

**Rapport de la Commission
du droit international**
sur les travaux de sa quarante-huitième session

6 mai-26 juillet 1996

Assemblée générale
Documents officiels • Cinquante et unième session
Supplément No 10 (A/51/10)



Nations Unies • New York, 1996

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 mot *Annuaire* suivi de points de suspension et de l'année (par exemple, *Annuaire ... 1971*) s'entend de l'*Annuaire de la Commission du droit international*.

Une version linotypée du rapport de la Commission paraîtra dans la deuxième partie du volume II de l'*Annuaire de la Commission du droit international, 1996*.

TABLE DES MATIERES

<u>Chapitre</u>	<u>Paragrapbes</u>	<u>Page</u>
I. INTRODUCTION :	1 - 29	17
A. Composition de la Commission	2	17
B. Bureau et Bureau élargi	3 - 5	18
C. Comité de rédaction	6 - 7	18
D. Groupes de travail	8 - 10	19
E. Secrétariat	11	19
F. Ordre du jour	12	20
G. Résumé des travaux de la Commission à sa quarante-huitième session	13 - 21	20
H. Points sur lesquels les observations des gouvernements présenteraient un intérêt particulier pour la Commission	22 - 29	22
II. PROJET DE CODE DES CRIMES CONTRE LA PAIX ET LA SECURITE DE L'HUMANITE	30 - 50	25
A. Introduction	30 - 46	25
B. Recommandation de la Commission	47 - 48	29
C. Hommage à M. Doudou Thiam, Rapporteur spécial .	49	30
D. Articles du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité	50	30
PREMIERE PARTIE. DISPOSITIONS GENERALES		30
Article 1. Portée et application du présent Code		30
Article 2. Responsabilité individuelle		34
Article 3. Sanction		45
Article 4. Responsabilité des Etats		47
Article 5. Ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique		48

TABLE DES MATIERES (suite)

<u>Chapitre</u>		<u>Paragrapes</u>	<u>Page</u>
Article 6.	Responsabilité du supérieur hiérarchique		51
Article 7.	Qualité officielle et responsabilité		56
Article 8.	Compétence		60
Article 9.	Obligation d'extrader ou de poursuivre		69
Article 10.	Extradition des auteurs présumés de crimes		73
Article 11.	Garanties judiciaires		76
Article 12.	<i>Non bis in idem</i>		84
Article 13.	Non-rétroactivité		90
Article 14.	Faits justificatifs		92
Article 15.	Circonstances atténuantes		101
	DEUXIEME PARTIE. CRIMES CONTRE LA PAIX ET LA SECURITE DE L'HUMANITE		103
Article 16.	Crime d'agression		103
Article 17.	Crime de génocide		106
Article 18.	Crimes contre l'humanité		114
Article 19.	Crimes contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé		125
Article 20.	Crimes de guerre		133
III.	RESPONSABILITE DES ETATS	51 - 66	144
A.	Introduction	51 - 60	144
B.	Examen du sujet à la présente session	61 - 64	147
C.	Hommage aux Rapporteurs spéciaux	65	147

TABLE DES MATIERES (suite)

<u>Chapitre</u>	<u>Paragrapbes</u>	<u>Page</u>
D. Projet d'articles sur la responsabilité des Etats		148
1. Texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture		148
<u>Première partie.</u> Origine de la responsabilité internationale		148
CHAPITRE PREMIER. PRINCIPES GENERAUX		148
Article 1. Responsabilité de l'Etat pour ses faits internationalement illicites		148
Article 2. Possibilité que tout Etat soit considéré comme ayant commis un fait internationalement illicite		148
Article 3. Eléments du fait internationalement illicite de l'Etat		149
Article 4. Qualification d'un fait de l'Etat comme internationalement illicite		149
CHAPITRE II. LE "FAIT DE L'ETAT" SELON LE DROIT INTERNATIONAL		149
Article 5. Attribution à l'Etat du comportement de ses organes		149
Article 6. Non-pertinence de la position de l'organe dans le cadre de l'organisation de l'Etat		149
Article 7. Attribution à l'Etat du comportement d'autres entités habilitées à l'exercice de prérogatives de la puissance publique		150
Article 8. Attribution à l'Etat du comportement de personnes agissant en fait pour le compte de l'Etat		150

TABLE DES MATIERES (suite)

<u>Chapitre</u>		<u>Paragraphe</u>	<u>Page</u>
Article 9.	Attribution à l'Etat du comportement d'organes mis à sa disposition par un autre Etat ou par une organisation internationale		150
Article 10.	Attribution à l'Etat du comportement d'organes agissant en dépassement de leur compétence ou en contradiction avec les instructions concernant leur activité		151
Article 11.	Comportement de personnes n'agissant pas pour le compte de l'Etat		151
Article 12.	Comportement d'organes d'un autre Etat		151
Article 13.	Comportement d'organes d'une organisation internationale		152
Article 14.	Comportement d'organes d'un mouvement insurrectionnel		152
Article 15.	Attribution à l'Etat du fait d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement d'un Etat ou qui aboutit à la création d'un nouvel Etat		152
CHAPITRE III.	VIOLATION D'UNE OBLIGATION INTERNATIONALE		153
Article 16.	Existence d'une violation d'une obligation internationale		153
Article 17.	Non-pertinence de l'origine de l'obligation internationale violée		153
Article 18.	Condition que l'obligation internationale soit en vigueur à l'égard de l'Etat		153
Article 19.	Crimes et délits internationaux		154

TABLE DES MATIERES (suite)

<u>Chapitre</u>		<u>Paragrapbes</u>	<u>Page</u>
Article 20.	Violation d'une obligation internationale requérant d'adopter un comportement spécifiquement déterminé		155
Article 21.	Violation d'une obligation internationale requérant d'assurer un résultat déterminé .		155
Article 22.	Epuisement des recours internes .		155
Article 23.	Violation d'une obligation internationale requérant de prévenir un événement donné .		156
Article 24.	Moment et durée de la violation d'une obligation internationale réalisée par un fait de l'Etat ne s'étendant pas dans le temps .		156
Article 25.	Moment et durée de la violation d'une obligation internationale réalisée par un fait de l'Etat s'étendant dans le temps		156
Article 26.	Moment et durée de la violation d'une obligation internationale de prévenir un événement donné .		157
CHAPITRE IV.	IMPLICATION D'UN ETAT DANS LE FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE D'UN AUTRE ETAT		157
Article 27.	Aide ou assistance d'un Etat à un autre Etat pour la perpétration d'un fait internationalement illicite . . .		157
Article 28.	Responsabilité d'un Etat pour le fait internationalement illicite d'un autre Etat		157
CHAPITRE V.	CIRCONSTANCES EXCLUANT L'ILLICEITE		158
Article 29.	Consentement		158
Article 30.	Contre-mesures à l'égard d'un fait internationalement illicite . . .		158

TABLE DES MATIERES (suite)

<u>Chapitre</u>	<u>Paragaphes</u>	<u>Page</u>
Article 31. Force majeure et cas fortuit . . .		159
Article 32. Détresse		159
Article 33. Etat de nécessité		159
Article 34. Légitime défense		160
Article 35. Réserve relative à l'indemnisation des dommages . . .		160
<u>Deuxième partie.</u> Contenu, formes et degrés de la responsabilité internationale		161
CHAPITRE PREMIER. PRINCIPES GENERAUX		161
Article 36. Conséquences d'un fait internationalement illicite . . .		161
Article 37. Lex specialis		161
Article 38. Droit international coutumier . .		161
Article 39. Relation avec la Charte des Nations Unies		162
Article 40. Sens de l'expression "Etat lésé"		163
CHAPITRE II. DROITS DE L'ETAT LESE ET OBLIGATIONS DE L'ETAT AUTEUR DU FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE		164
Article 41. Cessation du comportement illicite		164
Article 42. Réparation		164
Article 43. Restitution en nature		165
Article 44. Indemnisation		165
Article 45. Satisfaction		166
Article 46. Assurances et garanties de non-répétition		166

TABLE DES MATIERES (suite)

<u>Chapitre</u>	<u>Paragrapbes</u>	<u>Page</u>
CHAPITRE III. CONTRE-MESURES		167
Article 47. Contre-mesures d'un Etat lésé . .		167
Article 48. Conditions du recours à des contre-mesures		167
Article 49. Proportionnalité		168
Article 50. Contre-mesures interdites		168
CHAPITRE IV. CRIMES INTERNATIONAUX		169
Article 51. Conséquences d'un crime international		169
Article 52. Conséquences spécifiques		169
Article 53. Obligations incombant à tous les Etats		169
<u>Troisième partie.</u> Règlement des différends . .		170
Article 54. Négociation		170
Article 55. Bons offices et médiation		170
Article 56. Conciliation		170
Article 57. Tâche de la commission de conciliation		170
Article 58. Arbitrage		171
Article 59. Mandat du tribunal arbitral . . .		172
Article 60. Validité d'une sentence arbitrale		172
Annexe I. La commission de conciliation . .		172
Annexe II. Le tribunal arbitral		174

TABLE DES MATIERES (suite)

<u>Chapitre</u>	<u>Paragraphes</u>	<u>Page</u>
2. Texte des articles 42 (par. 3), 47, 48 et 51 à 53 et commentaires y relatifs adoptés à titre provisoire par la Commission à sa quarante-huitième session	66	175
Article 42. Réparation		175
CHAPITRE III. CONTRE-MESURES		176
Article 47. Contre-mesures d'un Etat lésé		177
Article 48. Conditions du recours à des contre-mesures		182
CHAPITRE IV. CRIMES INTERNATIONAUX		188
Article 51. Conséquences d'un crime international		188
Article 52. Conséquences spécifiques		191
Article 53. Obligations incombant à tous les Etats		193
IV. SUCCESSION D'ETATS ET NATIONALITE DES PERSONNES PHYSIQUES ET MORALES	67 - 88	195
A. Introduction	67 - 68	195
B. Examen du sujet à la présente session	69 - 88	196
1. Examen du deuxième rapport du Rapporteur spécial	69 - 77	196
2. Examen du sujet par le Groupe de travail	78 - 87	198
3. Décision de la Commission	88	201

TABLE DES MATIERES (suite)

<u>Chapitre</u>	<u>Paragrapbes</u>	<u>Page</u>
V. RESPONSABILITE INTERNATIONALE POUR LES CONSEQUENCES PREJUDICIAIBLES DECOULANT D'ACTIVITES QUI NE SONT PAS INTERDITES PAR LE DROIT INTERNATIONAL	89 - 101	202
A. Introduction	89 - 95	202
B. Examen du sujet à la présente session	96 - 101	205
1. Création du groupe de travail	97	205
2. Résultats des travaux du Groupe de travail	98 - 101	205
VI. LES RESERVES AUX TRAITES	102 - 140	207
A. Introduction	102 - 107	207
B. Examen du sujet à la présente session	108 - 140	208
VII. AUTRES DECISIONS ET CONCLUSIONS DE LA COMMISSION . .	141 - 273	221
A. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission	141 - 251	221
1. Procédures et méthodes de travail	143 - 244	221
PREMIERE PARTIE. RESUME ET PRINCIPALES CONCLUSIONS	145 - 149	221
La demande de l'Assemblée générale	145 - 147	221
Conclusions et recommandations	148 - 149	222
Conclusions	148	222
Recommandations	149	223
DEUXIEME PARTIE. ANALYSE DETAILLEE	150 - 244	225
1. Introduction	150 - 153	225
2. Les perspectives en matière de codification et de développement progressif du droit international	154 - 173	226
a) La "distinction" entre codification et développement progressif	157 - 158	227

TABLE DES MATIERES (suite)

<u>Chapitre</u>	<u>Paragrapbes</u>	<u>Page</u>
b) Le choix des sujets à inscrire au programme de travail de la Commission	159 - 167	228
c) La codification et le développement progressif 50 ans après	168 - 173	232
3. Les relations entre la Commission et l'Assemblée générale (Sixième Commission)	174 - 185	235
a) Initiative de travaux sur des sujets spécifiés	178 - 179	236
b) Aperçu des travaux en cours et commentaire	180 - 182	237
c) Rôle de la Sixième Commission à l'égard du texte final des projets de la Commission	183 - 185	238
4. Le rôle du Rapporteur spécial	186 - 202	239
a) Désignation	186 - 188	239
b) Elaboration des rapports	189 - 191	240
i) Nécessité de l'approbation préalable par la Commission de la nature et de la portée des travaux prévus pour la session suivante	190	240
ii) Communication des rapports avant le début de la session	191	241
c) Nécessité d'un groupe consultatif permanent	192 - 196	241
d) Elaboration des commentaires relatifs aux projets d'articles	197 - 200	242
e) Rôle du Rapporteur spécial au sein du Comité de rédaction	201 - 202	244

TABLE DES MATIERES (suite)

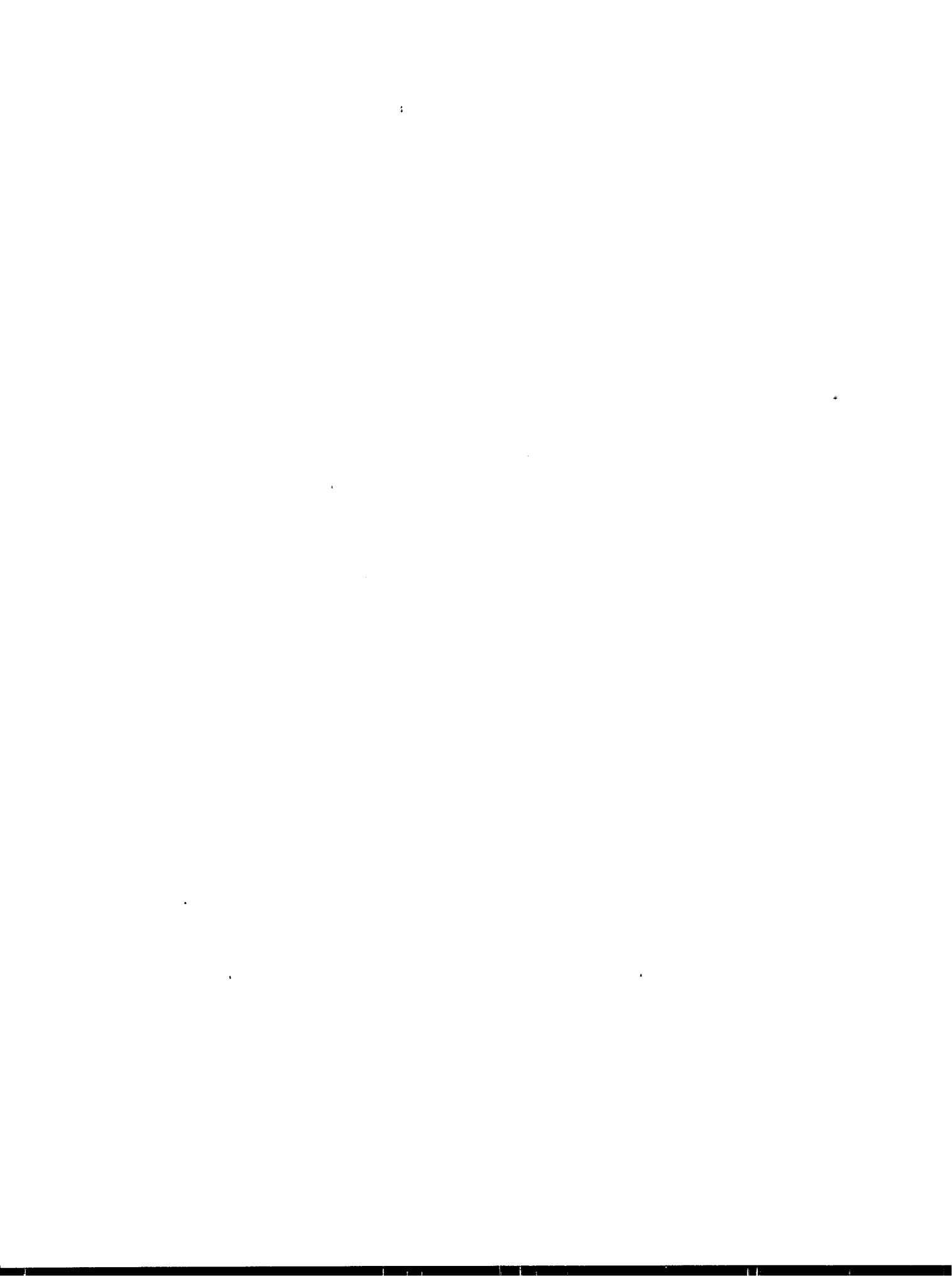
<u>Chapitre</u>	<u>Paragrapbes</u>	<u>Page</u>
5. Le rôle et les relations de la Commission plénière vis-à-vis du Comité de rédaction et des groupes de travail	203 - 220	245
a) Les débats généraux en plénière	203 - 212	245
b) Le Comité de rédaction	213 - 217	248
c) Groupes de travail	218 - 220	249
6. La structure des sessions	221 - 238	250
a) Planification des travaux sur un quinquennat	222	250
b) Durée des sessions	223 - 227	251
c) Possibilité d'une session en deux temps	228 - 233	252
d) Le caractère essentiel de la contribution du secrétariat	234 - 235	254
e) Le Séminaire de droit international	236	255
f) Publication des travaux de la Commission	237 - 238	255
7. Les relations de la Commission avec d'autres organes ou organismes (au sein ou en dehors du système des Nations Unies)	239 - 241	255
8. La possibilité d'une révision du statut	242 - 244	257
2. Programme de travail à long terme	245 - 249	258
3. Durée de la prochaine session	250 - 251	259
B. Coopération avec d'autres organismes	252 - 255	259
C. Date et lieu de la quarante-neuvième session	256	260
D. Représentation à la cinquante et unième session de l'Assemblée générale	257	260

TABLE DES MATIERES (suite)

<u>Chapitre</u>	<u>Paragraphe</u>	<u>Page</u>
E. Contribution à la Décennie du droit international	258	260
F. Séminaire de droit international	259 - 270	260
G. Conférence commémorative Gilberto Amado	271 - 273	263
ANNEXE I. RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL SUR LE SUJET "RESPONSABILITE INTERNATIONALE POUR LES CONSEQUENCES PREJUDICIAIBLES DECOULANT D'ACTIVITES QUI NE SONT PAS INTERDITES PAR LE DROIT INTERNATIONAL"		264
Note liminaire		264
<u>Première partie.</u> Texte des projets d'articles		267
<u>Deuxième partie.</u> Texte des projets d'articles et commentaires y relatifs .		274
CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GENERALES		277
Article 1. Activités auxquelles s'appliquent les présents articles		277
Article 2. Termes employés		288
Article 3. La liberté d'action et ses limites		292
Article 4. Prévention		297
Article 5. Responsabilité		301
Article 6. Coopération		316
Article 7. Mise en oeuvre		319
Article 8. Relation avec d'autres règles du droit international		320
CHAPITRE II. PREVENTION		320
Article 9. Autorisation préalable		320
Article 10. Evaluation du risque		322
Article 11. Activités non autorisées		327
Article 12. Non-déplacement du risque		329

TABLE DES MATIERES (suite)

<u>Chapitre</u>	<u>Paragrapbes</u>	<u>Page</u>
Article 13. Notification et information . . .		332
Article 14. Echange d'informations		335
Article 15. Information du public		337
Article 16. Sécurité nationale et secrets industriels		340
Article 17. Consultations sur les mesures préventives		341
Article 18. Droits de l'Etat susceptible d'être affecté		345
Article 19. Facteurs d'un juste équilibre des intérêts		348
CHAPITRE III. INDEMNISATION OU AUTRE REPARATION		352
Article 20. Non-discrimination		354
Article 21. Nature et ampleur de l'indemnisation ou autre réparation		356
Article 22. Facteurs à prendre en considération dans les négociations		359
ANNEXE II. RAPPORT SUR LE PROGRAMME DE TRAVAIL A LONG TERME		365
Additif 1. PROTECTION DIPLOMATIQUE		373
Additif 2. PROPRIETE ET PROTECTION DES EPAVES AU-DELA DES LIMITES DE LA JURIDICTION MARITIME NATIONALE . .		377
Additif 3. ACTES UNILATERAUX DES ETATS		381



CHAPITRE PREMIER

INTRODUCTION

1. La Commission du droit international, créée en application de la résolution 174 (II) de l'Assemblée générale en date du 21 novembre 1947, a, conformément à son statut joint en annexe à ladite résolution et modifié par la suite, tenu sa quarante-huitième session à son Siège permanent de l'Office des Nations Unies à Genève, du 6 mai au 26 juillet 1996.

