

NATIONS UNIES

Assemblée  générale

CINQUANTE-TROISIEME SESSION

*Documents officiels*

SIXIEME COMMISSION

13e séance

tenue le

lundi 26 octobre 1998

à 10 heures

New York

---

COMPTE RENDU ANALYTIQUE DE LA 13e SÉANCE

Président : M. ENKHSAIKHAN (Mongolie)

SOMMAIRE

POINT 150 DE L'ORDRE DU JOUR : RAPPORT DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL SUR LES TRAVAUX DE SA CINQUANTIEME SESSION

POINT 154 DE L'ORDRE DU JOUR : RAPPORT DU COMITE SPECIAL DE LA CHARTE DES NATIONAUX UNIES ET DU RAFFERMISSEMENT DU ROLE DE L'ORGANISATION (suite)

---

Le présent compte rendu est sujet à rectifications. Celles-ci doivent porter la signature d'un membre de la délégation intéressée et être adressées, *dans un délai d'une semaine à compter de la date de publication*, au Chef de la Section d'édition des documents officiels, bureau DC2-0794, 2 United Nations Plaza, et également être portées sur un exemplaire du compte rendu.

Les rectifications seront publiées après la clôture de la session, dans un fascicule distinct pour chaque commission.

Distr. GÉNÉRALE

A/C.6/53/SR.13

17 février 1999

FRANÇAIS

ORIGINAL : ANGLAIS

98-81902 (F)



/...

La séance est ouverte à 10 h 20.

POINT 150 DE L'ORDRE DU JOUR : RAPPORT DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL SUR LES TRAVAUX DE SA CINQUANTIÈME SESSION (A/53/10)

1. M. BAENA SOARES (Président de la Commission du droit international) dit qu'il semble utile, à l'occasion du cinquantième anniversaire de la Commission du droit international (CDI) de souligner le rôle central que celle-ci a joué dans le développement progressif du droit international et dans sa codification. La CDI en effet a produit plus d'une vingtaine de projets d'articles arrêtant les règles fondamentales régissant la plupart des grandes domaines du droit international, qui vont de la juridiction des Etats à la situation des personnes privées, en passant par la succession d'Etats concernant les ressources naturelles et les relations économiques. Parmi les exemples les plus frappants de ses travaux on peut citer le droit des relations diplomatiques et consulaires, le droit des traités, le droit de la mer et le droit des institutions internationales. Les traités universels jouent un rôle fondamental dans le droit international et même des articles à l'état de projet influent de manière substantielle sur la pratique des Etats et des institutions internationales.

2. A sa cinquantième session, la Commission a organisé un séminaire pour analyser d'un oeil critique ses propres travaux et en tirer une leçon pour l'avenir. Elle a pu faire profit des idées et des suggestions issues du colloque tenu en 1997 par la Sixième Commission à la demande de l'Assemblée générale (résolution 51/160, par. 18). On notera avec intérêt que les actes de ce colloque ont été publiés en juin 1998 sous le titre "Making better international law". Le rapport du séminaire d'avril 1998 de la CDI devrait également paraître bientôt.

3. Le projet de statut de la Cour pénale internationale élaboré par la CDI en 1994 a été un bon point de départ pour le Statut de Rome qui vient d'être adopté. Il est très encourageant que les délégations aient évoquées à ce propos la contribution de la CDI.

4. A sa cinquantième session, la CDI a nettement avancé sur plusieurs plans. Le sujet de la responsabilité internationale est inscrit à son ordre du jour depuis très longtemps mais la nouvelle démarche qu'elle a adoptée lui a permis d'achever à la session en question l'examen en première lecture d'un ensemble de 17 projets d'articles assortis de commentaires sur la prévention du dommage transfrontière découlant d'activités à risque. Avant d'aborder l'examen en deuxième lecture, la CDI souhaiterait vivement connaître les vues des gouvernements sur ce sujet.

5. La session de 1998 a été marquée par un autre succès, dans le domaine de la responsabilité des Etats et dans celui des réserves aux traités. En 1997, la Commission a achevé l'examen en première lecture des projets d'articles sur la responsabilité des Etats. En 1998, à la lumière des observations des gouvernements, elle a poussé l'analyse de plusieurs questions d'ordre général fort importantes, dont la principale est la distinction qu'il fallait établir entre la responsabilité "pénale" et la responsabilité "délictuelle". Pour ce qui est des réserves aux traités, la CDI a adopté sept projets de directive sur la définition de ces réserves. Elle est passée ensuite à la définition des

déclarations interprétatives. Là encore, la CDI attend avec intérêt les observations des gouvernements.

6. La CDI a également examiné les premiers rapports qui lui ont été présentés sur deux nouveaux sujets, à savoir la protection diplomatique et les actes unilatéraux des Etats. Elle a fixé les principes à partir desquels les travaux devaient se poursuivre. Les Rapporteurs spéciaux chargés de ces deux sujets ont été priés de lui présenter de nouveaux rapports qui seraient inspirés de ces principes.

7. Pour ce qui est du sujet de la nationalité en relation avec la succession d'Etats, la CDI a constitué un groupe de travail qu'elle a chargé d'examiner la question de la nationalité des personnes juridiques. Le groupe a déjà dégagé certaines conclusions préliminaires, qui sont présentées dans le rapport. La CDI souhaiterait connaître l'opinion des gouvernements sur ces conclusions.

8. La CDI a poursuivi l'examen de ses méthodes et de son programme de travail. Elle est intéressée tout particulièrement à son programme de travail à long terme et a cerné divers sujets qu'elle pourrait examiner à l'avenir. En outre, elle a maintenu ses liens fructueux de collaboration avec d'autres organes régionaux intergouvernementaux qui s'intéressent eux aussi au droit international public. On notera en particulier qu'elle a eu des échanges de vues extrêmement utiles avec la Cour internationale de Justice.

