismes *(fin*)*

[Point 9 de l'ordre du jour]

DÉCLARATION DE L'OBSERVATEUR POUR LE COMITÉ AD HOC DES CONSEILLERS JURIDIQUES SUR LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

1. Le PRÉSIDENT invite l'observateur pour le Comité ad hoc des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI) du Conseil de l'Europe à informer la Commission de l'état des travaux du Conseil de l'Europe et, plus particulièrement, du CAHDI.

2. M. BENÍTEZ (Observateur pour le Comité ad hoc des conseillers juridiques sur le droit international public du Conseil de l'Europe) résume et commente les points principaux d'un document de base qu'il a fait établir et distribuer à l'usage exclusif des membres de la Commission. Il appelle en particulier l'attention sur les annexes du document en question, notamment l'annexe 3, qui contient le texte d'une recommandation du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe aux États membres relative aux dettes des missions diplomatiques et des missions permanentes, ainsi qu'à celles de leurs membres[1], et l'annexe 4, contenant le texte d'une autre recommandation relative au classement des documents concernant la pratique des États en matière de droit international public[2]. Le Secrétaire général du Conseil de l'Europe a communiqué le texte de ces deux recommandations au Secrétaire général des Nations Unies, dans le cadre de la Décennie des Nations Unies pour le droit international[3].

3. Le deuxième Sommet des chefs d'État et de gouvernement du Conseil de l'Europe a adopté une déclaration et un plan d'action[4]. Ce dernier prévoit notamment de mettre en place, d'ici à la fin de 1998, une cour permanente des droits de l'homme qui remplacera la Commission européenne des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme. Plusieurs membres du CAHDI ont été élus juges de cette nouvelle cour.

4. La dernière réunion du CAHDI, en mars 1998, a donné lieu à une discussion approfondie sur le rôle du Comité, certains de ses membres considérant qu'il s'agit avant tout d'un organe où les gouvernements peuvent coordonner leurs positions, alors que d'autres souhaitent mettre davantage l'accent sur la contribution pratique du CAHDI au développement et à la codification du droit international. À cet égard, deux activités en cours méritent d'être mentionnées.

5. La première concerne les réserves aux traités. À la demande du CAHDI, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a autorisé la création d'un groupe de spécialistes sur les réserves aux traités internationaux placé sous l'égide du CAHDI. La première réunion du Groupe de spécialistes sur les réserves aux traités internationaux s'est tenue à Paris les 26 et 27 février 1998. Il a décidé d'axer ses travaux futurs sur les questions ci-après : la Convention de Vienne de 1969 répond-elle aux besoins de tous les traités, en particulier les traités relatifs aux droits de l'homme ? À qui appartient-il de déterminer l'admissibilité des réserves aux traités ? Quels sont les effets juridiques des réserves illicites aux traités ? Peut-on parler d'un régime ou d'une pratique distincts des États membres du Conseil de l'Europe en ce qui concerne les traités ? Le Groupe a marqué son accord pour un projet pilote qui ferait du CAHDI un observatoire des réserves aux traités multilatéraux chargé d'examiner toutes les réserves faites dans le monde aux traités universels, notamment les traités relatifs aux droits de l'homme, et d'appeler l'attention du Conseil de l'Europe sur celles de ces réserves qui paraissent faire problème. S'agissant des réserves, le CAHDI est soucieux d'éviter de faire double emploi avec les activités de la Commission et estime pouvoir faire une contribution pratique aux travaux de la Commission, celle-ci axant davantage ses travaux sur les aspects juridiques des réserves.

6. La deuxième activité en cours est un projet pilote lancé en 1994 par le Conseil de l'Europe sur la pratique des États en matière de succession et de reconnaissance. Sur la base des seize contributions reçues d'États membres, un rapport sera élaboré en coopération avec des instituts de recherche. Il constituera une autre contribution à la Décennie des Nations Unies pour le droit international.

7. Le CAHDI est résolu à maintenir et à renforcer sa coopération avec la Commission, car il est convaincu que cette interaction entre des experts et des délégations gouvernementales est très fructueuse. Cela étant, il se pose la question de savoir si de telles relations doivent revêtir ou non un caractère formel. En vertu d'un accord conclu entre les secrétariats des Nations Unies et du Conseil de l'Europe en 1971, l'ONU et les organismes et organes qui en dépendent peuvent participer aux travaux de tous les comités intergouvernementaux du Conseil de l'Europe. Pour ce qui est de la Commission, la question se pose de savoir si elle doit être officiellement représentée aux réunions du CAHDI et de ses organes subsidiaires ou si les membres de la Commission doivent être invités à titre

---

* Reprise des débats de la 2554e séance.

[1] Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, 595e réunion des Délégués des Ministres, recommandation n° R (97) 10 du 12 juin 1997.

[2] Ibid., recommandation n° R (97) 11 du 12 juin 1997.

[3] Proclamée par l'Assemblée générale dans sa résolution 44/23.

[4] *Deuxième Sommet des chefs d'État et de gouvernement du Conseil de l'Europe : un plan d'action pour une Europe unie, Strasbourg, 10-11 octobre 1997*, Éditions du Conseil de l'Europe.

personnel. Certains membres du CAHDI voient des avantages incontestables tant à une coopération formelle qu'à une coopération informelle, mais la majorité estime que la coopération doit être informelle. Ainsi, le Président a été autorisé, à la dernière réunion, à adresser des invitations aux membres de la Commission à titre individuel, comme cela avait déjà été le cas de l'invitation adressée au Rapporteur spécial sur les réserves aux traités, M. Pellet, qui avait pris part aux travaux du CAHDI sur les réserves. Le CAHDI voit dans la Commission un interlocuteur privilégié et est décidé à resserrer avec elle ses liens de coopération.

8. M. MELESCANU constate qu'il y a deux différences entre le CAHDI et la Commission : le premier fait partie d'une organisation régionale qui concentre son action sur une région, l'Europe, alors que le second est un organisme international qui s'occupe du droit international; ensuite et surtout, la Commission est pauvre, contrairement au CAHDI. Il faudrait voir comment il est possible de tirer des bénéfices mutuels de cette deuxième différence.

9. On ne peut que regretter de voir deux organismes s'occuper simultanément de sujets pratiquement identiques, d'autant plus que la Commission compte un nombre très élevé de membres européens. Il faudrait donc veiller à établir d'urgence une relation structurelle et officielle entre la Commission et le CAHDI, au moins pour les questions juridiques. Rien n'empêche un membre de la Commission qui participe aux travaux du CAHDI de présenter la position officielle de celui-ci et d'y ajouter des remarques et des points de vue personnels.

10. Cette relation structurelle, telle que l'envisage M. Melescanu, comporterait deux volets. D'abord, l'échange d'informations, surtout dans le domaine de la planification des travaux, pour éviter les doubles emplois et optimiser la contribution du Conseil de l'Europe et du CAHDI aux travaux de la CDI, où l'Europe ne compte pas moins d'une douzaine de « représentants ». (Peut-être le CAHDI pourrait-il faire davantage appel, dans une Europe qui compte beaucoup d'universités et de spécialistes du droit international, aux universités et spécialistes d'Europe centrale.) Ensuite, la contribution des États membres du Conseil de l'Europe aux travaux de la Sixième Commission de l'Assemblée générale et de la CDI, qui seraient informées des vues et des observations, si possible harmonisées, sur certains de leurs sujets. Il est important, en effet, que la pratique des pays européens et l'école européenne de droit international aient une meilleure place dans les travaux de la CDI.

11. M. LUKASHUK estime que le document présenté par l'observateur pour le CAHDI pourrait constituer la base de relations plus étroites entre la Commission, le Conseil de l'Europe et le CAHDI. Le Conseil de l'Europe joue un rôle très important dans le développement progressif du droit international public et avance sans crainte de bousculer certaines approches traditionnelles. Il en va ainsi du principe de démocratie, qui est un principe de droit interne et de droit international que la Commission pourrait envisager peut-être d'inscrire à son ordre du jour. Il faut féliciter le Conseil de l'Europe de l'initiative qu'il a prise de systématiser l'information sur la pratique des États, car, malgré le progrès des moyens techniques, cette information reste peu connue, ce qui entrave le développement progressif du droit international public.

12. Peut-être le Conseil de l'Europe devrait-il accorder plus d'importance à l'enseignement et à la diffusion du droit international, alors que, dans ce domaine, la culture de la société civile, voire des hommes d'État, est très lacunaire et que, dans le même temps, le droit international est incorporé dans le droit interne d'un grand nombre de pays. Cela pose le problème de la formation et de la préparation des juristes, qui ne sont malheureusement pas assurées dans la majorité des pays. Peut-être faudrait-il élaborer une convention sur l'enseignement du droit international.

13. M. Lukashuk déclare en conclusion que la Commission devrait mettre en place des modalités de coopération plus concrètes et plus structurées avec le CAHDI.

14. M. CRAWFORD se félicite de l'initiative prise par le CAHDI d'inviter des membres de la Commission à titre individuel. Peut-être pourrait-on envisager d'adresser de telles invitations également aux rapporteurs spéciaux quand il est question de leur sujet d'étude. Il faut cependant bien souligner que les membres invités s'expriment tous à titre personnel.

15. Le plan modèle révisé de classement des documents concernant la pratique des États en matière de droit international public[5] dont il est question à l'annexe 4 du document distribué par l'observateur pour le CAHDI est un document très utile. On ne peut pas dire la même chose de la classification désastreuse adoptée par le Congrès des États-Unis d'Amérique[6].

16. M. ECONOMIDES fait remarquer que le CAHDI se distingue aussi de la Commission par son statut d'organe intergouvernemental et par sa mission, axée sur l'échange des points de vue et la coordination, alors que la Commission est un organe d'experts indépendants chargé d'une mission d'étude et de réflexion. Les doubles emplois entre les travaux des deux organes semblent à priori exclus dans la mesure où l'œuvre de la Commission relève d'une optique mondiale pour laquelle la pratique régionale du CAHDI ne peut qu'être très utile. Enfin, le CAHDI ne néglige aucunement la question de l'enseignement du droit, et sa classification de la pratique des États facilite beaucoup l'étude rationnelle de cette matière.

17. M. GOCO, relevant que les membres du CAHDI sont convenus d'instaurer avec la Commission des liens informels, se demande quel type d'arrangement formel pourrait être envisagé. Le plus important pour la Commission est de connaître les réactions des États aux projets qu'elle élabore, aussi serait-il intéressant pour elle de savoir si le CAHDI contribue à unifier et synthétiser les observations formulées par les États de la région dans ce cadre. La pratique régionale doit en effet contribuer à la définition de l'optique internationale, mais il y a aussi les préoccupations propres à telle ou telle région. Il faut donc s'employer à définir la meilleure articulation possible entre ces deux dimensions.

[5] Recommandation n° R (97) 11 (voir *supra* note 2), annexe.

[6] Voir M. L. Nash, « Contemporary practice of the United States relating to international law », *American Journal of International Law*, Washington, vol. 90, n° 2, avril 1996, p. 265 à 267.

18. M. FERRARI BRAVO rappelle que, hormis le statut spécial accordé aux États-Unis d'Amérique et au Canada, le CAHDI a été pendant longtemps un organe de coordination de l'action des gouvernements de la seule Europe occidentale, dont on pouvait se demander s'il ne faisait pas double emploi avec les organes correspondants de l'Union européenne. Aujourd'hui, le Conseil de l'Europe et la Cour européenne couvrent un espace qui va de Lisbonne à Vladivostok et cette expansion n'est pas sans poser des problèmes d'adaptation.

19. À propos des activités du CAHDI, M. Ferrari Bravo rappelle également que le droit international s'est formé en Europe avant de s'étendre au reste de la planète. L'expérience du continent européen en la matière est la plus riche, mais elle ne peut se passer de liens directs avec celle des autres continents. S'il veut influer sur l'œuvre accomplie dans le cadre des Nations Unies, le CAHDI devrait envisager d'inviter aussi en qualité d'observateurs des membres de la Commission originaires d'autres régions.

20. M. HAFNER explique que le plan modèle révisé de classement des documents concernant la pratique des États en matière de droit international public repose sur le plan adopté en 1968[7], qui a été mis à jour en fonction du développement ultérieur du droit international et d'un bilan de l'utilisation du plan initial par les différents pays. Aucune classification n'est au-dessus de toute critique, mais l'essentiel est qu'elle résiste à l'épreuve du temps, ce qui a été le cas pour le plan de 1968. Il ne semble donc guère judicieux d'envisager d'ores et déjà la mise à jour d'un nouveau plan avec lequel on n'a encore aucune expérience.

21. M. Sreenivasa RAO dit que les organismes juridiques des autres régions suivent de près les travaux du CAHDI. Le plan modèle révisé de classement des documents concernant la pratique des États en matière de droit international public proposé par le CAHDI est intéressant mais comporte une lacune surprenante : il ne fait aucune place au droit de l'environnement. D'autres instances européennes s'occuperaient-elles du sujet ?

22. M. MIKULKA, évoquant les sujets traités par les deux organes, s'étonne que le sujet pour lequel il a été désigné rapporteur spécial, celui de la nationalité en relation avec la succession d'États, soit absent du programme de travail du CAHDI. Certains membres de la Commission avaient jugé ce sujet par trop « européen » et peut-être le CAHDI le juge-t-il même par trop « est-européen ».

23. M. BENÍTEZ (Observateur pour le Comité ad hoc des conseillers juridiques sur le droit international public du Conseil de l'Europe) répond que le rapport que le CAHDI est en train d'établir sur le projet pilote sur la collecte et la diffusion d'une documentation relative à la pratique des États concernant la succession d'États et les questions de reconnaissance contient un chapitre sur la succession d'États en relation avec la nationalité. Les observations des États membres sur ce dernier aspect sont toutefois peu abondantes, ce qui est d'autant plus surprenant que ce sont des préoccupations de cet ordre qui sont à l'origine de l'élaboration de la Convention européenne sur la nationalité. La Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) a de son côté établi un rapport sur les incidences de la succession d'États sur la nationalité[8]. Il n'est donc pas exact de dire que le Conseil de l'Europe ne s'intéresse pas à ce sujet.

24. Pour ce qui est du droit de l'environnement, la partie 19 du plan modèle révisé de classement des documents concernant la pratique des États en matière de droit international public, consacrée aux aspects juridiques des relations internationales et de la coopération dans des domaines particuliers, contient une section consacrée à l'environnement. Peut-être conviendrait-il de consacrer à ce sujet un chapitre distinct. Comme le plan modèle de classement de 1968 n'a été mis à jour que trente années plus tard, il y a tout lieu de penser que le CAHDI n'entreprendra pas la mise à jour du nouveau plan dans un avenir proche.

25. Le Conseil de l'Europe a effectivement connu d'importants changements, et le CAHDI, tout en demeurant un organe d'experts gouvernementaux chargé de coordonner les vues de ses membres à l'égard des Nations Unies et de la Commission, s'efforce aussi aujourd'hui de contribuer concrètement aux travaux de celle-ci, et ce, tout en évitant chevauchements et interférences, mais également la dispersion des efforts. Par ailleurs, le CAHDI se penche essentiellement sur les aspects politiques des problèmes alors que la Commission concentre son action sur les aspects juridiques. Le CAHDI sollicite de plus en plus les vues des gouvernements non membres, ce qui explique que les États qui ont le statut d'observateur sont aujourd'hui au nombre de quinze, dont trois observateurs permanents (États-Unis, Canada et Japon).

26. Quant aux membres de la Commission invités individuellement à participer aux travaux du CAHDI, c'est bien évidemment à titre personnel qu'ils sont censés contribuer à ces travaux, même s'ils peuvent être amenés à rendre compte des débats de la Commission.

27. Le CAHDI est très conscient de la nécessité de développer l'enseignement du droit international, notamment à l'intention des agents du gouvernement. Le Conseil de l'Europe s'est doté d'un certain nombre de programmes de coopération et d'assistance, dont les programmes Demodroit et Themis consacrés à la diffusion du savoir juridique et à la formation au droit. Dernièrement, il a été décidé d'étendre ces programmes, qui ne s'adressaient qu'à l'Europe centrale et orientale, à tous les États membres du Conseil.

28. Répondant ensuite aux observations de M. Melescanu sur les incidences financières de la coopération entre la Commission et le CAHDI, l'observateur pour le CAHDI précise qu'à l'issue d'un débat mené sur cette question tous les membres du CAHDI ont reconnu la nécessité de maintenir des liens entre les deux instances. Le secrétariat du CAHDI a informé ses membres des incidences financières résultant de la participation d'un membre de la Commission à ses réunions, en précisant

[7] Voir Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, résolution (68) 17 du 28 juin 1968.

[8] Conseil de l'Europe, Strasbourg, 10 février 1997, doc. CDL-INF (97) 1.

que le CAHDI ne pouvait pas les assumer. Dans le cas particulier des réserves, le CAHDI a eu la chance de bénéficier de la présence de M. Pellet à titre gratuit. M. Pellet n'a pas été invité parce qu'il était européen : une personne originaire d'une autre région du monde aurait également pu être invitée mais, dans ce cas, il aurait fallu assumer le coût de sa participation car aucun crédit n'est inscrit à ce titre au budget du Conseil de l'Europe. Et, contrairement à ce qui a été dit, le Conseil de l'Europe n'est pas riche. Il a adopté un budget à croissance zéro pour 1998 et il y a peu de chances que les choses changent pour 1999. Les membres du CAHDI s'accordent toutefois à penser que la collaboration avec la Commission est très fructueuse et ils entendent examiner cette question à leur prochaine réunion.

29. Pour ce qui est encore des relations structurelles entre les deux organes, c'est à la Commission de décider des liens qu'elle entend maintenir avec le CAHDI. En effet, le statut de celui-ci autorise la participation d'un représentant de la Commission à titre officiel. Mais la Commission doit décider si elle tient à cette représentation officielle, avec les incidences financières que cela suppose. Dès que la Commission aura pris une décision, elle pourra en informer le CAHDI, qui en débattra.

30. Enfin, au cours du débat sur le programme de travail à long terme de la Commission, un membre a proposé le sujet des incidences juridiques de la corruption. L'observateur pour le CAHDI tient à informer la Commission que le Conseil de l'Europe travaille sur cette question depuis 1992. Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a conclu l'Accord établissant le « Groupe d'États contre la corruption — GRECO »[9] qui autorise la participation, sur un pied d'égalité, d'États membres et d'États non membres du Conseil de l'Europe (dont certains membres de l'OCDE). Le GRECO a pour mission d'évaluer dans quelle mesure les États membres du Conseil de l'Europe appliquent les obligations qu'ils ont contractées en matière de lutte contre la corruption. Ses travaux s'appuieront dans un premier temps sur une résolution adoptée par le Comité des Ministres contenant vingt principes directeurs pour la lutte contre la corruption.

31. Le Groupe multidisciplinaire sur la corruption négocie actuellement un projet de convention pénale sur la corruption[10] dont le champ est beaucoup plus étendu que la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, déjà adoptée par l'OCDE, dans la mesure où elle qualifie d'infraction pénale la corruption passive et active des fonctionnaires de l'administration publique, des organes judiciaires et exécutifs et des organes électifs, ainsi que la corruption dans le secteur privé et dans les organisations internationales. D'importants débats sont également en cours quant aux réserves éventuelles à cette convention. Enfin, une autre convention se négocie actuellement pour régir la responsabilité civile découlant des délits de corruption, et un modèle de code de conduite à l'intention des fonctionnaires publics est également en cours d'élaboration. Le CAHDI est prêt à contribuer aux travaux que la Commission pourrait mener dans ce domaine.

32. M. GALICKI tient, en s'appuyant sur sa longue expérience au Conseil de l'Europe, à apporter des observations supplémentaires à celles de l'observateur pour le CAHDI pour ce qui est de la question de la nationalité. Il tient à assurer la Commission que cette question, notamment dans le contexte de la succession, reçoit toute l'attention qui lui est due au Conseil de l'Europe, non seulement à titre général, avec la Convention européenne sur la nationalité, qui a été ouverte à la signature en 1997, mais aussi dans le cadre des travaux du Comité d'experts sur la nationalité dont il est lui-même le vice-président.

33. Des projets de recommandation vont être soumis au Comité des Ministres, dont un projet sur la réduction des cas d'apatridie et un autre sur les recours abusifs aux dispositions législatives sur la nationalité. La question de la succession fait également l'objet de nombreux travaux. Par ailleurs, une conférence sur la nationalité est programmée pour 1999, à l'occasion du cinquantième anniversaire du Conseil de l'Europe.

34. Mais la position statutaire du Conseil de l'Europe devrait être précisée pour ce qui est de la coopération et de la coordination avec d'autres organismes et en particulier avec ses anciens parrains — comme le Comité européen de coopération juridique — afin d'éviter tout double emploi. Cela étant entendu, la coopération entre le CAHDI et la Commission doit être encouragée car elle est mutuellement fructueuse.

35. M. MIKULKA estime que l'observateur pour le CAHDI et M. Galicki n'ont pas répondu à sa question. Il sait bien que le Conseil de l'Europe s'occupe des questions de nationalité et n'ignore rien des travaux qui viennent d'être récapitulés, notamment la Convention européenne sur la nationalité, dont l'article 18 a trois ou quatre paragraphes sur la succession d'États alors que la Commission a produit à ce sujet toute une déclaration.

36. Ce qui intéresse M. Mikulka, c'est de savoir s'il y a un dialogue entre le Conseil de l'Europe et la Commission. Il ignore toujours la position du CAHDI sur son troisième rapport sur la nationalité en relation avec la succession d'États[11] car, à ce jour, cette étude n'a eu aucun écho au Conseil de l'Europe. Il a été dit que la question de la nationalité ferait l'objet d'une étude théorique, mais cette étude va prendre des années, alors que le Conseil de l'Europe a déjà une pléthore de documents sur ce thème, notamment son troisième rapport, enrichi de ses notes de bas de page. On parle de dialogue mutuellement fructueux, mais le Conseil garde le silence. M. Mikulka demande donc à l'observateur pour le CAHDI de bien vouloir transmettre son sentiment à la prochaine réunion du CAHDI afin d'encourager les membres de celui-ci à lui envoyer leurs commentaires.

37. M. LUKASHUK tient à informer l'observateur pour le CAHDI que la Commission est en train d'examiner la question de la corruption et qu'il lui serait très utile d'obtenir, dans le cadre des échanges d'informations entre

[9] Ibid., Comité des Ministres, résolution (98) 7 du 5 mai 1998.

[10] Ibid., Assemblée parlementaire, doc. 8114, annexe II.

[11] *Annuaire... 1997*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/480 et Add.1.

les deux organes, la documentation relative aux travaux que mène le CAHDI sur le même sujet.

38. M. SIMMA précise que, contrairement à ce que M. Lukashuk semble croire, la question de la corruption n'est pas à l'examen à la Commission. Elle figure simplement parmi les sujets que la Commission pourrait éventuellement étudier.

39. M. BENÍTEZ (Observateur pour le Comité ad hoc des conseillers juridiques sur le droit international public du Conseil de l'Europe) dit que, s'il n'a pas correctement répondu à la question posée par M. Mikulka, c'est qu'il l'avait mal comprise. M. Goco, de son côté, souhaitait savoir si le CAHDI avait adopté une position commune quant aux commentaires sur les textes de la Commission. Le CAHDI n'a pas encore examiné le rapport considéré, tout du moins pas à titre officiel. D'ordinaire, il s'efforce de se réunir avant la session de la Sixième Commission pour intervenir de manière cohérente dans les débats de celle-ci. Précédemment, la présence de M. Eiriksson à la CDI et au CAHDI permettait d'assurer la liaison entre les deux organes. Comme l'a dit M. Goco, les États membres du Conseil de l'Europe, qui sont aussi membres du CAHDI, reçoivent tous les travaux de la CDI, mais le CAHDI tend à centrer ses débats sur les travaux des Rapporteurs spéciaux de la Commission, qui l'informe de toutes les activités qu'elle mène. Le rapport de M. Simma sera examiné à la réunion à venir du CAHDI, où son observateur ne manquera pas d'exprimer les sentiments de M. Mikulka.