A. Composition de la Commission

2. La Commission était composée comme suit :

- M. Husain Al-Baharna (Bahreïn)
- M. Awn Al-Khasawneh (Jordanie)
- M. Gaetano Arangio-Ruiz (Italie)
- M. Julio Barboza (Argentine)
- M. Mohamed Bennouna (Maroc)
- M. Derek William Bowett (Royaume-Uni)
- M. Carlos Calero Rodrigues (Brésil)
- M. James Crawford (Australie)
- M. John de Saram (Sri Lanka)
- M. Gudmundur Eiriksson (Islande)
- M. Nabil Elaraby (Egypte)
- M. Salifou Fomba (Mali)
- M. Mehmet Güney (Turquie)
- M. Qizhi He (Chine)
- M. Kamil Idris (Soudan)
- M. Andreas Jacovides (Chypre)
- M. Peter Kabatsi (Ouganda)
- M. Mochtar Kusuma-Atmadja (Indonésie)
- M. Igor Ivanovich Lukashuk (Fédération de Russie)
- M. Ahmed Mahiou (Algérie)
- M. Vaclav Mikulka (République tchèque)
- M. Guillaume Pambou-Tchivounda (Gabon)
- M. Alain Pellet (France)
- M. Pemmaraju Sreenivasa Rao (Inde)
- M. Edilbert Razafindralambo (Madagascar)
- M. Patrick Lipton Robinson (Jamaïque)
- M. Robert Rosenstock (Etats-Unis d'Amérique)

M. Alberto Szekely (Mexique)
M. Doudou Thiam (Sénégal)
M. Christian Tomuschat (Allemagne)
M. Edmundo Vargas Carreño (Chili)
M. Francisco Villagran Kramer (Guatemala)
M. Chusei Yamada (Japon)
M. Alexander Yankov (Bulgarie)

B. Bureau et Bureau élargi

3. A sa 2426ème séance, le 6 mai 1996, la Commission a élu le Bureau suivant :

Président :	M. Ahmed Mahiou
Premier Vice-Président :	M. Robert Rosenstock
Deuxième Vice-Président :	M. Mochtar Kusuma-Atmadja
Président du Comité de rédaction :	M. Carlos Calero Rodrigues
Rapporteur :	M. Igor Ivanovich Lukashuk

4. Le Bureau élargi de la Commission était composé des membres du Bureau élu pour la session, des anciens présidents de la Commission 1/ et des rapporteurs spéciaux 2/.

5. A sa 2427ème séance, le 7 mai 1996, la Commission a, sur recommandation du Bureau élargi, constitué un groupe de planification composé comme suit :

M. Robert Rosenstock (Président), M. Derek William Bowett,
M. Carlos Calero Rodrigues, M. James Crawford, M. Mehmet Güney,
M. Kamil Idris, M. Mochtar Kusuma-Atmadja, M. Ahmed Mahiou, M. Vaclav Mikulka,
M. Alain Pellet, M. Pemmaraju Sreenivasa Rao, M. John de Saram,
M. Doudou Thiam, M. Christian Tomuschat et M. Chusei Yamada.

C. Comité de rédaction

6. A sa 2427ème séance, le 7 mai 1996, la Commission a constitué un Comité de rédaction comprenant les membres ci-après, pour les sujets indiqués.

Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité :

M. Carlos Calero Rodrigues (Président), M. Doudou Thiam (Rapporteur spécial),
M. Gudmundur Eiriksson, M. Nabil Elaraby, M. Salifou Fomba, M. Qizhi He,
M. Mochtar Kusuma-Atmadja, M. Vaclav Mikulka, M. Robert Rosenstock,

1/ A savoir : M. Julio Barboza, M. Doudou Thiam,
M. Christian Tomuschat, M. Alexander Yankov et M. Rao.

2/ A savoir : M. Gaetano Arangio-Ruiz, M. Julio Barboza,
M. Vaclav Mikulka, M. Alain Pellet et M. Doudou Thiam.

M. John de Saram, M. Alberto Szekely, M. Christian Tomuschat,
M. Chusei Yamada, M. Alexander Yankov et M. Igor Ivanovich Lukashuk (membre
ès qualités);

Responsabilité des Etats :

M. Carlos Calero Rodrigues (Président), M. Mohamed Bennouna,
M. Derek William Bowett, M. James Crawford, M. Gudmundur Eiriksson,
M. Qizhi He, M. Peter Kabatsi, M. Vaclav Mikulka, M. Alain Pellet,
M. Robert Rosenstock, M. John de Saram, M. Alberto Szekely,
M. Christian Tomuschat, M. Francisco Villagran Kramer, M. Chusei Yamada et
M. Igor Ivanovich Lukashuk (membre ès qualités).

7. Le Comité de rédaction a tenu un total de 34 séances sur les sujets
ci-dessus.

D. Groupes de travail

8. A sa 2435ème séance, le 4 juin 1996, la Commission a créé un Groupe de
travail sur le sujet "Succession d'Etats et nationalité des personnes
physiques et morales", composé comme suit : M. Vaclav Mikulka (Président),
M. Husain Al-Baharna, M. Awn Al-Khasawneh, M. Derek William Bowett,
M. James Crawford, M. Salifou Fomba, M. Kamil Idris,
M. Igor Ivanovich Lukashuk, M. Robert Rosenstock, M. Alberto Szekely,
M. Christian Tomuschat, M. Edmundo Vargas-Carreño et M. Chusei Yamada.

9. A sa 2450ème séance, le 28 juin, la Commission a créé un Groupe de
travail sur la "Responsabilité internationale pour les conséquences
préjudiciables d'activités qui ne sont pas interdites par le droit
international", composé comme suit : M. Julio Barboza (Président),
M. Husain Al-Baharna, M. Mohamed Bennouna, M. James Crawford,
M. Gudmundur Eiriksson, M. Salifou Fomba, M. Peter Kabatsi,
M. Igor Ivanovich Lukashuk, M. Patrick Lipton Robinson, M. Robert Rosenstock,
M. Alberto Szekely et M. Francisco Villagran Kramer.

10. Le Groupe de travail sur le programme de travail à long terme a été
rétabli, avec la composition suivante : M. Derek William Bowett (Président),
M. James Crawford, M. Qizhi He, M. Mochtar Kusuma-Atmadja,
M. Igor Ivanovich Lukashuk, M. Alain Pellet, M. Robert Rosenstock et
M. Chusei Yamada.

E. Secrétariat

11. M. Hans Corell, Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques,
Conseiller juridique, assistait à la session et y représentait le Secrétaire
général. M. Roy S. Lee, Directeur de la Division de la codification du Bureau

des affaires juridiques, remplissait les fonctions de secrétaire de la Commission et, en l'absence du Conseiller juridique, représentait le Secrétaire général. Mme Mahnoush H. Arsanjani, juriste hors classe, exerçait les fonctions de sous-secrétaire principale de la Commission, et Mme Christiane Bourloyannis-Vrailas, M. George Korontzis et Mme Virginia Morris, juristes, celles de sous-secrétaires.

F. Ordre du jour

12. A sa 2426^{ème} séance, le 6 mai 1996, la Commission a adopté pour sa quarante-huitième session l'ordre du jour suivant :

1. Organisation des travaux de la session
2. Responsabilité des Etats
3. Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité
4. Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international
5. Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités
6. Succession d'Etats et nationalité des personnes physiques et morales
7. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission
8. Coopération avec d'autres organes
9. Date et lieu de la quarante-neuvième session
10. Questions diverses

G. Résumé des travaux de la Commission à sa quarante-huitième session

13. La Commission a examiné tous les points de son ordre du jour. Les sept premières semaines ont été principalement allouées au Comité de rédaction, pour lui permettre d'achever l'examen en deuxième lecture des articles du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et l'examen en première lecture du projet d'articles sur la responsabilité des Etats.

14. La Commission a adopté une série de 20 articles constituant le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, ainsi que les commentaires y relatifs (chap. II ci-après). Après avoir examiné les diverses formes que le code pourrait revêtir, la Commission a recommandé que l'Assemblée générale choisisse la forme la plus propre à assurer une acceptation aussi large que possible du projet de code. Elle a aussi prié le Secrétaire général de porter le projet d'articles à l'attention de la

Commission préparatoire créée en application de la résolution 50/46 de l'Assemblée générale, du 11 décembre 1995, pour examiner la question de la création d'une cour criminelle internationale.

15. La Commission a achevé l'examen en première lecture d'une série de 60 articles (avec annexes) sur la responsabilité des Etats (chap. III ci-après). La Commission a décidé de soumettre ce projet d'articles aux gouvernements, en leur demandant de communiquer leurs observations au Secrétaire général pour le 1er janvier 1998 au plus tard.

16. En ce qui concerne le sujet "Succession d'Etats et nationalité des personnes physiques et morales", la Commission a formulé ses recommandations à l'Assemblée générale sur le plan et la démarche que la Commission devrait suivre pour l'étude de ce sujet lors de ses sessions ultérieures (chap. IV ci-après).

17. En ce qui concerne le sujet de la "Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international", la Commission a décidé de soumettre à l'Assemblée générale et aux gouvernements, pour qu'ils fassent connaître leurs observations, le rapport du Groupe de travail sur le sujet (consistant en un projet de 22 articles et commentaires y relatifs) (chap. V ci-après).

18. Pour ce qui est du sujet "Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités", la Commission a décidé d'examiner le deuxième rapport du Rapporteur spécial à sa prochaine session (chap. VI ci-après).

19. En ce qui concerne son programme, ses procédures et ses méthodes de travail, et pour répondre aux demandes exprimées au paragraphe 9 de la résolution 50/45 de l'Assemblée générale, du 11 décembre 1995, la Commission a adopté des conclusions et recommandations précises, figurant au chapitre VII (sect. A, sous-sect. 1 ci-après).

20. S'agissant de son programme de travail à long terme, la Commission a, notamment, établi un schéma général des principaux problèmes juridiques soulevés par trois des futurs sujets d'étude possibles qui, de l'avis de la Commission, sont suffisamment mûrs pour se prêter à codification et développement progressif (chap. VII, sect. A, sous-sect. 2, et annexe II ci-après).

21. Les autres décisions et conclusions pertinentes figurent également au chapitre VII, dans les sections B, C, D, E, F et G, qui concernent respectivement la coopération avec d'autres organes, la date et le lieu de la quarante-neuvième session, la représentation à la cinquante et unième session

de l'Assemblée générale, la contribution à la Décennie du droit international, le Séminaire de droit international et la Conférence commémorative Gilberto Amado.

H. Points sur lesquels les observations des gouvernements présenteraient un intérêt particulier pour la Commission

22. Au paragraphe 9 b) de sa résolution 50/45, l'Assemblée générale a prié la Commission d'indiquer dans son rapport les points éventuels sur lesquels il serait particulièrement intéressant que les gouvernements expriment leurs vues, soit à la Sixième Commission, soit par écrit, afin de la guider utilement dans la poursuite de ses travaux. Les points qu'elle a identifiés pour répondre à cette demande sont indiqués ci-après.

a) Responsabilité des Etats

23. La Commission a achevé son examen en première lecture du projet relatif à ce sujet, consistant en 60 articles, divisés en trois parties. Conformément à son statut, la Commission prie les gouvernements de lui faire connaître leurs vues sur l'ensemble du projet d'articles. Elle souhaiterait particulièrement, cependant, avoir leur avis sur :

- i) la distinction entre délits internationaux et crimes internationaux qui est actuellement proposée à l'article 19 de la première partie du projet, ainsi que les conséquences résultant de cette distinction, telles qu'elles sont présentées dans les articles 51 à 53 et les commentaires y relatifs;
- ii) les questions ayant trait aux contre-mesures, telles qu'elles sont présentées dans les articles 47 à 50 de la deuxième partie du projet et dans les commentaires y relatifs;
- iii) les dispositions relatives au règlement des différends figurant dans les articles 54 à 60 de la troisième partie du projet (et ses annexes I et II), ainsi que leur application dans le contexte du projet d'articles.

b) Succession d'Etats et nationalité des personnes physiques et morales

24. La Commission a proposé d'examiner ce sujet de la manière suivante : elle examinerait d'abord l'effet de la succession d'Etats sur la nationalité des personnes physiques, puis, sur la base des vues exprimées par les gouvernements, l'effet de la succession d'Etats sur la nationalité des personnes morales. La Commission souhaiterait recevoir des observations concernant le plan et la démarche qu'elle se propose de suivre pour l'étude de ce sujet, tels qu'ils sont exposés au paragraphe 88 ci-après.

c) Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international

25. Pour répondre à la demande que lui a faite l'Assemblée générale au paragraphe 3 de sa résolution 50/45 de reprendre ses travaux sur le sujet, la Commission a créé un groupe de travail. Celui-ci a proposé un projet composé de 22 articles (et commentaires y relatifs), comprenant des dispositions générales et des articles portant sur la prévention et sur l'indemnisation ou les autres formes de réparation. L'Assemblée générale et les gouvernements sont invités (voir par. 100) à faire connaître leurs observations sur la question mentionnée au paragraphe 26) du commentaire de l'article premier, sur le mode de traitement de la question de l'indemnisation et des autres formes de réparation au chapitre III, ainsi que sur le projet d'articles dans son ensemble. Sans préjudice de ce qui précède et afin de faciliter la formulation d'observations particulières, les questions suivantes sont posées :

- i) aux termes de l'alinéa a) de l'article premier, le projet d'articles aurait pour champ d'application les "activités non interdites par le droit international qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif" : faut-il étendre ce champ d'application aux "autres activités non interdites par le droit international qui ne comportent pas le risque de causer un dommage transfrontière significatif mais causent néanmoins" un tel dommage ? (voir art. 1 b) et par. 26) du commentaire de l'article premier, annexe I ci-après); d'autre part, faudrait-il adjoindre à l'article premier une liste des activités ou substances auxquelles les articles s'appliquent, ou cet article doit-il se limiter, comme il le fait maintenant, à une définition générale des activités ?
- ii) les obligations de prévention établies par le chapitre II du projet d'articles entraînent surtout des conséquences, à l'heure actuelle, pour ce qui est de l'ampleur de la réparation due, sous forme d'indemnité ou autre : ces conséquences devraient-elles être élargies de manière à mettre en jeu la responsabilité des Etats en cas de violation des mesures préventives ? (voir en particulier le paragraphe 2) du commentaire de l'article 22);
- iii) aux termes de l'article 5 du projet, la responsabilité pour dommage transfrontière donne lieu "à indemnisation ou à une autre forme de réparation"; les dispositions du chapitre III relatives à

l'indemnisation et aux autres formes de réparation sont formulées avec une certaine souplesse et n'imposent pas d'"obligations catégoriques" (voir par. 1) et 3) du commentaire de l'article 5 à l'annexe I ci-après) : des observations sur ce mode d'approche seraient donc très utiles;

- iv) les articles 20 à 22 du projet établissent deux procédures par lesquelles les parties lésées pourraient essayer d'obtenir réparation : en saisissant les tribunaux de l'Etat d'origine ou par la voie de négociations entre l'Etat d'origine et l'Etat ou les Etats affectés; il serait donc particulièrement utile de savoir si les gouvernements estiment que ces procédures offrent des recours satisfaisants.

d) Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités

26. Faute de temps, la Commission n'a pas examiné le deuxième rapport du Rapporteur spécial. Certaines des questions principales soulevées dans le rapport se trouvent résumées aux paragraphes 111 à 137 ci-après, et plus particulièrement dans les paragraphes 113 à 115 et au paragraphe 133. Il y a lieu de rappeler que le Rapporteur spécial a établi un questionnaire qui a été dûment transmis aux gouvernements par le secrétariat. Jusqu'à présent, 14 réponses de gouvernements ont été reçues.

27. La Commission prendrait connaissance avec intérêt des observations des gouvernements qui n'ont pas encore répondu au questionnaire.

e) Programme, procédures et méthodes

28. S'agissant plus particulièrement du paragraphe 9 a) de la résolution 50/45 de l'Assemblée générale du 11 décembre 1995, où la Commission est priée d'examiner ses méthodes de travail et d'inclure ses vues dans son rapport à l'Assemblée générale, il est fait rapport à ce sujet dans les paragraphes 145 à 244 ci-après. Les conclusions et recommandations de la Commission sont résumées aux paragraphes 148 et 149.

29. En ce qui concerne ses travaux futurs, la Commission a identifié trois sujets qu'elle pourrait étudier dans l'avenir : la protection diplomatique; la propriété et la protection des épaves au-delà des limites de la juridiction maritime nationale; les actes unilatéraux des Etats. Un schéma général est aussi fourni pour chacun de ces sujets (voir annexe II, additifs 1 à 3). Les gouvernements sont invités à exprimer leurs vues sur cette question.

CHAPITRE II

PROJET DE CODE DES CRIMES CONTRE LA PAIX ET LA SECURITE DE L'HUMANITE

A. Introduction

30. Par sa résolution 177 (II) du 21 novembre 1947, l'Assemblée générale a chargé la Commission : a) de formuler les principes de droit international reconnus par le statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal; b) de préparer un projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, en indiquant clairement la place qu'il convenait d'accorder aux principes mentionnés au point a) ci-dessus. A sa première session (1949), la Commission a nommé M. Jean Spiropoulos Rapporteur spécial.
31. Sur la base des rapports du Rapporteur spécial, la Commission : a) à sa deuxième session (1950), a adopté une formulation des principes de droit international reconnus par le statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal et a présenté ces principes, accompagnés de commentaires, à l'Assemblée générale; b) à sa sixième session (1954), a présenté un projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, accompagné de commentaires, à l'Assemblée générale 3/.
32. Par sa résolution 897 (IX) du 4 décembre 1954, l'Assemblée générale, considérant que le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité formulé par la Commission posait des problèmes étroitement liés à ceux que soulevait la définition de l'agression, et qu'elle avait chargé un comité spécial de préparer un rapport sur un projet de définition de l'agression, a décidé de différer l'examen du projet de code jusqu'à ce que le Comité spécial eût présenté son rapport.
33. Sur la base des recommandations du Comité spécial, l'Assemblée générale, par sa résolution 3314 (XXIX) du 14 décembre 1974, a adopté par consensus la définition de l'agression.
34. L'Assemblée générale ne s'est cependant pas prononcée sur le projet de code avant le 10 décembre 1981, date à laquelle elle a, par sa résolution 36/106, invité la Commission à reprendre ses travaux en vue de l'élaboration du projet de code et à l'examiner, en lui accordant le degré de

3/ Yearbook of the International Law Commission, 1950, vol. II, p. 374 à 378, doc. A/1316. Yearbook ... 1954, vol. II, p. 150 à 152, doc. A/2673. Pour le texte des principes et du projet de code, voir également Annuaire ... 1985, vol. II (deuxième partie), p. 12 et 8, doc. A/40/10, par. 45 et 18.

priorité voulu, afin de le réviser, compte dûment tenu des résultats obtenus grâce au processus de développement progressif du droit international 4/.

35. A sa trente-quatrième session (1982), la Commission a nommé M. Doudou Thiam Rapporteur spécial pour le sujet 5/. De sa trente-cinquième session (1983) à sa quarante-troisième session (1991), elle a reçu neuf rapports du Rapporteur spécial 6/.

36. A sa quarante-troisième session (1991), la Commission a adopté provisoirement en première lecture les projets d'articles du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité 7/. A la même session, la Commission a décidé, conformément aux articles 16 et 21 de son statut, de communiquer ces projets d'articles, par l'intermédiaire du Secrétaire général, aux gouvernements afin que ceux-ci formulent leurs commentaires et observations à ce sujet, avec prière de faire tenir ces commentaires et observations au Secrétaire général avant le 1er janvier 1993 8/. La Commission a aussi noté que le projet qu'elle avait achevé en première lecture représentait la première partie de ses travaux sur le projet de code et qu'elle continuerait, à ses futures sessions, de s'acquitter du mandat que l'Assemblée générale lui avait confié au paragraphe 3 de la résolution 45/41 du 28 novembre 1990. La Commission était invitée par cette résolution, lorsqu'elle poursuivrait ses travaux sur le

4/ Par sa résolution 42/151, du 7 décembre 1987, l'Assemblée générale a approuvé une recommandation de la Commission tendant à modifier le titre anglais du sujet, qui est devenu "Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind". Pour un exposé détaillé de l'historique du sujet, voir le Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa trente-cinquième session, Annuaire ... 1983, vol. II (deuxième partie), p. 10 à 13.

5/ Voir Annuaire ... 1982, vol. II (deuxième partie), p. 127.

6/ Annuaire ... 1983, vol. II (première partie), p. 143, doc. A/CN.4/364; Annuaire ... 1984, vol. II (première partie), p. 93, doc. A/CN.4/377; Annuaire ... 1985, vol. II (première partie), doc. A/CN.4/387; Annuaire ... 1986, vol. II, doc. A/CN.4/398; Annuaire ... 1987, vol. II (première partie), doc. A/CN.4/404; Annuaire ... 1988, vol. II (première partie), doc. A/CN.4/411; Annuaire ... 1989, vol. II (première partie), doc. A/CN.4/419 et Add.1 et Corr.1 et 2 (espagnol seulement); Annuaire ... 1990, vol. II (première partie), doc. A/CN.4/430 et Add.1; Annuaire ... 1991, vol. II (première partie), doc. A/CN.4/435 et Add.1 et Corr.1.

7/ Voir Annuaire ... 1991, vol. II (deuxième partie), par. 173.

8/ Ibid., par. 174.

projet de code, à examiner plus avant et analyser les questions soulevées dans son rapport au sujet de la question d'une juridiction pénale internationale, y compris la possibilité de créer un tribunal pénal international ou un autre mécanisme juridictionnel pénal de caractère international 9/.

37. A sa quarante-sixième session, l'Assemblée générale a, par sa résolution 46/54 du 9 décembre 1991, invité la Commission, lorsqu'elle poursuivrait ses travaux sur l'élaboration du projet de code, à examiner plus avant et analyser les questions soulevées dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-troisième session (1991) 10/ au sujet de la question d'une juridiction pénale internationale, y compris la possibilité de créer une cour pénale internationale ou un autre mécanisme juridictionnel pénal de caractère international, afin de permettre à l'Assemblée générale de fournir des directives dans ce domaine.