9. M. Baena Soares indique que, pour se conformer à la tradition de la Sixième Commission, il présentera sa déclaration en trois parties, en commençant par les chapitres premier à V du rapport de la CDI publié sous la cote A/53/10.

10. Le chapitre premier de ce rapport est une introduction, qui porte sur les questions générales de la composition de la Commission et de son bureau. Comme par le passé, le chapitre II présente un résumé des travaux de la cinquantième session. Le chapitre III, qui a été établi en réponse aux demandes des gouvernements, énumère les divers aspects des travaux sur lesquels il serait utile que les Etats représentés à la Sixième Commission présentent des observations. Ce projet a pour objet d'attirer l'attention de la Sixième Commission sur les principales questions soulevées dans le rapport et la CDI espère qu'il permettra de centrer les délibérations.

11. Le chapitre IV porte 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), sujet sur lequel la CDI a remarquablement avancé au cours de sa cinquantième session. Elle a achevé l'examen en première lecture des 17 projets d'articles consacrés au sujet, qui figurent d'ailleurs dans le rapport. La plupart de ces articles s'inspirent des textes adoptés par son groupe de travail en 1996, qu'elle a réexaminés à la lumière de la décision qu'elle avait prise de s'intéresser d'abord à la question de la prévention et aux faits nouveaux récemment intervenus dans ce domaine, notamment l'adoption de la Convention de 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. La CDI souhaite en particulier attirer l'attention des délégations sur les questions précises qu'elle pose aux paragraphes 31 à 34 de son rapport.

12. L'article premier délimite le champ d'application du projet, c'est-à-dire l'ensemble des activités qui ne sont pas interdites par le droit international mais dont les conséquences matérielles comportent le risque de causer un dommage transfrontière non négligeable. Pour un certain nombre de raisons, qui sont exposées aux paragraphes (1) du commentaire relatif à cet article, la CDI a décidé de définir ce champ d'application en termes généraux plutôt que de dresser la liste des activités qui relèveraient du projet d'articles. Le sens de l'expression "risque de causer un dommage transfrontière significatif" et du terme "dommage" est développé à l'article 2, relatif aux termes employés. Il faut souligner que, comme le note le commentaire de ce dernier article, le projet s'applique aux situations où l'effet combiné du risque et du dommage atteint un niveau considéré "significatif".

13. Le terme "significatif" fixe un seuil largement admis par le droit international. Il ressort également clairement de la définition du "dommage transfrontière" donnée à l'article 2, que le projet ne s'applique qu'aux activités qui causent un dommage sur le territoire ou en d'autres lieux placés sous la juridiction ou le contrôle d'un Etat autre que l'Etat d'origine. Le dommage causé à l'indivis mondial ne relève donc pas du projet.

14. Les articles 3 et 4 sont la pierre angulaire de tout le texte, en ce qu'ils fixent les principes dangereux dont découlent tous les autres articles. L'article 3 consacre la règle fondamentale selon laquelle les Etats doivent prendre toutes les mesures appropriées pour prévenir les dommages transfrontières significatifs ou pour en réduire le risque au minimum. Comme le mot commentaire le montre bien, la CDI considère qu'il y a là un devoir de diligence, et non une obligation de résultat. La question se pose cependant des conséquences du non-respect de ce devoir de prévention quand il n'y a pas de dommage. La CDI souhaiterait prendre l'avis des Etats sur ce point. Les délégations voudront sans doute se référer à ce propos au paragraphe 32 du rapport à l'examen.

15. Le principe de la coopération entre Etats intéressés, c'est-à-dire l'Etat d'origine et l'Etat ou les Etats qui risquent d'être touchés par les activités de celui-ci, principe posé à l'article 4, est une prémisse essentielle de la conception et de la mise en oeuvre des politiques de prévention ou de réduction du risque de dommages transfrontières significatifs. Comme le prévoit l'article 4, il peut être nécessaire d'obtenir l'assistance d'une ou de plusieurs organisations internationales pour prévenir un dommage transfrontière. Il faut souligner que le principe de la bonne foi doit régir les mesures de coopération prises par les Etats pour prévenir le dommage transfrontière ou pour en réduire le risque au minimum.

16. L'article 5 règle la question de la mise en oeuvre des dispositions du projet d'article. Les Etats ont tout loisir de choisir les mesures qu'ils entendent adopter mais cet article mentionne certaines mesures qui pourraient orienter leur choix à cet égard. C'est pourquoi il y est question de mesures législatives et administratives et de mesures concrètes nécessaires pour mettre en oeuvre des mécanismes de surveillance.

17. Le dernier article de portée générale est l'article 6, qui est en fait une clause de sauvegarde. Il souligne le caractère subsidiaire du projet, qui ne s'applique que lorsqu'il y a silence des règles ou des régimes internationaux.

18. Passant ensuite aux articles qui exposent d'une manière plus détaillée les modalités d'application du devoir de prévention du dommage transfrontière, M. Baena Soares indique que l'article 7 pose le principe fondamental qui exige de rechercher l'autorisation de l'Etat intéressé avant d'entreprendre aucune activité sur son territoire ou sous son contrôle ou sa juridiction lorsque ces activités comportent le risque de poser un dommage transfrontière significatif. Une telle autorisation est également nécessaire lorsqu'une activité déjà autorisée est sensiblement modifiée ou lorsqu'il est envisagé d'introduire dans une activité une modification qui risque de la transformer en une activité présentant un risque de dommage transfrontière.

19. Il ne suffit évidemment pas d'appliquer la règle de l'autorisation préalable aux seules activités dangereuses entreprises après que l'Etat d'origine a adopté un régime reprenant le projet d'articles. Les activités entreprises auparavant doivent aussi relever du régime de l'autorisation préalable, afin de ne pas enfreindre l'obligation de prévention. L'article 7 règle également la question des conséquences du non-respect par l'exploitant de la règle de l'autorisation préalable, même si elle ne le fait que d'un point de vue général puisqu'elle exige que l'Etat d'origine prenne les mesures appropriées qui pourraient aller, dans les cas les plus graves, au retrait de l'autorisation.