Les réserves aux traités *(fin)* [A/CN.4/483, sect. B, A/CN.4/491et Add.1 à 6[12], A/CN.4/L.563 et Corr.1 et 2]

[Point 4 de l'ordre du jour]

EXAMEN DES PROJETS DE DIRECTIVES CONCERNANT LE GUIDE DE LA PRATIQUE PROPOSÉ PAR LE COMITÉ DE RÉDACTION À LA CINQUANTIÈME SESSION *(fin)*

40. M. SIMMA (Président du Comité de rédaction) propose à la Commission d'adopter le rapport du Comité de rédaction (A/CN.4/L.563 et Corr.1 et 2) aux conditions suivantes : une note de bas de page sera ajoutée à la directive 1.1 afin de préciser que celle-ci sera réexaminée à la lumière des débats menés sur la déclaration interprétative, le libellé de la directive 1.1 pouvant être au besoin modifié à l'issue de ce réexamen; les directives 1.1.5 et 1.1.6 seront renvoyées au Comité de rédaction afin qu'il les réexamine compte tenu des vues exprimées par la Commission; enfin, le texte de la directive 1.1.3 sera réexaminé en parallèle à la directive 1.1.1 à la session suivante de la Commission et l'on y ajoutera une note de bas de page à cet effet.

41. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que les membres de la Commission souhaitent adopter le rapport du Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

[12] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

Organisation des travaux de la session *(fin**)*

[Point 1 de l'ordre du jour]

42. M. SIMMA (Président du Comité de rédaction) expose l'état d'avancement des travaux de la Commission.

43. MM. BROWNLIE, CANDIOTI, ECONOMIDES, LUKASHUK, PELLET, Sreenivasa RAO et ROSENSTOCK débattent de la manière de procéder pour faire figurer dans le rapport que la Commission présentera à l'Assemblée générale tous les résultats auxquels la Commission est parvenue au cours de la session en cours.

44. Le PRÉSIDENT propose de former un groupe de travail qui, avec l'assistance du secrétariat, aidera le Rapporteur spécial sur le sujet de la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses à parachever le texte de son commentaire, qui pourra ainsi être présenté à l'Assemblée générale.

Il en est ainsi décidé.

Responsabilité des États[13] *(suite***)* [A/CN.4/483, sect. C, A/CN.4/488 et Add.1 à 3[14], A/CN.4/490 et Add.1 à 7[15], A/CN.4/L.565, A/CN.4/L.569]

[Point 2 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(fin***)*

ARTICLES 9 ET 11 À 15 *BIS (fin***)*

45. M. ECONOMIDES, se référant à l'article 9 (Attribution à l'État du comportement d'organes mis à sa disposition par un autre État) proposé par le Rapporteur spécial au paragraphe 284 de son premier rapport sur la responsabilité des États (A/CN.4/490 et Add.1 à 7), juge cette disposition sans grand intérêt et sans doute la moins pertinente de tout le projet d'articles. Peut-être pourrait-on l'éliminer, d'autant que le Rapporteur spécial lui-même a déclaré que la situation qu'elle visait était extrêmement rare. De surcroît, comme on l'a aussi fait observer, cette idée d'un organe mis à la disposition d'un État par un autre État a des connotations, sinon proprement coloniales, du moins humiliantes du point de vue de la souveraineté nationale. Une chose est certaine, c'est qu'aucun État n'aime à se trouver dans la situation envisagée dans cet article. Enfin, la disposition aurait été acceptable s'il y avait été question, comme auparavant, des organisations internationales au même titre que des États. La disparition des premières est une raison supplémentaire de supprimer l'article.

** Reprise des débats de la 2534e séance.

*** Reprise des débats de la 2556e séance.

[13] Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2e partie), p. 62, doc. A/51/10, chap. III, sect. D.

[14] Voir *supra* note 12.

[15] Ibid.

46. L'article 10 (Attribution à l'État du comportement d'organes agissant en dépassement de leur pouvoir ou en contradiction avec leurs instructions) proposé par le Rapporteur spécial au paragraphe 284 de son premier rapport est acceptable à condition d'employer, dans la version française, comme l'a suggéré M. Pellet (2556e séance), le terme « compétence » plutôt que celui de « pouvoir ». M. Economides approuve également la suppression des articles 11 à 14, dont la disparition ne fait qu'améliorer le texte.

47. L'article 15 (Comportement d'organes d'un mouvement insurrectionnel), tel que proposé par le Rapporteur spécial au paragraphe 284 de son premier rapport, est le plus délicat de ceux que la Commission avait à examiner à la session en cours, dans la mesure où il doit, du point de vue de l'attribution de la responsabilité, couvrir trois situations différentes. La première est la situation que cette disposition vise explicitement, c'est-à-dire celle dans laquelle un mouvement insurrectionnel devient le nouveau gouvernement et endosse la responsabilité des faits illicites qui se sont produits antérieurement à sa prise de pouvoir. Tout le monde s'entend là-dessus. La deuxième est celle qui naît au moment où le mouvement insurrectionnel est « établi », selon le mot employé au paragraphe 1, c'est-à-dire au moment où ce mouvement contrôle une partie du territoire de l'État. L'appréciation de cette situation, fondée sur le principe de l'« effectivité » du pouvoir, ne pose pas non plus de problème : le mouvement insurrectionnel est responsable jusqu'à la fin de l'insurrection, que celle-ci échoue ou triomphe. La troisième situation est beaucoup plus difficile à saisir dans le projet d'article : c'est la situation, ambiguë du point de vue de la responsabilité du gouvernement, qui règne jusqu'à ce que soit « établi » le mouvement insurrectionnel qui s'oppose à lui, c'est-à-dire jusqu'au moment où ce mouvement contrôle une partie du territoire. Cette situation reste implicite dans le texte, alors qu'il faut absolument en régler le sort.

48. Concluant son intervention par l'article 15 *bis* (Comportement de personnes ou d'entités n'agissant pas pour le compte de l'État, qui est ultérieurement entériné ou fait sien par cet État), tel que proposé par le Rapporteur spécial au paragraphe 284 de son premier rapport, M. Economides déclare y voir une disposition indispensable, comme d'ailleurs la majorité des membres. À son avis, cependant, il conviendrait de dire que le comportement est « entériné *et* fait sien » par un État, plutôt que « entériné *ou* fait sien ». Mieux vaut renforcer une condition unique que poser deux conditions plus lâches. Le Comité de rédaction pourra éventuellement revenir sur cet aspect du texte.

49. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) se plaît à constater que les projets d'articles 9 et 11 à 15 *bis* qu'il a proposés ont été généralement bien acceptés. L'article 15 a même fait l'objet d'un minidébat exemplaire. Il ressort en tout cas des réflexions de la Commission que la question de la responsabilité des organisations internationales et des États pour les actes illicites commis par ces organisations doit être étudiée à part et faire l'objet d'un sujet distinct. Elle doit en tout cas disparaître du projet d'articles. Tous les membres semblent d'accord pour conserver, cependant, une clause de sauvegarde, sans s'entendre sur sa formulation. C'est une des questions dont le Comité de rédaction pourra très certainement se charger.

50. À l'article 9, l'abandon du cas des organisations internationales n'a soulevé aucune objection. Il faut admettre que la situation visée par cet article est rarissime. Si certains jugent que cette disposition a des relents de colonialisme, comme on l'a fait observer surtout à propos de la référence au *Privy Council* du Royaume-Uni, au paragraphe 220 de son premier rapport, le Rapporteur spécial a à l'esprit des situations beaucoup plus récentes qui n'ont rien à voir avec le colonialisme, des situations mêmes dans lesquelles l'État en cause est d'accord pour qu'un autre État mette des organes à sa disposition. L'article 9 a donc son utilité et il est bon de le conserver. Sa présence en tout cas soulèvera moins de problèmes que son absence.

51. Tous les membres de la Commission ont été d'accord pour dire que les articles 11 à 14 devaient disparaître. M. Pellet a cependant fait à propos de l'article 12 une observation tout à fait juste sur un point qu'il faudrait en effet analyser davantage. Cependant, cette question est à la limite du problème de l'attribution que cherche à régler le projet à l'examen. Sans doute est-il trop tôt pour que la Commission puisse en régler le sort. Si, donc, des membres ont été d'avis de supprimer des dispositions négatives du projet, ils ont à juste titre préconisé le maintien des passages les plus pertinents du commentaire.

52. La fusion des articles 14 et 15 a également rencontré l'agrément de la Commission. Le Comité de rédaction pourra se demander si le nouvel article 15 devra être formulé sous forme positive ou négative. Il pourra également s'interroger sur les rapports de celui-ci avec l'article 5 (Attribution à l'État du comportement de ses organes), c'est-à-dire les rapports entre les organes des « mouvements insurrectionnels » et des « collectivités publiques territoriales » des États. Il faudra évidemment éviter tout risque de confusion entre ces deux figures juridiques.

53. De nombreuses questions ont été soulevées à propos des formulations utilisées dans le nouvel article 15. Ainsi de l'adjectif « établi » qui figure au paragraphe 1. Ce qualificatif signifie qu'il y a bel et bien une pratique internationale à l'égard des mouvements insurrectionnels et qu'il existe un seuil à partir duquel ces mouvements acquièrent un certain statut international. Quant à savoir s'il faut dire « mouvements insurrectionnels » ou « mouvements de libération nationale », le Comité de rédaction pourra faire un choix entre les deux termes ou même les employer ensemble, mais on lui rappellera qu'il n'existe plus beaucoup de mouvements de libération nationale dans le monde contemporain. De toute manière, il n'appartient pas à la Commission d'analyser le statut international des mouvements insurrectionnels. Dans le même ordre d'idées, la Commission n'a pas à approfondir le sujet de la responsabilité de ces mouvements, même s'il est évident qu'ils en ont une.

54. La Commission a également accepté le principe qui soutient l'article 15 *bis*, relatif aux événements qu'un État entérine ou fait siens par la suite. Vu les situations qu'offre le théâtre du monde contemporain, cette disposi-

tion est absolument nécessaire. M. Economides a proposé une modification dont il sera tenu compte et M. Bennouna a fait observer que cette disposition couvrait en fait deux situations différentes, selon le moment où l'État fait commencer la responsabilité qu'il endosse. Mais il ne semble pas tout à fait nécessaire de faire valoir cette différenciation au niveau de l'article, qui ne vise qu'à régler le problème de l'attribution de responsabilité.

55. M. PELLET constate que le Rapporteur spécial semble retenir une acception de l'attribution beaucoup plus étroite que celle que l'on prête en général à ce terme.

56. M. BENNOUNA dit qu'il faut déclarer très clairement que le statut des mouvements insurrectionnels et des mouvements de libération nationale ne fait pas partie du sujet que la Commission a étudié, en dépit des sensibilités politico-historiques personnelles de ses membres. Cette question relève en effet du sujet de la personnalité juridique. Elle ne couvre pas un simple problème de terminologie, même si l'on peut en effet hésiter sur l'emploi du mot « insurrectionnel ».

57. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) répond qu'il prend « attribution » au sens qui lui est donné à l'article 3 (Éléments du fait internationalement illicite de l'État). Quant aux observations de M. Bennouna, il y souscrit sans réserve.

58. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que les membres de la Commission souhaitent renvoyer au Comité de rédaction les projets d'articles 9 et 11 à 15 *bis*.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 13 h 5.

2559e SÉANCE

Mercredi 12 août 1998, à 12 h 15

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Al-Khasawneh, M. Bennouna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Opertti Badan, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Yamada.

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquantième session *(suite*)*

CHAPITRE IX. — *Les réserves aux traités* (A/CN.4/L.562 et Corr.1 et Add.1 et 2 et A/CN.4/L.564)

A. — Introduction (A/CN.4/L.562)

B. — Examen du sujet à la présente session (A/CN.4/L.562 et Corr.1 et Add.1 et 2)

1. M. DUGARD (Rapporteur), présentant le chapitre IX du projet de rapport sur les réserves aux traités dit que ce texte reflète avec exactitude l'exposé introductif du Rapporteur spécial sur les réserves aux traités ainsi que le débat à la Commission. Il recommande donc vivement son adoption.

2. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit qu'il signalera au secrétariat quelques modifications rédactionnelles, qui ne changeront rien au contenu du projet. Sur le fond, sa seule suggestion est de supprimer la note de bas de page 1 dans le document A/CN.4/L.562/Add.1, parce que la référence au Japon n'est pas appropriée.

Les sections A et B, ainsi modifiées, sont adoptées.

3. M. ROSENSTOCK dit que le Rapporteur spécial pourrait peut-être voir si la note de bas de page 6 dans le document A/CN.4/L.562/Add.1 est rédigée de manière optimale.

La séance est levée à 12 h 30.

* Reprise des débats de la 2546e séance.

2560e SÉANCE

Mercredi 12 août 1998, à 15 h 10

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Al-Khasawneh, M. Bennouna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Opertti Badan, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Yamada.

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas

interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses) *[suite*]* (A/CN.4/483, sect. D, A/CN.4/487 et Add.1[1], A/CN.4/L.556, A/CN.4/L.568)

[Point 3 de l'ordre du jour]

EXAMEN DES PROJETS D'ARTICLES 1 À 17 PROPOSÉS PAR LE COMITÉ DE RÉDACTION À LA CINQUANTIÈME SESSION

1. M. SIMMA (Président du Comité de rédaction), présentant les projets d'articles 1 à 17 sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses adoptés par le Comité de rédaction (A/CN.4/L.568), indique que le Comité de rédaction a consacré sept séances au sujet, du 8 au 12 juin et du 5 au 10 août 1998. Il rappelle que la Commission, à sa quarante-neuvième session, a décidé de diviser le sujet de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international en deux sous-sujets, de manière à examiner, d'abord, le problème de la prévention des effets transfrontières des activités dangereuses et de se pencher, dans un deuxième temps, sur la question de la responsabilité internationale. Le texte des articles dont la Commission est saisie porte sur le premier de ces sous-sujets. À la présente session, le Rapporteur spécial chargé de la question a proposé une série de projets d'articles sur le sujet (A/CN.4/L.556). Le texte en était tiré pour l'essentiel des projets d'articles contenus dans le rapport présenté à la quarante-huitième session par le Groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international[2]. Les numéros figurant entre crochets sont ceux des articles correspondants proposés à la quarante-huitième session. Les commentaires des articles, qui figurent dans le rapport du Groupe de travail présenté à la quarante-huitième session, expliquent de manière détaillée le champ d'application de chaque article et les critères qui sont essentiels pour comprendre les articles. Toutefois, comme la Commission commence un nouveau quinquennat et compte de nouveaux membres, certaines explications s'imposent.

2. L'article premier (Activités auxquelles s'appliquent les présents projets d'articles) définit le champ d'application des articles. Il est identique à l'alinéa *a* de l'article premier du projet d'article proposé par le Groupe de travail à la quarante-huitième session. Il limite le champ d'application des projets d'articles aux activités qui ne sont pas interdites par le droit international qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif de par leurs conséquences physiques. Il énonce trois critères.

3. Le premier critère vise les « activités qui ne sont pas interdites par le droit international ». Ce critère est crucial en ce qu'il permet de distinguer entre les projets d'articles sur le sujet à l'examen et ceux relatifs à la responsabilité des États. Le deuxième critère est que les activités donnant lieu à des mesures de prévention comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif. Ce critère de risque vise à exclure du champ d'application des projets d'articles des activités qui, en fait, causent un dommage transfrontière dans leur déroulement normal. Le qualificatif « transfrontière » vise à exclure les activités qui causent un dommage sur le territoire de l'État où elles sont menées, et les activités qui causent un dommage à des zones relevant de la juridiction d'aucun État mais ne causent de dommages à aucun État en particulier. L'expression « risque de causer un dommage transfrontière significatif » doit être considérée comme un tout, et entendue comme elle est définie à l'article 2.

4. Le troisième critère est que le dommage transfrontière significatif doit avoir été causé par les conséquences physiques des activités. Cela reflète le souci qu'a la Commission depuis le début de maintenir le sujet dans des limites viables et d'exclure pour ce faire les dommages transfrontières susceptibles d'être causés par les politiques économiques, monétaires, socioéconomiques ou autres des États. Les activités doivent donc avoir des conséquences physiques causant un dommage significatif. Le titre de l'article demeure celui qui a été adopté à la quarante-huitième session.

5. Le Président du Comité de rédaction fait observer qu'il semble y avoir un écart entre le titre des projets d'articles et leur champ d'application tel que celui-ci est défini à l'article premier. C'est un problème que la Commission devra régler à un moment ou à un autre. En l'état actuel, les projets d'articles relèvent d'un sous-sujet du sujet de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international. Ils traitent donc, en fait, d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international. Néanmoins, si les projets d'articles doivent devenir autonomes, il faudra en harmoniser le titre et le champ d'application.

6. L'article 2 (Expressions employées) contient la définition de cinq termes communément utilisés dans le projet d'articles. Quatre de ces termes, ceux qui sont définis aux alinéas *a*, *c*, *d* et *e*, étaient déjà définis à l'article 2 du projet proposé à la quarante-huitième session. L'alinéa *b* est nouveau.

7. L'alinéa *a* définit l'expression « risque de causer un dommage transfrontière significatif » comme une faible probabilité de causer un dommage désastreux et une forte probabilité de causer d'autres dommages significatifs. L'adjectif « significatif » s'applique à la fois au risque et au dommage. Aux fins des articles, on entend par « risque » l'effet combiné de la probabilité qu'un accident se produise et l'ampleur de ses conséquences préjudiciables. C'est donc l'effet combiné de ces deux éléments qui définit le seuil, et qui doit atteindre un niveau jugé significatif. Le mot « recours » vise à souligner que l'éventail des activités visées est limité et ne comprend pas, par exemple, les activités auxquelles est associée une faible probabilité de causer un dommage transfrontière significatif.

8. L'alinéa *b* est nouveau; il ne définit pas le dommage, il en définit le champ, en indiquant qu'il s'agit du dommage causé aux personnes, aux biens ou à l'environnement.

* Reprise des débats de la 2542e séance.

[1] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

[2] Voir 2527e séance, note 16.

9. L'alinéa *c* définit le « dommage transfrontière » comme le dommage causé sur le territoire ou en d'autres lieux placés sous la juridiction ou le contrôle d'un État autre que l'État d'origine, que les États concernés partagent ou non une frontière commune. Cette définition s'explique d'elle-même et précise que les projets d'articles ne s'appliquent pas aux dommages causés aux zones ne relevant de la juridiction d'aucun État, mais s'appliquent en revanche aux activités menées sous la juridiction et le contrôle d'un État, par exemple en haute mer, qui ont des effets sur le territoire d'un autre État ou dans des lieux placés sous la juridiction et le contrôle d'un autre État, et qui ont des conséquences préjudiciables (par exemple pour les navires d'un autre État en haute mer).

10. L'alinéa *d* définit l'expression « État d'origine » comme l'État sur le territoire ou sous la juridiction et le contrôle duquel s'exercent les activités visées à l'article premier.

11. L'alinéa *e* définit l'expression « État susceptible d'être affecté » comme l'État sur le territoire duquel le dommage transfrontière significatif est susceptible de se produire ou qui exerce une juridiction ou un contrôle sur tout autre lieu où ce dommage est susceptible de se produire. Le Président du Comité de rédaction fait observer que le Comité a remplacé le verbe « s'est produit » qui figurait dans le projet d'articles proposé à la quarante-huitième session par « est susceptible de se produire » parce qu'il s'agit ici de prévention.

12. L'article 3 (Prévention) énonce l'obligation générale de prévention sur laquelle repose l'ensemble du projet d'articles. Il s'inspire de l'article 4 du projet soumis à la quarante-huitième session, mais s'en écarte en ce qu'il n'envisage pas l'obligation de prendre toutes les mesures appropriées pour réduire au minimum les effets du dommage une fois que celui-ci s'est produit, le Comité de rédaction ayant considéré que cette question relève de la responsabilité et non de la prévention.

13. L'article 3 met à la charge de l'État une obligation de prendre toutes les mesures nécessaires pour prévenir les dommages transfrontières significatifs ou en réduire le risque au minimum. Il peut s'agir à ce titre de prendre les mesures qu'exige la plus grande prudence, même en l'absence de certitude scientifique établie, de manière à éviter ou à prévenir le dommage lorsqu'il y a un risque de causer un dommage grave ou irréversible. Cette idée est bien développée dans le principe 15 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement[3] et s'entend sous réserve des moyens dont disposent les États concernés. Il est admis qu'une mise en œuvre optimale et plus efficace de l'obligation de prévention nécessiterait une modernisation des technologies utilisées dans le cadre de l'activité ainsi que l'allocation de ressources financières et humaines adéquates, accompagnée de la formation nécessaire pour la gestion et le suivi de l'activité. C'est l'exploitant qui est censé supporter le coût de la prévention, dans la mesure où il est responsable de l'activité. L'État d'origine est aussi censé faire les dépenses nécessaires pour mettre en place des mécanismes administratifs, financiers et de surveillance visés à l'article 5. Le Comité de rédaction a noté que les États concluent entre eux des arrangements mutuellement avantageux dans les domaines du renforcement des capacités, du transfert de technologie et des ressources financières. Ces initiatives servent l'intérêt commun à tous les États d'élaborer des normes internationales uniformes pour la réglementation et la mise en œuvre de l'obligation de prévention.

14. L'article 4 (Coopération) repose aussi sur l'article correspondant du projet proposé à la quarante-huitième session. Toutefois, là encore, il n'est plus question de l'obligation de réduire au minimum les effets d'un dommage qui s'est déjà produit, car elle ne relève pas de la prévention. Le Comité de rédaction a en outre remplacé le mot « une » par « une ou plusieurs ». Le commentaire expliquera que les organisations visées dans cet article sont celles qui ont les compétences voulues pour aider les États concernés à prévenir les dommages transfrontières significatifs ou à en réduire le risque au minimum. Il expliquera aussi que, outre cette assistance, les organisations internationales peuvent offrir aux États un cadre pour s'acquitter de leur obligation de coopérer en matière de prévention en application de cet article.

15. L'article 5 (Mise en œuvre) est fondé sur l'article 7 du projet proposé à la quarante-huitième session. Il énonce une évidence, à savoir que, dès lors qu'un État devient partie au projet d'articles, il doit prendre les mesures nécessaires pour en mettre les dispositions en œuvre. Il peut s'agir de mesures législatives, administratives ou autres ou, par exemple, de la mise en place de mécanismes de surveillance appropriés — une expression qui met en lumière le caractère continu de l'obligation consacrée dans le projet d'article.

16. L'article 6 (Relations avec d'autres règles du droit international) est une version simplifiée de l'article 8 du projet proposé à la quarante-huitième session. Il indique que les projets d'articles sont sans préjudice de l'existence, de l'application ou de l'effet de toute autre règle du droit international, conventionnelle ou coutumière, concernant une action ou une omission à laquelle les projets d'articles s'appliqueraient en l'absence d'une telle règle.

17. L'article 7 (Autorisation préalable) énonce, dans la première partie de la première phrase du paragraphe 1, la règle fondamentale selon laquelle les activités entrant dans le champ d'application des projets d'articles requièrent une autorisation préalable de l'État d'origine. Le Comité de rédaction a jugé nécessaire d'indiquer aussi dans cette phrase un élément qui figurait dans le commentaire de l'article correspondant, l'article 9, du projet proposé à la quarante-huitième session, à savoir que l'autorisation préalable est aussi requise pour introduire dans une activité dangereuse déjà autorisée une modification majeure. Comme indiqué dans le commentaire en question, on entend par « modification majeure » une modification qui accroîtrait le risque ou modifierait sa nature ou sa portée. La seconde phrase du paragraphe 1 envisage un type différent de modification, à savoir une modification qui transforme une activité sans risques en activité à risque. Le Comité de rédaction a supprimé l'épithète « substantielle » qui figurait dans le projet proposé à la quarante-huitième session, car toute modification qui fera entrer une activité dans le champ d'application des projets d'articles fera naître l'obligation d'obtenir une autorisation préalable.