38. A ses quarante-quatrième et quarante-cinquième sessions, en 1992 et 1993, la Commission était saisie des dixième et onzième rapports du Rapporteur spécial sur le sujet 11/, qui étaient entièrement consacrés à la question de la création éventuelle d'une juridiction pénale internationale. Les travaux menés par la Commission à ses quarante-quatrième (1992), quarante-cinquième (1993) et quarante-sixième (1994) sessions sur cette question ont abouti à l'adoption, à sa quarante-sixième session (1994), d'un projet de statut que la Commission a présenté à l'Assemblée générale en lui recommandant de convoquer une conférence de plénipotentiaires pour étudier ce projet de statut et conclure une convention sur la création d'une cour criminelle internationale 12/.

39. A sa quarante-sixième session (1994), la Commission était saisie du douzième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet 13/, établi en vue de l'examen en deuxième lecture du projet de code et consacré à la partie

9/ Ibid., par. 175. La Commission a noté qu'elle avait déjà commencé à remplir ce mandat et qu'il était fait état de ses travaux sur cet aspect du sujet aux paragraphes 106 à 165 de son rapport (ibid.).

10/ Annuaire... 1990, vol. II (deuxième partie) (A/45/10), chap. II, sect. C.

11/ A/CN.4/442 et A/CN.4/449 et Corr.1 (anglais seulement).

12/ Voir Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément No 10 (A/49/10), chap. II A.

13/ A/CN.4/460 et Corr.1.

générale de ce projet, qui traitait de la définition des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, de la qualification et des principes généraux. La Commission était également saisie des commentaires et observations formulés par les Etats Membres 14/, à la suite de la demande qu'elle avait formulée à sa quarante-troisième session, sur le projet de code adopté en première lecture à cette même session 15/. Après avoir examiné le douzième rapport du Rapporteur spécial, la Commission a décidé, à sa 2350ème séance, de renvoyer au Comité de rédaction les articles premier à 15 du projet, sur lesquels portait le rapport.

40. A sa quarante-septième session (1995), la Commission était saisie du treizième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet 16/. Ce rapport avait été établi pour l'examen en deuxième lecture du projet de code et portait essentiellement sur les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, visés dans la deuxième partie du projet. Après examen du treizième rapport, la Commission a décidé, à sa 2387ème séance, de renvoyer au Comité de rédaction les articles 15 (Agression), 19 (Génocide), 21 (Violations systématiques ou massives des droits de l'homme) et 22 (Crimes de guerre d'une exceptionnelle gravité), pour qu'il les examine en priorité en deuxième lecture, à la lumière des propositions contenues dans le treizième rapport du Rapporteur spécial et des observations et propositions faites au cours du débat en séance plénière, étant entendu qu'en formulant ces articles, le Comité de rédaction aurait à l'esprit et prendrait en considération s'il le jugeait bon tout ou partie des éléments des articles suivants adoptés en première lecture : articles 17 (Intervention), 18 (Domination coloniale et autres formes de domination étrangère), 20 (Apartheid), 23 (Recrutement, utilisation, financement et instruction de mercenaires et 24 (Terrorisme international). La Commission a également décidé que les consultations se poursuivraient au sujet des articles 25 (Trafic illicite de stupéfiants) et 26 (Dommages délibérés et graves à l'environnement).

41. En ce qui concerne ce dernier article, la Commission a décidé à sa 2404ème séance d'établir un groupe de travail qui se réunirait au début de la quarante-huitième session pour examiner la possibilité de traiter dans

14/ A/CN.4/448 et Add.1.

15/ Annuaire ... 1991, vol. II (deuxième partie), chap. IV.

16/ A/CN.4/404 et Corr.1 (anglais et russe seulement).

le projet de code de la question des dommages délibérés et graves à l'environnement. Elle a en même temps réaffirmé son intention d'achever en tout état de cause en 1996 la deuxième lecture du projet de code.

42. Le Comité de rédaction a entrepris l'examen en deuxième lecture du projet d'articles à la quarante-septième session de la Commission et a achevé ses travaux à la quarante-huitième session.

43. A la quarante-huitième session, le groupe de travail chargé d'examiner la possibilité de traiter dans le projet de code de la question des dommages délibérés et graves à l'environnement s'est réuni et a proposé à la Commission de considérer lesdits dommages soit i) en tant que crime de guerre, soit ii) en tant que crime contre l'humanité, ou encore en tant que crime autonome contre la paix et la sécurité de l'humanité.

44. A sa 2431ème séance, la Commission a décidé par un vote de ne renvoyer au Comité de rédaction que le texte établi par le groupe de travail pour incorporation des dommages délibérés et graves à l'environnement en tant que crime de guerre.

45. La Commission a examiné le rapport du Comité de rédaction 17/ de sa 2437ème à sa 2454ème séance, du 6 juin au 5 juillet 1996, et a adopté le texte définitif d'un ensemble de 20 articles constituant le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

46. Le projet de code a été adopté avec la déclaration suivante :

"Afin d'arriver à un consensus, la Commission a considérablement réduit la portée du projet de code, qui lors de la première lecture, en 1991, comprenait une liste de 12 catégories de crimes. Certains membres ont dit regretter que le code soit ainsi restreint. La Commission a agi en ce sens pour que le texte puisse être adopté et bénéficie du soutien des gouvernements. Il est entendu que l'inclusion de certains crimes dans le code ne modifie pas le statut d'autres crimes en droit international et que l'adoption du code ne préjuge en aucune manière du développement futur du droit de ce domaine important."

B. Recommandation de la Commission

47. La Commission a examiné diverses formes que pourrait prendre le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, notamment : une convention internationale, quelle soit adoptée par une conférence de

17/ A/CN.4/L.522 et Corr.1 (anglais seulement), Corr.2 (français seulement) et Corr.3 (espagnol seulement).

plénipotentiaires ou par l'Assemblée générale; l'incorporation du code dans le statut d'une juridiction pénale internationale; ou l'adoption du code en tant que déclaration de l'Assemblée générale.

48. La Commission recommande que l'Assemblée générale choisisse la forme la plus propre à assurer une acceptation aussi large que possible du code.

C. Hommage à M. Doudou Thiam, Rapporteur spécial

49. A sa 2454ème séance, le 5 juillet 1996, la Commission, après avoir adopté le texte des articles du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, a adopté la résolution suivante par acclamation :

"La Commission du droit international,

Ayant adopté le projet d'articles du code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité,

Exprime à M. Doudou Thiam, Rapporteur spécial, sa profonde gratitude et ses chaleureuses félicitations pour la contribution exceptionnelle qu'il a apportée à l'élaboration du projet de code par son dévouement et ses efforts inlassables, et pour les résultats qu'il a obtenus dans l'élaboration des articles du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité."

D. Articles du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité

50. On trouvera ci-après le texte des articles premier à 20 définitivement adoptés par la Commission à sa quarante-huitième session, ainsi que les commentaires y relatifs.

PROJET DE CODE DES CRIMES CONTRE LA PAIX ET LA SECURITE DE L'HUMANITE

PREMIERE PARTIE. DISPOSITIONS GENERALES

Article premier

Portée et application du présent Code

1. Le présent Code s'applique aux crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité énoncés dans la Deuxième partie.

2. Les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité sont des crimes au regard du droit international et sont punissables comme tels, qu'ils soient ou non punissables au regard du droit national.

Commentaire

- 1) Etant le premier article du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, l'article premier aborde, à titre préliminaire, la question de la portée et de l'application des dispositions du présent Code.
- 2) Le paragraphe 1 limite la portée et l'application du présent Code aux crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité visés dans la Deuxième partie. Cette disposition n'implique pas que le Code épuise la liste des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité; elle a seulement pour objet d'indiquer que le champ d'application du Code est limité aux crimes énoncés dans la Deuxième partie.
- 3) L'expression "crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité" doit s'entendre dans la présente disposition du Code comme se référant aux crimes visés dans la Deuxième partie. La Commission avait envisagé d'ajouter à la fin du paragraphe 1 le membre de phrase "ci-après désignés comme crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité", afin d'écartier tout risque de malentendu. Elle a cependant estimé que cet ajout alourdirait inutilement le paragraphe.
- 4) La Commission a renoncé à proposer une définition générale des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Elle a considéré qu'il convenait de laisser à la pratique le soin de fixer les contours exacts du concept, qui couvre les crimes contre la paix, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité que distinguait l'article 6 du statut du Tribunal de Nuremberg.
- 5) Le paragraphe 2 traite de deux principes fondamentaux relatifs à la responsabilité individuelle pour crime contre la paix et la sécurité de l'humanité au regard du droit international.
- 6) La clause liminaire du paragraphe 2 indique que c'est sur la base du droit international que sont qualifiés crimes les types de comportement identifiés comme des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité dans la Deuxième partie. Ainsi, la prohibition et la répression de ces comportements découlent directement du droit international.
- 7) Cette disposition est conforme au statut et au jugement du Tribunal de Nuremberg 18/. L'article 6 du statut dispose que le Tribunal sera compétent pour juger et punir les personnes qui auront commis un crime de droit international relevant de l'une des trois catégories suivantes : crimes contre

18/ Dans sa résolution 95 (I) du 11 décembre 1946, l'Assemblée générale a confirmé à l'unanimité les principes de droit international consacrés par le statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal.

la paix, crimes de guerre et crimes contre l'humanité 19/. Le jugement du Tribunal de Nuremberg reconnaît l'existence d'obligations incombant aux individus en vertu du droit international. "Il est admis, depuis longtemps, que le Droit international impose des devoirs et des responsabilités aux personnes physiques" comme aux Etats 20/. Le Tribunal de Nuremberg a également reconnu que des individus pouvaient encourir une responsabilité pénale et être punis pour avoir enfreint les obligations leur incombant en vertu du droit international. A cet égard, le Tribunal de Nuremberg a déclaré expressément que "la violation du Droit international fait naître des responsabilités individuelles" 21/.

8) La Commission a reconnu le principe général de l'applicabilité directe du droit international aux individus auteurs de crimes de droit international dans le Principe I des Principes du droit international consacrés par le statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal 22/. Le Principe I dispose que toute personne qui commet un acte constituant un crime de droit international est responsable de ce chef et passible de châtement. Comme l'indique le commentaire de cette disposition, la règle générale qui sous-tend le Principe I est que le droit international peut imposer des obligations aux individus directement, sans passer par le truchement du droit interne. Ce principe a été énoncé également dans l'article premier du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité élaboré par la Commission en 1954 (ci-après dénommé le projet de code de 1954) 23/.

19/ Accord concernant la poursuite et le châtement des grands criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe (ci-après dénommé le statut du Tribunal de Nuremberg), Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 82, p. 279.

20/ Procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal militaire international, Nuremberg, 14 novembre 1945 - 1er octobre 1946, tome 1, jugement [ci-après dénommé "Jugement du Tribunal de Nuremberg"] (Nuremberg, 1947), p. 234.

21/ Ibid., p. 235.

22/ Yearbook ... 1950, vol. II, p. 374 [ci-après dénommés Principes de Nuremberg].

23/ Aux termes de l'article premier de ce code, les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, tels que définis dans ledit Code, sont des crimes au regard du droit international, pour lesquels les individus reconnus responsables sont punis. Yearbook ... 1954, vol. II, p. 150.

- 9) Le membre de phrase final du paragraphe 2 confirme que le droit international s'applique aux crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité qu'ils soient ou non prévus par le droit interne. Il en résulte l'autonomie du droit international en matière de qualification pénale des types de comportement constituant des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité visés dans la Deuxième partie.
- 10) Ce membre de phrase indique que peu importe, lorsqu'il s'agit de déterminer si un certain type de comportement est criminel au regard du droit international, que ce comportement soit ou non qualifié de criminel en droit interne. On peut concevoir qu'un type de comportement constituant un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité aux termes de la Deuxième partie du Code ne soit pas interdit, ou soit même imposé, par le droit interne. On peut également concevoir qu'un type de comportement qualifié de crime contre la paix et la sécurité de l'humanité par le droit international soit simplement qualifié de crime en droit interne. Il n'y a pas pour autant obstacle à ce que le type de comportement en question reçoive la qualification de crime de droit international. Le point de savoir si l'on est en présence d'un crime au regard du droit interne ou d'un crime de droit international est important, car les régimes juridiques correspondants diffèrent. La distinction a des conséquences notables en ce qui concerne l'application du principe *non bis in idem* qui fait l'objet de l'article 12.
- 11) Cette disposition est conforme au statut et au jugement du Tribunal de Nuremberg. Dans ledit statut, la relation entre droit international et droit interne en ce qui concerne la qualification pénale d'une conduite particulière n'est expressément évoquée qu'à propos des crimes contre l'humanité. L'alinéa c) de l'article 6 du statut qualifie de crimes contre l'humanité certains types de comportement "qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés". Dans son jugement, le Tribunal de Nuremberg a reconnu en termes généraux le principe dit de la primauté du droit pénal international sur le droit interne dans le contexte des obligations des individus. Il a en effet déclaré : "... une idée fondamentale du Statut est que les obligations internationales qui s'imposent aux individus priment leur devoir d'obéissance envers l'Etat dont ils sont ressortissants".
- 12) La Commission a reconnu le principe général de l'autonomie du droit international par rapport au droit interne en ce qui concerne la qualification pénale des comportements constituant des crimes de droit international dans

le Principe II des Principes de Nuremberg, qui est ainsi conçu : "Le fait que le droit interne ne punit pas un acte qui constitue un crime de droit international ne dégage pas la responsabilité en droit international de celui qui l'a commis".

13) Il faut signaler que le membre de phrase considéré concerne uniquement la qualification de certains types de comportement comme crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité aux termes de la Deuxième partie du Code. Il laisse intacte la compétence nationale en ce qui concerne d'autres questions de droit pénal ou de procédure pénale (peines applicables, règles en matière de preuve, etc.), eu égard en particulier au fait que les tribunaux nationaux sont censés avoir un rôle important à jouer dans la mise en oeuvre du présent Code.

Article 2

Responsabilité individuelle

1. Un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité engage la responsabilité individuelle.
2. Un individu est tenu responsable de crime d'agression conformément à l'article 16.
3. Un individu est tenu responsable d'un crime visé à l'article 17, 18, 19 ou 20, si cet individu :
 - a) commet intentionnellement un tel crime;
 - b) ordonne la commission d'un tel crime, dans la mesure où ce crime a été effectivement commis ou tenté;
 - c) omet d'empêcher ou de réprimer la commission d'un tel crime dans les circonstances visées à l'article 6;
 - d) en connaissance de cause, fournit une aide ou une assistance à la commission d'un tel crime ou la facilite de toute autre manière, directement et de façon substantielle, y compris en procurant les moyens de le commettre;
 - e) participe directement à la planification ou à une entente en vue de commettre un tel crime, dans la mesure où ce crime a été effectivement perpétré;
 - f) incite directement et publiquement un autre individu à commettre un tel crime, dans la mesure où ce crime a été effectivement perpétré;

g) tente de commettre un tel crime si ce crime a fait l'objet d'un commencement d'exécution qui n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de sa volonté.

Commentaire

1) Le principe de la responsabilité individuelle pour crime de droit international a été clairement établi à Nuremberg. Le statut du Tribunal de Nuremberg prévoyait le jugement et le châtement des personnes qui avaient commis des crimes contre la paix, des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité 24/. Ce tribunal a confirmé l'applicabilité directe du droit international pénal à des individus en cas de violation de ce droit : "On fait valoir que le droit international ne vise que les actes des Etats souverains et ne prévoit pas de sanctions à l'égard des délinquants individuels... Le tribunal ne peut accepter [cette thèse]. Il est admis, depuis longtemps, que le droit international impose des devoirs et des responsabilités aux personnes physiques" aussi bien qu'aux Etats 25/. Le Tribunal de Nuremberg a conclu en outre que "la violation du Droit international fait naître des responsabilités individuelles" 26/. Le principe de la responsabilité et du châtement des individus pour crime de droit international reconnu par le Tribunal de Nuremberg est la pierre angulaire du droit pénal international. Ce principe est le legs durable du statut et du jugement du Tribunal de Nuremberg, qui donne un sens à l'interdiction des crimes de droit international en prévoyant que les individus qui commettent de tels crimes encourent une responsabilité et sont passibles de châtement. Le principe de la responsabilité et du châtement des individus pour crime de droit international a été réaffirmé dans le statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie 27/ (art. 7, par. 1, et art. 23, par 1) et dans le statut du Tribunal international pour le Rwanda

24/ Statut du Tribunal de Nuremberg, art. 6.

25/ Jugement du Tribunal de Nuremberg, p. 234.

26/ Ibid., p. 235.

27/ 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, doc. S/25704.

(art. 6, par. 1, et art. 22, par. 1) 28/. Ce principe avait aussi été réaffirmé par la Commission dans les Principes de Nuremberg (Principe I) et dans le projet de code de 1954 (article premier). Le châtement des individus, dans le cas des crimes visés par le présent Code, fait l'objet de l'article 3 et est examiné dans le commentaire y relatif.

2) Comme indiqué dans l'introduction à la Première partie du présent Code, les principes de la responsabilité pénale individuelle qui permettent de déterminer si un individu peut être tenu responsable d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité sont énoncés dans les articles 2 à 7 figurant à la section 2 de la Première partie. Premier article de cette série, l'article 2 pose un certain nombre de principes généraux importants qui concernent la responsabilité pénale individuelle. Le paragraphe 1 pose le principe général de la responsabilité individuelle pour les crimes visés dans le présent Code. Le paragraphe 2 réaffirme ce principe à l'égard du crime d'agression, prévu à l'article 16, qui indique les formes de participation à ce crime. Le paragraphe 3 a trait aux diverses formes de participation par lesquelles un individu encourt une responsabilité pour les autres crimes énumérés dans la Deuxième partie du présent Code.

3) Le paragraphe 1 de l'article 2 réaffirme le principe de la responsabilité individuelle pour les crimes de droit international que sont les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Cela ressort clairement de la reconnaissance du fait qu'un crime entrant dans cette catégorie "engage la responsabilité individuelle". Nonobstant le champ d'application du Code, défini au paragraphe 1 de l'article premier, le paragraphe 1 de l'article 2 est rédigé en des termes généraux pour réaffirmer le principe général de la responsabilité pénale individuelle dans le cas de tous les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, qu'ils soient ou non énumérés dans le présent Code. La Commission a estimé qu'il était important de réaffirmer ainsi ce principe général dans le cas de tous les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité pour éviter toute question quant à son application aux crimes revêtant ce caractère qui ne sont pas énumérés dans la Deuxième partie.

28/ Statut du 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'Etats voisins entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994, résolution 955 (1994) du Conseil de sécurité.

La Commission a adopté une démarche restrictive en ce qui concerne les crimes à faire figurer dans la Deuxième partie, tout en reconnaissant qu'il peut exister d'autres crimes revêtant le même caractère qui ne tombent pas actuellement sous le coup des dispositions du Code.

4) Le paragraphe 1 indique aussi que le champ d'application du Code *ratione personae* est limité aux "individus", c'est-à-dire aux personnes physiques. Il est vrai que le fait dont un individu est responsable pourrait aussi être attribuable à un Etat si l'individu l'a commis en qualité d'"agent de l'Etat", "pour le compte de l'Etat", "au nom de l'Etat", ou en tant qu'agent de fait, sans pouvoir légal. C'est pourquoi il est dit à l'article 4 que la responsabilité pénale des individus "est sans préjudice de toute question de responsabilité des Etats en droit international".

5) Le paragraphe 2 de l'article 2 traite de la responsabilité individuelle pour le crime d'agression. Pour ce qui est des autres crimes prévus dans le Code, les diverses manières dont le rôle joué par l'individu dans la commission du crime met en jeu sa responsabilité sont indiquées au paragraphe 3 : l'individu est tenu responsable s'il a commis l'acte qui constitue le crime, s'il a tenté de commettre cet acte, s'il a omis d'empêcher la commission de l'acte, s'il a incité à la commission de l'acte, s'il a participé à la planification de l'acte, ou s'il a été complice de sa commission. Dans le cas du crime d'agression, il n'était pas nécessaire d'énumérer ces différentes formes de participation entraînant la responsabilité de l'individu, parce que la définition du crime d'agression qui figure à l'article 16 offre déjà tous les éléments nécessaires pour établir la responsabilité. Selon cet article, un individu est responsable du crime d'agression si, en qualité de dirigeant ou d'organisateur, il ordonne la planification, la préparation, le déclenchement ou la conduite d'une agression commise par un Etat, ou prend une part active à ces comportements. Le crime d'agression présente des traits particuliers qui le distinguent des autres infractions du Code. L'agression ne peut être commise que par des individus qui sont des agents de l'Etat qui se servent de leur pouvoir de commandement et des moyens qu'il procure pour commettre ce crime. Toutes les situations énumérées au paragraphe 3 qui auraient leur application relativement à un crime d'agression sont déjà incluses dans la définition qui est donnée de ce crime à l'article 16. C'est pourquoi le crime d'agression fait l'objet à l'article 2 d'un paragraphe distinct.

6) Le paragraphe 3 de l'article 2 vise les différentes façons dont un individu encourt une responsabilité pour avoir participé ou apporté d'une autre manière un concours significatif à la commission d'un crime visé aux articles 17, 18, 19 ou 20, à savoir, en dehors de la commission directe du crime (alinéa a)), la complicité (alinéas b) à f)) ou la tentative (alinéa g)). La participation n'entraîne la responsabilité que si le crime est effectivement commis, ou du moins fait l'objet d'une tentative de commission. Dans certains cas, il a été jugé utile de le préciser dans les alinéas pertinents afin de dissiper des doutes éventuels. Il est bien entendu que cette condition ne vaut que pour l'application du présent Code et ne prétend pas être l'affirmation d'un principe général auquel serait soumise la qualification de la participation comme source de responsabilité pénale 29/.