20. Pour déterminer s'il doit ou non autoriser telle ou telle activité dangereuse, l'Etat d'origine doit évaluer le dommage transfrontière que cette activité peut éventuellement provoquer. L'article 8 fixe en termes généraux la règle de l'évaluation préalable. A vrai dire, l'opinion générale a été que le détail de cette évaluation devait être laissé au législateur national. Certains membres de la CDI ont estimé cependant qu'il serait souhaitable de donner certaines indications aux Etats sur ce point.

21. L'article 9 s'inspire des nouvelles tendances du droit international, notamment du droit international de l'environnement, qui veulent que les personnes dont la vie, la santé, les biens ou l'environnement risquent d'être affectés participent à la prise de décisions et se voient offrir l'occasion de faire connaître leur opinion à ceux qui sont en définitive responsables de la décision elle-même. On notera que les Etats sont tenus d'informer non seulement leurs propres populations, mais aussi celles des autres Etats.

22. L'obligation de notification fait l'objet de l'article 10. Ainsi, lorsque l'évaluation des conséquences d'une activité montre qu'il y a un risque de dommage transfrontière significatif, l'Etat d'origine doit en aviser les Etats susceptibles d'en être affectés et leur fournir les informations nécessaires, en attendant de prendre une décision sur l'autorisation de l'activité. Le contrepois de cette obligation de l'Etat d'origine est le devoir qu'ont les Etats susceptibles d'être affectés de répondre dans un délai raisonnable à cette notification, de manière à ne pas retarder indéfiniment la décision d'autorisation.

23. C'est le même souci d'équilibre entre les intérêts des Etats intéressés qui est à la base de l'article 11, qui concerne les consultations sur les mesures préventives. Les Etats intéressés doivent engager des consultations de bonne foi et tenir compte des intérêts légitimes des uns et des autres, dans le dessein de trouver une solution mutuellement acceptable quant aux mesures qui

permettront de prévenir ou de réduire au minimum le risque de dommages transfrontières significatifs. Sinon, l'Etat d'origine peut procéder à l'activité dont il s'agit mais, ce faisant, il doit quand même tenir compte des intérêts des Etats qui sont susceptibles d'être affectés.

24. L'article 12 présente la liste non exhaustive des facteurs que les Etats doivent prendre en considération au cours de leurs consultations, en vue d'obtenir un juste équilibre des intérêts. La pertinence de tel ou tel facteur dépend des circonstances de l'espèce, mais l'article 12 fournit quelques principes directeurs à cet égard.

25. Le cas où un Etat a des raisons de croire que telle activité entreprise dans un autre Etat comporte un risque de dommage transfrontière significatif mais où il n'en a pas été avisé par cet autre Etat, est traité à l'article 13. En tel cas, l'Etat en question peut demander à l'Etat d'origine d'appliquer les dispositions de l'article précédent. Dans certains cas cependant, l'absence de notification peut ne pas être le résultat d'une inadvertance de l'Etat d'origine, mais résulter du fait qu'il pense que l'activité dont il s'agit ne présente aucun risque. Si les Etats ne peuvent s'accorder sur ce dernier point, les Etats intéressés doivent engager des consultations. Il est important de noter que le paragraphe 3 de cet article ajoute une autre protection des intérêts de l'Etat susceptible d'être affecté. En effet, s'il lui en est fait la demande, l'Etat d'origine doit prendre des mesures appropriées pour réduire au minimum les risques que présente l'activité en question et même dans certains cas suspendre cette activité pour une période de six mois, sauf s'il en est autrement convenu.

26. L'obligation d'échanger des informations sur la prévention ou la réduction du risque de dommage transfrontière significatif ne se limite pas à la procédure d'autorisation, elle constitue un devoir permanent. C'est ce que dit explicitement l'article 14. Mais il y a une exception à cette obligation d'informer que prévoient les projets d'articles : comme le prévoit l'article 15, autant Etat n'est tenu de divulguer des renseignements qui sont vitaux pour sa sécurité nationale ou pour la protection de ses secrets industriels.

27. La CDI a jugé qu'il fallait non seulement protéger les intérêts de l'Etat susceptible d'être affecté par une activité dangereuse, mais protéger aussi les intérêts des personnes physiques ou des personnes morales exposées au risque en question. L'article 16 prévoit donc qu'en l'absence d'accord sur ce point entre les Etats intéressés, l'Etat d'origine doit rendre accessible ses procédures judiciaires ou autres à ceux qui souhaitent demander protection ou réparation, sans aucune discrimination fondée sur la nationalité, le lieu de résidence ou le lieu où le préjudice pourrait survenir.

28. L'article 17 enfin prévoit le recours obligatoire à une commission d'enquête si les parties à un différend relevant du projet d'articles ne peuvent s'entendre sur le moyen de règlement de leur litige dans un délai de six mois. La CDI se rend compte que cet article doit être précisé, pour ce qui est de la constitution et du fonctionnement cette commission d'enquête, mais il lui a semblé prématuré d'entrer dans les détails avant que la forme finale du projet ait été décidée. Les commentaires que les Etats auront à faire sur cette question seront particulièrement bienvenus.

29. Le chapitre V est consacré au sujet de la protection diplomatique. Dans le rapport qu'il a présenté, le Rapporteur spécial demandait l'avis de la CDI sur un certain nombre de questions de fond qui sont à la base du sujet et qu'il a divisées en deux grandes catégories, à savoir d'une part la nature juridique de la protection diplomatique et d'autre part la nature des règles qui régissent cette protection.