[3] Ibid., note 8.

18. Le paragraphe 2 de l'article 7 concerne les activités entrant dans le champ d'application des projets d'articles qui étaient déjà en cours avant que ceux-ci n'entrent en vigueur. Dans le projet d'articles proposé à la quarante-huitième session, cette question faisait l'objet d'un article distinct, l'article 12. Le texte proposé par le Rapporteur spécial est plus général que la disposition antérieure, qui énonçait les diverses étapes de la procédure en cause. Le Comité de rédaction a apporté deux modifications au texte du Rapporteur spécial : il a supprimé le mot « préalable » au motif qu'il s'agit d'activités déjà en cours, et il a supprimé la référence au paragraphe 1 pour qu'elle ne puisse donner lieu à une interprétation erronée puisque les deux paragraphes concernent des situations totalement différentes.

19. Le Comité de rédaction a estimé qu'il était important d'inclure une disposition concernant les conséquences du non-respect par l'exploitant des conditions de l'autorisation. De fait, la règle de l'autorisation préalable consacrée dans cet article perdrait beaucoup de son effet pratique si l'État d'origine n'avait pas aussi l'obligation de veiller à ce que l'activité soit menée conformément aux conditions qu'il a énoncées lorsqu'il l'a autorisée. C'est aux États qu'il appartient de décider selon quelles modalités ils s'acquittent de cette obligation. Le paragraphe 3 de l'article 7 indique néanmoins que, dans certains cas, la carence de l'exploitant peut aboutir au retrait de l'autorisation.

20. L'article 8 (Évaluation de l'impact) est fondé sur l'article 10 du projet soumis à la quarante-huitième session. Il dispose essentiellement que l'octroi d'une autorisation doit être précédé par une évaluation de l'impact transfrontière de l'activité. Cette évaluation permet à l'État de déterminer l'étendue et la nature du risque que comporte l'activité et donc le type de mesures préventives qu'il doit prendre. La question de savoir qui doit procéder à cette évaluation est laissée aux États. L'article n'indique pas ce que doit contenir l'évaluation du risque. À l'évidence, une telle évaluation n'a de sens que si elle lie le risque au dommage auquel ce risque peut donner lieu.

21. L'article 9 (Information du public) est fondé sur l'article 15 du projet soumis à la quarante-huitième session. Il dispose que les États doivent tenir le public susceptible d'être affecté informé du risque que comporte une activité soumise à autorisation et aussi s'informer de son opinion. Cet article reflète une tendance récente du droit international, à savoir faire participer aux prises de décisions de l'État les gens dont la vie, la santé ou les biens risquent d'être affectés, en leur donnant la possibilité d'exposer leur opinion aux décideurs. L'obligation énoncée dans l'article est circonscrite par l'expression « par les moyens appropriés », qui laisse aux États le choix des moyens d'informer leur population.

22. L'article 10 (Notification et information), qui correspond à l'article 13 du projet soumis à la quarante-huitième session, vise la situation dans laquelle l'évaluation prévue à l'article 8 fait apparaître que l'activité projetée comporte effectivement un risque de causer un dommage transfrontière significatif. Avec les articles 11 et 12, l'article 10 définit une série de procédures essentielles pour essayer de réaliser un équilibre entre les intérêts de tous les États concernés, et ce, en leur donnant une possibilité raisonnable de trouver le moyen de prendre des mesures préventives raisonnables. L'idée qui sous-tend cet article est que l'État d'origine est tenu de donner notification aux États susceptibles d'être affectés par une activité. Le texte adopté par le Comité de rédaction est légèrement différent de celui de l'article 13 du projet soumis à la quarante-huitième session. Premièrement, il reflète une idée qui figurait dans le commentaire de cet article 13. L'État d'origine est maintenant tenu, « en attendant de prendre une décision sur l'autorisation de l'activité », de donner « en temps utile » notification du risque aux États susceptibles d'être affectés. Le texte actuel est plus nuancé et plus souple que celui du projet soumis à la quarante-huitième session, qui prévoyait une notification « sans retard ».

23. Pour ce qui est du temps dont disposent les États susceptibles d'être affectés pour répondre, le projet d'articles soumis à la quarante-huitième session prévoyait que, dans sa notification, l'État d'origine devait indiquer dans quel délai la réponse devait intervenir. Dans l'article 10, l'État d'origine n'a plus à le faire. Aux termes du paragraphe 2, les États susceptibles d'être affectés doivent répondre « dans un délai raisonnable », une formule que le Comité de rédaction a considérée comme plus souple. Le Comité estime néanmoins que, dans la mesure où elle s'applique à des délais prescrits pour des procédures avant qu'une activité ne commence, l'expression « délai raisonnable » doit être interprétée comme signifiant qu'aucune autorisation ne peut être accordée avant l'écoulement du « délai raisonnable ». Ce point sera expliqué dans le commentaire.

24. L'article 11 (Consultations sur les mesures préventives), qui correspond à l'article 17 du projet soumis à la quarante-huitième session, prévoit des consultations entre les États concernés en ce qui concerne les mesures à prendre pour prévenir un dommage transfrontière significatif ou en réduire le risque au minimum, et s'efforce de mettre en balance deux considérations également importantes. Premièrement, il ne faut pas oublier que cet article concerne des activités qui ne sont pas interdites par le droit international et qui, normalement, servent le développement économique de l'État d'origine. Mais, deuxièmement, il ne serait pas juste pour les autres États de permettre que ces activités soient menées sans qu'ils soient consultés et sans prendre les mesures préventives qui s'imposent. L'article 11 ne prévoit ni une simple formalité que l'État d'origine doit accomplir, sans intention réelle de parvenir à une solution acceptable pour les autres États, ni un droit de veto au bénéfice de l'État susceptible d'être affecté. Pour maintenir cet équilibre, l'article met l'accent sur la manière dont les parties se consultent et à quelles fins elles le font. Elles doivent se consulter de bonne foi, compte tenu des intérêts légitimes de chacun. Sur la recommandation du Rapporteur spécial, le Comité de rédaction a apporté certaines modifications au paragraphe 1. Il a supprimé les mots « et sans délai », cela étant implicite dans le principe de la bonne foi qui régit les consultations, ainsi que la référence à l'obligation de coopérer, déjà consacrée de manière plus générale à l'article 4.

25. Le paragraphe 2 est demeuré inchangé. Quant au paragraphe 3, qui envisage la situation dans laquelle les consultations n'ont pas abouti à une solution concertée, le Comité de rédaction, là encore sur la proposition du Rap-

porteur spécial, a remplacé les mots « et peut poursuivre l'activité à ses propres risques » par « s'il décide d'autoriser la poursuite de l'activité à ses propres risques », pour souligner qu'une activité susceptible de causer un dommage transfrontière significatif ne peut être menée qu'avec l'autorisation de l'État d'origine, comme prévu à l'article 7. Le Comité de rédaction a aussi simplifié la clause de sauvegarde qui figure dans la dernière phrase, qui est désormais « sans préjudice des droits de tout État susceptible d'être affecté ». On s'est demandé au Comité de rédaction si, au cas où la procédure de règlement des différends envisagée à l'article 17 aurait été mise en œuvre en raison de l'échec des consultations, l'État d'origine doit attendre l'issue de cette procédure pour autoriser l'activité. Pour la majorité des membres du Comité, s'agissant d'activités non interdites par le droit international, cela reviendrait à faire peser une charge abusive sur l'État d'origine.

26. L'article 12 (Facteurs d'un juste équilibre des intérêts) correspond mot pour mot, à l'exception de l'alinéa *d*, à l'article 19 du projet soumis à la quarante-huitième session. Il vise à donner aux États certaines indications aux fins de leurs consultations. Pour parvenir à un juste équilibre des intérêts, de nombreux faits doivent être établis et tous les facteurs et circonstances pertinents doivent être pris en considération. Cet article doit être interprété à la lumière du reste du projet d'articles, et en particulier de l'article 3, qui met l'obligation de prévention à la charge de l'État d'origine. La clause liminaire de l'article dispose que « pour parvenir à un juste équilibre des intérêts (...) les États intéressés prennent en considération tous les facteurs et circonstances pertinents ». Elle est suivie par une liste non exhaustive de ces facteurs et circonstances. Étant donné la grande diversité des types d'activités entrant dans le champ d'application des projets d'articles, et les différentes situations et circonstances dans lesquelles elles sont menées, il est impossible d'établir une liste exhaustive des facteurs pertinents dans tous les cas d'espèces. Certains facteurs peuvent être pertinents dans une situation donnée, d'autres ne pas l'être, et d'autres encore, qui ne figurent pas dans la liste, se révéler pertinents. En outre, il n'y a aucune priorité quant au poids à accorder aux divers facteurs et circonstances, les uns et les autres pouvant être plus ou moins importants selon le cas.

27. L'alinéa *a* met en balance le degré de risque et la mesure dans laquelle il existe des moyens de prévenir le dommage ou de réduire le risque au minimum. Par exemple, le degré de risque peut être élevé, et certaines mesures peuvent écarter ou réduire le risque, ou il peut y avoir de bonnes possibilités de réparer le dommage. Les comparaisons sont à la fois quantitatives et qualitatives. L'alinéa *b* met en balance l'importance de l'activité compte tenu des avantages d'ordre social, économique et technique qui en découlent pour l'État d'origine et le dommage qui peut en résulter pour les États susceptibles d'être affectés. L'alinéa *c* met en balance, de la même manière que l'alinéa *a*, le risque de dommage à l'environnement et la mesure dans laquelle il existe des moyens de prévenir le dommage ou d'en réduire le risque. L'alinéa *d* tient compte du fait qu'il est fréquent que les États concernés négocient la répartition du coût des mesures préventives. Ce faisant, ils partent du principe fondamental découlant de l'article 3, selon lequel ces coûts doivent être à la charge de l'exploitant ou de l'État d'origine. Ces négociations ont lieu le plus souvent lorsqu'il n'y a pas d'accord sur le montant des mesures préventives et lorsque l'État susceptible d'être affecté prend à sa charge une part du coût de ces mesures parce qu'il souhaite être mieux protégé que ne le protégeraient les mesures de prévention prises par l'État d'origine. Ce lien entre le partage des coûts et le montant des mesures préventives est en particulier reflété à l'alinéa *d*. L'alinéa *e* dispose que la viabilité économique de l'activité, compte tenu du coût de la prévention et de la possibilité de mener l'activité ailleurs ou par d'autres moyens ou de la remplacer par une autre activité, doit être prise en considération. Enfin, l'alinéa *f* met en balance les normes de protection exigées de l'État d'origine et celles appliquées à la même activité ou à des activités comparables dans les États susceptibles d'être affectés, l'idée étant qu'il est difficile d'exiger de l'État d'origine qu'il se conforme à des normes de prévention beaucoup plus rigoureuses que les États susceptibles d'être affectés. Ce facteur n'est toutefois pas déterminant en lui-même.

28. L'article 13 (Procédures en cas d'absence de notification) vise la situation dans laquelle un État a des motifs raisonnables de penser qu'une activité projetée ou menée dans un autre État peut risquer de causer un dommage transfrontière significatif bien qu'il n'ait pas reçu de notification en ce sens. Cette question était traitée à l'article 18 du projet soumis à la quarante-huitième session, mais le Rapporteur spécial a estimé qu'il était préférable de reprendre le libellé de l'article 18 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, qui prévoit un mécanisme plus progressif, et le Comité de rédaction a souscrit à cette opinion. Ainsi, au lieu de demander immédiatement des consultations comme le prévoyait le projet d'articles soumis à la quarante-huitième session, l'État qui s'estime susceptible d'être affecté demandera d'abord à l'État d'origine de notifier l'activité et de lui transmettre les informations pertinentes. Ce n'est que si l'État d'origine refuse, au motif qu'il n'est pas tenu de le faire — en d'autres termes si cet État estime que l'activité ne comporte pas de risque de causer un dommage transfrontière significatif —, que des consultations peuvent avoir lieu à la demande de l'autre État. Le Comité de rédaction a estimé qu'il était nécessaire de préciser au paragraphe 2 que l'État d'origine devait donner sa réponse « dans un délai raisonnable ». De fait, les consultations ne peuvent avoir lieu tant que cet État n'a pas donné sa réponse, et l'État qui pense qu'une activité menée dans l'État d'origine risque de lui causer un dommage transfrontière significatif serait laissé sans recours.

29. Le Comité de rédaction a procédé à une modification du texte proposé par le Rapporteur spécial pour le paragraphe 3, aux termes duquel l'État qui estime que l'activité est dangereuse pouvait demander à l'État d'origine de la suspendre pour six mois. On a de fait estimé que cette obligation imposée à l'État d'origine était indûment rigoureuse. Les articles visent une activité qui n'est pas interdite par le droit international. Le Comité de rédaction a donc adouci cette obligation en exigeant de l'État d'origine qu'il prenne « des mesures appropriées et applicables pour réduire au minimum le risque ». La suspension de l'activité n'est prévue que « le cas échéant ». Il y a donc une progressivité dans les mesures que peut prendre l'État d'origine. En outre, le commentaire précisera que

ces mesures seront déterminées par le fait que l'activité en question est en cours ou est achevée.

30. L'article 14 (Échange d'informations) indique ce qu'il faut faire après qu'une activité a été engagée. L'objet de cette étape, comme les précédentes, est de prévenir les dommages transfrontières significatifs ou réduire le risque au minimum. Cette disposition est reprise mot pour mot de l'article 14 du projet soumis à la quarante-huitième session, si ce n'est que les mots « dont ils disposent » ont été ajoutés après le mot « pertinentes ». Cet article prévoit un échange d'informations entre l'État d'origine et les États susceptibles d'être affectés pendant le déroulement de l'activité. La prévention n'est pas une entreprise ponctuelle, mais une démarche continue. C'est pourquoi les obligations de prévention ne s'éteignent pas une fois que l'autorisation de mener l'activité a été accordée, mais demeurent aussi longtemps que l'activité se poursuit.

31. Les informations qui doivent être communiquées en application de l'article 14 comprennent tout ce qui serait utile ou pertinent aux fins de la prévention. L'ajout déjà relevé des mots « dont ils disposent » permet, pour le Comité de rédaction, d'alléger la charge de l'État d'origine qui, autrement, aurait été tenu de fournir « toutes informations pertinentes ». La nouvelle formulation a l'avantage d'être plus nuancée, plus équitable. Les informations doivent être échangées « en temps voulu », ce qui signifie que, lorsqu'une information vient à la connaissance d'un État, il doit la communiquer à l'autre État rapidement afin que tous les États concernés aient assez de temps pour se consulter sur des mesures préventives. L'obligation d'échanger des informations ne naît que lorsque les États ont des informations concernant la prévention des dommages transfrontières.

32. L'article 15 (Sécurité nationale et secrets industriels) reproduit l'article 16 du projet soumis à la quarante-huitième session sans modification. Le Comité de rédaction a estimé que l'article 15 reflétait adéquatement une dérogation étroitement limitée à l'obligation de l'État d'origine de fournir des informations que d'autres articles du projet mettent à sa charge. Les clauses de ce type ne sont pas inhabituelles dans les traités qui prévoient un échange d'informations, notamment la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. L'article 31 de la Convention, toutefois, ne vise que les informations relatives à la défense ou à la sécurité nationale, alors que l'article 15 protège aussi les secrets industriels. De fait, dans le cadre du sujet, il est extrêmement probable que certaines des activités en cause impliquent l'utilisation de techniques de pointe protégées par les législations internes sur la propriété industrielle. Comme dans toutes les dispositions du projet d'articles, on a tenté de réaliser un équilibre entre les intérêts légitimes de tous les États concernés. Ainsi, l'État d'origine, s'il peut ne pas communiquer certaines informations, « coopère de bonne foi avec les autres États intéressés pour fournir autant d'informations que les circonstances le permettent ».

33. L'article 16 (Non-discrimination) est fondé sur l'article 32 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. Il énonce le principe fondamental selon lequel l'État d'origine donne accès à ses procédures judiciaires ou autres sans faire de discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu où le dommage est survenu. Cet article oblige les États à faire en sorte que toute personne, quelle que soit sa nationalité ou sa résidence, et quel que soit le lieu où le dommage s'est produit, soit traitée par l'État d'origine de la même manière que les nationaux de cet État en vertu du droit interne. Cet article doit être entendu comme empêchant les États d'opérer une discrimination sur la base de leurs systèmes juridiques et non comme une clause générale de non-discrimination relative aux droits de l'homme. En fait, cette disposition concerne l'égalité d'accès des nationaux et des non-nationaux ainsi que des résidents et des non-résidents aux tribunaux et aux instances administratives des États concernés.

34. L'article 17 (Règlement des différends) est une nouvelle disposition proposée par le Rapporteur spécial et n'a pas d'équivalent dans le projet d'articles soumis à la quarante-huitième session. Il s'inspire de l'article 33 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation en ce qu'il prévoit le recours obligatoire à une commission d'enquête à la demande d'une des parties si le différend n'a pas été réglé par d'autres moyens dans une période de six mois. Parmi ces autres moyens, le Rapporteur spécial avait cité les procédures obligatoires de l'arbitrage et du règlement judiciaire. Le Comité de rédaction a toutefois considéré qu'il était aussi important de mentionner expressément d'autres moyens de règlement par tierce partie, en particulier la médiation et la conciliation. Pour ce qui est de la procédure d'enquête, le Comité de rédaction était conscient qu'en pratique stipuler, comme le fait l'article 17, que les parties « ont recours, à la demande de l'une quelconque d'entre elles, à l'établissement d'une commission d'enquête indépendante et impartiale » ne suffirait pas pour qu'une telle commission soit effectivement constituée. De fait, dans les instruments internationaux ayant force obligatoire, ce type de disposition prévoit normalement une procédure détaillée concernant la nomination des membres de la commission d'enquête et le fonctionnement de celle-ci, comme c'est le cas, par exemple, de l'article 33 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. Toutefois, la nature des projets d'articles sur la prévention n'ayant pas encore fait l'objet d'une décision, le Comité de rédaction a estimé qu'il était prématuré de définir une telle procédure dans le projet. Cela sera aussi expliqué dans le commentaire. Pour ce qui est de la dernière phrase de l'article 17, relative au rapport de la commission d'enquête, le Comité de rédaction a jugé préférable de supprimer les mots « a valeur de recommandation », parce qu'ils pouvaient donner lieu à des malentendus. Normalement, un tel rapport se limitera à exposer les faits que la commission d'enquête a établis et ne contiendra pas de recommandations proprement dites. Le commentaire indiquera clairement que le rapport n'a aucun caractère contraignant.

35. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à présenter leurs observations sur les projets d'articles.

36. M. BENNOUNA estime que le dernier article présenté par le Président du Comité de rédaction, l'article 17,

n'est pas abouti et, en l'état, n'a guère d'utilité. Le paragraphe 1 ne fait qu'énumérer les moyens de règlement qui sont de toute façon à la disposition des États et, en ce sens, n'ajoute rien à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies. Quant au paragraphe 2, s'il évoque « l'établissement d'une commission d'enquête », il ne donne aucune indication quant aux modalités concrètes de la constitution et du fonctionnement d'une telle commission. M. Bennouna propose donc de renvoyer ce projet d'article au Comité de rédaction.

37. M. FERRARI BRAVO félicite le Rapporteur spécial pour avoir fait une sélection parmi les textes déjà élaborés pour dégager des normes sur lesquelles appuyer une ébauche de codification. Finalement, en partant d'un titre tout à fait général, le Rapporteur spécial est arrivé à des conclusions assez proches de celles auxquelles l'intervenant était parvenu en qualité de rapporteur spécial chargé de l'environnement à l'Institut de droit international.

38. En ce qui concerne l'article 17, il est certes un peu ténu, mais cela ne signifie pas qu'il est entièrement inutile, car la prévention est un domaine où les États ont toujours été réticents à accepter des procédures contraignantes. Même la modeste commission d'enquête prévue au paragraphe 2 de l'article est un premier pas. L'article 17 n'est peut-être pas définitif dans sa forme, mais il paraît difficile en l'état actuel d'aller au-delà, et il n'y a pas lieu de le renvoyer au Comité de rédaction.

39. Le PRÉSIDENT, répondant à une question de M. PELLET, propose à la Commission de procéder article par article.

Il en est ainsi décidé.

ARTICLE PREMIER (Activités auxquelles s'appliquent les présents projets d'articles)

L'article premier est adopté.

ARTICLE 2 (Expressions employées)

40. M. PELLET veut s'assurer que l'expression « ou le contrôle », qui est utilisée dans cet article comme aux articles 7 et 13, vise bien le cas d'un État qui exerce sur un territoire ne lui appartenant pas un contrôle effectif et doit donc être tenu responsable de ce qui peut s'y passer.

41. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) indique que c'est effectivement ainsi qu'il faut entendre le mot « contrôle », conformément à l'interprétation qui en a été donnée par la CIJ dans l'affaire de la *Namibie*.

42. M. HAFNER indique que l'expression « sous la juridiction ou le contrôle » avait fait l'objet d'un long débat en 1972 à Stockholm[4] et qu'elle est depuis lors usuelle dans des documents de ce type. On avait estimé à l'époque que le fait de parler uniquement de la juridiction soulevait aussitôt le point de savoir si celle-ci était exercée de manière licite. C'est pourquoi on avait ajouté « ou le contrôle », de manière à couvrir aussi des questions comme la juridiction et le contrôle exercés sur des navires en haute mer, notamment. Autrement dit, l'ajout des mots « ou le contrôle » visait essentiellement à esquiver le débat sur la licéité ou l'illicéité de la juridiction.

L'article 2 est adopté.

ARTICLE 3 (Prévention)

43. M. PELLET s'interroge sur les raisons qui ont conduit à supprimer l'ancien article 3 proposé par le Groupe de travail à la quarante-huitième session et à le remplacer par le nouvel article 3, qui reprend à peu de chose près l'ancien article 4 proposé par le Groupe de travail à la quarante-huitième session. Avec la suppression de cet article a disparu l'affirmation d'un principe essentiel, à savoir que la liberté d'action des États a des limites.

44. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) explique que c'est par souci de concision et pour ne pas alourdir le projet d'articles que l'on a renoncé à l'ancienne formulation, mais que les idées et les principes essentiels qui la sous-tendaient n'ont pas disparu et n'ont pas été altérés. L'ensemble du projet d'articles énonce clairement les limites de la liberté d'action des États et organise un régime à cet effet.

45. M. PELLET convient avec le Rapporteur spécial qu'on retrouve dans d'autres articles l'idée de l'obligation générale de prévention contenue dans la deuxième phrase de l'ancien article 3. En revanche, le principe de la liberté d'action de l'État et de ses limites, qui était le « pavillon » de l'ensemble du projet, a totalement disparu. Il propose de reprendre, dans un article 2 *bis,* la première phrase de l'ancien article 3, qui était bien formulée et disait quelque chose de fondamental.

46. M. ECONOMIDES estime que l'existence même du texte débattu prouve que non seulement la liberté des États n'est pas illimitée, mais aussi qu'elle est très fortement limitée. C'est pourquoi on a estimé que l'obligation de prévention générale énoncée de manière très forte à l'article 3 couvrait entièrement la première phrase de l'ancien texte et que celle-ci pouvait être supprimée.

47. M. HAFNER hésiterait à réinsérer la phrase en question, qui est tout à fait différente de l'article 3 actuel et va bien au-delà de celui-ci. Il est vrai qu'on pourrait, et que peut-être même on devrait, parler de l'équité entre les générations et du devoir d'utiliser les ressources naturelles d'une manière raisonnable, mais la Commission n'a pas un mandat aussi étendu.