7) L'alinéa a) du paragraphe 3 vise la responsabilité de l'auteur qui effectivement "commet un tel crime". Cet alinéa prévoit qu'un individu qui est l'auteur d'un acte ou d'une omission illicites est tenu pénalement responsable de ce comportement. Comme l'a indiqué le Tribunal de Nuremberg, tout individu a le devoir de respecter les règles pertinentes du droit international, partant, il peut être tenu personnellement responsable s'il manque à ce devoir. L'alinéa a) vise deux situations possibles dans lesquelles un individu "commet" un crime, à raison soit d'un acte, soit d'une omission, suivant la règle de droit qui est enfreinte. Dans le premier cas, un individu est pénalement responsable du comportement positif consistant à perpétrer un acte en violation de l'obligation de ne pas accomplir un tel acte. Dans le second cas, un individu est tenu pénalement responsable d'une omission lorsqu'il s'abstient d'accomplir un acte en violation d'une obligation d'accomplir un tel acte. Tout en reconnaissant que le verbe "commettre" s'emploie en général pour désigner un comportement intentionnel et non simplement négligent ou accidentel, la Commission a décidé d'employer l'expression "commet intentionnellement" pour souligner davantage l'élément intentionnel nécessaire des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Le principe de la responsabilité pénale individuelle énoncé à l'alinéa a), en vertu duquel un

29/ Cette limitation n'a aucun effet sur l'application ni des principes généraux en dehors du Code, ni des dispositions analogues prévues dans d'autres instruments, notamment l'article III de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 78, p. 277).

individu qui commet un crime est tenu responsable de sa propre conduite, est conforme au statut du Tribunal de Nuremberg (art. 6), à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (art. II), aux Conventions de Genève de 1949 30/, aux statuts respectifs du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 7, par. 1) et du Tribunal international pour le Rwanda (art. 6, par. 1). Il correspond aussi aux Principes de Nuremberg (Principe I) adoptés par la Commission.

8) L'alinéa b) concerne la responsabilité du supérieur qui "ordonne la commission d'un tel crime". Il prévoit qu'un individu qui ordonne la commission d'un crime encourt une responsabilité en raison de ce crime. Ce principe de la responsabilité pénale s'applique à un individu qui, exerçant des fonctions d'autorité, se sert de son pouvoir pour contraindre un autre individu à commettre un crime. Le supérieur qui ordonne la commission du crime est à certains égards plus coupable que le subordonné, qui ne fait qu'exécuter l'ordre et commet ainsi un crime qu'il n'aurait pas commis de sa propre initiative. Le supérieur contribue de manière significative à la commission du crime en se servant de son autorité pour contraindre le subordonné à commettre un crime. Le supérieur qui ordonne au subordonné de commettre un crime manque à deux devoirs essentiels incombant à tout individu qui exerce une autorité. Premièrement, le supérieur manque à son devoir de veiller à ce que ses subordonnés aient un comportement licite. Deuxièmement, le supérieur manque à son devoir d'exercer son autorité conformément au droit et abuse ainsi des pouvoirs inhérents à ses fonctions.

9) Aux fins du présent Code le principe de la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique ne s'applique qu'aux situations où le subordonné, soit a effectivement exécuté, soit a au moins tenté d'exécuter l'ordre de commettre le crime, ce qui est rendu par le membre de phrase "dans la mesure où ce crime a été effectivement commis ou tenté". Dans le premier cas, la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique se limite aux situations où un subordonné exécute effectivement l'ordre de commettre un crime. Cette limitation de la responsabilité pénale du supérieur pour les crimes visés aux articles 17 à 20 découle du fait que le champ d'application du présent Code est limité aux seuls crimes de droit international qui sont d'un caractère tel qu'ils

30/ Voir l'article commun aux quatre Conventions de Genève :
I^e Convention de Genève, art. 49; II^e Convention de Genève, art. 50;
III^e Convention de Genève, art. 129; IV^e Convention de Genève, art. 146.

menacent la paix et la sécurité internationales, comme il est indiqué plus haut, au paragraphe 6). Nonobstant l'absence de responsabilité pénale en vertu du présent Code, le supérieur hiérarchique qui donne l'ordre de commettre un crime sans que cet ordre soit exécuté peut demeurer passible des mesures pénales ou disciplinaires prévues par le droit interne. Dans le second cas, la responsabilité pénale du supérieur est étendue aux situations où le subordonné tente, sans succès, d'exécuter l'ordre de commettre un crime. Puisque ledit subordonné serait tenu pénalement responsable en vertu de l'alinéa g), ce serait à l'évidence une parodie de justice que de tenir le subordonné responsable de la tentative de crime effectuée sur ordre de son supérieur hiérarchique, tout en permettant à celui-ci d'échapper à toute responsabilité du fait que le subordonné n'a pas réussi à exécuter l'ordre qui lui avait été donné. Le principe de responsabilité pénale individuelle énoncé à l'alinéa b), en vertu duquel un individu qui ordonne de commettre un crime est tenu responsable de ce crime, est conforme aux Conventions de Genève de 1949 ^{31/} et aux statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 7, par. 1) et du Tribunal international pour le Rwanda (art. 6, par. 1). Comme il est indiqué plus haut au paragraphe 6), les restrictions figurant dans cet alinéa n'affectent pas l'application des principes généraux de la responsabilité pénale individuelle en dehors du présent Code ou d'une disposition analogue figurant dans un autre instrument.

10) L'alinéa c) traite de la responsabilité du supérieur hiérarchique qui "omet d'empêcher ou de réprimer la commission d'un tel crime" par un subordonné "dans les circonstances visées à l'article 6". Cet alinéa réaffirme la responsabilité du supérieur hiérarchique qui ne s'acquitte pas de son devoir de prévenir ou de réprimer la commission d'un crime par son subordonné dans les circonstances visées à l'article 6. Ce principe de responsabilité pénale individuelle est traité à l'article 6 et examiné dans le commentaire y relatif.

11) L'alinéa d) concerne la responsabilité pénale du complice qui "fournit ... une assistance à la commission d'un tel crime". Aux termes de cet alinéa, un individu qui "fournit une aide ou une assistance" à la commission d'un crime par un autre individu "ou la facilite de toute autre manière"

^{31/} Voir l'article commun aux quatre Conventions de Genève : I^o Convention de Genève, art. 49 de ; II^o Convention de Genève, art. 50; III^o Convention de Genève, art. 129; IV^o Convention de Genève, art. 146.

encourt la responsabilité du crime en question lorsque certains critères sont réunis. Le complice doit fournir *en connaissance de cause* cette assistance à l'auteur du crime. Ainsi, un individu qui fournit un type donné d'assistance à un autre individu sans savoir que cette assistance facilitera la commission d'un crime ne serait pas tenu responsable en vertu du présent alinéa.

En outre, le complice doit fournir une assistance qui contribue *directement et de façon substantielle* à la commission du crime, par exemple en procurant les moyens qui permettent à l'auteur de commettre le crime. La participation du complice doit donc revêtir la forme d'une assistance qui facilite notablement la commission du crime, auquel cas un individu est tenu responsable de son propre comportement qui a contribué à la commission du crime, alors même que l'acte criminel a été commis par un autre individu. Le principe de la responsabilité pénale individuelle pour complicité dans la commission d'un crime énoncé à l'alinéa d) est conforme au statut du Tribunal de Nuremberg (art. 6), à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (art. III e)) et aux statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 7, par. 1) et du Tribunal international pour le Rwanda (art. 6, par. 1). Ce principe est aussi conforme aux Principes de Nuremberg (Principe VII) et au projet de code de 1954 (art. 2, par. 13 iii)) adoptés par la Commission.

12) La Commission a conclu que l'aide, l'assistance ou la facilitation *ex post facto* pouvaient constituer des cas de complicité si l'auteur et le complice étaient convenus de cette assistance avant la perpétration du crime.

13) L'alinéa e) traite de la responsabilité du "planificateur" ou de la personne qui "participe à la planification ou à une entente en vue de commettre un tel crime". Cet alinéa prévoit qu'un individu qui participe *directement* à la planification d'un crime ou à une entente en vue de commettre un crime encourt une responsabilité pour ledit crime, même si celui-ci est commis en réalité par un autre individu. Le terme "directement" est utilisé pour indiquer que l'individu en question doit effectivement prendre une part substantielle à l'élaboration d'un plan criminel ou d'une politique criminelle, y compris en approuvant une politique ou un plan de ce type proposé par une autre personne. Le planificateur qui établit le plan détaillé de l'exécution d'un crime est à certains égards plus coupable que l'auteur qui exécute ce plan élaboré en vue d'un crime qu'il n'aurait autrement pas commis. De même, les individus qui forment une entente en vue de commettre un crime apportent une contribution significative à la commission de ce crime en

participant conjointement à l'élaboration d'un plan en vue de son exécution et en s'associant pour poursuivre leur entreprise criminelle. Le membre de phrase "dans la mesure où ce crime a été effectivement perpétré" indique que la responsabilité pénale d'un individu qui, agissant seul ou en compagnie d'autres individus, participe à la planification d'un crime énoncé aux articles 17 à 20 est limitée aux situations dans lesquelles le plan criminel est effectivement réalisé. L'alinéa e) de l'article 2 établit un principe de responsabilité individuelle pour une forme particulière de participation à un crime, plutôt qu'il ne crée une infraction ou un crime séparé et distinct 32/.

14) L'alinéa e) a pour but de garantir que des hauts fonctionnaires de l'administration ou des chefs militaires qui élaborent eux-mêmes une politique criminelle ou un plan criminel ou participent à une entente aux fins de son élaboration auront à répondre du rôle prépondérant qu'ils jouent, ce rôle étant souvent un facteur décisif dans la commission des crimes visés par le Code. Ce principe de responsabilité individuelle revêt une importance particulière dans le cas des crimes énoncés aux articles 17 à 20 qui, de par leur nature même, requièrent souvent l'établissement d'un plan ou d'une politique systématique par de hauts fonctionnaires de l'administration et des chefs militaires. Il peut être nécessaire que ce plan ou cette politique soient élaborés plus en détail par des individus occupant des postes de niveau intermédiaire dans la hiérarchie administrative ou militaire et ayant pour tâche de faire appliquer les plans généraux ou politiques générales établis par leurs supérieurs. La responsabilité pénale de ces fonctionnaires de niveau intermédiaire qui ordonnent à leurs subordonnés de commettre les crimes est prévue à l'alinéa b). Il peut aussi se révéler nécessaire de faire appel à un certain nombre d'individus occupant des postes subalternes pour qu'ils prennent les mesures nécessaires à l'exécution du plan criminel ou de la politique criminelle. La responsabilité pénale des subordonnés qui commettent effectivement les crimes est prévue à l'alinéa a). L'effet conjugué des alinéas a), b) et e) est donc de garantir que le principe de la responsabilité pénale s'applique à tous les individus, à tous les niveaux de

32/ Cela est conforme au jugement du Tribunal de Nuremberg, qui a traité le complot comme une forme de participation à un crime contre la paix plutôt que comme un crime distinct. Jugement du Tribunal de Nuremberg, p. 238.

la hiérarchie de l'administration ou de la chaîne de commandement militaire, qui contribuent d'une manière ou d'une autre à la commission d'un crime visé aux articles 17 à 20.

15) Le principe de la responsabilité pénale individuelle pour élaboration d'un plan ou participation à un plan concerté ou à une entente en vue de commettre un crime a été reconnu dans le statut du Tribunal de Nuremberg (art. 6), la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (art. III b)) et dans les statuts des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie (art. 7, par. 1 (planification)) et pour le Rwanda (art. 6, par. 1 (planification)). La Commission a également reconnu le complot comme une forme de participation à un crime contre la paix dans les Principes de Nuremberg (Principe VI) et plus généralement dans le projet de code de 1954 (art. 2, par. 13 i)) 33/.

16) L'alinéa f) traite de la responsabilité de celui qui "incite ... un autre individu à commettre un tel crime". Il y est prévu qu'un individu qui en incite directement et publiquement un autre à commettre un crime encourt une responsabilité de ce chef. Le premier pousse et encourage le second à commettre un crime et, de ce fait, concourt de façon substantielle à la commission de ce crime. Le principe de responsabilité pénale individuelle posé par cet alinéa ne s'applique qu'à l'incitation directe et publique. L'élément d'incitation directe suppose le fait de pousser expressément un autre individu à commettre immédiatement un acte criminel, et non une simple suggestion vague ou indirecte. L'élément également indispensable d'incitation publique suppose la communication de l'appel à perpétrer un acte criminel à un certain nombre d'individus dans un lieu public ou au public en général. Un individu peut ainsi communiquer cet appel en personne dans un lieu public ou en passant par des médias comme la radio ou la télévision 34/. Cet appel public au crime

33/ Dans la version française, la Commission a préféré le terme "entente", emprunté à l'article III de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, au terme "complot" utilisé dans le projet de code de 1954 et dans le Principe VI de Nuremberg, pour traduire le mot *conspiracy*, employé dans la version anglaise de l'alinéa e).

34/ Les événements tragiques qui se sont déroulés au Rwanda ont apporté la preuve de l'impact encore plus grand qu'à la communication de l'appel à perpétrer un acte criminel par les médias, qui permettent à un individu d'atteindre un nombre beaucoup plus grand de personnes et de répéter le message de l'incitation. Voir le rapport final de la Commission d'experts créée en application de la résolution 935 (1994) du Conseil de sécurité, doc. S/1994/1405.

accroît la probabilité qu'un individu au moins y réponde et, de surcroît, encourage cette espèce de "violence de la rue" qui amène un certain nombre d'individus à se conduire en criminels. L'incitation privée au crime relèverait du principe de responsabilité pénale individuelle applicable aux individus qui participent à un plan concerté ou à une entente en vue de commettre un crime, ainsi qu'il est prévu à l'alinéa e). Le membre de phrase "dans la mesure où ce crime a été effectivement perpétré" signifie que la responsabilité pénale encourue par un individu pour avoir incité un autre individu à commettre l'un des crimes visés aux articles 17 à 20 se limite aux cas où le second commet effectivement ce crime, comme on l'a vu au paragraphe 6). Le principe de la responsabilité pénale individuelle pour incitation a été reconnu dans le statut du Tribunal de Nuremberg (art. 6 (incitation)), la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (art. III c)), le statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 7, par. 1 (incitation)) et le statut du Tribunal international pour le Rwanda (art. 6, par. 1 (incitation)). Ce principe a également été reconnu par la Commission dans le projet de code de 1954 (art. 2, par. 13 ii)).

17) L'alinéa g) concerne la responsabilité d'un individu qui "tente de commettre un tel crime". Il prévoit la responsabilité pénale d'un individu qui nourrit l'intention de commettre un crime, commet un acte pour mettre à exécution son intention et n'échoue dans la consommation du crime qu'en raison d'un facteur indépendant qui l'empêche de le commettre. Ainsi, un individu encourt une responsabilité pénale pour avoir essayé sans succès de commettre un crime seulement lorsque les éléments suivants sont présents : a) l'intention de commettre un crime déterminé; b) un acte tendant à sa commission; et c) la non-consommation du crime pour des raisons indépendantes de la volonté de son auteur. Le membre de phrase "si ce crime a fait l'objet d'un commencement d'exécution" signifie que l'individu a accompli un acte qui constitue un pas important vers la consommation du crime. Avec le membre de phrase "qui n'a manqué son effet qu'", il est reconnu que la notion de tentative, par définition, ne s'applique qu'à des situations dans lesquelles un individu tente de commettre un crime et échoue dans son entreprise. La Commission a décidé de reconnaître cette exception à la condition de la perpétration effective d'un crime, qui s'applique aux autres principes de responsabilité pénale individuelle énoncés au paragraphe 3, pour deux raisons. Premièrement, grande est la culpabilité d'un individu qui tente de commettre

un crime et qui échoue uniquement pour des circonstances échappant à son emprise, et non parce qu'il a lui-même décidé de renoncer à son entreprise criminelle. Deuxièmement, le fait qu'un individu a franchi un pas important sur la voie de la perpétration d'un des crimes énoncés aux articles 17 à 20 fait planer une menace sur la paix et la sécurité internationales en raison de l'extrême gravité de ces crimes. Le principe de la responsabilité pénale individuelle pour tentative a été reconnu dans la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (art. III d)). Ce principe a également été reconnu par la Commission dans le projet de code de 1954 (art. 2, par. 13 iv)).

Article 3

Sanction

Tout individu qui est responsable d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est passible de châtement. Le châtement est proportionnel au caractère et à la gravité du crime.

Commentaire

1) Ainsi qu'il est exposé dans le commentaire de l'article 2, le statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg ont clairement posé en principe que tout individu ayant une conduite qui constitue un crime au regard du droit international non seulement engage sa responsabilité personnelle de ce chef, mais encore est passible de châtement. Le statut prévoyait le châtement des personnes responsables de violations du droit international qui constituaient des crimes au regard de ce droit, à savoir, de crimes contre la paix, de crimes de guerre ou de crimes contre l'humanité. Dans son jugement, le Tribunal a reconnu expressément que "la violation du droit international fait naître des responsabilités individuelles". Il a souligné en outre que "ce sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la répression s'impose, comme sanction du droit international" 35/. Ainsi, le droit international pénal remplit les trois mêmes fonctions essentielles que tout droit pénal national, en édictant la règle de comportement individuel, en posant le principe de la responsabilité individuelle et celui de la sanction des violations de cette règle de comportement et en décourageant par là même de telles violations.

35/ Jugement du Tribunal de Nuremberg, p. 235.

2) L'article 3 consiste en deux dispositions étroitement liées. La première pose le principe général selon lequel tout auteur d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est responsable de ce crime. La seconde, plus spécifique, a trait au châtement qu'entraîne cette responsabilité, c'est-à-dire à la peine applicable, laquelle doit être proportionnelle au caractère et à la gravité du crime considéré.

3) Le caractère d'un crime est ce qui le distingue d'un autre crime. Un crime d'agression se distingue d'un crime contre l'humanité, lequel se distingue d'un crime de guerre. La gravité d'un crime se déduit des circonstances de sa commission et des sentiments qui ont animé son auteur. Le crime a-t-il été prémédité ? A-t-il été précédé de préparatifs (manoeuvre ou embuscade) ? La gravité se déduit aussi des sentiments qui ont animé son auteur et qu'on appelle généralement le mobile. Il se déduit également de la manière dont il a été exécuté : cruauté ou barbarie. Un individu pouvait avoir l'intention non seulement de commettre un acte criminel, mais encore de le faire de manière à infliger le maximum de douleur ou de souffrance à la victime. Ainsi, si l'acte criminel est juridiquement le même, les moyens et les procédés utilisés se situent à des degrés variables de dépravation et de cruauté. Ce sont tous ces éléments qui doivent guider le juge dans l'application de la peine.

4) Dans le présent projet, les auteurs n'ont pas fixé une peine pour chaque crime, car tout dépend du système judiciaire qui sera adopté pour juger les auteurs de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

5) S'il s'agit d'un système de compétence universelle, chaque Etat qui se déclarera compétent aura à déterminer la peine applicable, cette peine pouvant comporter, par exemple, un maximum et un minimum, et admettre ou non des circonstances atténuantes ou aggravantes.

6) Dans ce cas, le juge saisi pourra, dans l'application de la peine, déterminer, dans l'échelle des peines établies par l'Etat, la peine la plus appropriée et se prononcer sur l'existence ou non de circonstances atténuantes ou aggravantes.

7) Si, par contre, la compétence est dévolue à une juridiction internationale, la peine applicable sera déterminée par une convention internationale, soit dans le statut même de cette juridiction internationale, soit dans un autre instrument si le statut de la juridiction internationale ne le prévoit pas. Quoi qu'il en soit, il n'est pas nécessaire que l'individu sache d'avance quel châtement précis il encourt dès lors que ses actes

constituent un crime d'une extrême gravité, qui sera sévèrement puni. Le principe du châtement des auteurs de crimes au regard du droit international coutumier ou des principes généraux du droit a été reconnu dans le jugement du Tribunal de Nuremberg 36/ et au paragraphe 2 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Article 4

Responsabilité des Etats

Le fait que le présent Code prévoit la responsabilité des individus pour les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité est sans préjudice de toute question de responsabilité des Etats en droit international.

Commentaire

1) Comme le précise l'article 2, le présent Code vise la responsabilité des individus pour les crimes définis dans la Deuxième partie; toutefois, ainsi que le signale le commentaire de l'article 2, un individu peut fort bien - et c'est même l'hypothèse la plus probable - commettre un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité en tant qu'"agent de l'Etat", "pour le compte de l'Etat", "au nom de l'Etat" ou même sur la base d'un rapport de fait avec l'Etat, sans être légalement investi d'aucun pouvoir.

2) La formule "sans préjudice" utilisée à l'article 4 indique que le présent Code ne préjuge pas de la responsabilité de l'Etat en droit international pour les crimes commis par ses agents. Comme la Commission l'a déjà souligné dans le commentaire de l'article 19 du projet d'articles sur la responsabilité des Etats, le châtement personnel d'individus-organes de l'Etat "n'épuise certes pas la responsabilité internationale incombant à l'Etat pour les faits internationalement illicites qui, de par le comportement de ses organes, lui sont attribués dans de tels cas" 37/. La responsabilité de l'Etat peut donc subsister sans qu'il puisse s'en dégager en invoquant la poursuite ou la punition des individus auteurs du crime. L'Etat pourrait, par exemple, être tenu de réparer le préjudice.