30. Pour ce qui est de la nature juridique de la protection diplomatique, le Rapporteur spécial a expliqué que le fond de la protection diplomatique est un litige entre l'Etat d'accueil et un ressortissant étranger dont les droits ont été enfreints et qui a de ce fait subi un préjudice. Si ce ressortissant étranger n'est pas en mesure de porter le différend sur le plan international et de sortir ainsi de la sphère du droit interne, l'Etat dont il a la nationalité peut, s'il le souhaite, prendre fait et cause pour lui en faisant subir aux réclamations de la personne dont il s'agit une véritable "transformation". Le Rapporteur spécial a attiré l'attention de la CDI sur deux points importants. D'abord, les Etats reconnaissent par voie d'accord que l'Etat de nationalité a le droit de prendre des mesures, y compris de s'adresser à une instance d'arbitrage, pour faire reconnaître les droits reconnus à leurs ressortissants par voie de traités. Ensuite, les personnes ont, en vertu des traités, directement accès à l'arbitrage international. Le Rapporteur spécial a jugé que cette évolution du droit international et le fait que la personne dont il s'agit se voit reconnaître dans une certaine mesure la personnalité juridique, en tant que bénéficiaire direct du droit international, permettaient de situer dans un contexte plus clair la question de la pertinence de la conception traditionnelle de la protection diplomatique.

31. Le Rapporteur spécial a considéré que la nature des règles qui régissent la protection diplomatique varie selon que l'on se place du point de vue traditionnel, selon lequel un Etat fait valoir son propre droit en épousant la réclamation de son national, ou du point de vue plus contemporain, selon lequel l'Etat est simplement l'agent de son national, qui a un intérêt que le droit protège dans la sphère internationale. L'approche retenue aura des conséquences pratiques pour la formulation des dispositions dans le cadre de ce sujet.

32. D'une manière générale, la CDI a admis que le sujet touchait à une question complexe d'un grand intérêt pratique qu'il n'y avait guère de sujet plus mûr pour la codification que celui de la protection diplomatique, ni de sujet sur lequel il y avait un corpus aussi solide de droit contraignant. Il a été rappelé que l'objet initial de l'institution de la protection diplomatique était de pallier les inconvénients et les injustices que subissaient les personnes privées, physiques ou morales. Loin donc d'être une institution oppressive, la protection diplomatique avait permis de corriger, au moins partiellement, les injustices d'un système qui réduisait l'individu, et plus largement la personne privée, au statut non pas de sujet de droit international, mais bien d'objet des violations de celui-ci. Certains membres de la CDI ont estimé que la protection diplomatique était une construction, tout comme les notions de possession et de propriété. Dès lors, la protection diplomatique dans le contexte de la construction Mavrommatis ne devrait pas être considérée comme une fiction.

33. Quant à savoir si l'Etat qui exerçait sa protection diplomatique faisait valoir son propre droit ou le droit de son national lésé, beaucoup de membres ont considéré que la protection diplomatique avait toujours été un attribut

souverain de l'Etat en tant que sujet de droit international. Sinon, il eut été impossible, après la seconde guerre mondiale, de conclure aucun accord pour indemniser les propriétaires de biens nationalisés.

34. Pour ce qui est de la question des rapports entre les droits de l'homme et la protection diplomatique, beaucoup d'intervenants ont fait valoir devant la CDI qu'il fallait éviter d'assimiler les deux institutions l'une à l'autre ou d'instituer en elles une hiérarchie. On a fait observer que s'il était vrai que le droit de la protection diplomatique existait bien avant que la notion de droits de l'homme ne se soit imposée en droit international, les deux approches existaient en parallèle et que leurs domaines potentiels respectifs ne se chevauchaient qu'en partie. Compromettre la protection diplomatique au bénéfice des droits de l'homme reviendrait dans certains cas à dénier à des personnes privées la protection dont elles jouissaient jusque-là. Il allait sans dire que les droits de l'homme pouvaient désormais servir de contrefort à la protection diplomatique exercée par l'Etat de nationalité. On a fait observer à ce propos que la conception Mavrommatis traditionnelle de la protection diplomatique avait des aspects convaincants et qu'il ne fallait pas l'écarter sans s'interroger sérieusement sur ce qui pourrait rendre effectifs les droits individuels. La conception "droits de l'homme" pouvait bien pénétrer, cas par cas, dans les débats que la CDI poursuivrait sur le sujet, mais celle-ci ne devait pas remettre en question encore, en adoptant cette façon de voir les choses, les assises mêmes de la protection diplomatique.

35. Il a été affirmé que les questions préalables à l'exercice de la protection diplomatique étaient qu'il devait être établi qu'un préjudice avait été causé à un national; que ce préjudice résultait d'une infraction au droit international; qu'il était imputable à l'Etat mis en cause; qu'un lien de causalité existait entre le dommage et l'entité à laquelle il était imputé. Dans une demande internationale de protection diplomatique, interviendraient donc trois protagonistes principaux : l'intéressé, qui avait subi un préjudice dans sa personne, dans ses biens ou dans ses droits; l'Etat auteur du préjudice; et l'Etat prenant fait et cause pour l'intéressé. La deuxième condition préalable à l'exercice de la protection diplomatique était que la personne lésée avait été incapable d'obtenir réparation en recourant aux procédures internes qui auraient donné à l'Etat en cause l'occasion d'honorer ses obligations internationales en procédant à une réparation en temps utile.

36. Selon certains membres, la condition préalable que constituait l'épuisement des recours internes avait une base empirique et il n'était pas nécessaire d'épuiser ces recours dans le cas où il n'y avait pas eu de liens volontaires préalables avec la juridiction concernée. On a également fait remarquer que cette nécessité d'épuisement des recours internes avait cette autre conséquence que le schéma de la subrogation ne pouvait s'appliquer à la protection diplomatique, car il y avait un changement fondamental de la nature du droit en cause.