48. M. BENNOUNA estime que la critique de M. Pellet est pertinente et que le principe général énoncé dans la première phrase de l'ancien article 3 pourrait être inséré dans le préambule d'une éventuelle convention.

49. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) indique que le commentaire de l'article 3 développera ce principe fondamental, qui est très général et universellement accepté.

50. M. PELLET regrette la disparition de la première phrase de l'ancien article 3 parce qu'il se réclame de l'école de l'objectivisme juridique, pour laquelle la

[4] Voir *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.II.A.14).

volonté de l'État n'est pas tout en droit international. Dans le monde des internationalistes, il y a trop de gens pour lesquels tout ce qui est n'est pas interdit est permis. M. Pellet s'incline devant la décision de supprimer cette phrase, mais il la juge profondément regrettable d'un point de vue doctrinal.

L'article 3 est adopté.

ARTICLE 4 (Coopération)

51. M. GOCO fait remarquer que l'expression « États intéressés », qui figure dans l'article 4 ainsi que dans les articles 11 et 16, n'apparaît pas dans l'article 2, relatif aux expressions employées, qui ne définit que « État d'origine » et « État susceptible d'être affecté ». En outre, dans d'autres articles, le terme « État » est employé seul. Ces variations correspondent-elles à des différences de fond ?

52. M. SIMMA (Président du Comité de rédaction) dit que l'expression « États intéressés » est employée pour éviter d'alourdir le texte lorsque le sens est clair. Dans l'article 4, les États intéressés sont à l'évidence l'État d'origine et l'État susceptible d'être affecté. Lorsque le terme « État » est employé seul, il peut signifier soit l'État par opposition à une autre institution, soit l'un ou l'autre de l'État d'origine ou de l'État susceptible d'être affecté. À chaque fois, c'est le contexte qui donne clairement le sens de l'expression employée.

53. M. ECONOMIDES est d'avis que l'expression « États intéressés » vise toujours l'État d'origine et l'État susceptible d'être affecté, alors que le terme « État », employé seul, vise aussi les États parties au futur instrument, voire les États qui n'y sont pas parties mais qui voudraient l'appliquer. Ces précisions devraient trouver leur place dans le commentaire.

54. M. AL-KHASAWNEH estime que l'expression « coopèrent de bonne foi » pourrait donner à penser, en raisonnant *a contrario*, que les États peuvent coopérer de mauvaise foi. De même, un raisonnement *a contrario* pourrait faire dire à l'article 4 que, lorsque le dommage transfrontière n'est pas significatif, les États ne sont pas tenus de coopérer. Enfin, dans une logique linéaire, « réduire au minimum » vient avant « prévenir ».

55. M. SIMMA (Président du Comité de rédaction) fait observer que l'expression « coopèrent de bonne foi » est employée dans des dizaines de traités. Les termes « dommage significatif » constituent également une expression consacrée. En tout état de cause, les raisonnements *a contrario* n'ont pas lieu d'être et la Commission ne saurait réécrire l'ensemble du projet pour éliminer tout risque d'interprétation de ce type. Enfin, les termes « réduire au minimum » et « prévenir », et le lien entre les deux, ont suscité au sein du Comité de rédaction des débats très animés, d'où il ressort que le sens de l'article est qu'il faut avant tout prévenir le dommage ou, à défaut, au moins en réduire le risque au minimum.

56. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que l'intention de la Commission n'a jamais été de minimiser l'importance de la coopération entre les États, que le dommage soit significatif ou non, même si, dans le cas d'espèce, on vise un dommage significatif. Toutes ces précisions figureront dans le commentaire.

57. M. KABATSI relève que, dans la version anglaise, le mot *organization* doit être mis au pluriel. Par ailleurs, dans l'article premier, il est question du « risque de causer un dommage » alors que dans l'article 4 il s'agit de réduire le « risque de dommage ». Peut-être conviendrait-il d'introduire aussi le verbe « causer » dans ce dernier article.

58. M. HAFNER dit que le terme « causer », employé dans l'article premier, est repris du principe 21 de la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement (Déclaration de Stockholm)[5] et du principe 2 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement. Introduire ce verbe dans l'article 4 risque, si on ne fait pas attention à la ponctuation, de modifier l'objet sur lequel porte le verbe « prévenir ».

59. M. GALICKI fait remarquer que le verbe « causer » apparaît aussi, entre autres, dans les articles 11 et 14. Le problème se pose donc à l'échelle de l'ensemble du projet.

60. M. CANDIOTI fait remarquer que le verbe « causer » figure déjà dans la version espagnole de l'article 4.

61. M. PELLET estime que si le verbe « causer » est introduit à l'article 4, il doit également l'être à l'article 3. Dans les deux cas, la reformulation de la version française risque d'être problématique.

62. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) considère que le verbe « causer » n'apporte rien dans le contexte des articles 3 et 4, le risque de dommage n'étant rien d'autre que le risque de causer un dommage. Ayant consulté d'autres membres de la Commission, il propose de maintenir les articles 3 et 4 en l'état et, par souci d'harmonisation, de supprimer les occurrences ultérieures de ce verbe lors de l'examen des articles pertinents.

63. Le PRÉSIDENT suggère à la Commission d'adopter l'article 4 en l'état, compte tenu de la proposition du Rapporteur spécial et moyennant la mise au pluriel du terme *organization* dans la version anglaise.

Il en est ainsi décidé.

L'article 4 est adopté.

ARTICLE 5 (Mise en œuvre)

64. M. PELLET constate que l'article a été étoffé par rapport à l'article 7 qui figurait dans le projet soumis à la quarante-huitième session : on y a ajouté « y compris la mise en place d'un mécanisme de surveillance approprié ». Cette incise est moins anodine qu'on pourrait le croire, car elle impose aux États une obligation que certains trouveront très lourde. Le Président du Comité de rédaction ne manquera pas de donner sur ce point des explications détaillées.

[5] Ibid., 1re partie, chap. Ier.

65. M. BENNOUNA pense que l'obligation supplémentaire qui inquiète M. Pellet n'est pas si contraignante, dans la mesure où les États sont déjà tenus en droit international coutumier de contrôler les activités qui se déroulent sur leur territoire.

66. Il juge, d'autre part, malencontreuse l'expression « les mesures législatives, administratives et autres ». Il aurait fallu, à son avis, penser aussi aux « mesures constitutionnelles », puisque le cas peut se présenter. Une expression plus simple mais plus large, comme « les États prennent les mesures de droit interne », aurait suffi.

67. M. SIMMA (Président du Comité de rédaction) répond à M. Pellet que le « mécanisme de surveillance approprié » dont la mention a été ajoutée vise, non pas quelque appareillage de haute technologie, mais un dispositif administratif permanent et durable, doté de ressources et capable de suivre en continu l'évolution des activités pour le contrôle desquelles il a été créé.

68. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) explique qu'en effet le « mécanisme de surveillance approprié » dont il s'agit peut être, par exemple, un corps d'inspecteurs, un organisme de contrôle, un régime de visites surprises, des exercices et des mesures d'intervention pour le cas où un dommage surviendrait effectivement. Il a paru essentiel d'insister sur la mise en place d'un tel mécanisme parce que c'est précisément à ce niveau que les États pèchent le plus souvent, non pas par manque de bonne volonté mais bien par manque de moyens.

69. M. SIMMA (Président du Comité de rédaction) répond à M. Bennouna que l'on a évité tout au long du texte d'employer le terme « droit interne » parce qu'on s'est aperçu qu'il donnait chaque fois l'impression que c'était le droit interne qui primait sur le droit international.

70. M. PELLET dit qu'il faudrait parler non seulement des mesures « législatives, administratives et constitutionnelles » comme le propose M. Bennouna, mais aussi des « mesures de droit international ». Le plus simple serait sans doute de n'employer aucun adjectif et de dire simplement « les États prennent les mesures nécessaires pour mettre en œuvre ». De toute manière, le commentaire expliquera très clairement la nature de l'article 5, qui, sinon, peut être considéré soit comme imposant une obligation aux États, soit comme leur donnant un simple conseil.

71. M. ECONOMIDES fait observer que l'article 7 prévoit toute une série de procédures administratives d'autorisation et de contrôle. Les États doivent donc s'attendre à un intense travail législatif. C'est bien ce à quoi se rapporte l'article 5. Le droit international n'a rien à voir à l'affaire.

72. M. KABATSI répond que, si les mesures prévues à l'article 5 sont certainement de droit interne, il ne faut pas oublier qu'elles peuvent avoir un aspect international, dans la mesure, par exemple, où un État peut « chercher à obtenir l'assistance d'une ou plusieurs organisations internationales », comme il est justement prévu à l'article 4.

73. MM. RODRÍGUEZ CEDEÑO et LUKASHUK se disent disposés à adopter l'article 5 tel quel.

74. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que la Commission souhaite adopter l'article 5.

Il en est ainsi décidé.

L'article 5 est adopté.

75. M. ROSENSTOCK dit que, dans l'une de ses interventions, le Rapporteur spécial a donné l'impression que l'article 5 visait autre chose qu'une obligation de comportement. Il tient à préciser que, telle qu'il la comprend, la disposition que l'on vient d'adopter fixe bel et bien une obligation de comportement.

Composition de la Commission

76. Le PRÉSIDENT annonce que M. Ferrari Bravo a donné sa démission de membre de la Commission pour siéger dans une instance européenne. Il lui exprime les félicitations et la gratitude de la Commission.

La séance est levée à 17 h 55.

2561e SÉANCE

Mardi 13 août 1998, à 10 h 15

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Al-Khasawneh, M. Bennouna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Illueca, M. Kabatsi, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Opertti Badan, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Yamada.

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses) *[suite]* (A/CN.4/483, sect. D, A/CN.487 et Add.1[1], A/CN.4/L.556, A/CN.4/L.568)

[Point 3 de l'ordre du jour]

[1] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

EXAMEN DES PROJETS D'ARTICLES 1 À 17 PROPOSÉS PAR LE COMITÉ DE RÉDACTION À LA CINQUANTIÈME SESSION *(suite)*

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à poursuivre l'examen des projets d'articles 1 à 17 sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses adoptés par le Comité de rédaction (A/CN.4/L.568).

ARTICLE 6 (Relations avec d'autres règles du droit international)

L'article 6 est adopté.

ARTICLE 7 (Autorisation préalable)

2. M. PELLET, préoccupé par la trop grande rigidité qui semble se dégager du paragraphe 2, se demande s'il convient de donner un caractère rétroactif aux dispositions du projet d'articles. Il aimerait savoir si des garanties ont été prévues pour protéger les intérêts de ceux qui prennent part à des activités déjà en cours.

3. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que les dispositions de l'article 7 ne modifient pas les obligations internationales des États. Il faut présumer que les États autorisent les activités menées sur leur territoire en tenant dûment compte des garanties et du droit international. Le paragraphe 2 oblige simplement les États à respecter la règle de l'autorisation en ce qui concerne les activités déjà en cours. Un examen constant des activités à la lumière de toute nouvelle information ou d'un changement de situation fait, de toute manière, normalement partie du processus qui a pour objet de veiller à ce que les activités soient toujours conformes aux garanties et normes internationales à mesure que celles-ci évoluent.

4. M. BROWNLIE dit que, dans une certaine mesure, l'article 7 innove, en ce qu'il consacre en tant qu'élément d'une norme internationale une fonction que les États remplissent déjà, en pratique, dans les limites de leur compétence nationale, à savoir l'exercice d'un contrôle sur les activités menées sur leur territoire.

5. M. PELLET est favorable à la création d'une norme internationale, mais il souligne qu'il conviendrait de mentionner l'obligation d'examen et de consultation continus.

6. M. MIKULKA partage les préoccupations exprimées par M. Pellet à propos du caractère rétroactif des dispositions du paragraphe 2. À son avis, la seconde phrase du paragraphe 1 devrait figurer dans le commentaire, et non dans le texte.

7. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que le paragraphe 2 n'a pas pour but d'interdire des activités, mais de les adapter à une nouvelle situation, le cas échéant. Un changement de situation exige de nouvelles mesures, mais il revient toujours à l'État concerné de décider des mesures à prendre.

8. M. PELLET suggère de supprimer le terme « préalable » dans le titre de l'article 7 puisqu'il ne s'applique certainement pas au paragraphe 2, et aussi d'insérer un article supplémentaire pour refléter les préoccupations exprimées par les membres de la Commission.

9. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que la Commission souhaite adopter l'article 7, en tenant compte de l'observation de M. Mikulka et en supprimant le terme « préalable » dans le titre.

L'article 7, ainsi modifié, est adopté.

ARTICLE 8 (Évaluation de l'impact)

10. M. PELLET dit que, étant donné l'importance croissante des évaluations de l'impact et le nombre toujours plus grand d'affaires juridiques portant sur des questions liées à l'environnement, les mots employés à l'article 8 sont d'une faiblesse décevante.

L'article 8 est adopté.

ARTICLE 9 (Information du public) et

ARTICLE 10 (Notification et information)

Les articles 9 et 10 sont adoptés.

ARTICLE 11 (Consultations sur les mesures préventives)

11. M. ECONOMIDES, se référant à la position minoritaire au sein du Comité de rédaction sur la relation entre le paragraphe 2 de l'article 11 et l'article 17, dit qu'une enquête impartiale devrait être prioritaire et précéder toute décision prise par un État à l'égard d'une activité controversée, puisqu'il est tout à fait normal que les procédures internationales prennent le pas sur les procédures nationales. Si des activités menées dans un État sont susceptibles de causer un dommage à un autre État, la prévention de ce dommage constitue une partie importante de l'article 17. De plus, en cas de différend entre États, il existe un principe fondamental du droit public international selon lequel les États doivent éviter tout acte unilatéral qui aurait pour effet d'aggraver le différend ou de rendre son règlement plus difficile. Ces points devraient être consignés dans le compte rendu analytique de la séance ainsi que dans le rapport de la Commission à l'Assemblée générale.

12. M. PELLET dit que le but des articles, dans leur libellé actuel, est que les parties coopèrent et aient recours au processus normal de consultation pour éviter tout dommage. Si l'on fait abstraction du paragraphe 3 de l'article 11, le stade du différend n'a pas encore été atteint.

13. M. ECONOMIDES dit qu'il y a une différence entre un différend proprement dit et l'impact d'une activité sur un autre État. La nature du différend constitue aussi un facteur important. Dès lors que le but du projet d'articles est d'éviter les différends, la prévention doit être une priorité.

14. M. BROWNLIE dit que, si les préoccupations de M. Economides sont compréhensibles, et s'il est vrai que les articles 11 et 17 définissent une série d'étapes pour résoudre les différends, l'article 17 ne constitue pas la dernière étape de l'article 11. Le projet n'a pas pour objectif la prévention d'un dommage, mais plutôt l'équilibre des intérêts des États concernés.

15. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que le Comité de rédaction essaie de définir le processus à suivre par les parties concernées, processus qui comprendra différentes étapes avant l'article 17. Il suggère, d'une part, que M. Economides prépare un texte expliquant sa position, qui serait inséré dans le commentaire, et, d'autre part, que l'on revienne ultérieurement sur ce point, en seconde lecture.

16. M. PELLET, souscrivant à l'observation de M. Economides, note que la seconde phrase du paragraphe 2 de l'article 13 prévoit que les États engagent des consultations conformément à l'article 11 en cas de désaccord sur l'obligation de donner notification. L'article 11 servirait donc en fait à régler ce qu'on pourrait qualifier de différend, même si tel n'est pas le but déclaré de l'article 11.

17. M. GOCO se demande si l'on ne pourrait pas trouver une formulation qui permettrait à des États tiers d'entamer des consultations ou de rechercher des solutions, au lieu de limiter ces mesures à l'État d'origine et à l'État affecté.

18. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) fait remarquer que l'intervention d'un tiers ne serait probablement pas acceptable pour les États concernés. D'une manière générale, les États sont supposés s'abstenir de toute ingérence dans leurs affaires réciproques. En tout état de cause, si les consultations mutuelles échouent, les dispositions de l'article 17 prendront effet et les tierces parties joueront certainement un rôle à ce stade du processus de médiation.

19. M. MIKULKA s'interroge sur l'insertion de l'expression « à ses propres risques » au paragraphe 3 et demande une définition.

20. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que cette expression est expliquée dans le commentaire; elle vise à couvrir les cas dans lesquels des frais imprévus surviennent ultérieurement, du fait d'une activité autorisée, et elle implique que l'État autorisant l'activité encourt un risque qui ne peut être transféré.

21. M. SIMMA (Président du Comité de rédaction) dit que le Comité de rédaction n'a pas discuté de ce point récemment. Il a considéré que l'explication donnée par M. Sreenivasa Rao et reproduite dans le commentaire des projets d'articles soumis à la quarante-huitième session[2] était convaincante.

22. M. MIKULKA suggère de supprimer l'expression et demande si cela aurait des conséquences.

23. M. PELLET est tout à fait d'accord avec M. Mikulka sur la nécessité de supprimer l'expression, parce qu'elle pourrait avoir des effets inattendus. Cette expression a été employée deux fois dans le projet d'articles soumis à la quarante-huitième session, mais dans un contexte différent. La maintenir dans le texte actuel, avec la même signification que celle qu'elle avait dans le projet proposé à la quarante-huitième session, c'est préjuger du régime des obligations et imposer à l'État qui mène une activité une responsabilité préalable.

[2] Voir 2527e séance, note 16.

24. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que le Comité de rédaction avait très soigneusement examiné ce point à la quarante-huitième session et conclu que l'expression « à ses propres risques » pouvait être introduite sans qu'elle fasse référence aux obligations. Elle pouvait aussi être supprimée. Cependant, dans ce dernier cas, il faudrait garder à l'esprit que les tribunaux devraient décider qui supporterait les coûts lorsqu'un État prend une décision unilatérale qui affecte les intérêts d'autres États et que ces derniers font valoir leurs droits.

25. M. HAFNER dit qu'il préférerait que l'expression soit maintenue. Il fait par ailleurs remarquer que, si l'on compare le paragraphe 3 avec le projet présenté à la quarante-huitième session, il y a une différence : auparavant, la protection visait seulement les droits procéduraux, tandis qu'elle s'étend désormais aux droits de « tout État susceptible d'être affecté ».

26. M. BROWNLIE dit que l'expression devrait être supprimée parce que le lecteur des articles n'aura pas les explications qui figurent dans le commentaire correspondant. De plus, les mots « sans préjudice », au paragraphe 3, lus conjointement avec l'article 6 règlent le problème.

27. M. ECONOMIDES pense que l'expression devrait être conservée, parce qu'elle sert à rappeler qu'un État n'a pas une compétence illimitée et que sa responsabilité peut être engagée.

28. M. AL-BAHARNA rappelle que cette expression a figuré dans le texte pendant un certain nombre d'années sans susciter d'objection.

29. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que l'avis général de la Commission semble être que l'expression soit supprimée et que le commentaire reflète les différents points de vue.

30. M. HAFNER demande si le paragraphe 2 vise seulement les États qui ont engagé des consultations ou s'il a une signification plus large.

31. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial), appuyé par MM. KABATSI et ROSENSTOCK, dit que les paragraphes 1 et 2 visent le même groupe d'États et qu'il faudrait ajouter le mot « concernés » après le mot « États » dans le paragraphe 2.

32. M. AL-BAHARNA dit que le mot « concernés » n'est pas nécessaire si l'ordre des paragraphes 2 et 3 est inversé. Selon son interprétation, le paragraphe 1 dit que les États concernés engagent des consultations, le paragraphe 3 traite de la situation dans laquelle les consultations ne permettent pas d'aboutir à une solution concertée, et le paragraphe 2 vise toutes les parties.

33. M. HAFNER dit que le mot « concernés » ne devrait pas être introduit, puisque la phrase employée au paragraphe 2 figure déjà mot pour mot dans d'autres conventions. En outre, il ne faut pas modifier l'ordre des paragraphes.

34. M. ROSENSTOCK, appuyé par M. BENNOUNA, dit que le commentaire clarifiera le sens et qu'il n'est

donc pas important d'inclure le mot « concernés ». De plus, l'ordre des paragraphes reflète l'ordre logique des événements et ne devrait pas être modifié.

35. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO convient que l'ordre des paragraphes devrait rester le même, mais il suggère de regrouper les paragraphes 1 et 2. De plus, il faudrait soit insérer le mot « concernés » soit donner une explication dans le commentaire.

36. M. SIMMA (Président du Comité de rédaction) dit que l'ordre ne peut pas être modifié car le paragraphe 2 découle directement du paragraphe 1. Il suggère que le texte demeure inchangé et que des éclaircissements soient apportés dans le commentaire.

37. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) est d'accord avec M. Simma. Le commentaire se lirait comme suit :

> « Les États visés au paragraphe 2 de l'article 11 sont ceux qui ont déjà engagé des consultations, et on attend d'eux qu'au cours de leurs consultations ils prennent en considération le juste équilibre des intérêts. »

M. Sreenivasa Rao rappelle qu'il a déjà été convenu de supprimer le mot *causing* dans la version anglaise du paragraphe 1.

L'article 11 est adopté.

ARTICLE 12 (Facteurs d'un juste équilibre des intérêts)

38. Le PRÉSIDENT dit qu'à l'alinéa *f* il faudrait remplacer le mot « protection » par le mot « prévention ».

39. M. GALICKI dit que, dans la version anglaise, il faudrait supprimer, à l'alinéa *a*, le mot *of* avant les mots *repairing the harm*. De plus, il a deux réserves à formuler. Dans son libellé actuel, l'alinéa *d* vise à la fois « les États susceptibles d'être affectés » et « les États d'origine », tandis qu'auparavant il ne visait que les premiers. Le coût de la prévention ne devrait pas être réparti de manière égale. Par ailleurs, il n'apparaît pas clairement si les mots « sont prêts » signifient que les États sont subjectivement disposés ou objectivement préparés à y participer.

40. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que le terme « prêts » fait référence à ce que les États sont prêts à offrir et ne devrait pas modifier « l'équilibre des intérêts » auquel le titre et le texte introductif font allusion. Les mots « le cas échéant » sont importants à cet égard.

41. M. GALICKI accepte cette explication, et suggère que le commentaire clarifie ce point.

42. M. PELLET observe que l'alinéa *d*, qui vise « les États d'origine » au pluriel, devrait être harmonisé avec le reste du texte, qui vise « l'État d'origine » au singulier. De plus, il conteste la traduction française du mot *restoring* à l'alinéa *c*, parce qu'elle implique que l'environnement doit être rendu à son état d'origine, mettant ainsi l'accent de manière injustifiée sur la protection de l'environnement plutôt que sur la prévention des dommages, alors que tel est l'esprit des projets d'articles.

43. M. SIMMA (Président du Comité de rédaction) dit que le mot anglais *restoring* n'est pas l'équivalent de l'expression française employée.

44. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que le but recherché est d'encourager les États à choisir l'option la plus respectueuse de l'environnement.

45. M. BENNOUNA dit qu'il s'agit d'un problème de traduction, pas de fond.

46. M. AL-BAHARNA demande si le terme *restoring* est employé dans les principales conventions relatives à l'environnement. Si tel n'est pas le cas, peut-être une formule telle que « réparer le dommage causé à l'environnement » serait appropriée.

47. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que le Comité de rédaction a considéré qu'il valait mieux, si une expression figurait dans un projet antérieur et si le commentaire sur le sujet était clair, la conserver plutôt que se lancer dans une nouvelle rédaction au stade actuel de l'examen.

48. M. PELLET dit que l'on trouve dans le principe 2 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement[3] la formule « ne causent pas de dommages à l'environnement », qui pourrait être appropriée à l'alinéa *c*. En tout état de cause, la version française doit être alignée sur les versions anglaise et espagnole.

49. M. ROSENSTOCK suggère de remplacer le mot *restoring* par le mot *preserving*, dans la version anglaise.

La séance est suspendue à 11 h 45; elle est reprise à 12 h 15.