36/ Jugement du Tribunal de Nuremberg, p. 230 à 233.

37/ Annuaire ... 1976, vol. II (deuxième partie), p. 96, doc. A/31/10, par. 21) du commentaire de l'article 19.

Article 5

Ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique

Le fait qu'un individu accusé d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité a agi sur ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale, mais peut être considéré comme un motif de diminution de la peine si cela est conforme à la justice.

Commentaire

- 1) Par leur nature même, les crimes de droit international requièrent souvent la participation directe ou indirecte de plusieurs individus dont certains au moins occupent des postes d'autorité gouvernementale ou de commandement militaire. Cela est particulièrement vrai dans le cas des crimes de droit international qui, par leur gravité ou leur ampleur, parce qu'ils sont commis massivement ou sur une grande échelle ou sont perpétrés de manière planifiée ou systématique, constituent une menace pour la paix et la sécurité internationales et doivent donc être visés dans le Code.
- 2) Les principes de la responsabilité pénale individuelle énoncés à l'article 2 définissent les différents fondements possibles de la responsabilité pénale d'un individu qui contribue directement ou indirectement à la perpétration d'un crime prévu par le Code. Les dispositions relatives à l'ordre d'un supérieur hiérarchique, à la qualité officielle et à la responsabilité du supérieur hiérarchique figurant dans les articles 5 à 7 visent à assurer que les principes de la responsabilité pénale individuelle s'appliquent également et sans exception à tout individu au sein de la hiérarchie gouvernementale ou de la chaîne de commandement militaire qui contribue à la perpétration d'un tel crime. C'est ainsi par exemple qu'un haut fonctionnaire qui conçoit ou formule une politique génocide, un commandant militaire ou un officier qui ordonne à un subordonné de commettre un acte génocide en application d'une telle politique ou qui s'abstient sciemment de prévenir ou de réprimer un tel acte et le subordonné qui exécute l'ordre de commettre un acte génocide concourent à la perpétration finale du crime de génocide. Il est conforme à la justice que tous ces individus soient tenus pour responsables.
- 3) L'article 5 porte sur la responsabilité pénale d'un subordonné qui, agissant sur ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique, commet un crime. Le haut fonctionnaire qui formule un plan ou une politique de caractère criminel et le commandant militaire ou l'officier qui ordonne que soit commis

un acte criminel en application d'un tel plan ou d'une telle politique assument une responsabilité particulière dans le crime qui est en définitive commis. Néanmoins, on ne saurait oublier la culpabilité ni le rôle indispensable du subordonné qui commet effectivement l'acte criminel. Sinon, l'absence de toute responsabilité ou de toute sanction à l'égard des auteurs effectifs de ces crimes odieux et, par conséquent, l'absence de toute dissuasion à l'égard des auteurs potentiels affaibliraient sensiblement la force de l'interdiction de tels crimes par le droit international.

4) L'ordre d'un supérieur hiérarchique est le moyen de défense le plus souvent invoqué comme fait justificatif par des subordonnés accusés du type de comportement criminel que prévoit le Code. Depuis la seconde guerre mondiale, cet argument, selon lequel le subordonné a agi sur ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique, est systématiquement rejeté comme moyen de dégager la responsabilité de l'intéressé pour crime de droit international. A cet égard, le statut du Tribunal de Nuremberg disposait dans son article 8 : "Le fait que l'accusé a agi conformément aux instructions de son gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique ne le dégagera pas de sa responsabilité, mais pourra être considéré comme un motif de diminution de la peine, si le Tribunal décide que la justice l'exige" 38/. Lors de leur procès devant le Tribunal de Nuremberg, la plupart des grands criminels de guerre ont fait valoir, à titre de fait justificatif, qu'ils avaient agi sur ordre de leur supérieur hiérarchique. Le Tribunal a rejeté l'argument de l'ordre reçu d'un supérieur hiérarchique comme fait justificatif, en affirmant : "Les dispositions de cet article [l'article 8] sont conformes au droit commun des Etats. L'ordre reçu par un soldat de tuer ou de torturer, en violation du Droit international de la guerre, n'a jamais été regardé comme justifiant ces actes de violence. Il ne peut s'en prévaloir, aux termes du statut, que pour obtenir une réduction de la peine" 39/. Dans les instruments juridiques pertinents adoptés depuis le Statut du Tribunal de Nuremberg, l'ordre d'un supérieur hiérarchique a été systématiquement exclu en tant que fait justificatif; tel a été le cas notamment dans la Charte du Tribunal de Tokyo (art. 6), la loi No 10 du Conseil de contrôle (art. 4) et, plus récemment, le statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 7) et le statut du Tribunal international pour le Rwanda (art. 6).

38/ Statut du Tribunal de Nuremberg, supra note 19.

39/ Jugement du Tribunal de Nuremberg, supra note 20, p. 236 et 237.

L'absence de fait justificatif fondé sur la seule existence de l'ordre d'un supérieur hiérarchique a été également reconnue par la Commission dans le cadre des Principes de Nuremberg (principe IV) 40/ et du projet de code de 1954 41/ (art. 4).

5) Même si l'ordre d'un supérieur hiérarchique n'est pas réputé constituer un fait justificatif, le fait qu'un subordonné ayant commis un crime a agi sur ordre de son supérieur hiérarchique a été reconnu dans le statut du Tribunal de Nuremberg et les instruments juridiques postérieurs qui viennent d'être cités comme pouvant constituer une circonstance atténuante, susceptible de se traduire par l'imposition d'une sanction moins lourde. Cependant, la simple existence d'ordres d'un supérieur hiérarchique ne se traduira pas automatiquement par l'imposition d'une sanction moins lourde. Le subordonné n'est passible d'une sanction moins lourde que dans le cas où l'ordre du supérieur hiérarchique réduit effectivement le degré de sa culpabilité. Par exemple, si le subordonné était disposé à participer à la commission du crime qu'il y eût ou non ordre de son supérieur hiérarchique, il encourt le même degré de culpabilité que s'il n'avait pas existé d'ordre en ce sens. Dans ce cas, l'existence de l'ordre d'un supérieur hiérarchique n'a exercé aucune influence indue sur le comportement du subordonné. En revanche, le subordonné qui commet un crime contre son gré sur ordre d'un supérieur hiérarchique, parce qu'il craint que l'inexécution de cet ordre n'ait de graves conséquences pour lui-même ou sa famille, n'encourt pas le même degré de responsabilité que celui qui participe de son plein gré à la commission du crime. Le fait qu'il ait commis le crime contre son gré afin d'éviter que l'inexécution de l'ordre reçu n'entraîne, dans les circonstances du moment, de graves conséquences pour lui-même ou pour ses proches pourra justifier, pour tenir compte du moindre degré de culpabilité, une réduction de la sanction qui autrement serait imposée. L'expression "si cela est conforme à la justice" est employée pour montrer que, même en pareil cas, l'imposition d'une sanction moins lourde doit être aussi compatible avec les intérêts de la justice. A cet égard, le tribunal compétent doit examiner si le subordonné était fondé à exécuter l'ordre de commettre un crime pour éviter les conséquences de l'inexécution de cet ordre. Ainsi, le tribunal doit apprécier, d'une part, la gravité des conséquences qu'a effectivement entraînées l'exécution de l'ordre,

40/ Supra note 22.

41/ Supra note 23.

et, d'autre part, la gravité des conséquences qui seraient probablement résultées de son inexécution, dans les circonstances du moment. A un extrême, le tribunal n'aura aucune raison de montrer une quelconque indulgence vis-à-vis d'un subordonné qui aurait commis un crime odieux sur ordre d'un supérieur hiérarchique en l'absence d'un risque direct, ou de quelque autre manière significatif, de s'exposer à de graves conséquences en cas d'inexécution de cet ordre. A l'autre extrême, le tribunal pourra décider qu'il est conforme à la justice d'imposer une sanction moins lourde à un subordonné qui a commis un crime grave sur ordre d'un supérieur hiérarchique uniquement pour éviter un risque direct, ou de quelque autre manière significatif, de s'exposer à des conséquences également graves ou plus graves encore au cas où l'ordre ne serait pas exécuté 42/.

6) L'article 5 réaffirme le principe de la responsabilité pénale individuelle selon lequel tout subordonné qui commet un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est responsable de ce chef, nonobstant le fait qu'il a agi sur ordre d'un gouvernement ou d'un supérieur hiérarchique. Il réaffirme également la possibilité de voir dans les ordres d'un supérieur hiérarchique une circonstance atténuante lors de la détermination de la sanction applicable, si cela est conforme à la justice. Le texte de l'article se fonde sur les dispositions correspondantes du statut du Tribunal de Nuremberg, du statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du statut du Tribunal international pour le Rwanda. Il vise à réaffirmer la norme de droit international existante en vertu de laquelle le seul fait qu'un individu a commis un crime en exécution de l'ordre de son gouvernement ou de son supérieur hiérarchique n'empêche pas la mise en jeu de sa responsabilité pénale à raison de son comportement, mais peut constituer une circonstance atténuante dans certaines situations lorsque cela est conforme à la justice.

Article 6

Responsabilité du supérieur hiérarchique

Le fait qu'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité a été commis par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs de leur responsabilité pénale, s'ils savaient, ou avaient des raisons de savoir, dans les circonstances du moment, que ce subordonné commettait ou allait commettre un tel crime et s'ils n'ont pas pris toutes les mesures nécessaires en leur pouvoir pour empêcher ou réprimer ce crime.

42/ Voir H. Lauterpacht, "The law of Nations and the Punishment of War Crimes", British Yearbook of International Law 1944, vol. 21, p. 73.

Commentaire

1) Les commandants militaires sont responsables de la conduite des membres des forces armées qui se trouvent sous leur commandement et des autres personnes qui relèvent de leur autorité. Ce principe de la responsabilité du commandement a été reconnu dans la Convention de La Haye de 1907 43/ et réaffirmé dans des instruments juridiques postérieurs 44/. Il exige que les membres des forces armées soient placés sous le commandement d'un supérieur hiérarchique qui est responsable de leur conduite. Un commandant militaire peut être tenu pénalement responsable du comportement illicite de ses subordonnés s'il contribue directement ou indirectement à la commission d'un crime perpétré par ces derniers. Un commandant militaire contribue directement à la commission du crime lorsqu'il ordonne à son subordonné d'exécuter un acte criminel, par exemple tuer un civil non armé, ou de s'abstenir d'exécuter un acte que le subordonné a le devoir d'exécuter, par exemple s'abstenir de fournir des vivres à des prisonniers de guerre, les condamnant ainsi à la famine. La responsabilité pénale d'un commandant militaire dans le premier cas est visée à l'article 2. De la même façon, un commandant militaire contribue indirectement à la commission d'un crime par son subordonné lorsqu'il omet d'empêcher ou de réprimer le comportement illicite de ce dernier. La responsabilité pénale d'un commandant militaire, dans ce second cas, est visée à l'article 6.

2) La responsabilité pénale d'un commandant militaire qui a omis d'empêcher ou de réprimer le comportement illicite de ses subordonnés n'était pas prévue dans le statut du Tribunal de Nuremberg et n'a pas été reconnue par le Tribunal. Mais elle l'a été dans plusieurs décisions judiciaires prononcées après la seconde guerre mondiale. La Cour suprême des Etats-Unis, dans

43/ Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, joint en annexe à la Convention (IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, signée à La Haye le 18 octobre 1907, article premier. Les conventions et déclarations de La Haye de 1899 et 1907, Dotation Carnegie pour la paix internationale, Oxford University Press, p. 107.

44/ Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux [ci-après dénommé Protocole additionnel I], art. 43, 8 juin 1977, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1125, p. 3; et Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux [ci-après dénommé Protocole additionnel II], article premier, 8 juin 1977, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1125, p. 609.

l'*Affaire Yamashita*, a donné une réponse affirmative à la question de savoir si les lois de la guerre imposaient à un commandant de corps d'armée le devoir de prendre les mesures appropriées qui étaient en son pouvoir pour contrôler les troupes placées sous ses ordres afin d'empêcher que celles-ci ne commettent des actes de violation des lois de la guerre. La Cour a retenu la responsabilité pénale du général Yamashita au motif qu'il avait omis de prendre de telles mesures 45/. De même, dans *The German High Command Trial*, le tribunal militaire américain a déclaré que, "en vertu des principes fondamentaux d'autorité et de responsabilité du commandement, un officier qui reste sans agir alors que ses subordonnés exécutent un ordre criminel donné par ses supérieurs dont il sait qu'il est criminel viole une obligation morale de droit international. A ce titre, il ne peut se soustraire à la responsabilité internationale" 46/. Par ailleurs, dans l'*Affaire des otages*, le tribunal militaire américain a déclaré qu'"un commandant de corps d'armée doit être tenu responsable des actes commis par ses subordonnés dans l'exécution de ses ordres ainsi que des actes dont il a eu ou aurait dû avoir connaissance" 47/. Pour sa part, le Tribunal de Tokyo a déclaré qu'il était du devoir de tous les responsables d'assurer un traitement convenable aux prisonniers et d'empêcher que de mauvais traitements ne leur fussent infligés 48/.

3) Un individu n'encourt une responsabilité pénale pour omission que dans le cas où il existe une obligation juridique d'agir et où la non-exécution de cette obligation conduit à un crime. Le devoir des commandants à l'égard de la conduite de leurs subordonnés est énoncé à l'article 87 du Protocole additionnel I. Il y est reconnu qu'un commandant militaire a pour devoir d'empêcher que ses subordonnés commettent des actes de violation du droit

45/ Voir Law Reports of Trials of War Criminals (recueil de jurisprudence en 15 volumes, établi par la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre), Londres, H.M. Stationery Office, 1947-1949, vol. IV, p. 43; et United States Reports, Washington (D.C.), 1947, vol. 327, p. 14 et 15.

46/ Law Reports of Trials ..., vol. XII, p. 75.

47/ Voir Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10 (Nuremberg, October 1946-April 1949) [série de 15 volumes], Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1949-1953, affaire No 7, vol. XI, p. 1303.

48/ Law Reports of Trials ..., vol. XV, p. 73.

international humanitaire et de réprimer ceux-ci. Cet article reconnaît aussi qu'un commandant militaire a le devoir, lorsqu'il convient, d'intenter une action disciplinaire ou pénale à l'encontre de ses subordonnés auteurs présumés des actes de violation. Le principe de la responsabilité pénale individuelle qui veut qu'un commandant militaire soit tenu responsable du fait qu'il a omis d'empêcher ou de réprimer le comportement illicite de ses subordonnés est développé à l'article 86 du Protocole additionnel I. Ce principe est énoncé aussi dans les statuts des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie (art. 7) et pour le Rwanda (art. 6).

4) L'article 6 réaffirme la responsabilité pénale individuelle du supérieur hiérarchique. Celui-ci est tenu responsable d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité commis par son subordonné si certains critères sont réunis. Le texte de cet article s'inspire des trois instruments mentionnés dans le paragraphe qui précède. L'article s'ouvre sur l'affirmation que le fait qu'un crime a été commis par un subordonné n'exonère pas ses supérieurs de leur propre responsabilité pour avoir contribué à la commission du crime. Il y est reconnu que le subordonné encourt une responsabilité pénale pour avoir participé directement au comportement criminel, comme énoncé à l'article 2. Il y est de plus reconnu que le fait de tenir un subordonné comptable de la perpétration d'un crime n'exonère pas ses supérieurs de la responsabilité pénale qu'ils peuvent encourir pour avoir omis d'empêcher ou de réprimer le crime. Le devoir d'un supérieur hiérarchique de réprimer le comportement illicite de ses subordonnés implique également le devoir d'intenter une action disciplinaire ou pénale à l'encontre de l'auteur présumé des actes de violation, selon qu'il convient. La responsabilité pénale d'un supérieur hiérarchique du fait qu'il a manqué à son devoir de punir le comportement illicite d'un subordonné a été expressément reconnue dans les statuts des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda. Le principe de la responsabilité pénale individuelle d'un supérieur hiérarchique ne s'applique qu'à l'égard du comportement de son subordonné ou d'une autre personne placée sous son autorité. Ainsi, un supérieur hiérarchique encourt une responsabilité pénale uniquement dans le cas où il omet d'empêcher ou de réprimer le comportement illicite des susnommés. L'emploi des mots "ses supérieurs" signifie que ce principe s'applique non seulement au supérieur hiérarchique direct du subordonné, mais aussi à ses autres supérieurs hiérarchiques dans la chaîne de commandement militaire ou dans la hiérarchie gouvernementale si les critères requis sont réunis. Le

terme "supérieurs" est suffisamment large pour s'entendre des commandants militaires ainsi que des autorités civiles qui se trouvent dans une position de commandement analogue et exercent le même degré d'autorité à l'égard de leurs subordonnés 49/. De plus, l'expression "un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité" signifie que la responsabilité d'un supérieur hiérarchique à l'égard du comportement illicite de son subordonné s'étend non seulement aux crimes de guerre mais aussi aux autres crimes énumérés dans la Deuxième partie du présent Code.

5) L'article 6 prévoit deux critères pour déterminer si un supérieur hiérarchique doit être tenu pénalement responsable du comportement illicite d'un subordonné. Premièrement, il faut que le supérieur ait su ou ait eu des raisons de savoir, dans les circonstances du moment, que le subordonné commettait ou allait commettre un crime. Ce critère permet d'établir l'intention criminelle (*mens rea*) du supérieur, nécessaire pour engager sa responsabilité pénale, dans deux situations différentes. Dans la première situation, un supérieur hiérarchique sait effectivement que son subordonné commet ou est sur le point de commettre un crime. Dans ce cas, il peut être tenu complice du crime, en vertu des principes généraux du droit pénal relatifs à la complicité. Dans la seconde situation, le supérieur hiérarchique possède suffisamment d'informations pertinentes pour lui permettre de conclure, dans les circonstances du moment, que ses subordonnés commettent ou sont sur le point de commettre un crime. Il n'a pas, en pareille hypothèse, effectivement connaissance de ce que ses subordonnés envisagent d'adopter ou adoptent un comportement illicite, mais possède suffisamment d'informations pertinentes de caractère général pour lui permettre de conclure que tel est le cas. Un supérieur hiérarchique qui fait fi d'informations démontrant clairement la probabilité d'un comportement criminel de la part de ses subordonnés témoigne d'une grave négligence en omettant de s'acquitter de son devoir d'empêcher ou de réprimer un tel comportement, par cela même qu'il omet de faire un effort raisonnable pour obtenir les informations nécessaires qui lui permettraient d'entreprendre toute action pertinente. Comme indiqué dans

49/ "L'histoire abonde malheureusement en cas où ce sont les autorités civiles qui se sont rendues coupables de crimes de guerre; les autorités militaires ne sont donc pas seules en cause." Claude Pilloud et divers collaborateurs, Commentaire des protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, commentaire relatif à l'article 86 du Protocole additionnel I, p. 1034, note 16 en bas de page (source omise) (1987).

le commentaire de l'article 86 du Protocole additionnel I, "cela ne signifie pas encore que toute négligence peut être criminelle ... il faut encore qu'elle soit d'une telle gravité qu'elle équivaut à une intention criminelle" 50/. L'expression "avaient des raisons de savoir" est tirée des statuts des tribunaux ad hoc et doit être interprétée comme ayant le même sens que l'expression "possédaient des informations leur permettant de conclure", employée dans le Protocole additionnel I. La Commission a décidé d'employer la première expression de manière à ce que cet élément du premier critère soit interprété objectivement plutôt que subjectivement.

6) Le second critère veut que le supérieur hiérarchique ait omis de prendre toutes les mesures nécessaires en son pouvoir pour empêcher ou réprimer le comportement criminel de son subordonné. Il repose sur le devoir qu'a un supérieur hiérarchique d'exercer son commandement et son contrôle sur ses subordonnés. Un supérieur hiérarchique encourt une responsabilité pénale uniquement dans le cas où il aurait pu prendre les mesures nécessaires pour empêcher ou réprimer le comportement illicite de ses subordonnés et où il a omis de le faire. Il est admis ici qu'il peut exister des situations où un commandant militaire a connaissance, ou a des raisons d'avoir connaissance, du comportement illicite de ses subordonnés mais est incapable d'empêcher ou de réprimer ce comportement. La Commission a décidé que, pour encourir une responsabilité, le supérieur hiérarchique devait avoir compétence juridique pour prendre les mesures destinées à empêcher ou à réprimer le crime et la possibilité matérielle de les prendre. Un supérieur hiérarchique n'encourra donc pas de responsabilité pénale pour avoir omis d'accomplir un acte qu'il était impossible d'accomplir, en l'absence de l'une ou l'autre de ces conditions.

Article 7

Qualité officielle et responsabilité

La qualité officielle de l'auteur d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, même s'il a agi en qualité de chef d'Etat ou de gouvernement, ne l'exonère pas de sa responsabilité pénale et n'est pas un motif de diminution de la peine.

50/ Commentaire du Protocole additionnel I, p. 1036.

Commentaire

1) Comme il est dit dans le commentaire de l'article 5, les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité supposent souvent l'intervention de personnes occupant des postes d'autorité gouvernementale, qui sont à même d'élaborer des plans ou des politiques impliquant des actes d'une gravité et d'une ampleur exceptionnelles. Ces crimes nécessitent le pouvoir d'employer ou d'autoriser l'emploi d'importants moyens de destruction et de mobiliser des agents pour les perpétrer. Un haut fonctionnaire qui organise, autorise ou ordonne de tels crimes ou en est l'instigateur ne fait pas que fournir les moyens et agents nécessaires pour commettre le crime, il abuse aussi de l'autorité et du pouvoir qui lui ont été confiés. On peut donc le considérer comme encore plus coupable que le subordonné qui commet effectivement l'acte criminel. 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'Etat et se retrancher derrière l'immunité que leur confèrent leurs fonctions, d'autant plus qu'il s'agit de crimes odieux qui bouleversent la conscience de l'humanité, violent certaines des règles les plus fondamentales du droit international et menacent la paix et la sécurité internationales.