37. En ce qui concerne les recours internes, on s'est demandé si la norme minimale de traitement dont bénéficiaient les étrangers en vertu du droit international devait être la seule norme et si elle ne devait pas être définie eu égard au droit interne, de manière à ne pas privilégier les étrangers. Assurément, l'application de l'une ou l'autre norme susciterait des controverses, étant donné les différences culturelles, sociales, économiques et

juridiques pouvant exister entre l'Etat d'accueil et l'Etat étranger. On a fait également observer que l'Etat qui défendait ses nationaux ne pouvait, dans l'exercice de la protection diplomatique, recourir à la menace ou à l'emploi de la force. C'est pourquoi, en recensant les moyens dont disposaient les Etats pour donner effet à leurs droits et à ceux de leurs nationaux dans l'exercice de la protection diplomatique, la CDI ferait oeuvre utile dans le cadre de l'examen du sujet.

38. On s'est demandé également si un Etat pouvait exercer sa protection diplomatique pour une personne lésée qui avait elle-même exercé directement un recours international ou si l'Etat ne pouvait exercer la protection diplomatique qu'une fois que tous les autres modes internes de règlement des différends étaient épuisés.

39. Quant à savoir si le sujet portait sur les règles "primaires" ou "secondaires", ce type de théories et de notions ne pouvaient utilement être examinées par la CDI avant qu'elle se fut penchée sur les institutions et les règles de la protection diplomatique. Ces points pourraient être examinés lorsqu'ils se feraient jour dans le cadre de contextes précis.

40. La CDI a créé un groupe de travail pour seconder le Rapporteur spécial, groupe chargé de dégager certaines orientations quant au contenu de son deuxième rapport. Les conclusions de ce groupe de travail figurent au paragraphe 108 du rapport à l'examen.

41. M. FOMBA (Mali), se référant au sujet de la protection diplomatique, dit que son pays souscrit à la première des conclusions du Groupe de travail, selon laquelle le traitement de la protection diplomatique dans le droit coutumier devrait servir de base au travail de la CDI sur ce sujet. Comme l'a souligné le Rapporteur spécial, le sujet en question comporte une grande part de codification dans la mesure où son origine coutumière est établie par le dictum de l'arrêt rendu en affaires Mavrommatis.

42. Pour ce qui est de la deuxième conclusion du Groupe de travail, si le Mali appuie la démarche qui consiste à axer le sujet sur les règles secondaires du droit international se rapportant à la protection diplomatique, il lui semble qu'il ne faut pas établir de cloison étanche entre règles "primaires" et règles "secondaires". Comme l'a dit le Rapporteur spécial, la CDI ne devrait examiner les règles "primaires" qui si cela est essentiel pour formuler clairement des règles "secondaires" spécifiques. Les théories et les notions dont la distinction entre règles primaires et règles secondaires offre un exemple ne peuvent être utilement examinées tant qu'on ne se sera pas penché sur les institutions et les règles de la protection diplomatique. D'autre part, le Mali estime que l'étude de ce sujet doit inclure l'examen des moyens permettant d'exercer la protection diplomatique, à savoir les mécanismes classiques de règlement pacifique des différends et la question des contre-mesures.

43. Le Mali approuve le Rapporteur spécial quand il propose de modifier l'intitulé du sujet, qui deviendrait "Protection diplomatique de la personne et des biens", intitulé qui cadrerait mieux avec le contenu du sujet et permettrait de distinguer plus clairement entre celui-ci et la question des relations diplomatiques et consulaires.

44. Pour ce qui est enfin de la troisième conclusion du Groupe de travail, le Mali pense lui aussi que l'exercice de la protection diplomatique est un droit de l'Etat. Dans l'exercice de ce droit, l'Etat doit tenir compte des droits et intérêts de ses nationaux à l'égard desquels il exerce la protection diplomatique. Cette conclusion traduit la nécessité de déprivilégier le développement progressif de la coutume en prenant en compte la réalité au travers de la reconnaissance internationale du droit de la personne humaine.

45. Le Rapporteur spécial pose à juste titre la question de savoir si la protection diplomatique est un droit de l'Etat ou un droit de l'individu, et quelles conséquences peut avoir la réponse sur la formulation des dispositions en voie d'élaboration. Il faut réfléchir sérieusement et apporter des réponses lucides et réalistes aux grandes questions suivantes : existe-t-il en droit international un droit de l'individu à la protection diplomatique? Dans l'affirmative, quel en est le degré de consécration? Quelles en sont ou seraient les conséquences par rapport au pouvoir discrétionnaire de l'Etat de refuser ou d'accorder la protection et à son droit de contrôle sur la réparation? La reconnaissance du droit d'accès direct de l'individu aux instances judiciaires internationales ne remet-elle pas en cause la conception classique de la protection diplomatique ou n'en change-t-elle pas la nature? En tout état de cause, il est essentiel de distinguer entre le "souhaitable" et le "possible", en tenant compte des aspects juridiques et politiques ainsi que des intérêts de l'Etat et de l'individu.

46. En ce qui concerne la quatrième conclusion, le Mali est d'accord avec la CDI pour tenir compte du développement du droit international en matière de reconnaissance et de protection des droits des individus et, en deuxième lieu, examiner les conséquences concrètes et particulières de cette évolution à la lumière de la pratique des Etats.

47. Se référant ensuite à la cinquième conclusion du Groupe de travail, M. Fomba dit que son pays soutient l'idée selon laquelle le pouvoir discrétionnaire de l'Etat d'exercer la protection diplomatique ne l'empêche pas de prendre auprès de ses nationaux l'engagement d'exercer ce droit. La constitution malienne du 25 février 1992, bien qu'étant très progressiste en matière des droits de l'homme, ne consacre pas expressis verbis le droit des Maliens à la protection diplomatique, même si la protection de ceux-ci est l'un des objectifs déclarés de la politique étrangère du Gouvernement malien.

48. Pour ce qui est de la sixième conclusion, le Mali estime lui aussi qu'il serait utile que les Etats fournissent à la CDI des informations sur leur législation interne la plus pertinente, les décisions prises par les tribunaux nationaux et leur pratique en matière de protection diplomatique.

49. Enfin, le Mali approuve la décision qu'a prise la CDI à sa quarante-neuvième session, en 1997, d'achever l'examen du sujet en première lecture d'ici la fin du quinquennat en cours.