50. M. HAFNER dit que, dans le principe 7 de la Déclaration de Rio, le terme employé est *restore* (rétablir). Cependant, ce terme a fait l'objet de longues discussions lors des négociations relatives à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, qui ont abouti à un compromis en raison de l'impossibilité dans bien des cas de rendre l'environnement à son état antérieur. Le terme *preserve* (préserver) est préférable.

51. M. MIKULKA dit que le lien entre les alinéas *a* et *c* n'est pas clair. Dès lors que l'expression « dommage transfrontière significatif » englobe les dommages à l'environnement, il ne comprend pas pourquoi il est fait mention séparément du « dommage (...) pour l'environnement » à l'alinéa *c*, ce qui laisse entendre que le dommage causé à l'environnement n'est pas couvert par l'alinéa *a*.

52. M. SIMMA (Président du Comité de rédaction) dit que l'alinéa *a* était censé viser les cas emportant un degré de risque élevé, avec en contrepartie des mesures visant à réduire ce risque, alors qu'à l'alinéa *c* le risque est contre-

[3] Ibid.

balancé par la mesure dans laquelle il existe des moyens de prévenir le dommage.

53. M. ROSENSTOCK dit que la différence peut s'expliquer si l'on regarde la définition du dommage transfrontière : le terme « transfrontière » désigne les activités se déroulant sur le territoire d'un État affecté, alors que les termes « pour l'environnement » ne sont pas aussi restrictifs et peuvent faire référence à l'indivis mondial, par exemple.

54. M. MIKULKA dit que ce dernier type d'activité semble dépasser le champ d'application de l'article.

55. M. SIMMA (Président du Comité de rédaction) dit que l'article 12 contient simplement une liste des activités et des facteurs à prendre en compte, dont certains vont au-delà du concept transfrontière.

56. M. BROWNLIE dit qu'il est inapproprié de rouvrir l'examen du sujet au stade actuel.

57. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que les éléments en question ont été délibérément repris d'un projet antérieur parce qu'ils fournissent un mécanisme permettant d'éliminer les dommages involontaires à l'indivis mondial. Les facteurs sont énumérés dans l'article pour aider les États à réagir mieux face au dommage qu'ils ne le feraient autrement.

58. M. GOCO dit que l'article 12 est tout simplement une liste des facteurs d'un juste équilibre des intérêts, liste qui ne vise pas à l'exhaustivité. Il recommande donc vivement de l'adopter.

59. M. MIKULKA dit qu'il n'a pas été convaincu par les arguments avancés, mais qu'il sera satisfait s'il est dit dans le commentaire qu'un membre de la Commission estime que le contenu de l'alinéa *c* est déjà couvert par l'alinéa *a*.

60. M. PELLET dit qu'il peut appuyer la suggestion tendant à remplacer *restoring* par *preserving*.

61. M. SIMMA (Président du Comité de rédaction) suggère qu'à l'alinéa *a* de la version anglaise le mot *of* soit inséré avant les mots *the availability of means*, dans un but de clarification. En ce qui concerne l'alinéa *c*, il n'est pas sûr que les mots *preserving the environment* et *restoring the environment* soient équivalents. La dernière expression laisse entendre qu'un changement dans l'environnement a déjà eu lieu, et qu'il est nécessaire de mener une action pour le rendre à sa condition antérieure.

62. M. KUSUMA-ATMADJA partage les préoccupations exprimées par MM. Mikulka et Pellet. Lorsqu'un dommage transfrontière est en cause, il existe une différence entre protéger et réhabiliter l'environnement. Cependant, il se réserve le droit de formuler d'autres observations à la prochaine session de la Commission.

63. M. BROWNLIE dit qu'il préfère le terme *preserving*, mais *restoring* a peut-être un sens moins strict et plus relatif que ne le pensent certains membres. Il peut donc accepter l'un ou l'autre de ces termes.

64. M. ROSENSTOCK, se référant à un point soulevé par le Président du Comité de rédaction, dit que, lorsque l'on détermine s'il faut entreprendre ou non une activité, il convient de s'assurer que l'état de l'environnement après que cette activité aura été menée ne sera pas bien pire qu'il ne l'était avant, sans référence à un « état naturel » théorique. Si le mot anglais *preserving* est plus facile à traduire dans les autres langues officielles, il préférerait qu'on l'utilise, même s'il n'y a guère de différence entre *preserving* et *restoring* en anglais.

65. M. BENNOUNA dit que le mot « rétablir » peut être employé dans la version française pour indiquer l'idée de rendre l'environnement à sa condition antérieure. Cette modification s'accorderait bien avec les concepts reconnus de responsabilité internationale, tout en évitant un écologisme excessif.

66. Le PRÉSIDENT demande s'il y a des objections au remplacement du mot *restoring* par le mot *preserving* dans la version anglaise, avec des traductions appropriées dans les autres langues officielles.

67. M. HAFNER dit qu'il préférerait conserver le mot *restoring* et ses équivalents dans les autres langues, puisque ce sont les termes employés dans le principe 7 de la Déclaration de Rio.

68. M. PELLET dit qu'il peut accepter les termes *restoring* et *preserving* à condition qu'ils n'impliquent pas un retour à l'état d'origine de l'environnement.

69. M. ROSENSTOCK dit qu'il peut accepter l'un ou l'autre de ces termes, mais qu'employer les deux impliquerait qu'il y a une plus grande différence entre eux que celle qui existe, selon lui.

70. M. ECONOMIDES, appuyé par M. CANDIOTI, dit que les deux termes se complètent l'un l'autre, mais qu'il préférerait que le terme « préserver » figure en premier.

71. M. BROWNLIE dit qu'insérer les deux mots aurait pour effet de relever la norme parce que, tel qu'il est employé dans un contexte environnemental en anglais, le mot *preserve* implique souvent au moins le désir de reproduire un état antérieur. Il suggère de n'employer que le terme *restoring*, et de donner une explication dans un commentaire approprié.

72. M. HE dit que les deux mots ont aussi des sens différents en chinois. Il préfère que les deux soient inclus, ou alors, si un seul est retenu, qu'une explication appropriée figure dans le commentaire.

73. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que le mot *restoring* devrait être maintenu pour la raison avancée par M. Brownlie et que, si nécessaire, on pourrait expliquer dans le commentaire que la Commission a envisagé la possibilité de le remplacer par *preserving*, mais que cela veut dire, dans les deux cas, réparer le dommage causé à l'environnement dans la mesure des possibilités technologiques.

74. M. SIMMA (Président du Comité de rédaction) dit que l'insertion du mot *of* entre *and* et *the availability* dans l'alinéa *a* permettrait de faire clairement la distinction entre cet alinéa et l'alinéa *c*.

75. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que la Commission souhaite adopter l'article 12, tel qu'il a été modifié par l'insertion du mot *of* à l'alinéa *a,* et en maintenant le mot *restoring* à l'alinéa *c* avec un commentaire approprié.

L'article 12, ainsi modifié, est adopté.

76. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial), en réponse aux préoccupations exprimées par M. Mikulka, donne lecture du texte suivant, qui sera inclus dans le commentaire de l'article 12 :

> « Selon un membre de la Commission, l'alinéa *c* de l'article 12 devrait être supprimé. Il a été signalé que l'alinéa *a* couvrait déjà le dommage causé à l'environnement, d'après la définition figurant à l'alinéa *b* de l'article 2. En outre, il a été noté que l'environnement en général n'entrait pas dans le champ du sujet. Selon d'autres membres, cependant, l'alinéa *a* concernait plus directement le degré de risque et le degré de disponibilité des moyens de prévention, tandis que l'alinéa *c* mettait l'accent sur la nécessité d'assurer l'adoption de mesures respectueuses de l'environnement. »

ARTICLE 13 (Procédures en cas d'absence de notification)

77. M. PELLET dit que la référence à une période de suspension de six mois, au paragraphe 3 de l'article 13, est troublante et incompréhensible. C'est, semble-t-il, faire peser une lourde charge sur l'État d'origine, et la durée prévue paraît, elle aussi, arbitraire.

78. M. SIMMA (Président du Comité de rédaction) dit que le Comité a considérablement assoupli le libellé original de ce paragraphe, en ajoutant les mots « appropriées et applicables » et « le cas échéant », réduisant par là même la charge éventuelle pour l'État d'origine en pareil cas.

79. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que la période de six mois a été initialement arrêtée à l'issue d'un débat difficile concernant la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. De plus, la formule « sauf s'il en est autrement convenu » au paragraphe 3 avait pour objet de couvrir toutes les éventualités, autorisant les États à prendre librement les mesures qui leur conviennent; la période de six mois n'est envisagée que comme le minimum applicable dans ce type de situation, compte tenu de la difficulté qu'il y a à suspendre des projets de grande ampleur et des effets financiers et économiques potentiels d'une telle suspension.

80. M. PELLET dit que, s'il est acceptable de suggérer que l'on suspende un projet, il est totalement inapproprié que la Commission fixe la durée précise d'une telle suspension. Il propose donc de supprimer le membre de phrase « durant une période de six mois ».

81. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que, dans la mesure où une période de six mois est trop courte en cas de négociations difficiles, il peut accepter la suppression de ce membre de phrase.

82. M. BROWNLIE souhaiterait qu'il soit maintenu.

83. M. PELLET dit qu'il est totalement opposé à son maintien.

84. M. MIKULKA dit que le paragraphe 3 dans son ensemble, à commencer par sa place même dans le projet, lui pose des problèmes plus importants. D'après la logique des articles 11, 12 et 13 considérés ensemble, dans les cas où des différends liés au risque de dommage transfrontière ont surgi, il est demandé, semble-t-il, aux États de prendre des mesures pour réduire ce risque au minimum avant qu'ils se soient mis d'accord sur son existence. Il serait donc plus approprié de déplacer le paragraphe 3 à l'article 11 et de réexaminer son objet.

85. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que, dans les cas où une activité a déjà commencé et où des États qui estiment être affectés par celle-ci ont demandé à l'État d'origine d'engager des consultations, ce dernier peut contester leur interprétation des effets de l'activité en question, ou accepter d'engager des consultations avec eux, ou encore leur expliquer que l'activité en question n'est pas menée à leur détriment et que sa suspension n'est pas le seul moyen de répondre à leurs préoccupations. Si aucune de ces solutions ne s'avère satisfaisante, l'État d'origine peut alors accepter de suspendre l'activité pendant six mois.

86. M. PELLET dit qu'il souhaite que le commentaire reflète l'absence d'unanimité au sein de la Commission sur le paragraphe 3 en raison du caractère arbitraire des mots « durant une période de six mois » et de leur incompatibilité avec les mots « le cas échéant ».

87. M. MIKULKA demande pourquoi le paragraphe 3 n'a pas été inséré à l'article 11 plutôt qu'à l'article 13 et pourquoi un État d'origine n'est pas tenu de suspendre une activité controversée s'il a entamé des consultations.

88. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que le paragraphe 3 ne serait pas à sa place à l'article 11, qui demande à un État de consulter d'autres États préalablement au lancement d'une activité potentiellement dangereuse. L'article 13, d'autre part, traite de situations dans lesquelles un État est fondé à penser qu'une activité projetée ou engagée auparavant entraîne un risque d'effets transfrontières.

89. M. ROSENSTOCK dit que, d'après la logique recherchée, l'article 11 traite de situations dans lesquelles il est demandé à l'État d'origine de s'abstenir de mener une activité qu'il n'a pas encore autorisée ou engagée, tandis que l'article 13 traite de situations dans lesquelles un État d'origine a déjà entrepris l'activité.

90. M. SIMMA (Président du Comité de rédaction) dit que prévoir à l'article 11 une pause de six mois n'aurait pas vraiment de sens, parce qu'au stade envisagé par l'article il n'y a encore aucune activité à suspendre.

91. M. MIKULKA dit qu'il ne voit pas de raison valable d'insérer le paragraphe 3 à l'article 13, compte tenu de l'allusion au paragraphe 2 de l'article 7 aux activités déjà en cours.

92. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que l'article 7 n'est pas pertinent parce qu'il traite d'une situation différente. Une fois qu'un État a décidé unilatéralement d'entreprendre une activité, un tribunal peut demander la suspension de cette activité.

L'article 13 est adopté.

La séance est levée à 13 h 20.

2562e SÉANCE

Mardi 13 août 1998, à 15 h 10

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Al-Khasawneh, M. Bennouna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Illueca, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Opertti Badan, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Yamada.

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses) *[fin]* (A/CN.4/483, sect. D, A/CN.487 et Add.1[1], A/CN.4/L.556, A/CN.4/L.568)

[Point 3 de l'ordre du jour]

EXAMEN DES PROJETS D'ARTICLES 1 À 17 PROPOSÉS PAR LE COMITÉ DE RÉDACTION À LA CINQUANTIÈME SESSION *(fin)*

ARTICLE 14 (Échange d'information)

1. M. PELLET dit que, dans la version française, le terme « pertinentes » doit être remplacé par le terme « disponibles ».

L'article 14, ainsi modifié, est adopté.

ARTICLE 15 (Sécurité nationale et secrets industriels)

2. M. GOCO se demande s'il n'est pas quelque peu contradictoire de permettre à l'État d'origine de ne pas communiquer des données et informations vitales pour sa sécurité nationale ou pour la protection de ses secrets industriels, tout en lui demandant de coopérer de bonne foi avec les autres États intéressés pour fournir autant d'informations que les circonstances le permettent.

3. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que l'idée est d'encourager les États à communiquer des informations, mais qu'il est indispensable de leur laisser une marge de manœuvre.

L'article 15 est adopté.

ARTICLE 16 (Non-discrimination)

L'article 16 est adopté.

ARTICLE 17 (Règlement des différends)

4. M. BENNOUNA, résumant une position qu'il a eue précédemment l'occasion d'exposer en détail, dit que le projet d'article 17 est incomplet : pas plus la composition que les modalités de fonctionnement de la commission d'enquête n'y sont prévues. L'article pourrait être adopté à condition d'être complété ultérieurement. L'autre solution serait de le renvoyer au Comité de rédaction.

5. M. SIMMA (Président du Comité de rédaction) partage cet avis.

6. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO reconnaît que l'article 17 est faible mais considère qu'il ne peut en être autrement. Le mécanisme visé au paragraphe 2 pourrait être décrit de manière plus précise dans une annexe, sur le modèle des dispositions adoptées dans la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. En tout état de cause, le projet d'article est important et il convient de l'adopter. Dans la version espagnole du document, le terme *diferencia* doit être supprimé comme il en a été convenu au Comité de rédaction.

7. M. ELARABY juge, lui aussi, le projet d'article extrêmement faible : il reprend sans y ajouter l'Article 33 de la Charte des Nations Unies, fait l'impasse sur les modalités de fonctionnement de la commission d'enquête et engage simplement les parties à faire preuve de bonne foi, ce qu'on est obligé de considérer qu'ils font déjà. L'articulation entre le premier et le second paragraphe laisse également à désirer : il aurait été préférable de terminer par la mention du règlement judiciaire. En dépit de ces réserves, M. Elaraby ne s'opposera pas à l'adoption de l'article, mais souhaite qu'il soit dûment révisé à la cinquante et unième session.

8. M. AL-KHASAWNEH estime que, dans un projet dont les dispositions de fond pèchent par manque de rigueur, le mécanisme de règlement des différends par tierce partie devrait être décrit de manière plus précise. Il espère qu'il sera dit dans le commentaire et dans le rapport de la Commission à l'Assemblée générale que la Commission reviendra sur cette disposition.

9. M. GALICKI admet, lui aussi, que l'article 17 est insuffisant, mais considère que le texte à l'examen serait incomplet sans cette disposition. Il est donc prêt à l'adopter, sous réserve qu'il ressorte clairement du commentaire que son élaboration sera poursuivie ultérieurement.

10. M. ROSENSTOCK dit qu'il ne faut pas confondre deux démarches qui doivent venir chacune en son temps : l'adoption d'une disposition générale concernant le règlement des différends et la définition des modalités de fonctionnement du mécanisme à mettre en place. Cette question doit être abordée dans le commentaire. Cela étant, il serait totalement illusoire d'espérer qu'un grand nombre d'États représentés à la Sixième Commission acceptent, dans un texte très général et très vaste, une disposition plus contraignante que la constitution d'une commission d'enquête.

11. M. ECONOMIDES reconnaît que l'article 17 est faible, mais rappelle que la négociation dont il a fait l'objet n'a pas permis d'aller plus loin. Il faut donc l'accepter en dépit de ses lacunes. En ce qui concerne les

[1] Reproduit dans *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie).

modalités de constitution de la commission d'enquête, dont le texte ne dit rien, la Commission pourrait procéder comme l'a proposé M. Rodríguez Cedeño, en expliquant dans le commentaire qu'elle reprendra l'élaboration du texte à la cinquante et unième session. Une deuxième solution, qui aurait le mérite de la simplicité, serait de copier purement et simplement l'annexe de l'article 33 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, dont les membres de la Commission sont convenus de s'inspirer.

12. M. SIMMA (Président du Comité de rédaction) concède que l'article 17 ne va pas très loin puisqu'il reprend simplement les moyens de règlement des différends prévus à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies avec un ajout modeste, la constitution d'une commission d'enquête, pour laquelle aucune procédure n'est prévue. Il serait très facile de combler cette dernière lacune, mais ce serait une perte de temps au stade actuel dans la mesure où l'on n'a pas arrêté la forme juridique du texte en cours d'élaboration. M. Simma invite les membres de la Commission à adopter le texte tel quel et à indiquer à la Sixième Commission que, sur le fond, la disposition envisagée prévoit, outre les moyens visés à l'Article 33 de la Charte, une procédure d'enquête qui pourra être définie de manière détaillée à la cinquante et unième session.

13. M. MELESCANU convient que l'article 17 doit être développé, mais que cela n'est guère possible tant qu'il n'aura pas été statué sur le caractère définitif du document. Compte tenu des observations de MM. Rosenstock et Simma, il propose de sonder les États sur la forme que devrait prendre, à leur avis, le mécanisme de règlement pacifique des différends dans le cadre d'une convention, en incluant cette question dans le chapitre III du rapport de la Commission à l'Assemblée générale, sous la rubrique 10 par exemple.

14. M. BROWNLIE considère que le principal mérite de l'article 17, dont il reconnaît les lacunes, est sa cohérence avec le reste du projet. Il faut bien réfléchir avant d'en durcir les termes, le risque étant de faire surgir la question des mesures conservatoires et de poser à nouveau, pour l'ensemble du texte, celle de la nature du règlement obligatoire. Qui plus est, sur le plan politique, une telle initiative est susceptible d'effaroucher les États Membres. Il est donc préférable de laisser le texte en l'état.

15. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO dit que la négociation n'a pas été mentionnée au paragraphe 1 parce que les mesures prévues aux articles 10 et suivants sont censées s'y substituer et constituent l'étape préalable à l'accord mutuel. La négociation est donc sous-entendue. Il est regrettable cependant qu'elle ne soit pas mentionnée : c'est le meilleur moyen de cerner le différend, et il y a différend à ce stade. Il s'agit par nature d'un mécanisme de règlement des différends qui peut faciliter considérablement le choix des moyens visés au paragraphe 1.

16. La dernière phrase du paragraphe 2 doit être modifiée puisqu'il a été décidé de ne pas conserver la référence au caractère de « recommandation » du rapport de la Commission à l'Assemblée générale. Il est entendu néanmoins que ce rapport n'est pas contraignant.

17. M. PELLET ne trouve rien à redire au paragraphe 2. Le fait de prévoir la constitution d'une commission d'enquête indépendante et impartiale est un progrès, et il est impossible d'aller plus loin. En ce qui concerne le paragraphe 1, il s'associe aux protestations de M. Bennouna et voit dans ce paragraphe un exemple de mauvaise codification qui, s'il ne peut nuire au projet, nuit à l'idée même de codification du droit international. Au lieu de rappeler des principes évidents qui ne sont pas propres au projet, il aurait suffi de commencer le paragraphe 2 par les termes « À défaut d'accord des parties sur un autre mode de règlement des différends dans un délai de six mois ».

18. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que le processus de rédaction sera facilité lorsqu'on aura décidé de la forme définitive du texte. Au stade actuel, le Comité de rédaction doit montrer qu'il a abordé la question du règlement des différends. Il sera précisé dans le commentaire que l'article est encore incomplet et que la Commission en reprendra la rédaction ultérieurement. Par ailleurs, le Rapporteur spécial considère que, même si certains principes sont évidents, il peut être utile de les rappeler, d'autant plus que les responsables politiques qui auront éventuellement à les appliquer n'auront pas nécessairement à l'esprit le contenu de l'Article 33 de la Charte des Nations Unies. Le paragraphe 1 sert de toile de fond au paragraphe 2 qui, tout seul, n'aurait aucune chance d'être adopté.

19. M. SIMMA (Président du Comité de rédaction) se demande s'il ne serait pas possible de reprendre la proposition de M. Melescanu et d'inclure dans le chapitre III, à la rubrique « Préventions », la question de la nature du mécanisme de règlement des différends. La question 9 a pour objet de savoir si la préférence des États Membres va à une convention-cadre ou à une loi type. Dans le second cas de figure, le problème ne se pose plus, mais, si les États optent pour une convention-cadre, il serait utile de connaître leurs vues sur la forme que devrait prendre le règlement des différends par tierce partie et sur le degré de détail des dispositions pertinentes.

20. Le PRÉSIDENT estime qu'il faudrait inclure dans le rapport de la Commission à l'Assemblée générale la question posée par M. Melescanu. S'il n'y a pas d'objection, il considérera que la Commission souhaite adopter l'article 17.

Il en est ainsi décidé.

L'article 17, ainsi modifié, est adopté.

21. Le PRÉSIDENT annonce que la Commission a achevé l'examen du point 3 de l'ordre du jour.

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquantième session *(suite*)*

CHAPITRE IX. — *Les réserves aux traités* (fin) [A/CN.4/L.562 et Corr.1 et Add.1 et 2, A/CN.4/L.564]

C. — Textes des projets de directives concernant les réserves aux traités adoptés provisoirement par la Commission en première lecture (A/CN.4/L.564)

22. M. SIMMA (Président du Comité de rédaction) signale que, dans la version anglaise des projets de direc-

* Reprise des débats de la 2559e séance.

tives, les mentions de l'arbitrage relatif à la mer d'Iroise ne suivent pas la terminologie anglaise habituelle.

23. M. BROWNLIE propose de remplacer, dans la version anglaise, « mer d'Iroise » par *English Channel*. À la note 8 de la page 3, au lieu de « Whitman », il faut lire « Witheman ».

24. M. PELLET a relevé dans le document quelques erreurs de renvoi qui seront corrigées dans les différentes versions.

La section C, ainsi modifiée, est adoptée.

L'ensemble du chapitre IX, ainsi modifié, est adopté.

CHAPITRE VII. — *Responsabilité des États* (A/CN.4/L.561 et Add.1 à 6)

A. — Introduction (A/CN.4/L.561)

La section A est adoptée.

B. — Examen du sujet à la présente session (A/CN.4/L.561/Add.1 à 6)

Document A/CN.4/L.561/Add.2

25. M. PELLET s'étant interrogé sur la construction de la troisième phrase du paragraphe 5 : « Cette proposition semblait intéressante, laissant de côté les questions de *jus cogens*. », M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) explique qu'il s'agit de faire comprendre que le principe général de la *lex specialis* ne peut autoriser aucune dérogation aux règles de *jus cogens.*

26. M. PELLET propose donc de modifier la phrase de manière qu'elle se lise : « Cette proposition semblait intéressante, mais ne pouvait s'appliquer au *jus cogens*. » Il propose également de préciser le sens de la troisième phrase du paragraphe 6 en disant « qui n'était pas destiné à devenir forcément une convention ou une déclaration ». Au paragraphe 22, enfin, il conviendrait à son avis de remplacer « imputabilité » par « attribution », selon la règle dont on était convenu.

Le document A/CN.4/561/Add.2, ainsi modifié, est adopté.