2) La possibilité pour un individu d'invoquer sa qualité officielle, y compris celle de chef d'Etat, comme fait justificatif d'un crime de droit international ou comme facteur d'atténuation de la peine requise pour ce crime a été exclue dans le statut du Tribunal de Nuremberg, dont l'article 7 dispose :

La situation officielle des accusés, soit comme chefs d'Etat, soit comme hauts fonctionnaires, ne sera considérée ni comme une excuse absolutoire, ni comme un motif de diminution de la peine 51/.

3) Conformément à cette disposition, le Tribunal de Nuremberg a rejeté l'argument de l'acte perpétré au nom de l'Etat comme fait justificatif ou comme fondement valable d'une quelconque immunité :

On a fait valoir que ... lorsque l'acte incriminé est perpétré au nom d'un Etat, les exécutants n'en sont pas personnellement responsables; ils sont couverts par la souveraineté de l'Etat. Le Tribunal ne peut accepter [cette thèse].

51/ Supra note 19.

... Le principe du droit international qui, dans certaines circonstances, protège les représentants d'un Etat, ne peut pas s'appliquer aux actes condamnés comme criminels par le droit international. Les auteurs de ces actes ne peuvent invoquer leur qualité officielle pour se soustraire à la procédure normale ou se mettre à l'abri du châtement.

... [U]ne idée fondatrice du statut est que les obligations internationales qui s'imposent aux individus priment leur devoir d'obéissance envers l'Etat dont ils sont ressortissants. Celui qui a violé les lois de la guerre ne peut, pour se justifier, alléguer le mandat qu'il a reçu de l'Etat, du moment que l'Etat, en donnant ce mandat, a outrepassé les pouvoirs que lui reconnaît le droit international 52/.

4) La possibilité pour un individu d'invoquer sa qualité officielle comme fait justificatif à l'égard d'un crime de droit international est systématiquement écartée dans tous les instruments pertinents adoptés depuis le statut du Tribunal de Nuremberg, notamment dans la Charte du Tribunal de Tokyo (art. 6) 53/, dans la loi No 10 du Conseil de contrôle (art. 4) et, plus récemment, dans les statuts des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie (art. 7) et pour le Rwanda (art. 6). L'irrecevabilité de ce fait justificatif a aussi été réaffirmée par la Commission dans les Principes de Nuremberg 54/ (Principe III) et dans le projet de code 55/ de 1954.

5) L'article 7 réaffirme le principe de la responsabilité pénale individuelle, en vertu duquel un haut fonctionnaire est tenu responsable d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité nonobstant sa qualité officielle au moment où le crime a été commis. Le texte de cet article est analogue aux dispositions pertinentes du statut du Tribunal de Nuremberg et des statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal international pour le Rwanda. Le membre de phrase "même s'il a agi en qualité de chef d'Etat ou de gouvernement" confirme l'application du principe

52/ Jugement du Tribunal de Nuremberg, p. 234 et 235.

53/ Supra note 19.

54/ Supra note 22.

55/ Supra note 23.

énoncé dans le présent article aux personnes occupant les plus hautes fonctions officielles et ayant, de ce fait, les plus grands pouvoirs de décision.

6) L'article 7 a pour objet d'empêcher qu'un individu qui a commis un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité puisse invoquer sa qualité officielle comme circonstance l'exonérant de toute responsabilité ou lui conférant une quelconque immunité, même lorsqu'il prétend que les faits constitutifs du crime entraînent dans le cadre de l'exercice de ses fonctions. Comme le Tribunal de Nuremberg l'a reconnu dans son jugement, le principe du droit international qui protège les représentants d'un Etat dans certaines circonstances ne peut pas s'appliquer aux actes qui constituent des crimes de droit international. De ce fait, nul ne peut invoquer sa qualité officielle pour s'exonérer de sa responsabilité à l'égard d'un tel acte. Le Tribunal de Nuremberg a en outre reconnu dans son jugement que l'auteur d'un crime de droit international ne peut invoquer sa qualité officielle pour se soustraire à la procédure normale ou se mettre à l'abri du châtement. L'absence de toute immunité procédurale permettant de se soustraire aux poursuites ou au châtement dans le cadre d'une procédure judiciaire appropriée constitue un corollaire essentiel de l'absence de toute immunité substantielle ou de tout fait justificatif 56/. Il serait paradoxal que l'intéressé ne puisse pas invoquer sa qualité officielle pour s'exonérer de sa responsabilité pénale mais puisse l'invoquer pour se soustraire aux conséquences de cette responsabilité.

7) La Commission a estimé qu'il ne serait pas judicieux de considérer la qualité officielle comme une circonstance atténuante, compte tenu de la responsabilité particulière de ceux qui occupent de telles fonctions dans le cas des crimes visés par le Code. L'irrecevabilité de l'argument tiré de la qualité officielle comme circonstance atténuante est donc expressément réaffirmée dans le présent article. La qualité officielle de l'individu a aussi été exclue, en tant que circonstance atténuante pour la détermination de la peine, dans pratiquement tous les instruments juridiques pertinents, notamment le statut du Tribunal de Nuremberg, la loi No 10 du Conseil de contrôle et les statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie

56/ Les poursuites engagées devant une cour criminelle internationale seraient l'exemple type d'une procédure judiciaire appropriée où l'individu ne pourrait invoquer aucune immunité substantielle ou procédurale en arguant de sa qualité officielle pour se soustraire aux poursuites et au châtement.

et du Tribunal international pour le Rwanda. La Charte du Tribunal de Tokyo a été le seul instrument juridique à laisser entrevoir la possibilité de considérer la qualité officielle comme une circonstance atténuante lorsque la justice l'exige.

Article 8

Compétence

Sans préjudice de la compétence d'une cour criminelle internationale, chaque Etat Partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence aux fins de connaître des crimes visés aux articles 17, 18, 19 et 20, quels que soient le lieu ou l'auteur de ces crimes. La compétence aux fins de connaître du crime visé à l'article 16 appartient à une cour criminelle internationale. Néanmoins, il n'est pas interdit à un Etat mentionné à l'article 16 de juger ses ressortissants pour le crime visé à cet article.

Commentaire

- 1) L'article 8 est le premier d'une série d'articles de la Première partie portant sur des questions de procédure et de compétence relatives à l'application du présent Code. A cet égard, l'article 8 vise, à titre préliminaire, l'établissement de la compétence d'un tribunal aux fins de trancher la question de la responsabilité et, le cas échéant, du châtement d'un individu pour un crime prévu par le présent Code, en appliquant les principes de la responsabilité pénale individuelle et de la sanction énoncés dans les articles 2 à 7 de la Première partie en relation avec les définitions des crimes figurant dans les articles 16 à 20 de la Deuxième partie.
- 2) L'article 8 institue deux régimes distincts de compétence : un pour les crimes énoncés aux articles 17 à 20, et un autre pour le crime visé à l'article 16. Le premier régime prévoit la compétence concurrente des juridictions nationales et d'une cour criminelle internationale pour connaître des crimes énoncés aux articles 17 à 20, à savoir le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé et les crimes de guerre. Le second régime prévoit la compétence exclusive d'une cour criminelle internationale à l'égard du crime d'agression visé à l'article 16, sous réserve d'une exception limitée. La Commission a décidé d'adopter une approche globale de l'application du présent Code, fondée sur la compétence concurrente des juridictions nationales et d'une cour criminelle internationale pour connaître des crimes prévus par le Code, à l'exception du crime d'agression, comme il sera exposé ci-après.

3) Au crépuscule du Xxe siècle, le monde continue de subir la perpétration bien trop fréquente des crimes les plus graves qui préoccupent la communauté internationale dans son ensemble, notamment le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé et les crimes de guerre. Depuis la seconde guerre mondiale, les Etats ont adopté un certain nombre de conventions multilatérales pour tenter de réagir à ces crimes particulièrement graves. Les conventions pertinentes s'en remettent au moins en partie à la compétence nationale pour la poursuite et le châtement des auteurs de ces crimes (par exemple : la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide de 1948 [ci-après dénommée Convention sur le génocide], art. VI 57/; les Conventions de Genève relatives à la protection des victimes des conflits armés internationaux de 1949 (Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne [ci-après dénommée I^e Convention de Genève], art. 49 58/, Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer [ci-après dénommée II^e Convention de Genève], art. 50 59/, Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre [ci-après dénommée III^e Convention de Genève], art. 129 60/, et Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre [ci-après dénommée IV^e Convention de Genève], art. 146 61/); la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid de 1973 [ci-après dénommée Convention sur l'apartheid], art. V 62/; et la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé de 1994, art. 14 63/).

4) La possibilité de traduire les auteurs de crimes devant une cour criminelle internationale n'est expressément prévue que dans deux conventions,

57/ Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 78, p. 277.

58/ Ibid., vol. 75, p. 31.

59/ Ibid., vol. 75, p. 85.

60/ Ibid., vol. 75, p. 135.

61/ Ibid., vol. 75, p. 287.

62/ Résolution 3068 (XXVIII) de l'Assemblée générale, annexe.

63/ Résolution 49/59 de l'Assemblée générale, annexe.

à savoir la Convention sur le génocide (art. VI) 64/ et la Convention sur l'*apartheid* (art. V) 65/. Toutefois, ces conventions envisagent aussi l'intervention des tribunaux nationaux dans la poursuite et le châtement des auteurs de crimes, en prévoyant la compétence concurrente, et non exclusive, d'une juridiction internationale. Dans le projet de statut d'une cour criminelle internationale qu'elle a récemment élaboré, la Commission a également retenu pour une telle cour l'idée d'une compétence concurrente, complémentaire de celle des juridictions nationales et ne s'y substituant donc pas 66/. De même, les statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie 67/ et du Tribunal international pour le Rwanda 68/ prévoient concurremment la compétence des tribunaux internationaux et celle des juridictions nationales. Ainsi, la communauté internationale a reconnu l'importance du rôle qui revient à une juridiction pénale internationale dans l'application du droit international pénal, sans perdre de vue l'importance du rôle qui incombe toujours aux juridictions nationales à cet égard. Sur le plan pratique, il serait quasiment impossible à une seule cour criminelle internationale de poursuivre et de châtier les innombrables individus qui sont responsables de crimes en vertu du droit international, non seulement à cause de la fréquence de tels crimes au cours des années récentes, mais aussi parce que ces crimes sont souvent commis dans le cadre d'un plan ou d'une politique de caractère général qui fait participer un nombre important de personnes à un comportement criminel systématique ou massif concernant un grand nombre de victimes.

64/ Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 78, p. 277.

65/ Résolution 3068 (XXVIII) de l'Assemblée générale, annexe.

66/ Voir le préambule du projet de statut, doc. A/49/10, p. 47.

67/ Statut du 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 [ci-après dénommé "Statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie"], art. 9, Nations Unies, doc. S/25704.

68/ Statut du 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'Etats voisins entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994 [ci-après dénommé "Statut du Tribunal international pour le Rwanda"], résolution 955 (1994) du Conseil de sécurité.

5) La Commission a estimé que l'application effective du présent Code exigeait, en matière de compétence, une approche conjuguant la plus large compétence des juridictions nationales à la compétence possible d'une cour criminelle internationale. C'est pourquoi le présent article établit, pour connaître des crimes énoncés aux articles 17 à 20 de la Deuxième partie, le principe de la compétence concurrente des tribunaux nationaux de tous les Etats Parties au présent Code, sur la base du principe de la compétence universelle, et d'une cour criminelle internationale. Cette approche reconnaît, d'une part, qu'aucune cour criminelle internationale permanente n'existe au stade actuel de développement de la société internationale et, d'autre part, que l'Assemblée générale a récemment décidé de créer une commission préparatoire chargée de poursuivre les travaux sur le projet de statut d'une cour criminelle permanente élaboré par la Commission du droit international 69/.

6) La première disposition de l'article 8 établit le principe de la compétence concurrente des tribunaux nationaux des Etats Parties au Code et d'une éventuelle cour criminelle internationale pour les crimes visés aux articles 17 à 20 de la Deuxième partie. Pour ce qui est de la compétence des tribunaux nationaux, la première phrase de cet article est le corollaire de l'article 9, qui fait obligation à l'Etat Partie d'extrader ou de poursuivre l'auteur présumé du crime. Cette disposition est destinée à donner à l'Etat de détention la possibilité de s'acquitter de son obligation d'extrader ou de poursuivre en choisissant la deuxième option. Celle-ci consiste à faire traduire l'individu en question devant un tribunal national par les autorités nationales compétentes. Elle n'a de sens qu'autant que les tribunaux de l'Etat de détention ont compétence pour connaître des crimes visés aux articles 17 à 20, ce qui permet à cet Etat d'opter pour la poursuite. Si cette compétence faisait défaut, l'Etat de détention serait contraint d'accepter toute demande d'extradition, ce qui serait contraire au caractère alternatif de l'obligation d'extrader ou de poursuivre, en vertu de laquelle l'Etat de détention n'est pas inconditionnellement tenu de faire droit à une demande d'extradition. D'autre part, l'auteur présumé échapperait aux poursuites dans l'hypothèse où l'Etat de détention ne recevrait pas de demande d'extradition, ce qui compromettrait gravement l'objectif fondamental du principe *aut dedere aut judicare*, et savoir faire en sorte, en veillant à ce que l'Etat de détention

69/ Résolution 50/46 de l'Assemblée générale.

ait compétence résiduelle en la matière, que les auteurs présumés soient effectivement poursuivis et sanctionnés.

7) La question de savoir qui a compétence pour connaître des crimes visés par le Code est tranchée, dans le premier cas, par le droit international, et, dans le second, par le droit national. En ce qui concerne le droit international, tout Etat Partie est en droit d'exercer sa compétence à l'égard de l'auteur présumé d'un crime de droit international visé aux articles 17 à 20 qui se trouve sur son territoire, en vertu du principe de la "compétence universelle" énoncé à l'article 9. Le membre de phrase "quels que soient le lieu ou l'auteur de ces crimes" sert, dans la première disposition de l'article 8, à dissiper tout doute quant à l'existence d'une compétence universelle pour les crimes en question.

8) Pour ce qui est du crime de génocide, la Commission a noté que la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (art. VI) limitait la compétence des tribunaux nationaux pour connaître de ce crime à l'Etat sur le territoire duquel le crime avait été commis. La présente disposition élargit cette compétence des tribunaux nationaux, en ce qui concerne le crime de génocide visé à l'article 17, à tout Etat Partie au Code. La Commission a considéré que cet élargissement se justifiait pleinement eu égard au caractère du crime de génocide, crime de droit international concernant lequel les Etats qui ne sont pas parties à la Convention peuvent, en vertu du droit coutumier, se prévaloir d'une compétence universelle et ne sont donc pas tenus par les dispositions restrictives de cet instrument. La communauté internationale a malheureusement été maintes fois témoin, pendant le demi-siècle écoulé depuis son adoption, de l'inefficacité du régime de compétence limitée mis en place par la Convention, s'agissant de poursuivre et de punir les auteurs de crimes de génocide. L'impunité de ces individus est devenue pour ainsi dire la règle plutôt que l'exception, en dépit des intentions fondamentales de la Convention. De surcroît, cette impunité enlève à la prohibition du crime de génocide l'effet de dissuasion, essentiel en droit pénal puisqu'il n'y a guère de chances dans la plupart des cas de mettre réellement en oeuvre, pour ce crime, les principes de la responsabilité individuelle et de la sanction. Cet état de choses regrettable n'est imputable qu'en partie au fait que la cour criminelle internationale prévue à l'article VI de la Convention n'existe pas puisque, même si elle avait existé, elle n'aurait pas eu la possibilité pratique de poursuivre et punir tous les individus responsables des crimes de génocide commis à diverses époques et en

divers lieux au cours de l'histoire récente. La Commission a considéré qu'il fallait établir un régime de compétence plus efficace pour donner plus de force à la prohibition du génocide, l'un des crimes les plus graves au regard du droit international, qui a eu de tragiques conséquences pour l'humanité et a mis en péril la paix et la sécurité internationales.

9) La présente disposition a pour objet de donner effet à la faculté qu'ont les Etats Parties d'exercer leur compétence à l'égard des crimes visés aux articles 17 à 20 en vertu du principe de la compétence universelle, en faisant en sorte que cette compétence soit bien inscrite dans le droit interne de chaque Etat Partie. Le membre de phrase "prend les mesures nécessaires" définit en termes souples l'obligation correspondante de tout Etat Partie, compte tenu du fait que les dispositions constitutionnelles et autres dispositions du droit national touchant à l'exercice de la compétence en matière pénale varient d'un Etat à l'autre. Chaque Etat partie est donc tenu de faire le nécessaire, lorsqu'il y a lieu, pour pouvoir exercer sa compétence à l'égard des crimes visés aux articles 17 à 20, conformément aux dispositions pertinentes de son droit interne.

10) La présente disposition a d'autre part pour objet d'obliger chaque Etat Partie à prendre les mesures de procédure ou de fond qui pourraient être nécessaires à l'exercice effectif de sa compétence à l'égard de l'auteur présumé d'un crime visé aux articles 17 à 20 dans une affaire particulière 70/. L'article 8 reproduit, en substance, les dispositions du paragraphe 3 de l'article 2 du projet de la Commission relatif à la prévention et à la répression des infractions commises contre des agents diplomatiques et d'autres personnes jouissant d'une protection internationale. Comme il est

70/ A ce sujet, l'article V de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide dispose ce qui suit : "Les Parties contractantes s'engagent à prendre, conformément à leurs Constitutions respectives, les mesures législatives nécessaires pour assurer l'application des dispositions de la présente Convention, et notamment à prévoir des sanctions pénales efficaces frappant les personnes coupables de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III" (Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 78, p. 277). Les Conventions de Genève relatives à la protection des victimes des conflits armés internationaux contiennent, elles aussi, une disposition commune stipulant que les Etats parties "s'engagent à prendre toute mesure législative nécessaire pour fixer les sanctions pénales adéquates à appliquer aux personnes ayant commis, ou donner l'ordre de commettre, l'une ou l'autre des infractions graves ..." (I^e Convention, art. 49; II^e Convention, art. 50; III^e Convention, art. 129; IV^e Convention, art. 146).

indiqué au paragraphe 11 du commentaire sur cet article, le but recherché est "de prévoir l'exercice de la compétence dans un sens large, c'est-à-dire tant en droit pénal de fond qu'en procédure pénale. Afin d'éliminer tout doute possible sur ce point, la Commission a décidé d'inclure ... une obligation précise, comme celle qu'on trouve dans les Conventions de La Haye et de Montréal et dans le projet de Rome 71/, au sujet de la détermination de la compétence" 72/.

11) La reconnaissance du principe de la compétence universelle des tribunaux nationaux des Etats Parties au Code pour connaître des crimes visés aux articles 17 à 20 n'exclut pas qu'une cour criminelle internationale puisse être compétente pour connaître des mêmes crimes, comme l'indique le libellé de la clause liminaire de la première disposition : "Sans préjudice de la compétence d'une cour criminelle internationale". La possibilité qu'une cour criminelle internationale soit compétente pour connaître des crimes en question a été formulée sous la forme d'une clause de réserve parce qu'en l'état actuel du système judiciaire international, il n'existe pas de cour ayant compétence pour connaître, en tant que tels, des crimes visés par le Code; les tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda, en effet, ne sont compétents que pour connaître des crimes visés dans leurs statuts respectifs. La compétence de ces tribunaux s'étend à nombre des crimes de droit international visés dans la Deuxième partie du Code, mais non en tant que crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité relevant du Code. Ainsi, l'article 8, comme d'ailleurs l'ensemble du Code, ne s'applique pas à ces tribunaux, qui sont régis par leurs statuts respectifs.

12) L'article 8 envisage la compétence concurrente d'une cour criminelle internationale pour connaître des crimes visés aux articles 17 à 20 afin de compléter la compétence des tribunaux nationaux prévue pour ces crimes et, de ce fait, renforcer l'efficacité de la mise en oeuvre du Code à cet égard. La question de savoir si la compétence nationale prime la compétence internationale ou vice versa n'est pas tranchée à l'article 8 parce qu'à n'en pas douter elle le serait dans le statut de la cour criminelle internationale.

71/ Annuaire ... 1972, vol. II, p. 344.

72/ Ibid., p. 343.

L'expression "cour criminelle internationale" s'entend de la cour ou du tribunal compétent, indépendant et impartial établi par la loi par lequel tout accusé a le droit d'être jugé en vertu du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 14, par. 1). En outre, cette expression doit s'entendre d'une cour créée avec l'appui de la communauté internationale. Ce n'est que si elle bénéficie d'un large appui de la communauté internationale qu'une cour criminelle internationale pourra exercer efficacement sa compétence à l'égard des crimes visés dans le Code et, ce faisant, atténuer, et non aggraver, la menace contre la paix et la sécurité internationales résultant de ces crimes. La présente disposition envisage la compétence d'une cour criminelle internationale créée avec un large appui de la communauté internationale sans indiquer les modalités de la création d'une telle cour. A cet égard, la Commission a noté que cette question était actuellement à l'examen, dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, en relation avec le projet de statut d'une cour criminelle internationale adopté par la Commission en 1994.