50. Pour terminer le sujet relatif aux réserves aux traités, M. Fomba dit que la réponse de son pays à l'invitation que la CDI lance au paragraphe 41 de son rapport, est que les déclarations unilatérales par lesquelles un Etat vise à accroître ses obligations ou ses droits en vertu d'un traité au-delà de ce qui est stipulé par ce traité lui-même ne doivent pas être considérées comme des

réerves. La réserve en tant que déclaration unilatérale n'a, ne peut et ne doit avoir qu'un seul but : exclure ou modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à l'Etat auteur de la réserve.

51. Pour ce qui est du paragraphe 42 du rapport à l'examen, il est essentiel que les Etats fournissent à la CDI, en temps utile, des informations ou de la documentation sur leur pratique en matière de déclarations unilatérales.

52. M. LAVALLE VALDES (Guatemala) constate que l'article révisé des 17 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) passe sous silence toutes les dispositions concernant la responsabilité qui figuraient dans les 22 articles du projet initial tel qu'il figurait à l'annexe I du rapport de la CDI sur les travaux de sa quarante-huitième session (A/51/10). Le texte modifié est exclusivement axé sur l'origine de la prévention et omet entièrement des dispositions d'origine concernant la responsabilité et la nature et la portée des indemnisations ou autres modalités de réparation. L'intention des auteurs est évidemment de régler la question de la phase antérieure à la survenance du dommage, phase pendant laquelle la responsabilité de l'Etat d'origine peut être engagée. L'article 16 du texte révisé par exemple parle des "personnes [...] qui peuvent être ou sont exposées au risque d'un dommage transfrontière significatif", et non des "personnes qui ont subi un dommage transfrontière significatif", comme le disait l'article 20 du projet d'origine.

53. Selon le Guatemala pourtant, il est impossible d'empêcher la question de la responsabilité de réapparaître dans le nouveau texte du projet d'articles. Celui-ci impose aux Etats des obligations dont le but essentiel est la prévention du dommage transfrontière. Et pourtant, il est clair qu'un Etat tenu des obligations que comporte le texte révisé peut causer un dommage transfrontière à un autre Etat parce qu'il n'a pas honoré ces obligations et qu'il encourt donc une responsabilité à l'égard de cet autre Etat. Cette responsabilité pourtant doit être distinguée de la responsabilité dont il était question dans le texte initial, en ce que l'Etat d'origine commet ici non pas un acte qui n'est pas interdit par le droit international mais plutôt un acte qui est interdit par le droit international.

54. Ces observations sont corroborées par le commentaire relatif à l'article 3 du texte révisé, où il est dit que l'obligation qu'ont les Etats de prendre les mesures de prévention ou de réduction des dommages correspond à un devoir de diligence et que l'obligation imposée par l'article 3 n'est pas une obligation de résultat. Il est donc évident qu'il faut prévoir des règles à la fois primaires et secondaires, attribut essentiel de la responsabilité des Etats.

55. La délégation guatémaltèque pense que selon le texte d'origine, lorsqu'un Etat tenu des obligations prévues dans le projet d'articles cause un dommage à un autre Etat, il engage sa responsabilité même s'il s'est conformé à ses obligations en matière de prévention. Mais au contraire, s'il a manqué à ses obligations de prévention, et si de ce fait il a causé le dommage qu'a subi l'autre Etat, il ne peut être considéré comme tenu de réparer, mais comme responsable. Cela découle clairement du fait que, dans l'annexe I du rapport de la CDI sur les travaux de sa quarante-huitième session (A/51/10), le

/...

paragraphe (4) du commentaire relatif à l'article 4 du projet d'origine est identique au paragraphe (6) du commentaire relatif à l'article 3 actuellement à l'étude. Il semblerait donc que selon le texte d'origine, un Etat peut être à la fois tenu de réparer et responsable : d'abord s'il cause un préjudice à un autre Etat bien qu'il ait honoré ses obligations de prévention, ensuite s'il n'a pas honoré ses obligations et que le dommage est imputable exclusivement à sa défaillance.

56. La CDI n'explique pas pourquoi elle a décidé de supprimer l'expression qui figurait entre crochets à l'article premier du projet d'origine. Le Guatemala suggère de remplacer, au paragraphe a) de l'article 2 du projet révisé, l'expression "une faible probabilité de causer un dommage désastreux et une forte probabilité de causer d'autres dommages significatifs" par "risque se situant entre la forte probabilité de causer un dommage transfrontière significatif et la faible probabilité de causer un dommage désastreux". Si cette formule paraît inacceptable, on pourrait aussi remplacer "et" par "ou" et supprimer "autres". Si cette formulation est acceptable, on pourrait ajouter à la fin du paragraphe a) du projet d'article 2 : "et tout risque se situant entre ces deux extrêmes". La délégation guatémaltèque se félicite du nouveau libellé du paragraphe b) de cet article et de la suppression de l'article 3 du texte d'origine, dont elle a déjà dit qu'il lui semblait inutile. Elle se demande si l'article 5 du nouveau projet a la moindre utilité : on ne trouve pas son équivalent dans le texte initial.

57. Pour ce qui est de l'article 16 du texte à l'examen, il est étrange qu'alors qu'il parle de l'accessibilité des procédures judiciaires ou autres quand il s'agit de réparation, le texte évoque non pas le cas des personnes qui ont subi un préjudice, mais celui des personnes "exposées au risque". Sans doute les auteurs de la nouvelle formule ont-ils voulu faire disparaître toute allusion à la responsabilité mais, comme la délégation guatémaltèque l'a déjà fait remarquer, le projet tel que révisé incorpore déjà la notion de responsabilité. Il conviendrait donc de remplacer le membre de phrase "qui peuvent être ou sont exposées aux risques d'un" par "qui ont subi, du fait du non-respect de l'obligation de prévention,". L'article 17 n'est pas satisfaisant non plus dans la mesure où il est dit au paragraphe 1 qu'il peut y avoir différend entre les Etats non seulement quant au fait, mais aussi quant à l'interprétation des projets d'articles.