Document A/CN.4/L.561/Add.3

27. M. PELLET, se référant au paragraphe 2, propose de remplacer, dans la version française, l'expression « n'était pas fatal pour cette disposition » qui figure à l'avant-dernière phrase par « n'était pas une critique dirimante pour cette disposition ». Il apporte ensuite quelques retouches de pure forme à la version française des paragraphes 4, 5 et 9. Il fait enfin observer que le chapeau du paragraphe 7 ne correspond pas au contenu de ce paragraphe.

28. M. CANDIOTI juge très malencontreuse la dernière phrase du paragraphe 13 (« ... si elle voulait éviter d'entamer sérieusement son prestige auprès de la Sixième Commission. »). Autant s'en dispenser.

29. M. PELLET relève le terme « État innocent » à l'avant-dernière phrase du paragraphe 31 et juge qu'il réintroduit la notion de faute, celle justement que la Commission cherche à éviter. Peut-être pourrait-on dire « État non responsable d'un fait illicite », ou mieux « État lésé ». D'autre part, la phrase centrale du paragraphe 38 (« Toutefois, il ne s'ensuivait pas que les deux notions correspondaient terme à terme dans leurs normes primaires ou leurs conséquences secondaires ») lui paraît assez opaque.

30. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) explique qu'une infraction aux règles du *jus cogens* n'emporte pas nécessairement crime international, et que les conséquences de l'infraction aux règles de *jus cogens* ne sont pas nécessairement les mêmes que les conséquences des crimes.

31. M. ECONOMIDES juge le paragraphe 29 difficile à comprendre pour le lecteur. Si la définition de l'agression donnée par l'Assemblée générale est « notoirement défectueuse », il serait peut-être souhaitable de montrer pourquoi, en commençant par donner le texte de cette définition.

32. M. PELLET propose de remplacer au paragraphe 43 l'expression « des plus visibles » par « particulièrement visibles ». D'autre part, il constate qu'à la deuxième phrase du même paragraphe le terme *material damage* a été traduit par « dommage appréciable ». Cela laisse entendre que ce paragraphe postule une échelle des dommages, alors qu'il n'est question en fait que de l'existence — ou de l'absence — de dommage, d'un point de vue plus absolu.

33. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) propose de supprimer le qualificatif en cause.

34. M. PELLET, se référant au paragraphe 53, s'étonne d'y relever que le « délit » serait « décrit comme une notion de droit civil empruntée au droit romain ». Il lui semble, en effet, que la notion de *delictum* ressortit plutôt au droit pénal.

35. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) propose de supprimer l'expression « décrit comme une notion de droit civil empruntée au droit romain ».

36. M. PELLET, se référant à la version française du paragraphe 61, souhaite remplacer à la dernière phrase « faits qui étaient la cause de leur comparution » par « faits qui rendaient possible leur comparution ». D'autre part, la dernière phrase du paragraphe 60 (« On a suggéré qu'en seconde lecture la Commission examine, article par article, la catégorie des "règles primaires" auxquelles s'appliquait la règle secondaire énoncée dans chaque article. ») paraît inintelligible.

37. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) explique qu'il s'agissait, dans le contexte de la notion de « crime d'État », d'examiner chaque définition particulière des crimes pour vérifier si les conséquences prévues pour chaque crime y correspondaient bien.

38. M. PELLET ne pense pas que l'on puisse parler de « l'adoption continue de solutions de compromis », comme on le fait au paragraphe 83. Il vaudrait mieux dire « la recherche continue de solutions de compromis ».

39. M. ECONOMIDES constate que le paragraphe 78 commence par « Plusieurs membres », alors que le para-

graphe qui suit, où est censée s'exprimer l'opinion inverse, emploie l'expression « d'autres membres ». Les tenants des deux positions ayant été à peu près en nombre égal, il faudrait trouver des formules plus équilibrées.

40. MM. PELLET et ROSENSTOCK disent que le rapport à l'examen leur semble donner le reflet exact des délibérations de la Commission, et de la complexité du sujet à l'examen.

41. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) précise que les deux courants de pensée dont il s'agit dans les paragraphes en cause n'étaient pas à égalité. Si l'on avait procédé à un vote, la notion de responsabilité pénale des États aurait été rejetée.

42. M. ECONOMIDES, se référant aux paragraphes 80 et 81, dit qu'il en retire l'impression que la majorité des membres a cherché à éliminer la notion de crime du projet d'articles. Après ces deux paragraphes, on attend vainement la présentation de l'opinion des membres qui pensaient le contraire. Le déséquilibre du rapport est sur ce point manifeste.

43. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) explique que les deux paragraphes en question ne font que présenter « les approches possibles » de la notion de crime international, comme le dit bien le titre de cette partie du rapport. L'option visée dans les paragraphes qui inquiètent M. Economides est : « vi) Exclusion de la notion des projets d'articles ». C'est pourquoi n'y figurent que les arguments contre le maintien de notion de crime.

44. M. SIMMA (Président du Comité de rédaction) indique que l'opinion de ceux qui ont défendu la notion de responsabilité pénale des États est bien exposée aux paragraphes 67 et 79.

45. M. PELLET conseille d'éviter de rechercher quelle était l'opinion majoritaire et quelle était l'opinion minoritaire. La Commission s'est toujours gardée de cette tentation.

46. M. ECONOMIDES propose de placer les paragraphes 80 et 81 après le paragraphe 78. Le paragraphe 79 serait ainsi le dernier de cette partie du rapport.

47. M. SIMMA est contre cette solution, qui ruinerait l'économie du passage.

48. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) propose d'ajouter un nouvel alinéa *a* au paragraphe 81, qui se lirait comme suit : « Les membres qui estimaient que l'article 19 était utile ont, bien entendu, été contre. »

49. M. ECONOMIDES propose de dire plutôt dans ce nouveau paragraphe : « Plusieurs autres membres étaient contre l'exclusion de la notion des projets d'articles pour les raisons exposées au paragraphe 79. »

50. M. PELLET remarque qu'il est dit au paragraphe 85 que « la Commission n'était pas satisfaite de la distinction entre crimes internationaux et délits internationaux ». Ayant été au contraire satisfait de cette distinction, il s'étonne de la formule. À la dernière phrase du même paragraphe, où il est dit que la Commission « semblait prête à envisager d'autres manières de résoudre le problème », il faudrait dire plus explicitement que la Commission n'a adopté aucune autre manière de résoudre le problème et qu'elle n'est convenue d'aucune autre solution.

51. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) répond que c'est bien ce que signifie le terme « prête à envisager ». De toute manière, les paragraphes 85 à 89 ne font que reprendre les propos du Rapporteur spécial. Pour répondre à la préoccupation de M. Pellet, il suffirait de faire commencer ce passage par « Selon le Rapporteur spécial ».

52. Il propose de modifier le sous-titre qui précède les paragraphes 80 et 81 en remplaçant « Exclusion de la notion des projets d'articles » par « Question de l'exclusion de la notion du projet d'articles ».

53. M. KUSUMA-ATMADJA estime que le rapport est équilibré, qu'il traduit fidèlement les points de vue exprimés et qu'il n'y a pas lieu de le réaménager, sachant que les résultats sont évidemment provisoires.

54. M. GOCO voit dans les paragraphes 85 et 90 un bon résumé des cinq grands points d'accord général.

55. M. ECONOMIDES relève que la section B.6 du projet de rapport, intitulée « Observations finales du Rapporteur spécial... », est un résumé du débat établi par celui-ci. Le texte n'engage donc pas la Commission comme telle et ne devrait normalement pas donner lieu à des commentaires. Toutefois, comme des membres sont intervenus sur certains des articles, il se déclare pour sa part très réservé sur cette partie du rapport, en particulier le paragraphe 85. À la première partie de la session, à Genève, il s'était dégagé un consensus sur trois points de méthode : *a*) on mettrait provisoirement sur la touche la distinction entre « crime » et « délit »; *b*) on essaierait de trouver une solution de compromis en s'attachant aux conséquences des violations les plus graves; *c*) à défaut de parvenir à cette solution de compromis, on reviendrait à la distinction entre « crime » et « délit ».

56. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) n'est pas d'accord sur la formulation qui vient d'être donnée du troisième point d'accord : dans le cas où une solution de compromis ne serait pas trouvée, il s'agissait non pas de revenir à la distinction entre « crime » et « délit », mais de décider s'il fallait maintenir ou non cette distinction.

57. M. PELLET souhaite que les formules exprimant le consensus, ainsi corrigées, soient reproduites à la fin du document.

58. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) indique qu'il proposera un texte en ce sens, en se fondant sur le compte rendu analytique de la séance.

59. M. FERRARI BRAVO dit qu'il avait été décidé à la première partie de la session, à Genève, de s'en remettre en quelque sorte à l'Assemblée générale. Il faudra cependant éviter, dans le chapitre du rapport consacré à la responsabilité des États, d'interroger l'Assemblée générale en lui donnant à entendre que la Commission est sur le point d'arriver à un accord.

60. M. SIMMA (Président du Comité de rédaction) dit que la prudence recommande de ne pas inclure de questions sur l'article 19 dans le chapitre III du rapport de la

Commission à l'Assemblée générale, alors que la Commission elle-même est encore en voie de délibérer.

61. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit partager ce point de vue. On pourra certes inviter les États qui ne l'ont pas encore fait à faire part de leurs commentaires sur le projet d'articles, mais il faut éviter de les engager dans un débat sur des questions sur lesquelles la Commission n'est pas encore fixée.

62. M. ROSENSTOCK ne croit pas qu'il faille consigner par écrit les trois points du « consensus de Genève » pour les renvoyer à la Sixième Commission pour observations. Cela n'empêche pas qu'ils puissent faire l'objet d'un document de travail interne.

63. M. PELLET insiste pour que le « consensus de Genève » soit exposé à la fin du rapport de la Commission à l'Assemblée générale. Il y voit deux avantages : le texte servira d'aide-mémoire pour les membres de la Commission; il pourra également désamorcer certaines discussions à la Sixième Commission, en montrant à celle-ci que la CDI s'est mise d'accord sur une démarche et qu'il faut donc la laisser procéder.

64. M. DUGARD (Rapporteur) dit que le texte reprenant le « consensus » que le Rapporteur spécial établira ne sera pas renvoyé à la Sixième Commission sous forme de questions explicites. Les États qui ne l'ont pas encore fait seront invités par ailleurs à faire tenir leurs observations sur les articles qui ont été ou sont examinés par la Commission, y compris l'article 19.

65. M. BENNOUNA estime qu'il ne faut pas demander à la Sixième Commission de rouvrir un débat sur l'article 19 qui ne mènera à rien. La CDI n'a pas de directives à en attendre et doit, tout comme la Sixième Commission, mener à bien le travail qui lui est expressément confié.

66. M. ECONOMIDES donne lecture du paragraphe 81 *bis* qu'il est proposé d'ajouter au document A/CN.4/L.561/Add.3 : « Plusieurs autres membres se sont prononcés contre l'exclusion de la notion des projets d'articles pour les raisons déjà mentionnées, en particulier au paragraphe 79. »

Document A/CN.4/L.561/Add.4

67. M. PELLET n'aime pas l'expression « États innocents » qui figure dans l'avant-dernière phrase du paragraphe 10, car elle évoque l'idée de faute. Il propose à la place d'écrire « États qui n'ont pas commis d'actes internationalement illicites ».

68. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) propose de supprimer purement et simplement la phrase « Ce serait alors aux États innocents de prouver l'existence d'un dommage, ce qui ne se justifiait pas. »

69. M. ECONOMIDES signale qu'au paragraphe 28 il convient de remplacer, dans la version française, « en droit international » par « d'après le droit international ».

Le document A/CN.4/L.561/Add.4, ainsi modifié, est adopté.

Responsabilité des États[2] *(fin**)* [A/CN.4/483, sect. C, A/CN.4/488 et Add.1 à 3[3], A/CN.4/490 et Add.1 à 7[4], A/CN.4/L.565, A/CN.4/L.569]

[Point 2 de l'ordre du jour]

PROJETS D'ARTICLES PROPOSÉS PAR LE COMITÉ DE RÉDACTION EN SECONDE LECTURE

70. M. SIMMA (Président du Comité de rédaction), présentant le rapport du Comité de rédaction sur le sujet de la responsabilité des États (A/CN.4/L.569), rappelle que, conformément à sa pratique générale, la Commission doit adopter les articles en seconde lecture comme un tout, c'est-à-dire après qu'ils ont été discutés en séance plénière et revus par le Comité de rédaction, en se fondant uniquement sur le texte des articles reproduit dans le document à l'examen.

71. Le Comité de rédaction a étudié tous les articles qui lui avaient été renvoyés à la présente session, à savoir ceux des chapitres I et II de la première partie. Il n'a pas examiné la question de la structure du projet ni celle de la place des articles, qui doit être réglée ultérieurement, au moment où la plupart des articles auront été considérés par le Comité de rédaction. La structure originale adoptée en première lecture a donc été maintenue. Le Comité de rédaction n'a pas proposé de titre pour la première partie et a estimé que le titre actuel n'était pas des plus heureux. Les titres des chapitres I et II ont été maintenus tels qu'ils avaient été adoptés en première lecture, mis à part la suppression des guillemets encadrant les mots « Fait de l'État » dans le titre du chapitre II.

72. Les titres et les textes des projets d'articles adoptés par le Comité de rédaction à la cinquantième session se lisent comme suit :

RESPONSABILITÉ DES ÉTATS

PREMIÈRE PARTIE

ORIGINE DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE

CHAPITRE PREMIER

PRINCIPES GÉNÉRAUX

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

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

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

[supprimé]

** Reprise des débats de la 2558e séance.

[2] Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2e partie), p. 62, doc. A/51/10, chap. III, sect. D.

[3] Voir *supra* note 1.

[4] Ibid.

Article 3. — Éléments du fait internationalement illicite de l'État

Il y a fait internationalement illicite de l'État lorsque :

***a*) Un comportement consistant en une action ou une omission est attribuable à l'État en vertu du droit international; et**

***b*) Ce comportement constitue une violation d'une obligation internationale de l'État.**

Article 4. — Qualification d'un fait de l'État comme internationalement illicite

La qualification du fait d'un État comme internationalement illicite relève du droit international. Une telle qualification n'est pas affectée par la qualification du même fait comme licite par le droit interne.

CHAPITRE II

FAIT DE L'ÉTAT D'APRÈS LE DROIT INTERNATIONAL

Article 5. — Attribution à l'État du comportement de ses organes

1. Aux fins des présents articles, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international le comportement de tout organe de cet État agissant en cette qualité, que cet organe exerce des fonctions législatives, exécutives, judiciaires ou autres, quelle que soit la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État et quelle que soit sa nature en tant qu'organe du gouvernement central ou d'une collectivité publique territoriale.

2. Aux fins du paragraphe 1, un organe comprend toute personne ou entité qui a ce statut d'après le droit interne de l'État.

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

[supprimé]

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

Le comportement d'une entité qui n'est pas un organe de l'État au titre de l'article 5, mais qui est habilitée par le droit de cet État à exercer les prérogatives de la puissance publique, pour autant que, en l'occurrence, cet organe ait agi en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international.

Article 8. — Attribution à l'État d'un comportement mené en fait sur ses instructions ou sous sa direction et son contrôle

Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes si la personne ou le groupe de personnes agissait en fait sur les instructions ou sous la direction et le contrôle de cet État en ayant ce comportement est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international.

Article 8 **bis.** *— Attribution à l'État d'un certain comportement mené en l'absence des autorités officielles*

Le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes si la personne ou le groupe de personnes exerçait en fait des prérogatives de la puissance publique en cas de carence des autorités officielles ou dans des circonstances qui requièrent l'exercice de ces prérogatives est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international.

Article 9. — Attribution à l'État du comportement d'organes mis à sa disposition par un autre État

Le comportement d'un organe mis à la disposition d'un État par un autre État, pour autant que l'organe ait agi dans l'exercice de prérogatives de la puissance publique de l'État à la disposition duquel il se trouvait, est considéré comme un fait du premier État d'après le droit international.

Article 10. — Attribution à l'État du comportement d'organes agissant en dépassement de leur pouvoir ou en contradiction avec leurs instructions

Le comportement d'un organe de l'État ou d'une entité habilitée à l'exercice de prérogatives de la puissance publique, ledit organe ou ladite entité ayant agi en cette qualité, est considéré comme un fait de l'État d'après le droit international même si, en l'occurrence, l'organe a dépassé son pouvoir ou a contrevenu aux instructions concernant son exercice.

Articles 11 à 14

[suppression proposée]

Article 15. — Comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre

1. Le comportement d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement d'un État est considéré comme un fait de cet État d'après le droit international.

2. Le comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre qui réussit à créer un nouvel État sur une partie du territoire d'un État préexistant ou sur un territoire sous son administration est considéré comme un fait de ce nouvel État d'après le droit international.

3. Le présent article est sans préjudice de l'attribution à un État de tout comportement, lié de quelque façon que ce soit au mouvement concerné, qui doit être considéré comme un fait de cet État selon les articles 5 à 10.

Article 15 **bis.** *— Comportement qui est entériné ou fait sien par l'État*

Un comportement qui n'est pas attribuable à un État selon les articles 5, 7, 8, 8 *bis*, 9 ou 15 est néanmoins considéré comme un fait de cet État d'après le droit international si et dans la mesure où l'État entérine ou fait sien le comportement en question.

Article A. — Responsabilité des organisations internationales ou pour le comportement de celles-ci

Ce projet d'articles est sans préjudice de toute question qui peut se présenter au regard de la responsabilité d'après le droit international d'une organisation internationale ou d'un État pour le comportement d'une organisation internationale.

73. En ce qui concerne l'article premier (Responsabilité de l'État pour ses faits internationalement illicites), le Comité de rédaction a suivi l'avis exprimé par le Rapporteur spécial dans son premier rapport sur la responsabilité des États (A/C.4/490 et Ad.1 à 7) et maintenu le texte tel qu'il avait été adopté en première lecture, tout en estimant qu'en anglais le mot *act* n'était pas heureux, car il renvoie normalement à une action et non à une omission, alors que l'article vise l'une et l'autre. Le Comité de rédaction n'a pu trouver d'équivalent du mot français « fait » ou du mot espagnol *hecho*, qui sont plus appropriés. Ce point sera expliqué dans le commentaire, mais de toute façon l'article 2 dissipe tout doute en précisant que l'*act* peut consister en une action ou une omission. Par ailleurs, sur la recommandation également du Rapporteur spécial, le Comité de rédaction a décidé de supprimer l'article 2, intitulé « Possibilité que tout État soit considéré comme ayant commis un fait internationalement illicite », estimant que l'article premier contenait implicitement l'idée que le principe de la responsabilité internationale s'applique à tous les États sans exception. Les passages pertinents du commentaire de l'article supprimé seront insérés dans le commentaire de l'article pre-

mier. Les autres questions évoquées dans l'article supprimé ne concernaient pas la question de la responsabilité internationale comme telle.

74. En ce qui concerne l'article 3 (Éléments du fait internationalement illicite de l'État), le Comité de rédaction s'est borné à déplacer dans le texte anglais les mots *conduct consisting of an action or omission* pour les insérer dans le chapeau, afin d'éviter de répéter le mot *conduct*. Il a été convenu de n'ajouter à la règle générale énoncée dans cet article aucune autre condition, comme l'élément de dommage ou de faute. À l'alinéa *a*, le Comité a préféré maintenir le terme « attribuable », qui implique une opération juridique, plutôt que de le remplacer par le terme « imputable », qui semble renvoyer à un simple lien de causalité. Il a maintenu l'accent mis à l'alinéa *a* sur l'idée que l'attribution d'un certain comportement à un État se fait « en vertu du droit international ». Il n'a pas jugé nécessaire d'ajouter également à l'alinéa *b* une référence au droit international; le commentaire précisera cependant que la détermination qu'un comportement particulier constitue une violation d'une obligation internationale doit être faite en vertu du droit international.

75. Pour ce qui est de l'article 4 (Qualification d'un fait de l'État comme internationalement illicite), le Rapporteur spécial n'a proposé, dans son premier rapport, aucun changement à une disposition qui ne semble pas problématique pour les gouvernements. Il y a deux éléments dans cette disposition : tout d'abord, l'affirmation que la qualification du fait d'un État comme internationalement illicite relève du droit international; ensuite, par analogie avec l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969, l'affirmation du principe selon lequel son droit interne ne peut être invoqué par un État pour s'exonérer de sa responsabilité internationale. À quoi s'ajoute le souci d'éviter un libellé trop proche de celui du chapitre V de la première partie, concernant les circonstances excluant l'illicéité. Le Comité a modifié le libellé de la première phrase, sans que cela affecte en rien sa substance, pour en clarifier le sens, en particulier dans d'autres langues que l'anglais. Au lieu de dire « Le fait d'un État ne peut être qualifié d'internationalement illicite que d'après le droit international », on a retenu « La qualification du fait d'un État comme internationalement illicite relève du droit international ». La seconde phrase a été maintenue telle qu'elle avait été adoptée en première lecture, sauf que « ne saurait être » a été remplacé par « n'est pas ».

76. En ce qui concerne l'article 5 (Attribution à l'État du comportement de ses organes), qui ouvre le chapitre II énonçant les principes qui régissent l'attribution du comportement de l'État d'après le droit international, les premiers mots du paragraphe 1 (« Aux fins des présents articles ») indiquent que le chapitre traite de l'attribution en matière de responsabilité des États et non dans d'autres domaines du droit international, comme le droit conventionnel. Cet article reprend le fond des anciens articles 5 et 6 et du paragraphe 1 de l'ancien article 7. Il pose le principe général que tout comportement d'un organe de l'État qui agit en cette qualité est attribuable à l'État, le reste du paragraphe confirmant que ce principe s'applique sans égard à la fonction exercée par l'organe dont il s'agit, à la position qu'il occupe dans l'organisation de l'État ou à sa nature d'organe du gouvernement central ou d'organe d'une collectivité publique territoriale. Le commentaire expliquera que l'expression « collectivité publique territoriale » est utilisée dans un sens large, de manière à pouvoir s'appliquer à différents systèmes juridiques.

77. Au paragraphe 2, il est pris acte du rôle important que joue le droit interne lorsqu'il s'agit de déterminer le statut d'une personne ou d'une entité au sein de la structure étatique. Ce rôle est décisif lorsque le droit interne affirme qu'une personne ou une entité est un organe de l'État. Il sera expliqué dans le commentaire que l'expression « droit interne » se comprend au sens large, c'est-à-dire qu'elle couvre aussi la pratique et les conventions. Il y sera également expliqué que le droit international joue un rôle subsidiaire lorsque la classification par le droit interne fait défaut ou est inexacte. Le Rapporteur spécial a proposé de supprimer le paragraphe 1 de l'article 7, qui figure au paragraphe 284 de son premier rapport, au motif que la référence aux collectivités publiques territoriales a été incorporée au nouvel article 5. Il a également proposé de remanier le paragraphe 2, qui traite du comportement d'autres entités qui ne font pas partie de la structure formelle de l'État au sens de l'article 5. La Commission a approuvé cette démarche. Le Comité de rédaction n'a apporté au texte proposé par le Rapporteur spécial que quelques légères modifications de style telles que la suppression du mot « aussi », jugé superflu. Le titre de l'article 7 a été légèrement remanié et aligné sur le contenu de la disposition. Il se lit désormais — ou doit se lire, car il semble qu'il y ait une erreur dans la version française — comme suit : « Attribution à l'État du comportement d'entités exerçant des prérogatives de la puissance publique ».

78. L'article 8 tel qu'adopté en première lecture était composé de deux alinéas traitant de deux situations complètement différentes. Le Comité de rédaction a donc décidé de le scinder en deux articles distincts (article 8 et article 8 *bis*).