13) Les deuxième et troisième phrases de l'article 8 prévoient un régime de compétence distinct pour le crime d'agression visé à l'article 16. Le crime d'agression relèverait de la compétence exclusive d'une cour criminelle internationale à une seule exception près, à savoir que les tribunaux de l'Etat ayant commis l'agression seraient également compétents à l'égard des ressortissants de cet Etat. L'expression "cour criminelle internationale" a le même sens dans les première et deuxième phrases de l'article 8 qui définissent deux régimes de compétence distincts, celui des crimes visés aux articles 17 à 20 d'une part et celui du crime visé à l'article 16 d'autre part. Ainsi, les critères auxquels doit satisfaire une cour criminelle internationale aux fins du premier régime de compétence sont également applicables dans le présent contexte.

14) La deuxième phrase de l'article 8 pose le principe selon lequel une cour criminelle internationale a compétence exclusive pour connaître du crime d'agression visé à l'article 16 et, le cas échéant, prononcer une peine pour les individus qui en sont jugés responsables, à une exception près, prévue dans la troisième phrase de l'article 8. Le principe de la compétence exclusive découle de ce que le crime d'agression a un caractère unique, puisque la responsabilité d'un individu du chef de ce crime n'est retenue que s'il participe à une violation suffisamment grave de la prohibition de certains comportements d'un Etat figurant au paragraphe 4 de l'Article 2

de la Charte des Nations Unies. La responsabilité d'un individu pour sa participation au crime d'agression est subordonnée à l'agression attribuée à un Etat, en l'absence de laquelle un individu ne peut voir sa responsabilité engagée du chef de ce crime. Ainsi, une cour ne peut statuer sur la responsabilité pénale d'un individu du chef de ce crime sans examiner à titre préalable la question de savoir si un Etat a commis une agression. Or il serait contraire au principe fondamental du droit international *par in parem imperium non habet* que les tribunaux d'un Etat puissent se prononcer sur la question de savoir si un autre Etat a commis une agression. En outre, l'examen par un tribunal interne d'un Etat, dans l'exercice de sa compétence, de la question de savoir si un autre Etat a commis une agression aurait de graves répercussions pour les relations internationales et la paix et la sécurité internationales.

15) La troisième phrase de l'article 8 prévoit une seule exception, au profit des tribunaux nationaux, à la compétence exclusive d'une cour criminelle internationale pour le crime d'agression prévue par le second régime de compétence. Aux termes de cette disposition, le seul Etat habilité à traduire un individu devant ses tribunaux internes pour le crime d'agression est l'Etat visé à l'article 16, à savoir celui dont le dirigeant a participé à l'acte d'agression. C'est en effet le seul Etat qui puisse se prononcer sur la responsabilité de ce dirigeant pour le crime d'agression sans avoir à apprécier si un autre Etat a commis une agression. Ainsi, les tribunaux nationaux d'un tel Etat peuvent juger un individu pour le crime d'agression en vertu du présent Code ou des dispositions pertinentes de la législation pénale nationale. L'intervention des tribunaux de l'Etat concerné pour déterminer la responsabilité d'un dirigeant qui a participé à l'agression peut être essentielle pour le processus de réconciliation nationale. En outre, l'exercice par un Etat de sa compétence interne l'amenant à connaître de la responsabilité de ses ressortissants dans une agression n'aurait pas les mêmes conséquences fâcheuses pour les relations internationales ou la paix et la sécurité internationales que l'exercice par un autre Etat de sa compétence interne sur le même point. Au cas où les normes d'indépendance et d'impartialité ne seraient pas respectées, le fait qu'un procès a eu lieu devant un tribunal national n'empêcherait pas la tenue ultérieure d'un autre procès devant une cour criminelle internationale, en vertu de la dérogation au principe *non bis in idem* prévue à l'article 12, paragraphe 2 a) ii). Comme la compétence des tribunaux nationaux pour le crime d'agression,

en tant qu'exception limitée à la compétence exclusive d'une cour criminelle internationale, est formulée en termes de faculté plutôt que d'obligation, il n'y a pas à l'article 8 d'obligation correspondante, à la charge de chaque Etat Partie, d'établir la compétence de ses tribunaux à l'égard de ce crime.

Article 9

Obligation d'extrader ou de poursuivre

Sans préjudice de la compétence d'une cour criminelle internationale, l'Etat Partie sur le territoire duquel l'auteur présumé d'un crime visé à l'article 17, 18, 19 ou 20 est découvert extradé ou poursuit ce dernier.

Commentaire

- 1) L'article 8 du présent Code envisage l'institution de deux régimes de compétence distincts, l'un pour les crimes visés aux articles 17 à 20 et l'autre pour le crime visé à l'article 16. Dans le premier cas, les tribunaux nationaux des Etats Parties seraient habilités à exercer la compétence la plus large possible pour le génocide, les crimes contre l'humanité, les crimes contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé et les crimes de guerre, en vertu du principe de la compétence universelle. De plus, une cour criminelle internationale serait habilitée à exercer une compétence concurrente à l'égard de ces crimes en vertu de son statut. Dans le second cas, une cour criminelle internationale aurait compétence exclusive pour le crime d'agression, à une unique exception près, celle des tribunaux nationaux de l'Etat qui aurait commis l'agression. L'article 9 a trait à l'obligation d'un Etat Partie d'extrader ou de poursuivre l'auteur présumé d'un crime, autre que l'agression, visé dans la Deuxième partie, dans le cadre du régime de compétence envisagé pour ces crimes, ainsi qu'il est indiqué par la mention des articles 17 à 20. Cet article ne concerne pas la question du transfert de l'auteur présumé de l'un quelconque des crimes visés par le Code à une cour criminelle internationale dans le cadre de l'un ou l'autre régime de compétence ni, s'il s'agit du crime d'agression, celle de l'extradition d'un individu vers le territoire de l'Etat auteur de l'agression dans le cadre de l'exception au second régime de compétence, dont il sera question ci-dessous.
- 2) L'article 9 pose le principe général de l'obligation, pour tout Etat sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé d'un crime visé aux articles 17 à 20 de la Deuxième partie, d'extrader ou de poursuivre cet individu. Le principe *aut dedere aut judicare* se retrouve dans plusieurs des

conventions pertinentes mentionnées dans le commentaire relatif à l'article précédent. Le souci fondamental dont il s'inspire est de faire en sorte que des individus qui sont responsables de crimes particulièrement graves soient traduits en justice et de veiller pour cela à ce qu'il y ait une juridiction compétente pour les poursuivre et les punir.

3) L'obligation de poursuivre ou d'extrader est mise à la charge de l'Etat sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé d'un crime 73/. L'Etat de détention est tenu de prendre des mesures pour faire en sorte que ledit individu soit poursuivi soit par ses autorités propres, soit par celles d'un autre Etat qui, en demandant l'extradition, manifeste qu'il est disposé à engager des poursuites. En raison de la présence de l'auteur présumé du crime sur son territoire, l'Etat de détention se trouve dans une position exceptionnelle pour garantir la mise en oeuvre du Code, d'où l'obligation qui lui incombe de prendre les dispositions raisonnables nécessaires pour appréhender l'individu en question et faire en sorte qu'il soit poursuivi et jugé par une juridiction compétente. L'obligation d'extrader ou de poursuivre s'applique à l'Etat qui détient "l'auteur présumé d'un crime", expression qui doit s'entendre d'une personne contre laquelle existent non pas des allégations sans preuves, mais des indices précis et pertinents.

4) Le niveau de preuve exigé pour engager des poursuites pénales ou faire droit à une demande d'extradition diffère selon les législations nationales. L'Etat de détention serait dans l'obligation de poursuivre l'auteur présumé d'un crime sur son territoire lorsqu'il y aurait suffisamment de preuves pour ce faire au regard de son droit interne, à moins qu'il ne décide de faire droit à une demande d'extradition qu'il aurait reçue d'un autre Etat.

La liberté d'appréciation reconnue dans certains systèmes juridiques quant à l'opportunité des poursuites, grâce à laquelle l'auteur présumé d'un crime peut se voir accorder l'immunité en échange d'un témoignage ou d'un concours prêté aux poursuites exercées contre un autre individu dont le comportement criminel est considéré comme plus grave, est exclue pour les crimes visés par le présent Code. Les crimes internationaux constituent les crimes les plus

73/ Les Conventions de Genève de 1949 relatives à la protection des victimes des conflits armés internationaux prévoient expressément "l'obligation de rechercher les personnes prévenues d'avoir commis, ou d'avoir ordonné de commettre, l'une ou l'autre de ces infractions graves...", I^e Convention, art. 49; II^e Convention, art. 50; III^e Convention, art. 129; IV^e Convention, art. 146.

graves qui intéressent la communauté internationale dans son ensemble. C'est tout particulièrement le cas des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité visés par le Code. Il serait contraire aux intérêts de l'ensemble de la communauté internationale de permettre à un Etat de conférer l'immunité à un individu qui serait responsable d'un crime international comme le génocide. La question de la prise en considération de la coopération avec le ministère public comme circonstance atténuante à retenir pour fixer une peine appropriée est examinée dans le commentaire de l'article 15.

5) Contrairement au niveau de preuve exigé pour engager des poursuites pénales devant les tribunaux nationaux, qui relève du droit interne, celui qui est requis pour faire droit à une demande d'extradition est régi par les divers traités bilatéraux et multilatéraux. En ce qui concerne l'extradition, le Traité type d'extradition prescrit (art. 5, par. 2 b)) au minimum "une déclaration relative à l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée et [...] un exposé des actes ou omissions retenus comme constituant l'infraction, y compris une indication du lieu et de la date où celle-ci a été commise" 74/. Sur ce point, la disposition pertinente commune aux quatre Conventions de Genève de 1949 relatives à la protection des victimes des conflits armés internationaux mentionne "des charges suffisantes" 75/.

6) L'Etat de détention a le choix entre deux lignes de conduite, qui doivent l'une et l'autre aboutir à l'ouverture de poursuites contre l'auteur présumé. L'Etat de détention peut s'acquitter de son obligation soit en donnant une suite favorable à une demande d'extradition présentée par un autre Etat, soit en soumettant l'affaire à ses autorités pour l'exercice de l'action pénale. L'article 9 ne privilégie aucune de ces deux lignes de conduite. L'Etat de détention est entièrement libre de décider soit de transférer l'auteur présumé vers le territoire d'un autre Etat aux fins de jugement en réponse à une demande d'extradition, soit de le déférer à ses propres tribunaux. L'Etat de détention peut s'acquitter de son obligation suivant la première option en faisant droit à une demande d'extradition, transférant ainsi à l'Etat requérant la responsabilité de l'ouverture des poursuites. Mais il n'est pas obligé de faire droit à la demande d'extradition s'il préfère confier à ses propres autorités le soin d'engager les poursuites. Il n'est pas

74/ Résolution 45/116 de l'Assemblée générale, annexe.

75/ I^e Convention, art. 49; II^e Convention, art. 50; III^e Convention, art. 129; et IV^e Convention, art. 146.

non plus tenu, en cas de pluralité de demandes d'extradition, de donner la priorité à la demande d'un Etat particulier. Le projet adopté en première lecture recommandait d'accorder une considération particulière à la demande de l'Etat sur le territoire duquel le crime a été commis. Le Rapporteur spécial avait proposé en seconde lecture d'insérer dans une disposition spéciale la priorité de la demande de l'Etat territorial, mais il a été considéré au Comité de rédaction que la question n'était pas suffisamment mûre pour être codifiée. L'Etat de détention a ainsi toute latitude pour décider du lieu des poursuites, ce qui cadre avec le Traité type d'extradition (art. 16).

7) L'Etat de détention peut s'acquitter de son obligation selon la seconde option, en soumettant l'affaire à ses autorités nationales pour l'exercice de l'action pénale. Tout Etat Partie sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé d'un crime est compétent pour le juger, quel que soit le lieu où le crime a été commis et quelle que soit la nationalité de l'auteur ou de la victime. Il suffit que l'intéressé soit physiquement présent sur le territoire de l'Etat de détention pour que celui-ci puisse exercer sa compétence. Ce cas exceptionnel de compétence est souvent désigné sous le nom de "principe d'universalité" ou "compétence universelle". En l'absence de demande d'extradition, l'Etat de détention n'aurait pas d'autre possibilité que de soumettre l'affaire à ses autorités nationales pour l'exercice de l'action pénale. Cette obligation résiduelle vise à garantir que les auteurs présumés seront poursuivis devant une juridiction compétente, qui sera celle de l'Etat de détention à défaut d'autres tribunaux nationaux ou internationaux.

8) L'article 9 débute par une disposition qui reconnaît la possibilité d'une troisième ligne de conduite par laquelle l'Etat de détention s'acquitterait de son obligation de garantir que l'auteur présumé qui est découvert sur son territoire sera poursuivi. Il s'agit du transfert de l'intéressé à une cour criminelle internationale pour l'exercice de l'action pénale. L'article 9 ne concerne pas les cas où un Etat de détention serait en droit ou tenu d'adopter cette ligne d'action puisque ceux-ci seraient déterminés par le statut de la future cour. Il prévoit simplement que l'obligation d'un Etat de poursuivre ou d'extrader l'auteur présumé d'un crime visé aux articles 17 à 20 du Cde est sans préjudice de tout droit ou obligation éventuel de cet Etat de transférer ledit individu à une cour criminelle internationale. Pour les mêmes raisons, l'article 9 ne concerne pas le transfert de l'auteur présumé d'un crime d'agression à une cour criminelle internationale dans le cadre du régime de compétence spécial envisagé pour ce crime à l'article 8. Il ne concerne pas

non plus l'extradition d'un individu, pour ce même crime, vers l'Etat auteur de l'agression en vertu de l'exception limitée à la compétence exclusive d'une cour criminelle internationale pour ce crime. Cette compétence exceptionnelle des tribunaux nationaux pour le crime d'agression est formulée à l'article 8 comme une faculté, et non comme une obligation. Il appartiendrait à chaque Etat Partie de décider de prévoir ou non la compétence de ses tribunaux nationaux pour ce crime et de faire ou non figurer celui-ci dans les conventions bilatérales ou multilatérales d'extradition qu'il conclut avec d'autres Etats.

9) L'obligation d'extrader ou de poursuivre l'auteur présumé d'un crime qui est énoncée à l'article 9 est précisée aux articles 10 et 8, respectivement, ce qui doit permettre de faciliter et de garantir la mise en oeuvre effective de l'une ou l'autre option.

Article 10

Extradition des auteurs présumés de crimes

1. Si les crimes visés aux articles 17, 18, 19 et 20 ne figurent pas en tant que cas d'extradition dans un traité d'extradition conclu entre les Etats Parties, ils sont réputés y figurer à ce titre. Les Etats Parties s'engagent à faire figurer ces crimes comme cas d'extradition dans tout traité d'extradition à conclure entre eux.

2. Si un Etat Partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'un traité est saisi d'une demande d'extradition par un autre Etat Partie auquel il n'est pas lié par un traité d'extradition, il a la faculté de considérer le présent Code comme constituant la base juridique de l'extradition en ce qui concerne ces crimes. L'extradition est subordonnée aux conditions prévues par la législation de l'Etat requis.

3. Les Etats Parties qui ne subordonnent pas l'extradition à l'existence d'un traité reconnaissent ces crimes comme cas d'extradition entre eux conformément aux conditions prévues par la législation de l'Etat requis.

4. Entre Etats Parties, chacun de ces crimes est considéré aux fins d'extradition comme ayant été commis tant au lieu de sa perpétration que sur le territoire de tout autre Etat Partie.

Commentaire

1) Les dispositions de l'article 8 et de l'article 10 sont le corollaire de celles de l'article 9. L'obligation de tout Etat Partie "d'extrader ou de poursuivre" est formulée à l'article 9 sous la forme d'une alternative qui permet à l'Etat sur le territoire duquel l'auteur présumé est découvert ("l'Etat de détention") soit de faire droit à une demande d'un autre Etat

sollicitant le transfert de l'intéressé sur son territoire aux fins de poursuites, soit de soumettre l'affaire à ses autorités compétentes pour l'exercice de l'action pénale. L'Etat de détention n'a véritablement de choix entre ces deux options, à supposer qu'il reçoive une demande d'extradition, que s'il est à même d'adopter aussi bien l'une que l'autre des deux lignes de conduite. Les conditions requises pour que chacune de ces deux lignes de conduite possibles soit mise en oeuvre par l'Etat de détention font donc l'objet des articles 8 et 10.

2) Les dispositions de l'article 10 visent à mettre l'Etat de détention en mesure d'opter pour la première solution et de la faire effectivement aboutir. Elles n'indiquent cependant pas de préférence pour l'une ou l'autre des options. L'Etat de détention peut s'acquitter de l'obligation qui lui incombe dans le contexte de la première ligne de conduite en faisant droit à une demande d'extradition reçue d'un autre Etat souhaitant juger l'intéressé pour un des crimes visés dans les articles 17 à 20 de la Deuxième partie. L'objectif de l'article 10 est de faire en sorte que l'Etat de détention dispose de la base juridique nécessaire pour faire droit à une demande d'extradition et donc s'acquitter de l'obligation découlant de l'article 9 dans divers cas de figure. Le paragraphe 1 envisage le cas où il existe un traité d'extradition en vigueur entre les Etats intéressés mais qui ne couvre pas le crime pour lequel l'extradition est demandée. Le paragraphe 2 concerne l'hypothèse où, en vertu de la législation de l'Etat requis, l'extradition est subordonnée à l'existence d'un traité d'extradition et où les Etats intéressés ne sont pas liés par un tel traité au moment de la demande d'extradition. Le paragraphe 3 envisage le cas où le droit de l'Etat en cause ne subordonne pas l'extradition à l'existence d'un traité. Dans toutes ces hypothèses, l'article 9 fournit à l'Etat de détention la base juridique nécessaire pour lui permettre de faire droit à une demande d'extradition.

3) Certains traités et législations nationales n'autorisent l'Etat de détention à faire droit à une demande d'extradition que si elle émane de l'Etat sur le territoire duquel le crime a été commis. Cependant, plusieurs conventions contre le terrorisme contiennent des dispositions visant à permettre à l'Etat de détention d'accorder l'extradition, nonobstant ce type de restriction, lorsque la demande émane de certains Etats tenus au premier

chef d'établir leur compétence à l'égard des infractions en cause 76/.

La Convention plus récente sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé permet en outre à l'Etat de détention de faire droit à une demande d'extradition émanant d'un Etat qui veut établir sa compétence bien que n'y étant pas tenu, en s'appuyant par exemple sur le principe de la personnalité passive 77/. Le paragraphe 4 permet à l'Etat de détention de faire droit à une demande d'extradition présentée par n'importe quel Etat Partie au Code à raison d'un des crimes visés dans la Deuxième partie. Cette approche plus ouverte cadre avec l'obligation générale de tout Etat Partie d'établir sa compétence à l'égard des crimes prévus aux articles 17 à 20, conformément à l'article 8, et se justifie d'autant plus que le présent Code ne désigne pas d'Etats particuliers comme compétents au premier chef et n'établit pas d'ordre de priorité entre les demandes d'extradition.

4) Le texte de l'article 10 reprend dans une très large mesure celui de l'article 15 de la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé. Des dispositions similaires figurent également dans un certain nombre d'autres conventions, notamment dans la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (art. 8 78/), la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation

76/ La question de savoir si ces dispositions s'appliquent également aux Etats qui veulent établir leur compétence sans être tenus de le faire a été soulevée au sujet du paragraphe 4 de l'article 10 de la Convention internationale contre la prise d'otages dans les termes suivants : "Cette disposition a été ajoutée à la Convention de La Haye et à chacune des conventions contre le terrorisme adoptées ultérieurement eu égard au fait que certains traités ou législations nationales ne permettent l'octroi de l'extradition que si l'infraction a été commise sur le territoire de l'Etat requérant. Il y a lieu de noter que cette fiction ne concerne que les Etats qui sont tenus au premier chef d'établir leur compétence conformément au paragraphe 1 de l'article 5. Elle ne semble pas s'étendre aux Etats qui ont établi leur compétence alors qu'ils n'étaient pas tenus de le faire, par exemple sur la base du principe de la personnalité passive, et à l'égard des apatrides résidant sur leur territoire". Joseph J. Lambert, *Terrorism and Hostages in International Law - A Commentary on the Hostages Convention 1979*, p. 243 (citations omises).

77/ Résolution 49/59 de l'Assemblée générale, annexe.

78/ Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 680, p. 112.

civile (art. 8 79/) et la Convention internationale contre la prise d'otages (art. 10 80/).

Article 11

Garanties judiciaires

1. Tout individu accusé d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie et a droit sans discrimination aux garanties minimales reconnues à toute personne humaine tant en ce qui concerne le droit qu'en ce qui concerne les faits et il a droit à :

a) ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, régulièrement établi par la loi et qui décidera du bien-fondé de toute accusation dirigée contre lui;

b) être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et de façon détaillée, de la nature et des motifs de l'accusation portée contre lui;

c) disposer du temps et de facilités nécessaires à la préparation de sa défense et communiquer avec le conseil de son choix;

d) être jugé sans retard excessif;

e) être présent au procès et se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix; s'il n'a pas de défenseur, être informé de son droit d'en avoir un, et se voir attribuer d'office un défenseur, sans frais, s'il n'a pas les moyens de le rémunérer;

f) interroger ou faire interroger les témoins à charge et obtenir la comparution et l'interrogatoire des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge;

g) se faire assister gratuitement d'un interprète s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience;

h) ne pas être forcé de témoigner contre lui-même ou de s'avouer coupable.