58. Enfin, on peut se demander si le texte révisé peut être considéré en lui-même. Il le serait sans doute, mais au sens où n'importe qui peut survivre à l'amputation d'une jambe. Pour le Guatemala, les parties amputées devraient être réincorporées au texte révisé. En d'autres termes, il faudrait en revenir au projet d'origine. Ou alors, on pourrait faire des parties amputées une sorte de protocole au traité que le texte révisé pourrait devenir.

59. M. MANONGI (République-Unie de Tanzanie), se référant au sujet sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, déclare que la CDI a eu l'audace de recommander un régime particulier de la prévention qui ne se confond pas avec le régime de la responsabilité, ce qui soulève la question de savoir si l'obligation de prévention doit continuer d'être considérée comme une simple obligation de comportement et non comme une obligation de résultat, ou si le non-respect de cette obligation doit être

soumis aux conséquences que prévoit le droit de la responsabilité des Etats ou de la responsabilité civile, ou même des deux, lorsque l'Etat d'origine et l'exploitant sont tous les deux mis en cause. La décision de la CDI est audacieuse parce que la distinction reste floue. Il vaut mieux, bien sûr, prévenir que guérir. Mais la responsabilité a un double sens (prévention et réparation) de la même façon qu'en droit pénal la loi a une fonction préventive et une fonction répressive. Dans les deux cas la prévention n'est qu'une obligation de comportement, qui ne peut avoir de conséquences en elle-même tant que le comportement considéré ne conduit ni à une défaillance ni à un effet préjudiciable. L'institution d'un régime distinct fondé uniquement sur l'obligation de prévenir peut donner naissance à une présomption de responsabilité ayant des conséquences même en l'absence de tout effet préjudiciable. Si prévenir vaut mieux que guérir, on voit mal comment le non-respect d'une obligation qui n'a eu aucune conséquence peut donner prise à une réclamation en justice. Cela pourrait avoir pour résultat que des Etats n'attendraient pas qu'un dommage se produise pour mettre en cause la responsabilité d'un autre Etat au cas où celui-ci semble s'être abstenu de maîtriser l'activité dont il s'agit ou de lui imposer certaines contraintes. Cet enchaînement est lourd de jugements subjectifs et serait d'autant plus inquiétant.

60. Bien que la Cour internationale de Justice ait affirmé l'obligation qu'ont les Etats de veiller à ce que les activités entreprises sous leur juridiction et leur contrôle soient respectueuses de l'environnement des autres Etats ou du domaine extra-national, et bien que ce principe soit désormais intégré dans le corpus du droit international de l'environnement, on peut se demander si la notion de responsabilité absolue ou de la responsabilité sans faute axée uniquement sur les résultats est bien judicieuse lorsqu'on l'applique strictement au régime de la responsabilité des Etats. L'une des conséquences de la mondialisation et de la libéralisation du monde contemporain est que l'activité qui cause un dommage peut très souvent être imputable à une personne privée et non à un Etat. Peut-être serait-il utile d'attribuer à l'Etat une responsabilité secondaire et non primaire. Les comportements de l'exploitant primaire ne doivent pas pour autant disparaître du paysage : la personne responsable d'une pollution ou d'un préjudice doit en supporter les coûts directs et indirects, comme le prévoient un certain nombre d'instruments internationaux.

61. La délégation tanzanienne félicite la CDI du sens de la mesure dont elle a fait preuve lorsqu'elle a formulé l'article 12 relatif aux facteurs qui composent l'équation du juste équilibre des intérêts, notamment l'alinéa a) de cet article. On oublie trop souvent qu'à cause du sous-développement, certaines considérations comme le faible niveau technologique ou l'impossibilité financière de se doter des techniques les plus récentes qui pourraient améliorer les moyens de prévention d'un Etat doivent également entrer en ligne de compte si l'on tient à ce que le droit international de l'environnement soit le reflet de la gamme entière des intérêts en jeu dans le monde contemporain.

62. Il est enfin encourageant de constater que la CDI ait songé à adopter un intitulé plus proche du contenu du projet d'articles. De l'avis de la délégation tanzanienne, ce projet devrait prendre la forme d'une loi-type plutôt que celle d'une convention. Dans le même ordre d'idées, elle préférerait que l'on mette en place un régime volontaire de règlement des différends inter partes.

63. M. CAFLISCH (Observateur de la Suisse) dit que le projet d'articles sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international revêt un intérêt considérable parce qu'il donne une nouvelle orientation au sujet, celle de la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités licites mais dangereuses. Les travaux de la CDI ont sans doute été facilités par l'adoption en 1997 de la Convention sur les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. Le point de vue retenu, qui consiste à insister sur le devoir de prévention fondé sur le devoir de diligence, paraît satisfaisant, mais le Gouvernement suisse n'a pas encore eu la possibilité de procéder à une étude approfondie du projet.

64. L'article premier limite le champ d'application du projet aux activités comportant "le risque de causer un dommage transfrontière significatif", mais les alinéas b), c) et e) de l'article 2, relatif aux définitions, fait ressortir que c'est du risque d'un dommage causé à un autre Etat qu'il s'agit. Ne serait-il pas approprié d'inclure, comme le font également les articles 20 et 22 de la Convention de 1997 susmentionnée, une référence au risque de causer un dommage significatif à un écosystème? Pour ce qui est du projet d'article 2, un certain flou entoure le terme "significatif". D'après les paragraphes (4) à (7) accompagnant cet article, il s'agit d'un dommage "plus que détectable", mais qui n'atteint pas le niveau de "grave" ou "substantiel" et il est dit aussi que dans la pratique "significatif" a été utilisé comme synonyme des deux mots. On ne peut à cet égard oublier les débats qu'avait consacrés à ce terme le Groupe de travail plénier pour l'élaboration de la Convention de 1997, débats qui ont d'ailleurs déboucher sur une définition difficilement utilisable. Ce problème de définition est difficile à résoudre, mais son importance est capitale : le champ d'application de l'obligation de prévention en dépend et la CDI devrait revenir sur cette question.