79. Le nouvel article 8, intitulé « Attribution à l'État d'un comportement mené en fait sur ses instructions ou sous sa direction et son contrôle », traite de la question visée à l'alinéa *a* de l'ancien article 8. La modification la plus importante que le Comité de rédaction a apportée au texte a consisté à remplacer « agissait en fait pour le compte de cet État » par « agissait en fait sur les instructions ou sous la direction et le contrôle de cet État en ayant ce comportement ». Comme le Rapporteur spécial l'a signalé, la première formulation était plutôt vague dans le contexte de l'attribution à l'État. À l'évidence, cette disposition est censée viser le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes agissant « sur les instructions » d'un État, mais il aurait été trop restrictif de limiter l'application de l'article 8 à cette seule situation, en ce sens que, dans la pratique, il serait très difficile de prouver l'existence d'instructions expresses. Il est dès lors souhaitable de viser aussi les situations où une personne ou un groupe de personnes agit « sous la direction ou le contrôle d'un État ». Il y a lieu de noter qu'il s'agit là de critères qui peuvent se substituer l'un à l'autre : le Comité de rédaction a estimé qu'il ne faut pas restreindre la portée de l'article 8 en exigeant le cumul des deux critères. Toutefois, aux fins de l'attribution à l'État, il ne suffit pas que « la direction ou le contrôle » soit exercé de manière générale; il faut qu'il y ait un lien avec le com-

portement concret en question, d'où l'ajout des mots « en ayant ce comportement ». Il sera bien expliqué dans le commentaire que le terme « État » est censé signifier dans cette disposition un organe de l'État qui donne les instructions ou exerce le contrôle ou la direction à l'égard d'un comportement donné. Sur la recommandation du Rapporteur spécial, le Comité de rédaction a supprimé le membre de phrase « Il est établi que », qui constitue une condition générale d'attribution qu'il n'y a pas lieu de mettre en relief dans le seul article 8.

80. L'article 8 *bis* (Attribution à l'État d'un certain comportement mené en l'absence des autorités officielles) traite de la question visée à l'alinéa *b* de l'ancien article 8. L'emploi de l'expression « un certain » dans le titre indique d'emblée que les situations envisagées dans cet article ont un caractère exceptionnel; ce point sera explicité plus longuement dans le commentaire. Le Comité de rédaction a estimé que l'expression anglaise *in the absence of* est quelque peu restrictive et semble ne désigner que la situation d'un effondrement total de l'État, alors que cette disposition est aussi censée s'appliquer à d'autres situations où les autorités officielles n'exercent pas leurs fonctions, par exemple en cas de désorganisation partielle de l'État. Le terme français « carence » rend mieux cette notion, mais le Comité de rédaction n'a pu lui trouver aucun équivalent exact en anglais et a dû se résoudre à employer deux notions : *in the absence or default of*.

81. Le Comité de rédaction a longuement débattu de l'expression « autorités officielles », pour décider en fin de compte de la conserver. Il sera expliqué dans le commentaire que cette expression vise tout à la fois les organes de l'État au sens de l'article 5 et les entités exerçant des prérogatives de la puissance publique au sens de l'article 7. Il sera également expliqué que, tant qu'il subsiste une forme ou une autre d'« autorité officielle », cet article ne s'applique pas, même si ladite autorité n'a pas compétence pour exercer les fonctions en question en vertu du droit interne; cette dernière situation est en fait traitée dans l'article 10.

82. Sur les conseils du Rapporteur spécial, le Comité de rédaction a apporté une autre modification au texte de l'alinéa *b* de l'ancien article 8, adopté en première lecture, en remplaçant le terme « justifiaient » par « commandaient », le premier terme pouvant être mal interprété dans le contexte d'un comportement illicite. Le terme « commandaient » rend en outre mieux l'idée qu'il faut en la circonstance qu'il y ait une forme ou une autre de fonction gouvernementale, mais pas nécessairement le comportement en question. Pour finir, pour souligner de nouveau le caractère exceptionnel des circonstances dans lesquelles l'article 8 *bis* s'appliquerait, le Comité de rédaction a décidé de remplacer « dans des circonstances qui commandaient » par « dans des circonstances qui requièrent ».

83. L'article 9 adopté en première lecture traitait à la fois des organes d'autres États et de ceux d'organisations internationales mis à la disposition d'un État. Le Rapporteur spécial a supprimé à bon escient toutes les références aux organisations internationales dans l'ensemble du projet d'articles; la Commission a approuvé cette démarche et a examiné le texte révisé de l'article 9 (Attribution à l'État du comportement d'organes mis à sa disposition par un autre État) proposé par le Rapporteur spécial dans le paragraphe 284 de son premier rapport. Cet article est une exception à l'article 5 et traite de situations particulières. Le Comité de rédaction a estimé que ces situations particulières ont tendance à se produire plus souvent qu'il n'y paraît, d'où l'utilité de conserver cet article, du moins pour le moment, quitte à le revoir par la suite compte tenu des articles du chapitre IV.

84. L'expression « à la disposition de » a suscité des débats au sein de la Commission. Le Comité de rédaction a toutefois décidé de la conserver, faute de mieux. Le sens de l'expression sera expliqué plus en détail dans le commentaire. À titre d'exemple, lorsqu'un organe d'un État est mis à la disposition d'un autre État, cet organe doit agir au profit de l'État bénéficiaire et, à ce titre, rendre compte à ce dernier. Il y a, bien entendu, des situations où un organe d'un État agit pour le compte d'un autre État ou au profit de celui-ci. Ces situations ne remplissent pas les critères de la mise à disposition et relèvent non pas de l'article 9 mais des articles 5 et 8. Le Comité de rédaction a par ailleurs noté que les situations de représentation conjointe d'États devraient être visées par une disposition du projet. Dans certains cas, un État représente un ou plusieurs autres États, par exemple, sur le territoire d'un autre État. Le Comité de rédaction a également estimé que cette question devra être traitée lors de l'examen des articles du chapitre IV.

85. L'article 10 (Attribution à l'État du comportement d'organes agissant en dépassement de leur pouvoir ou en contradiction avec leurs instructions) traite de l'importante question des faits non autorisés ou des actes *ultra vires*. Dans leurs observations, les gouvernements ont exprimé des inquiétudes à l'égard de ce texte. Le Rapporteur spécial a proposé de conserver le texte adopté en première lecture, moyennant quelques modifications mineures d'ordre rédactionnel. La question a été posée de savoir si cet article doit viser le comportement d'un organisme qui commet ouvertement des faits illicites mais sous le couvert de son statut officiel. Le Comité de rédaction a estimé qu'il vaut mieux conserver le texte de l'article 10 proposé par le Rapporteur spécial dans le paragraphe 284 de son premier rapport et traiter de cette question dans le commentaire.

86. Les articles 11 à 14 ayant été supprimés, l'article 15 (Comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre) traite des questions visées au paragraphe 2 de l'ancien article 14 et dans l'ancien article 15. Les paragraphes 1 et 3 de l'article 14 ont été supprimés sur recommandation du Rapporteur spécial. On a jugé que le paragraphe 3 sort du champ d'application du projet d'articles sur la responsabilité des États, parce qu'il traite de la responsabilité internationale des mouvements insurrectionnels en tant que tels. Quant au paragraphe 1, il contenait une sorte de « clause d'attribution négative », et il a été décidé de ne pas établir de dispositions contenant des clauses de ce type. Toutefois, dans le commentaire de l'article 15, il sera indiqué que le principe selon lequel le comportement d'un mouvement insurrectionnel établi sur le territoire d'un État n'est pas assimilé en tant que tel à un fait de cet État d'après le droit international. Ce n'est que dans les circonstances énoncées dans l'article 15 que le comportement d'un mouvement insurrectionnel ou

autre est attribuable à un État. Le terme « comportement » est utilisé dans l'article 15 à la place du terme « fait » pour des raisons de cohérence. L'expression « d'après le droit international » a été introduite pour les mêmes raisons. Le Comité de rédaction a débattu de la question de savoir s'il faut dire « un organe » d'un mouvement insurrectionnel, mais a conclu qu'il vaut mieux s'abstenir de le faire, étant donné que certains mouvements qui devraient être visés par cet article peuvent ne pas être structurés au point d'avoir des « organes ». Il sera expliqué dans le commentaire que l'article 15 s'applique au comportement d'un mouvement en tant que tel et non aux actes individuels de ses membres agissant ès qualités.

87. Le paragraphe 1 de l'article 15 correspond à la première partie du paragraphe 1 de l'article 15 adopté en première lecture. Le Comité de rédaction a jugé préférable de ne pas ajouter à l'expression « mouvement insurrectionnel » des précisions telles que « établi en opposition à un État ou à son gouvernement », vu la très grande diversité des mouvements insurrectionnels que l'on rencontre dans la pratique et qui doivent être visés par le paragraphe 1. Le Comité de rédaction a aussi estimé que l'expression « qui devient le nouveau gouver-nement » est celle qui convient le mieux dans ce contexte. Il sera expliqué dans le commentaire que, dans la pratique, les choses ne sont pas toujours aussi claires. Il arrive parfois que le nouveau gouvernement comprenne des membres du précédent. La seconde phrase de la version précédente du paragraphe 1 a été supprimée, parce qu'elle est implicitement reprise au paragraphe 3 de la nouvelle version.

88. S'agissant du paragraphe 2, le Comité de rédaction a estimé que la notion de « mouvement insurrectionnel » est peut-être trop restrictive eu égard à la grande diversité des mouvements dont l'action peut aboutir à la formation d'un nouvel État. Il a donc été décidé de lui rajouter les mots « ou autre » pour indiquer que sont visés les mouvements *ejusdem generis*. Il sera, par exemple, précisé dans le commentaire que les actes menés dans le cadre du système légal de l'État par un groupe de citoyens favorables à la sécession ne seront pas visés par le paragraphe 2. Le Comité de rédaction a aussi décidé de remplacer « dont l'action aboutit à la création d'un nouvel État » par « qui réussit à créer un nouvel État », cette deuxième formulation étant jugée plus conforme à l'idée qui sous-tend cette disposition. Il sera expliqué dans le commentaire que le paragraphe 2 n'envisage certes que le cas de la formation d'un nouvel État mais qu'il s'appliquerait *mutadis mutandis* aux cas où une entité d'un État fait sécession et devient une partie d'un autre État.

89. Certains membres de la Commission ont soutenu que le paragraphe 2 de l'ancien article 14 devait être inséré dans l'article 15. Le Comité a approuvé cette proposition, qui complète l'article. Il s'agit en l'occurrence d'une clause qui fait que l'article 15 s'applique sans préjudice de l'attribution à un État de tout comportement d'un mouvement insurrectionnel qui doit être considéré comme un fait de cet État selon d'autres articles. Le paragraphe a été modifié en vue de son insertion dans le nouvel article 15. Les mots « de quelque façon que ce soit » visent à donner un sens plus large au terme « lié ».

90. Le Comité de rédaction a examiné le nouvel article 15 *bis* proposé par le Rapporteur spécial dans le paragraphe 284 de son premier rapport pour combler une lacune importante dans le projet d'articles, lequel ne couvrait pas, par exemple, les affaires telles que celle des otages. L'article 15 *bis* prévoit l'attribution à l'État d'un comportement qui ne lui est pas attribuable selon les autres articles du chapitre II mais que l'État entérine et fait sien. Ces deux conditions sont cumulatives et sont placées dans l'ordre où elles apparaissent normalement en pareil cas. Il ne suffit pas que l'État reconnaisse l'existence factuelle du comportement; il doit entériner celui-ci et le faire sien. L'État accepte en fait d'être responsable d'un comportement qui, sinon, ne lui aurait pas été attribuable et il ne se contente pas de simplement l'approuver de manière générale. Il sera expliqué dans le commentaire que cet article vise les situations où un État accepte d'être responsable d'un comportement qu'il n'approuve pas, voire qu'il déplore. Dans le même temps, cet article pose une règle d'attribution limitée qui s'exprime par l'expression « dans la mesure où ». Les autres situations de complicité où un État approuve et appuie le comportement d'un autre État seront examinées dans le cadre du chapitre IV.

91. Le Rapporteur spécial a supprimé les mentions des organisations internationales dans l'ensemble des articles. Pour éviter toute erreur d'interprétation, il a proposé un article qui constitue une clause de sauvegarde, l'article A. Ce texte, qui s'inspire de l'article 73 de la Convention de Vienne de 1969, a pour objet de préciser que les articles ne sont pas censés s'appliquer aux questions faisant intervenir la responsabilité des organisations internationales ou des États à raison du comportement d'une organisation internationale. L'expression « organisation internationale » sera définie dans le commentaire, étant entendu que cette définition ne couvrira que les organisations dotées de la personnalité juridique. La question de l'emplacement de cet article A dans l'ensemble du projet sera tranchée à un stade ultérieur.

92. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) signale deux erreurs dans la version française. À l'article 8, il faut lire « sous la direction ou le contrôle » au lieu de « sous la direction et le contrôle »; à l'article 15 *bis*, il faut, à l'inverse, remplacer « entérine ou fait sien » par « entérine et fait sien ».

93. M. CANDIOTI fait remarquer que ces corrections valent aussi pour la version espagnole.

94. M. HAFFNER est prêt à accepter que l'on prenne note du projet d'article étant entendu qu'à son avis, au paragraphe 1 de l'article 15, l'expression « qui devient le nouveau gouvernement » ne correspond pas au véritable sens de cette disposition. Il faut en effet s'intéresser davantage au pouvoir de nommer les membres du gouvernement qu'à la composition de celui-ci.

95. M. PELLET regrette que, par excès de formalisme, la Commission considère qu'aucun article ne peut être adopté tant que l'ensemble du projet n'a pas été mené à son terme. Il espère qu'à la prochaine session la première partie du projet au moins pourra être adoptée et transmise à la Sixième Commission.

96. M. BENNOUNA dit que la tradition et la logique veulent que les projets d'articles soient adoptés simplement à titre provisoire tant que l'ensemble du projet n'est pas achevé, d'autant que des questions aussi importantes que la distinction entre crime et délit demeurent en suspens.

97. Pour ce qui est des articles à l'examen, l'expression « ou autre » qui figure dans le titre de l'article 15 est peu satisfaisante, en ce sens qu'elle dénote l'incapacité de définir l'objet dont il s'agit. En outre, le paragraphe 2 du même article ne saurait viser les organes qui agissent dans le cadre de la légalité. Un État ne peut pas être responsable, par exemple, du comportement qu'avait un parti politique avant la création de l'État. Le critère de l'insurrection, c'est la violence, la rupture de l'ordre juridique.

98. M. PELLET juge l'article 15 *bis* trop rigide, surtout si l'on remplace « entérine ou fait sien » par « entérine et fait sien ». Cette formulation revient à exonérer très largement les États, par exemple dans des situations comme celle où se trouvaient les États-Unis d'Amérique à l'égard des contras au Nicaragua. Il se dit aussi extrêmement réservé à l'égard de l'article A. En premier lieu, la question de la responsabilité d'une organisation internationale n'a pas sa place dans un projet consacré à la responsabilité des États. Si on introduit les organisations internationales, il faut introduire aussi d'autres sujets du droit international. La fin du texte de l'article, « pour le comportement d'une organisation internationale », fait intervenir tout un pan du droit de la responsabilité dont la Commission ne veut en principe pas s'occuper, surtout dans le cas des organisations internationales d'intégration. Il vaut donc mieux renvoyer ce texte au Comité de rédaction et le réexaminer plus tard en même temps que d'autres clauses de sauvegarde éventuelles.

99. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) juge prématuré d'adopter, même provisoirement, les projets d'article à l'examen. Il suffit de prendre note du rapport du Comité de rédaction et, à la session suivante, lorsqu'il aura lui-même achevé la première partie du projet d'articles et les commentaires y relatifs, cette partie pourra être adoptée provisoirement et transmise à la Sixième Commission. La clause de sauvegarde représentée par l'article A sera certainement réexaminée à ce moment-là.

100. Le PRÉSIDENT propose à la Commission de prendre note du rapport du Comité de rédaction sur les articles 1, 3, 4, 5, 7, 8, 8 *bis*, 9, 10, 15, 15 *bis* et A ainsi que de la suppression des articles 2, 6 et 11 à 14, compte tenu des observations faites au cours du débat.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 18 h 35.

2563e SÉANCE

Vendredi 14 août 1998, à 10 h 10

Président : M. João BAENA SOARES

Présents: M. Addo, M. Al-Baharna, M. Al-Khasawneh, M. Bennouna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Ferrari Bravo, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Illueca, M. Kabatsi, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Mikulka, M. Opertti Badan, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Yamada.

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquantième session *(suite)*

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à passer à l'examen du chapitre III du projet de rapport sur les travaux de sa cinquantième session.

CHAPITRE III. — ***Points sur lesquels des observations présenteraient un intérêt particulier pour la Commission*** **(A/CN.4/L.570)**

Paragraphes 1 à 6

Les paragraphes 1 à 6 sont adoptés.

Paragraphe 7

2. M. PELLET dit qu'il convient, dans la dernière phrase, de remplacer le terme « sanctions » par « conséquences ».

Le paragraphe 7, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 8

3. M. BROWNLIE dit que, la Commission ayant décidé de dissocier la prévention de la responsabilité des États, il n'est plus nécessaire de traiter du sujet de la responsabilité. Or, le paragraphe 8 donne à penser que la Commission a l'intention de reprendre l'examen de ce sujet, ce à quoi M. Brownlie est vivement opposé.

4. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit qu'il a fait référence à la question de la responsabilité en pensant que les États la soulèveraient de toute façon et que la Commission serait au bout du compte obligée de l'examiner. Cela dit, il propose que le paragraphe 8 soit supprimé du projet de rapport.

5. M. SIMMA (Président du Comité de rédaction) appuie la proposition visant à supprimer le paragraphe 8, mais pense qu'il doit être clair que la Commission devra revenir sur la question à un moment ou un autre.

6. M. PELLET, appuyé par MM. CANDIOTI, CRAWFORD, GOCO, HAFNER, ROSENSTOCK et YAMADA, dit que le paragraphe 8 devrait être supprimé, mais que la Commission devrait prendre note des réac-

tions des États sur le sujet de la responsabilité et envisager de tenir pour la dernière fois une discussion approfondie sur cette question à sa session suivante.

Le paragraphe 8 est supprimé.

Paragraphes 9 à 11

Les paragraphes 9 à 11 sont adoptés.

Nouveau paragraphe

7. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit qu'il a distribué aux membres le texte d'un nouveau paragraphe à insérer après le paragraphe 11. La liste des points mentionnés ne doit pas être considérée comme limitative. Il a en outre jugé important d'attirer l'attention sur le projet d'article 19 relatif à la responsabilité des États, même s'il n'a pas encore été présenté de conclusions définitives.

8. M. PELLET demande des éclaircissements sur les mots « obligations multilatérales » mentionnés à l'alinéa *d*.

9. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que les mots « obligations *erga omnes* ou à l'égard d'un grand nombre d'États » seraient plus clairs.

10. M. GOCO voudrait savoir comment la demande d'observations sera transmise aux États.

11. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que les gouvernements ont accès au projet d'articles et aux commentaires. L'objet du nouveau paragraphe est seulement de mettre en évidence les six questions principales qui ont suscité des commentaires de la part d'un grand nombre de gouvernements pour encourager davantage de gouvernements à réagir, sans s'adresser directement à la Sixième Commission.

Le nouveau paragraphe, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 12 à 15

Les paragraphes 12 à 15 sont adoptés.

Nouvelle section G et nouveau paragraphe

12. M. BROWNLIE propose, par souci de cohérence, d'intituler la section G « Protection de l'environnement ».

13. M. HAFNER dit que le groupe de travail qui était chargé d'étudier les questions relatives au droit de l'environnement est parvenu à la conclusion qu'il pourrait être utile que le Président de la Commission sollicite l'avis d'organisations internationales compétentes. Une demande dans ce sens devrait être incluse quelque part dans le rapport.

14. M. LEE (Secrétaire de la Commission) dit que cette demande pourrait être introduite au chapitre X, qui traite du futur programme de travail de la Commission.

15. M. ROSENSTOCK dit que, dans la version anglaise, le mot *would* doit être remplacé par *might* dans la dernière phrase du nouveau paragraphe de la nouvelle section G.

La nouvelle section G et le nouveau paragraphe, ainsi modifiés, sont adoptés.

L'ensemble du chapitre III, ainsi modifié, est adopté.

16. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le chapitre X du projet de rapport .

CHAPITRE X. — *Autres décisions et conclusions de la Commission* (A/CN.4/L.567)

17. M. SIMMA pense qu'il faudrait reformuler la première phrase du paragraphe 1.

18. M. LEE (Secrétaire de la Commission), répondant à une question du PRÉSIDENT au sujet du paragraphe 21, attire l'attention sur le paragraphe 5 de la résolution 44/35 de l'Assemblée générale, qui autorise les rapporteurs spéciaux à assister à la session de l'Assemblée lorsque celle-ci examine la question dont ils sont chargés.

19. Le PRÉSIDENT suggère que M. Pellet, Rapporteur spécial, représente la Commission à la cinquante-troisième session de l'Assemblée générale.

Il en est ainsi décidé.

20. M. SIMMA (Président du Comité de rédaction), se référant au paragraphe 5, se demande s'il y a une mesure à prendre pour désigner les présidents de la Commission et du Comité de rédaction de la session suivante.

21. Le PRÉSIDENT, répondant à une question de M. SIMMA au sujet du paragraphe 5, dit qu'on a besoin d'un peu plus de temps pour mener à bien le processus de nomination.

22. M. Sreenivasa RAO estime pour sa part qu'il n'est pas nécessaire de faire quoi que ce soit malgré ce que dit le paragraphe.

Le chapitre X est adopté.

CHAPITRE VII. — *Responsabilité des États* (fin) [A/CN.4/L.561 et Add.1 à 6]

B. — Examen du sujet à la présente session *(fin)* [A/CN.4/L.561/Add.1 à 6]

23. Le PRÉSIDENT invite la Commission à reprendre l'examen du chapitre VII à partir du document A/CN.4/L.561/Add.1.

Document A/CN.4/L.561/Add.1

Le document A/CN.4/L.561/Add.1 est adopté.

Document A/CN.4/L.561/Add.3 *(fin)*

24. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) explique que, conformément à la demande de la Commission, un nouveau paragraphe sera ajouté à la fin du document sous l'intitulé « Conclusions provisoires de la Commission sur le projet d'article 19 ».

Le document A/CN.4/L.561/Add.3 est adopté par la Commission sous réserve de cet ajout.

Document A/CN.4/L.561/Add.5

25. M. PELLET dit que, dans le texte français du paragraphe 7, l'expression *act of State* ne devrait pas être traduite mais rester telle qu'elle. Il pense en outre que le paragraphe 24 n'apporte rien et pourrait être supprimé.

26. M. LUKASHUK est d'accord pour que le paragraphe 24 soit supprimé.

27. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit qu'à son avis le paragraphe 24 reflète avec exactitude la discussion sur le texte, mais qu'il n'a pas d'objection à ce qu'il soit supprimé.

28. Le PRÉSIDENT dit que, en l'absence d'objection, il considérera que la Commission souhaite supprimer le paragraphe 24.

Il en est ainsi décidé.

29. M. ECONOMIDES se demande pourquoi, au paragraphe 25, il est question des Bantoustans mais pas de l'État du nord de Chypre, qui a aussi été mentionné au cours du débat.

30. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que les deux cas ne sont pas parallèles. Les Bantoustans avaient leur propre droit interne, même si l'ancien régime d'apartheid en Afrique du Sud n'en tenait pas compte. La situation de l'entité turque au nord de Chypre est tout à fait différente.

31. M. PELLET dit que les mots « et la convention » à la fin du paragraphe 25 ne reflètent pas fidèlement le débat sur les termes « droit interne ».

32. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que les mots « et la convention » devraient être supprimés.

33. M. LUKASHUK dit que, dans la deuxième phrase du paragraphe 25, il faudrait remplacer « la responsabilité des États » par « la responsabilité internationale ».

34. M. PELLET suggère de commencer la seconde phrase du paragraphe 27 par le mot « Toutefois ». Il suggère également que l'on supprime ou modifie le paragraphe 40, et que l'on ajoute la phrase explicative suivante à la fin du paragraphe 34 : « À l'inverse, on a fait remarquer que ce changement terminologique pourrait amener le lecteur à penser que le projet d'articles visait les *acta jure gestionis*, ce qui n'allait pas de soi et devait en tout état de cause être clarifié dans le commentaire. »

35. M. ROSENSTOCK est aussi d'avis qu'il faudrait soit supprimer le paragraphe 40 soit le compléter pour en clarifier le sens.

36. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) propose d'ajouter à la fin du paragraphe 40 la phrase suivante : « Mais on a aussi fait remarquer que, au moins dans son alinéa *a*, l'article 8 visait des cas d'autorité de fait, si bien que l'expression "en fait" était utile. »

Le document A/CN.4/L.561/Add.5, ainsi modifié, est adopté.

Document A/CN.4/L.561/Add.6

37. M. PELLET se demande si les réserves exprimées par certains membres au sujet de certains articles ne devraient pas être reflétées dans le rapport de la Commission à l'Assemblée générale.

38. M. HAFNER, appuyé par MM. SIMMA (Président du Comité de rédaction) et ROSENSTOCK, dit qu'il ne serait pas approprié d'inclure ces observations dans le rapport de la Commission à l'Assemblée générale.

39. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que les observations et réserves formulées (2562e séance) seront examinées à la session suivante. Néanmoins, si la Commission le souhaite, il ajoutera une phrase pour rendre compte des discussions qui ont eu lieu.

40. M. PELLET suggère d'insérer au paragraphe 37, avant la dernière phrase, une phrase supplémentaire qui se lirait comme suit : « Selon un autre point de vue, le projet visait exclusivement la responsabilité des États et il n'y avait donc pas lieu de préciser qu'il ne couvrait pas la responsabilité des organisations internationales. »

41. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que la Commission souhaite adopter le document A/CN.4/L.561/Add.6 ainsi modifié, sous réserve de l'adjonction par le Rapporteur spécial d'une phrase pour refléter les discussions de la veille.

Le document A/CN.4/L.561/Add.6, ainsi modifié, est adopté sous réserve de cet ajout.

La section B, ainsi modifiée, est adoptée.

L'ensemble du chapitre VII, ainsi modifié, est adopté.

La séance est suspendue à 11 h 30; elle est reprise à 12 h 5.

CHAPITRE VI. — *Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses)* [suite*] (A/CN.4/L.554 et Corr.1 et 2 et Add.1 et Corr.1 et 2 et Add.2 et Corr.1)

B. — Examen du sujet à la présente session *(suite*)* [A/CN.4/L.554 et Corr.1 et 2]

Document A/CN.4/L.554/Corr.1

42. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que le document A/CN.4/L.554 contient des informations sur les discussions qui ont suivi la présentation de son rapport à la partie de la session qui s'est tenue à Genève. Le rapport est en train d'être édité en vue de sa soumission à l'Assemblée générale et, étant donné que la Commission a avancé plus vite qu'elle ne le pensait au départ et qu'elle est prête à adopter un ensemble complet d'articles, certaines modifications sont requises. M. Sreenivasa Rao attire l'attention sur le texte pro forma ajouté après le

* Reprise des débats de la 2546e séance.

paragraphe 5 contenu dans le document A/CN.4/L.554/Corr.1.

Le document A/CN.4/L.554/Corr.1 est adopté.

Document A/CN.4/L.554/Corr.2

43. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) attire l'attention de la Commission sur les révisions contenues dans le document A/CN.4/L.554/Corr.2 et dit qu'il est quelque peu réticent à supprimer les paragraphes 6 à 46 du document A/CN.4/L.554 qui, s'ils sont maintenus, apporteront à l'Assemblée générale des informations de base utiles.

44. M. LEE (Secrétaire de la Commission) dit que le document A/CN.4/L.554/Corr.2 comprend quatre paragraphes. Le Rapporteur spécial s'est référé au paragraphe 4, relatif à la suppression des paragraphes 6 à 46 du projet de rapport. Il croit comprendre que les trois premiers paragraphes seraient conservés.

45. Le PRÉSIDENT propose que la Commission adopte les paragraphes 1 à 3 du document A/CN.4/L.554/Corr.2.

Il en est ainsi décidé.

Le document A/CN.4/L.554/Corr.2, ainsi modifié, est adopté.

46. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner les commentaires des projets d'articles.

C. — Texte des projets d'articles sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses) provisoirement adoptés par la Commission en première lecture (A/CN.4/L.554/Add.1 et Add.1/Corr.1 et 2 et Add.2 et Add.2/Corr.1)

2. TEXTE DES PROJETS D'ARTICLES ET COMMENTAIRES Y RELATIFS

Commentaire général (A/CN.4/L.554/Add.1)

47. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que le commentaire général est entièrement nouveau et remplace le texte qui figurait dans le projet présenté à la quarante-huitième session[1]. Dans le premier texte, les sujets de la prévention et de la responsabilité étaient liés, alors que dans le nouveau texte il n'est plus question de la responsabilité et l'accent est mis sur la nécessité d'étudier le principe de la prévention en général et sur son importance dans le contexte actuel.

48. M. HAFNER propose qu'il soit fait mention du principe 2 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement[2] après la référence au principe 21 de la Déclaration de Stockholm[3] au paragraphe 4 du commentaire, faute de quoi ce paragraphe pourrait donner au lecteur une fausse impression.

49. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) renvoie M. Hafner au paragraphe 3, où il est fait mention du principe 2 de la Déclaration de Rio.

50. M. HAFNER dit qu'il a bien noté que le principe 2 de la Déclaration de Rio est mentionné au paragraphe 3, mais qu'à son avis il faudrait aussi le mentionner au paragraphe 4, dont la troisième phrase se lirait donc comme suit : « ... non seulement dans le principe 21 de la Déclaration de Stockholm et le principe 2 de la Déclaration de Rio mais aussi dans ... ».

51. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit qu'il n'a pas d'objection à cette insertion.

Le commentaire général, ainsi modifié, est adopté.

Commentaire de l'article premier

52. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que le commentaire de l'article premier est repris presque mot pour mot du projet de la quarante-huitième session.

Le commentaire de l'article premier est adopté.

Commentaire de l'article 2

53. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que le commentaire reprend le texte figurant dans le projet de la quarante-huitième session, sauf qu'il définit le « dommage » comme le dommage causé à des personnes, à des biens ou à l'environnement.

Le commentaire de l'article 2 est adopté.

Commentaire de l'article 3 (A/CN.4/L.554/Add.1 et Corr.1 et 2)

54. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) attire l'attention sur le texte supplémentaire contenu dans les documents A/CN.4/L.554/Add.1/Corr.1 et 2.

55. M. HAFNER, appuyé par M. ROSENSTOCK, suggère de supprimer les mots « dommage, qui risque de causer » à la fin de la deuxième phrase du nouveau paragraphe 14. Le texte se lirait donc comme suit : « ... pour éviter ou prévenir des dommages graves ou irréversibles. »

56. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit qu'il n'a pas d'objection à cette modification.

Le commentaire de l'article 3, ainsi modifié, est adopté.

Commentaire de l'article 4 (A/CN.4/L.554/Add.1)

57. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que le commentaire qui figurait dans le projet présenté à la quarante-huitième session et qui liait le principe de coopération au principe de prévention a été conservé, et il en recommande l'adoption.

Le commentaire de l'article 4 est adopté.

Commentaire de l'article 5 (A/CN.4/L.554/Add.1 et Corr.2)

58. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) attire l'attention sur le nouveau paragraphe 1 *bis* contenu dans le document A/CN.4/L.554/Add.1/Corr.2.

[1] Voir 2527e séance, note 16.

[2] Ibid., note 8.

[3] Voir 2529e séance, note 7.

59. M. PELLET est d'avis que le nouveau paragraphe 1 *bis* est trop général et omet de citer des précédents. En outre, l'article 5 ne vise qu'une seule des mesures que les États doivent prendre; par conséquent, il faudrait remplacer les mots « quant aux mesures » par « quant à la mesure ».

60. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objection, il considérera que la Commission adopte le nouveau paragraphe 1 *bis*.

Il en est ainsi décidé.

Le commentaire de l'article 5 est adopté.

Commentaire de l'article 6 (A/CN.4/L.554/Add.1)

61. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que le commentaire est en substance le même que celui qui figure dans le projet présenté à la quarante-huitième session.

62. M. HAFNER demande des éclaircissements sur le membre de phrase : « y compris toute autre règle primaire jouant dans le domaine du droit de la responsabilité des États », à la deuxième phrase du paragraphe 2.

63. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que ce membre de phrase signifie que les règles de la responsabilité des États s'appliquent chaque fois que l'on ne sait pas clairement ce qui est ou n'est pas interdit.

64. M. HAFNER dit que, dans la mesure où la Commission s'appuie sur l'hypothèse que la responsabilité des États n'est qu'un type secondaire de norme, il pourrait y avoir confusion entre ce qui est primaire et ce qui est secondaire. Il suggère donc que, dans la deuxième phrase, les mots « jouant dans le domaine du droit de la responsabilité des États » soient supprimés. Il découle automatiquement des règles primaires qu'une violation de ces règles engage la responsabilité d'un État.

65. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que la thèse de M. Hafner pèche par excès de logique, mais qu'il l'accepte.

Le commentaire de l'article 6, ainsi modifié, est adopté.

Commentaire de l'article 7 (A/CN.4/L.554/Add.1 et Corr.2)

66. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit qu'il a repris le texte du commentaire de la quarante-huitième session, mais qu'il a ajouté un paragraphe 6 *bis* pour tenir compte des observations récentes de membres de la Commission (A/CN.4/L.554/Add.1/Corr.2).

67. M. PELLET rappelle que l'intitulé initial de l'article, soit « Autorisation préalable », a été changé et est à présent « Autorisation », ce qui devrait être reflété dans le commentaire. En outre, il propose d'ajouter, après le paragraphe 6 ou 6 *bis,* un paragraphe qui se lirait comme suit : « Selon une opinion, cependant, cette obligation de se soumettre à une autorisation rétrospective faisait peser une charge excessive sur les exploitants s'agissant d'activités non interdites par le droit international. »

68. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que l'observation de M. Pellet sera reflétée dans le commentaire.

69. En réponse à une question de M. BENNOUNA, il dit que le commentaire devrait refléter les avis de la Commission dans son ensemble, mais qu'il est préférable de faire preuve d'une plus grande souplesse en première lecture et de présenter certains points de vue individuels.

Le commentaire de l'article 7, ainsi modifié, est adopté.

Commentaire de l'article 8 (A/CN.4/L.554/Add.1)

70. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que le commentaire a été mis à jour depuis la quarante-huitième session pour tenir compte des changements mineurs apportés à l'article, mais que le fond reste le même.

71. M. HAFNER dit que, selon la première phrase du paragraphe 1, les États doivent veiller à ce qu'il soit procédé à l'évaluation de l'impact des activités dangereuses sur l'environnement, alors que l'article lui-même ne formule pas une recommandation, mais fait obligation aux États de procéder à de telles évaluations. Les mots « doit veiller » devraient donc être remplacés par une expression comme « a l'obligation de veiller ».

72. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que, d'après ce qu'il a lu sur la question, y compris un rapport du PNUE, il sait que de nombreux États ont adopté ou sont en train d'adopter une législation appropriée. Néanmoins, de nombreux autres États demandent encore à être guidés à cause des difficultés pratiques suscitées par la complexité des évaluations de l'impact sur l'environnement exigées, et renforcer l'obligation qui leur est faite ne les aiderait pas à surmonter ces difficultés pratiques. Il vaudrait mieux conserver les mots employés dans le projet de la quarante-huitième session, car la situation a peu évolué depuis la rédaction de ce texte.

73. M. HAFNER dit qu'il réserve sa position quant à l'emploi des mots « doit veiller ».

74. M. PELLET dit qu'il est important de rendre compte des avis des membres individuels, sinon dans les commentaires des articles, tout au moins dans les comptes rendus des débats. Il propose de modifier le début du paragraphe 6 comme suit : « L'on a regretté le caractère très sommaire de l'article 8 et l'absence de précision concernant les études d'impact sur l'environnement. Toutefois ... ».

75. M. ROSENSTOCK dit que, s'il est vrai qu'en première lecture il est souvent fait mention dans le commentaire des opinions dissidentes, les membres ont néanmoins le devoir de faire preuve de retenue. En tout état de cause, les opinions dissidentes ou les réserves doivent être exposées après l'expression du point de vue majoritaire.

76. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit qu'il veut bien rendre compte des opinions dissidentes. Néanmoins, dans le cas particulier du commentaire de l'article 8, il souligne à nouveau la complexité de la question et attire l'attention de la Commission sur la note de bas de page relative au paragraphe 5, dans laquelle sont

énumérés les renseignements devant figurer dans le dossier d'évaluation conformément à l'article 4 de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière. Le travail de systématisation est non seulement complexe, mais aussi continu. L'article 8 doit donner des orientations aux États sans qu'elles soient trop contraignantes, et M. Sreenivasa RAO estime donc que les mots « a regretté », « sommaire » et « absence de précision » sont trop forts.

77. M. CRAWFORD, appuyé par M. HAFNER, appuie la proposition de M. Pellet, compte tenu de la remarque de M. Rosenstock.

78. M. PELLET dit que le fait que l'article 8 ait ou non été modifié depuis la quarante-huitième session n'empêche pas certains membres de regretter qu'il soit très sommaire. Il n'est pas non plus trop fort de dire que cet article manque de précision. M. Pellet s'étonne de la réaction négative que suscite sa proposition, étant donné que son point de vue n'est pas isolé.

79. M. ECONOMIDES, après avoir appuyé le point de vue de M. Pellet sur la question des avis dissidents, fait remarquer que la pratique consistant à inclure de tels avis dans les commentaires n'a pas toujours été suivie à la quarante-neuvième session.

80. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que la Commission aurait pu discuter de ce que doivent être les éléments d'une évaluation de l'impact sur l'environnement, mais qu'il ne croit pas qu'elle l'ait fait. Il a donc été obligé de s'accommoder du projet d'article et du commentaire tels qu'ils étaient. En ce qui concerne la proposition de M. Pellet, c'est principalement la notion de « regret » qui lui pose un problème. Il serait disposé à dire que certains membres ont estimé que la Commission aurait dû fournir aux États des conseils plus précis concernant les évaluations de l'impact sur l'environnement, espérant qu'une telle formulation engloberait la proposition de M. Pellet.

81. M. PELLET réitère sa position, à savoir que l'article est très sommaire et qu'il regrette qu'il soit très sommaire.

82. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial), à la demande du PRÉSIDENT, s'engage à rechercher une tournure qui tienne compte des avis exprimés pendant la séance.

Commentaire de l'article 9

83. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) rappelle que, selon le nouveau libellé, l'article 9 prévoit qu'un État dans lequel un projet donné doit être réalisé fournisse des informations pertinentes au public susceptible d'être affecté par ce projet, y compris au-delà des frontières de l'État. Le commentaire a donc été modifié en conséquence.

Le commentaire de l'article 9 est adopté.

Commentaire de l'article 10

84. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que l'article et le commentaire sont de rédaction ancienne, et que le seul changement a consisté à remplacer, au paragraphe 1 de l'article, l'idée de « sans délai » par la notion de « notification en temps utile », reprise de la Déclaration de Rio, comme il ressort du paragraphe 4 du commentaire.

Le commentaire de l'article 10 est adopté.

Commentaire de l'article 11 (A/CN.4/L.554/Add.1 et Corr.2)

85. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) rappelle que cet article a donné lieu à des discussions. Il attire l'attention de la Commission sur le nouveau paragraphe 12 figurant dans le document A/CN.4/L.554/Add.1/Corr.2, qui reflète le point de vue très opposé d'un membre. En outre, il faudrait supprimer la dernière phrase du paragraphe 10.

Le commentaire de l'article 11, ainsi modifié, est adopté.

Commentaire de l'article 12 (A/CN.4/L.554/Add.1 et Corr.1 et 2)

86. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) rappelle que cet article a fait l'objet d'une discussion approfondie, qui a conduit à établir de nouvelles priorités et à modifier l'ordre des alinéas. Il attire l'attention sur le texte supplémentaire contenu dans les documents A/CN.4/L.554/Add.1/Corr.1 et 2, qui reflète les discussions qui ont eu lieu à la 2561e séance et au Comité de rédaction.

Le commentaire de l'article 12, ainsi modifié, est adopté.

Hommage au secrétaire de la Commission

87. Le PRÉSIDENT donne lecture du projet de résolution suivant :

« La Commission du droit international,

Reconnaissant l'importante contribution de M. Roy Lee aux travaux de la Commission du droit international ainsi qu'à la codification et au développement progressif du droit international,

1. *Lui fait part de sa gratitude* pour la manière amicale et efficace avec laquelle il a guidé et aidé la Commission du droit international;

2. *Lui exprime ses meilleurs vœux* à l'occasion de son départ à la retraite. »

Le projet de résolution est adopté.

La séance est levée à 13 h 10.

2564e SÉANCE

Vendredi 14 août 1998, à 15 h 15

Président : M. João BAENA SOARES

Présents : M. Bennouna, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Galicki, M. Goco, M. Illueca,

M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Mikulka, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rosenstock, M. Simma, M. Yamada.

_____

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquantième session *(fin)*

CHAPITRE VI. — *Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses)* [fin] (A/CN.4/L.554 et Corr.1 et 2 et Add.1 et Add.1/Corr.1 et 2 et Add.2 et Add.2/Corr.1)

C. — Texte des projets d'articles sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses) provisoirement adoptés par la Commission en première lecture (*fin*) [A/CN.4/L.554/Add.1 et Add.1/Corr.1 et 2 et Add.2 et Add.2/Corr.1]

2. TEXTE DES PROJETS D'ARTICLES ET COMMENTAIRES Y RELATIFS *(fin)*

Commentaire de l'article 8 (fin) [A/CN.4/L.554/Add.1]

1. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) propose, eu égard aux préoccupations exprimées par certains membres (2563e séance), d'insérer, après la première phrase du paragraphe 6 du commentaire de l'article 8, une phrase libellée comme suit : « Selon certains membres, cependant, il serait souhaitable — et même nécessaire — d'indiquer dans le projet d'article, afin de guider les États, les éléments que pourrait comporter l'évaluation. »

Le commentaire de l'article 8, ainsi modifié, est adopté.

Commentaire de l'article 13 (A/CN.4/L.554/Add.2)

2. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) précise que l'article 13 du projet présenté à la quarante-huitième session[1] a été modifié. Le commentaire rend compte des débats qui ont abouti à ces modifications. En outre, on préciserait dans le commentaire que l'expression « dans un délai raisonnable » a la même connotation dans le paragraphe 2 de l'article 13 et dans le paragraphe 2 de l'article 10.

Le commentaire de l'article 13 est adopté.

Commentaire de l'article 14

Le commentaire de l'article 14 est adopté.

Commentaire de l'article 15

3. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) propose de remanier la dernière phrase du paragraphe 3 du commentaire de l'article 15, qui se lirait comme suit : « L'article 15 vise essentiellement à encourager la coopération de bonne foi des parties et repose sur cette coopération. »

[1] Voir 2527e séance, note 16.

Le commentaire de l'article 15, ainsi modifié, est adopté.

Commentaire de l'article 16

Le commentaire de l'article 16 est adopté.

Commentaire de l'article 17 (A/CN.4/L.554/Add.2 et Add.2/Corr.1)

4. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) rappelle que l'article 17 a été assez longuement examiné par la Commission, d'où les modifications proposées dans le document A/CN.4/L.554/Add.2/Corr.1 pour les paragraphes 9 et 10 du commentaire.

5. M. ROSENSTOCK se demande si la modification proposée pour le paragraphe 10 du commentaire ne risque pas de jeter un doute sur le caractère obligatoire de la procédure énoncée dans l'article.

6. M. GALICKI fait remarquer que, dans la version anglaise, le paragraphe 3 du commentaire de l'article 17 expose une gamme de méthodes de règlement des différends qui est plus large que celle qui figure au paragraphe 1 de l'article lui-même.

7. M. SIMMA propose d'aligner, dans la version anglaise, le paragraphe 3 du commentaire sur le paragraphe 1 de l'article en supprimant dans le premier la référence aux *good offices*.

Le commentaire de l'article 17, ainsi modifié, est adopté.

Le point 2 de la section C, ainsi modifié, est adopté.

1. TEXTE DES PROJETS D'ARTICLES (A/CN.4/L.554/Add.1)

8. Le PRÉSIDENT déclare que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que la Commission souhaite adopter le texte des projets d'articles.

Il en est ainsi décidé.

Le point 1 de la section C est adopté.

B. — Examen du sujet à la présente session *(fin)* [A/CN.4/L.554 et Corr.1 et 2]

9. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) rappelle que, lors de l'adoption du document A/CN.4/L.554, il a été décidé de maintenir les paragraphes 4 à 26 de ce document. Cette décision n'a plus de raison d'être dès lors que la Commission a adopté un ensemble complet d'articles assorti de commentaires. La tradition de la Commission qui consiste à transmettre à l'Assemblée générale le produit de ses travaux collectivement, sans l'exposé habituel des points de vue exprimés lors du débat, commande de supprimer les paragraphes 4 à 26.

La section B, ainsi modifiée, est adoptée.

10. M. PELLET propose d'insérer dans le rapport une phrase exprimant les remerciements de la Commission au Rapporteur spécial, qui s'est acquitté de sa difficile mission en un temps record.

Il en est ainsi décidé.

L'ensemble du chapitre VI, ainsi modifié, est adopté.

CHAPITRE I^er^. — *Organisation des travaux de la session* (A/CN.4/L.566)

11. Le PRÉSIDENT dit qu'il faut ajouter les noms suivants à la liste des membres du Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États qui figure à l'alinéa *b* du paragraphe 8 de la version anglaise du document : M. Nabil Elaraby, M. Gerhard Hafner, M. Qizhi He, M. Igor Lukashuk, M. Václav Mikulka, M. Didier Opertti Badan et M. Christopher John Robert Dugard (membre de droit).

Le chapitre premier, ainsi modifié, est adopté.

CHAPITRE II. — *Résumé des travaux de la Commission à sa cinquantième session* (A/CN.4/L.571)

12. M. PELLET propose d'indiquer dans le paragraphe 6, consacré aux réserves aux traités, que la Commission a adopté huit — et non sept — projets de directives, incluant ainsi également la directive composite.

Le chapitre II, ainsi modifié, est adopté.

L'ensemble du projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquantième session, ainsi modifié, est adopté.

Clôture de la session

13. Le PRÉSIDENT remercie ses collègues, en particulier les membres du bureau et le Président du Comité de rédaction, de la patience, de la compréhension et de l'appui qu'ils lui ont manifestés tout au long de la session, permettant ainsi à la Commission de maintenir sa tradition d'efficacité et d'aboutir à des résultats importants. Il exprime également ses remerciements à tous les membres du secrétariat qui ont secondé la Commission tant à Genève qu'à New York.

14. MM. BENNOUNA, GOCO, ILLUECA, KUSUMA-ATMADJA, MIKULKA et PELLET rendent hommage, au nom de leurs régions d'origine respectives, au professionnalisme et aux qualités humaines dont le Président ne s'est jamais départi.

15. Après un échange de félicitations et de remerciements, le PRÉSIDENT déclare close la cinquantième session de la Commission du droit international.

La séance est levée à 16 heures.

كيفية الحصول على منشورات الامم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الامم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع انحاء العالم . استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب الى : الامم المتحدة ،قسم البيع في نيويورك او في جنيف .

如何购取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à : Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

CÓMO 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.00-63900
May 2001–715

Complete set of twovolumes: ISBN 92-1-233352-4

United Nations publication
Sales No. F.00.V.10

ISBN 92-1-233349-4
ISSN 0497-9877