65. Le projet d'article 3 énonce l'obligation de prendre des "mesures appropriées" et le paragraphe (6) du commentaire y relatif fait ressortir qu'il s'agit-là d'un "devoir de diligence". Cette notion n'est totalement explicitée qu'à l'article 5, puis reprise aux articles 7, 8 et 10 à 13. La délégation suisse se demande si le "devoir de diligence" ne devrait pas plutôt figurer dans le corps même du projet d'article 3.

66. Le système proposé par les projets d'articles 7 et 8 et 10 à 13, qui consacre un devoir de notification assez étendu contrebalancé par le fait que l'obligation de prévention n'est pas absolue mais conditionnée par les paramètres équitables imposés à l'article 12, semble tout à fait acceptable. Ce mécanisme et les dispositions concrètes qui s'y rapportent, semble à première vue acceptable aux yeux de la délégation suisse, mais sous deux réserves. En premier lieu, la référence au "délai raisonnable" au paragraphe 2 de l'article 10 paraît imprécise et devrait être remplacée par la mention d'un laps de temps déterminé. On doit se demander en deuxième lieu si les activités qui comportent un risque pour l'environnement doivent vraiment être simplement l'un des facteurs qui permettent de déterminer le juste équilibre des intérêts ne devraient pas tout simplement être interdites.

67. Pour ce qui est des paragraphes 31 à 34 du rapport à l'examen, la délégation suisse n'a pas encore de position arrêtée sur le point de savoir si le défaut de diligence peut faire naître une responsabilité quand il n'y a pas

effectivement de dommages. Si ce dommage pourtant se concrétise, l'Etat en est bien responsable. En d'autres termes, l'obligation demeure une obligation de moyens, qui peut du reste se doubler d'une obligation civile de l'exploitant. Enfin, le projet d'article 17, qui ressemble à l'article 33 de la Convention de 1997 sur les cours d'eau internationaux, est insuffisant. Si un différend ne peut être réglé aux vues du rapport de la Commission d'enquête, tout Etat partie au litige devrait pouvoir déclencher une procédure juridictionnelle aboutissant à une décision contraignante.

68. Abordant ensuite le sujet de la protection diplomatique, M. Caflisch constate que les travaux de la CDI sont dans ce domaine relativement peu avancés. Une certaine confusion continue de régner à propos de la distinction qu'il convient d'opérer entre les règles matérielles (secondaires) énonçant les éléments constitutifs de la responsabilité internationale, et les règles de caractère procédural (également secondaires) concernant les conditions de l'exercice de la protection diplomatique. De l'avis du Gouvernement suisse, il est souhaitable de séparer ces deux catégories aussi clairement que possible. Il est vrai qu'une partie de la doctrine tend à voir dans la protection diplomatique un mécanisme permettant à l'Etat d'agir en qualité de mandataire de son ressortissant titulaire d'un intérêt juridiquement protégé (par. 68). Mais cette conception n'est sans doute pas celle que les chancelleries appliquent dans leur travail quotidien. Or, les conclusions du Groupe de travail relèvent à juste titre que c'est le "traitement de la protection diplomatique dans le droit coutumier" qui doit servir de base aux travaux à venir. La protection diplomatique est et doit donc demeurer un droit appartenant à l'Etat, avec toutes les conséquences que cela comporte. Cette manière de voir va conditionner la solution de la question difficile mais intéressante des relations entre protection diplomatique et protection internationale des droits de l'homme, point abordé aux paragraphes 83 à 91 du rapport à l'examen. Ainsi, l'exercice de la protection diplomatique restera un droit de l'Etat alors que les systèmes internationaux de protection des droits de l'homme servent à mettre en oeuvre des droits individuels. Cela étant, les deux mécanismes doivent demeurer séparés, même si leurs objectifs se recouvrent partiellement. La CDI devrait se concentrer sur l'étude de la protection diplomatique et ne pas préjuger les questions ressortissant à la protection internationale des droits de l'homme, par exemple en évitant de soulever la question de savoir si l'exigence de l'épuisement des recours internes englobe les voies offertes par les systèmes internationaux de protection des droits de l'homme.

69. La CDI a décidé de faire porter ses travaux sur l'ensemble du problème de la protection diplomatique, y compris la protection des sociétés ou associations, ainsi que des personnes qui en relèvent. La délégation suisse a déjà attiré l'attention sur les écueils qui minent un terrain qui n'est guère propice à la codification. Elle aurait préféré que l'on évite cet aspect du sujet, mais cette préférence ne semble pas être partagée par la CDI. Il n'en serait pas moins prudent, en tout état de cause, de limiter une première phase des travaux aux aspects généraux de la question et à la protection des personnes physiques, domaine où la codification ne semble pas trop problématique. Dans une seconde phase, la CDI pourrait s'attaquer au problème de la protection des sociétés ou associations. Cette approche en deux temps comporterait l'avantage

de permettre la codification des règles relatives aux personnes physiques sans que les dispositions controversées relatives à la protection des sociétés et associations puisse venir provoquer l'échec de l'ensemble des travaux sur la protection diplomatique.

POINT 154 DE L'ORDRE DU JOUR : RAPPORT DU COMITE SPECIAL DE LA CHARTE DES NATIONAUX UNIES ET DU RAFFERMISSEMENT DU ROLE DE L'ORGANISATION (suite)  
(A/C.6/53/L.2)

Projet de décision sur le rapport du Comité spécial de la Charte des Nations Unies et du raffermissement du rôle de l'Organisation (A/C.6/53/L.2)

70. Le PRESIDENT croit comprendre que la Commission souhaite adopter le projet de décision A/C.6/53/L.2.

71. Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 12 h 10.