2. Tout individu déclaré coupable d'un crime a le droit de faire réexaminer la déclaration de culpabilité et la condamnation, conformément à la loi.

79/ Ibid., vol. 974, p. 177.

80/ Résolution 34/146 de l'Assemblée générale, annexe.

Commentaire

- 1) Le projet de code de 1954 ne prévoyait pas les procédures à suivre aux fins des enquêtes concernant les crimes qu'il réprimait ni des poursuites engagées contre leurs auteurs présumés. Ce projet de code était un texte de droit pénal de fond destiné à être appliqué par les tribunaux nationaux ou, le cas échéant, par un tribunal pénal international, conformément à leurs propres règles de procédure pénale.
- 2) Les règles de la procédure pénale et celles régissant l'administration de la preuve sont caractérisées par leur complexité et leur diversité selon les systèmes juridiques. L'absence d'uniformité en la matière tient à ce que ces règles ont été adoptées en premier lieu au niveau national pour faciliter et réglementer l'administration de la justice par les tribunaux nationaux dans le cadre du système juridique de chaque Etat. En outre, les tribunaux pénaux internationaux ad hoc ont suivi des règles de procédure et d'administration de la preuve spécifiques propres à chacun d'entre eux. Ainsi, en l'absence de code de procédure pénale uniforme, les règles procédurales et en matière de preuve nécessaires aux fins des procès sont formulées spécifiquement pour les tribunaux de chaque pays et varient en conséquence. Lors de l'élaboration du projet de statut d'une cour criminelle internationale, la Commission a rencontré des difficultés s'agissant de concilier les règles différentes de procédure pénale en vigueur dans les systèmes de droit civil et de common law.
- 3) La Commission maintient que les personnes accusées d'un crime visé dans le présent Code devraient être jugées conformément aux règles de procédure et d'administration de la preuve de la juridiction nationale ou internationale compétente. Bien que ces règles varient selon les pays, tous les tribunaux doivent respecter une norme minimale en matière de droits de la défense dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et du respect des droits fondamentaux de l'accusé. Il existe diverses normes nationales, régionales et internationales, en ce qui concerne l'administration de la justice et le droit à un procès équitable, susceptibles d'être appliquées par un tribunal particulier. La Commission estime qu'il faut veiller à ce que le procès de tout individu accusé d'un crime visé par le Code se déroule conformément aux normes internationales minimales en matière de droits de la défense.
- 4) Le principe selon lequel une personne accusée d'un crime au regard du droit international a droit à un procès équitable a été reconnu après la seconde guerre mondiale par le Tribunal de Nuremberg. L'article 14 du statut

du Tribunal énonce certaines règles procédurales uniformes propres à assurer à tous les accusés un procès équitable 81/. Dans son jugement, le Tribunal de Nuremberg a confirmé le droit de tout accusé à un procès équitable, dans les termes suivants : "En ce qui concerne l'institution du Tribunal, tout ce que les accusés peuvent demander, c'est un procès équitable tant en ce qui concerne les faits qu'en ce qui concerne le droit" 82/. La Commission a reconnu le principe général du droit à un procès équitable en ce qui concerne les personnes accusées d'un crime en droit international lorsqu'elle a formulé ses "Principes de Nuremberg". Aux termes du Principe V, "Toute personne accusée d'un crime de droit international a droit à un procès équitable, tant en ce qui concerne les faits qu'en ce qui concerne le droit" 83/.

5) Les principes régissant le traitement auquel a droit toute personne accusée d'un crime, et les modalités procédurales selon lesquelles la culpabilité ou l'innocence de l'intéressé peut être objectivement établie, ont été consacrés et développés dans un certain nombre d'instruments internationaux et régionaux adoptés après la seconde guerre mondiale, et notamment : le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 14) 84/; la Convention européenne pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (art. 6 et 7) 85/; la Convention américaine relative aux droits de l'homme (art. 5, 7 et 8) 86/; la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (art. 7) 87/; les

81/ Statut du Tribunal de Nuremberg, art. 14.

82/ Jugement du Tribunal de Nuremberg, Nazi Conspiracy and Aggression, Opinion and Judgment (United States Printing Office, Washington : 1947), p. 48. [Cette phrase manque dans la version française du jugement, p. 230. Traduction établie par le Secrétariat.]

83/ Yearbook ... 1950, vol. II, p. 375.

84/ Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 999, p. 171.

85/ Ibid., vol. 213, p. 221.

86/ Ibid., vol. 1114, p. 123.

87/ International Legal Materials, vol. 21, p. 59 [sera publié dans Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1520, p. ...].

Conventions de Genève de 1949 (art. 3, commun aux quatre Conventions) 88/; et les Protocoles additionnels I (art. 75) et II (art. 6) aux Conventions de Genève 89/.

6) La Commission a estimé qu'un instrument à vocation universelle, comme le présent Code, devait respecter les normes internationales relatives aux droits de la défense et les garanties d'un procès équitable consacrés à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Les dispositions essentielles de l'article 14 du Pacte sont donc reproduites à l'article 11 afin que les personnes jugées par une juridiction nationale ou internationale pour un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité visé dans le Code bénéficient des garanties judiciaires fondamentales énoncées dans le Pacte. Toutefois, certaines dispositions du Pacte ont été omises ou légèrement modifiées aux fins du projet de code, comme indiqué ci-après.

7) Le paragraphe 1 définit le champ d'application des garanties judiciaires énoncées à l'article 11. Bénéficie de ces garanties "tout individu accusé d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité". Cette disposition a reçu un libellé non restrictif de manière à indiquer qu'elle s'applique quelle que soit la juridiction appelée à juger un individu accusé d'un tel crime.

8) Le membre de phrase liminaire du paragraphe dispose en outre qu'un individu accusé d'un crime visé par le Code est présumé innocent des faits qui lui sont reprochés. C'est à l'accusation qu'il appartient d'apporter la preuve que l'individu est responsable en fait et en droit du crime concerné. Si le tribunal estime que le ministère public n'a pas apporté cette preuve, il est tenu de déclarer l'intéressé innocent du crime dont il est accusé. Cette présomption d'innocence est conforme au paragraphe 2 de l'article 14 du Pacte.

9) Cette disposition a aussi pour objet d'assurer à toute personne accusée d'un crime visé par le Code le bénéfice des garanties judiciaires minimales

88/ Convention I, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 75, p. 31; Convention II, *ibid.*, vol. 75, p. 85; Convention III, *ibid.*, vol. 75, p. 135; Convention IV, *ibid.*, vol. 75, p. 287.

89/ Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux [ci-après dénommé "Protocole additionnel I"], 8 juin 1977, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1125, p. 3; et Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux [ci-après dénommé "Protocole additionnel II"], Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1125, p. 609.

énumérées dans la suite de l'article 11. Toute personne accusée d'une infraction pénale a droit, en tant qu'être humain, à un procès équitable. La proposition "a droit sans discrimination aux garanties minimales reconnues à toute personne humaine tant en ce qui concerne le droit qu'en ce qui concerne les faits" confirme l'équale protection de la loi quant aux garanties judiciaires fondamentales qui sont indispensables pour qu'un procès soit équitable. Cette proposition se présente comme une clause de non-discrimination pour souligner l'interdiction de toute discrimination. La mention concernant "le droit" et "les faits" doit être comprise comme faisant référence à "la loi applicable" et à "l'établissement des faits". Le principe de l'équale protection de la loi en ce qui concerne le droit à un procès équitable est conforme au paragraphe 3 de l'article 14 du Pacte.

10) L'expression "garanties minimales" est utilisée dans le membre de phrase liminaire du paragraphe 1 pour indiquer que la liste des garanties judiciaires énoncées aux alinéas a) à h) de ce paragraphe n'est pas limitative.

Une personne accusée d'un crime en application du Code peut bénéficier d'autres garanties, venant s'ajouter à celles expressément énoncées. En outre, chacune des garanties énumérées représente la norme internationale minimale pour qu'un procès soit équitable, et n'exclut pas qu'une protection plus large puisse être accordée en ce qui concerne ces garanties.

11) L'alinéa a) du paragraphe 1 énonce le droit fondamental de l'accusé à un procès équitable et public devant un tribunal compétent, indépendant et impartial et régulièrement établi par la loi. Le droit à un procès public met l'affaire sur la place publique, la préservant ainsi de toute irrégularité de procédure. La Commission note néanmoins que le paragraphe 1 de l'article 14 du Pacte autorise le tribunal à ne pas admettre le public ou la presse au procès dans un nombre limité de circonstances exceptionnelles. Le pouvoir du tribunal de mener le procès et de rendre un jugement valide dans l'affaire est subordonné à sa compétence. L'indépendance et l'impartialité du tribunal sont essentielles pour que la validité des accusations portées contre l'accusé puisse être déterminée, en fait et en droit, de manière équitable et objective. Le tribunal doit avoir été régulièrement établi par la loi pour avoir l'autorité juridique requise et dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice. Cette disposition est tirée du paragraphe 1 de l'article 14 du Pacte.

12) Le texte de l'alinéa a) du paragraphe 1 adopté en première lecture faisait expressément mention d'un tribunal établi "par la loi ou par un traité", pour tenir compte de l'éventualité de la création future, par traité, d'une cour criminelle internationale permanente. La Commission a supprimé les mots "ou par un traité", eu égard à la création de deux tribunaux pénaux internationaux ad hoc par le moyen d'une résolution adoptée par le Conseil de sécurité au titre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies.

La Commission a reconnu qu'une juridiction pénale internationale pouvait être créée selon diverses méthodes. La condition essentielle aux fins des garanties judiciaires à respecter pour qu'un procès soit équitable est que le tribunal soit "régulièrement établi par la loi".

13) L'alinéa b) du paragraphe 1 garantit le droit qu'a l'accusé d'être informé sans délai et de manière effective et suffisamment détaillée des charges qui pèsent sur lui. C'est le premier d'une série de droits visant à permettre à l'accusé de se défendre. L'accusé doit être informé sans délai des charges qui pèsent contre lui pour pouvoir y répondre dans le cadre d'une éventuelle procédure préliminaire et doit disposer du temps nécessaire pour préparer sa défense. Il doit être informé de la nature et des motifs de l'accusation de manière effective afin qu'il puisse bien comprendre les faits qui lui sont reprochés et répondre aux allégations. Il faut pour cela qu'il soit informé de l'accusation de manière suffisamment détaillée et dans une langue qu'il comprend. Cette disposition est tirée du paragraphe 3 a) de l'article 14 du Pacte.

14) L'alinéa c) du paragraphe 1 vise à assurer que l'accusé dispose du temps et des moyens nécessaires pour exercer effectivement son droit de se défendre. Ce droit n'est effectif que si l'on garantit à l'accusé le temps, les facilités et l'assistance juridique qui peuvent lui être nécessaires pour préparer sa défense et la présenter durant le procès. Il a été souligné en Commission que la liberté de l'accusé de communiquer avec son conseil s'appliquerait de la même façon que le conseil ait été choisi par l'accusé ou qu'il ait été désigné d'office par le tribunal en application de l'alinéa e) du paragraphe 1. La disposition est tirée du paragraphe 3 b) de l'article 14 du Pacte.

15) L'alinéa d) du paragraphe 1 garantit à l'accusé le droit d'être jugé sans retard excessif. Une personne qui a été accusée d'un crime mais non condamnée ne doit pas être privée de sa liberté ou souffrir des conséquences de l'accusation pendant une période prolongée en raison d'un retard déraisonnable de la procédure judiciaire. La communauté internationale comme les victimes des crimes graves visés par le Code ont aussi un intérêt marqué à ce que justice soit faite sans retard excessif. La disposition est tirée du paragraphe 3 c) de l'article 14 du Pacte.

16) L'alinéa e) du paragraphe 1 garantit à l'accusé le droit d'être présent durant le procès et de se défendre. Il existe un lien étroit entre le droit de l'accusé d'être présent au procès et son droit de présenter ses moyens de défense. La présence de l'accusé au procès permet à celui-ci de voir les preuves documentaires ou autres preuves matérielles, de connaître l'identité des témoins de l'accusation et d'entendre les témoignages à charge. L'accusé doit avoir connaissance des preuves présentées à l'appui de l'accusation portée contre lui afin de pouvoir se défendre. Il peut présenter sa défense lui-même ou faire appel à un conseil de son choix pour le représenter et assurer sa défense devant le tribunal.

17) Dans certains cas, un accusé qui préfère être représenté par un conseil et bénéficier d'une assistance juridique aux fins de sa défense peut ne pas avoir les moyens nécessaires pour rémunérer cette assistance. En pareil cas, il aura droit à l'assistance gratuite d'un conseil commis par le tribunal. Un accusé qui n'est pas représenté par un conseil doit être informé de son droit de bénéficier de l'assistance d'un conseil commis d'office par le tribunal et de son droit à une assistance gratuite s'il n'a pas les moyens de rémunérer un conseil. Cette disposition est fondée sur le paragraphe 3 d) de l'article 14 du Pacte. L'article ne reprend pas la clause limitative "chaque fois que l'intérêt de la justice l'exige" ni la formule connexe "dans un tel cas" qui figurent dans le Pacte. La Commission a estimé en effet que la désignation d'un conseil pour la défense, soit par l'accusé, soit d'office par le tribunal, était nécessaire dans tous les cas, en raison de la gravité extrême des crimes visés dans le présent Code et de la sévérité probable de la peine encourue.

18) L'alinéa f) du paragraphe 1 vise à garantir le droit de l'accusé de se défendre en réfutant les témoignages à charge durant le procès. Il garantit à la défense la possibilité d'interroger les témoins à charge. Il garantit aussi le droit de la défense de citer des témoins à décharge et de les interroger

dans les mêmes conditions que l'accusation les témoins à charge. Cette disposition est tirée du paragraphe 3 e) de l'article 14 du Pacte.

19) L'objet de l'alinéa g) du paragraphe 1 est d'assurer que l'accusé comprenne ce qui se passe durant le procès en garantissant son droit de se faire assister gratuitement d'un interprète s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience. L'accusé doit en effet être capable de comprendre les témoignages et autres éléments de preuve présentés par l'accusation durant le procès afin de pouvoir exercer de manière effective son droit de se défendre. En outre, l'accusé ayant le droit d'être entendu, il a le droit de se faire assister gratuitement à cet effet par un interprète s'il ne parle pas ou ne comprend pas la langue dans laquelle se déroule le procès. Ce droit à l'assistance d'un interprète s'applique non seulement à l'audience devant la juridiction de jugement, mais dans toutes les phases de la procédure. Cette disposition est tirée du paragraphe 3 f) de l'article 14 du Pacte.

20) L'alinéa h) du paragraphe 1 interdit l'emploi de la menace, de la torture ou de toute autre forme de coercition pour obliger l'accusé à témoigner contre lui-même ou pour obtenir des aveux. L'usage de mesures de coercition pour contraindre un individu à faire des déclarations qui l'incriminent viole les droits de la défense et est incompatible avec une bonne administration de la justice. En outre, la fiabilité des informations obtenues par de tels moyens est hautement sujette à caution. Cette disposition est tirée du paragraphe 3 g) de l'article 14 du Pacte.

21) Le paragraphe 2 dispose que tout individu déclaré coupable d'un crime visé par le Code a le droit de faire réexaminer la déclaration de culpabilité et la condamnation en résultant, conformément à la loi. L'article 11 adopté en première lecture ne prévoyait pas de droit d'appel. Le statut du Tribunal de Nuremberg ne conférait pas aux accusés le droit d'interjeter appel d'une déclaration de culpabilité ou d'une condamnation devant une juridiction supérieure. Le Tribunal de Nuremberg a été créé en tant que juridiction pénale internationale suprême pour juger les principaux criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe 90/. Il n'existait pas de "juridiction supérieure" compétente pour connaître de ses arrêts en appel. La Commission a pris note de l'évolution juridique qui s'était produite depuis Nuremberg, concernant la reconnaissance du droit d'appel en matière pénale dans le Pacte

90/ Statut du Tribunal de Nuremberg, article premier.

et dans les statuts des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et pour le Rwanda créés par le Conseil de sécurité. On a aussi rappelé que le projet de statut d'une cour criminelle internationale élaboré par la Commission prévoyait un droit d'appel. La Commission a jugé approprié de prévoir un droit d'appel pour les personnes condamnées pour les crimes visés dans le Code, étant donné la gravité de ces crimes et la sévérité des peines dont ils sont passibles. Le droit d'appel vise aussi bien la déclaration de culpabilité que la condamnation prononcée par la juridiction de première instance. Cette disposition est tirée du paragraphe 5 de l'article 14 du Pacte. La référence à une juridiction supérieure qui figure dans le Pacte n'est pas reprise dans la présente disposition afin d'éviter toute confusion, car l'appel pourrait être examiné par une instance supérieure faisant partie de la même structure judiciaire composée d'un unique "tribunal", comme c'est le cas des deux tribunaux ad hoc établis par le Conseil de sécurité. L'élément essentiel du droit d'appel est le droit de la personne condamnée à faire réexaminer la décision condamnatoire et la peine correspondante par une juridiction "supérieure" compétente en droit pour procéder à ce réexamen et, si nécessaire, pour infirmer la décision ou modifier la peine avec effet obligatoire. La présente disposition ne vise pas la structure hiérarchique d'un système de justice pénale national ou international particulier, un système de justice pénale national étant régi par le droit national de l'Etat concerné, et un système de justice pénale international par l'acte constitutif portant création de la cour ou du tribunal pénal international.

Article 12

Non bis in idem

1. Nul ne peut être poursuivi en raison d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité pour lequel il a déjà été condamné ou acquitté par un jugement définitif d'une cour criminelle internationale.
2. Un individu ne peut être poursuivi à nouveau en raison d'un crime pour lequel il a été condamné ou acquitté par un jugement définitif d'une juridiction nationale, si ce n'est dans les cas suivants; il peut être poursuivi :
 - a) par une cour criminelle internationale, si :
 - i) le fait pour lequel il a été jugé par la juridiction nationale a été qualifié par ladite juridiction de crime ordinaire et non de crime contre la paix et la sécurité de l'humanité; ou

- ii) la juridiction nationale n'a pas statué de façon impartiale ou indépendante, la procédure engagée devant elle visait à soustraire l'accusé à sa responsabilité pénale internationale, ou la poursuite n'a pas été exercée avec diligence;
- b) par une juridiction nationale d'un autre Etat, si :
 - i) le fait pour lequel il a été jugé précédemment a eu lieu sur le territoire de cet Etat; ou
 - ii) cet Etat a été la principale victime de ce crime.

3. En cas de nouvelle condamnation en vertu du présent Code, le tribunal tient compte, pour décider de la peine à infliger, de la mesure dans laquelle l'intéressé a déjà purgé toute peine qui pourrait lui avoir été infligée par une juridiction nationale pour le même fait.

Commentaire

- 1) Le droit pénal énonce des normes de comportement que les individus doivent respecter sous peine de poursuites et de châtement. De même que les Etats ont intérêt à appliquer efficacement leurs lois pénales, en poursuivant et en condamnant les individus coupables d'avoir violé ces lois, de même il est de l'intérêt de la communauté internationale de faire en sorte que les individus responsables des crimes internationaux soient traduits en justice et punis.
- 2) Etant donné que l'article 8 prévoit qu'une juridiction internationale et les tribunaux nationaux des Etats Parties pourront être simultanément compétents pour connaître des crimes visés aux articles 17 à 20 de la Deuxième partie, il existe un risque qu'une personne soit jugée et condamnée plus d'une fois pour un même crime. Ce risque n'est non plus totalement écarté en ce qui concerne le crime d'agression visé à l'article 16, car la compétence exclusive d'une cour criminelle internationale prévue pour ce crime admet, en vertu de l'article 8, une exception limitée en faveur des tribunaux nationaux de l'Etat qui a commis l'agression. Le risque que des procès multiples aient ainsi lieu devant les tribunaux nationaux de différents Etats en même temps que devant une cour criminelle internationale a incité à se demander si le principe *non bis in idem* était applicable en droit international. La Commission a reconnu que cette question posait des problèmes théoriques et pratiques. Du point de vue théorique, on a noté que ce principe était applicable en droit interne mais que sa mise en oeuvre dans les relations interétatiques posait le problème du respect par un Etat des jugements définitifs prononcés dans un autre Etat, du fait que le droit international n'oblige par les Etats à

reconnaître les jugements rendus en matière pénale dans un autre Etat. D'un point de vue pratique, on a fait observer qu'un Etat pouvait protéger un individu qui avait commis un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité et qui était présent sur son territoire en l'acquittant à l'issue d'un simulacre de procès ou en le déclarant coupable mais en le condamnant à une peine ne correspondant aucunement à la gravité du crime, lui permettant ainsi d'échapper à une condamnation ou d'éviter une peine plus lourde dans un autre Etat, en particulier dans celui où le crime avait été commis ou dans celui qui en a été la principale victime.

3) L'application en droit international du principe *non bis in idem* est nécessaire pour éviter qu'un individu qui a été accusé d'un crime puisse être poursuivi ou condamné plusieurs fois pour ce crime. Cette garantie judiciaire fondamentale, qui met les individus à l'abri de poursuites ou condamnations multiples pour un même crime par un Etat donné, est inscrite dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 14 7)).

Une personne qui a été dûment jugée et acquittée dans le cadre d'un procès pénal ne devrait pas se voir contrainte à la légère de subir une seconde fois l'épreuve d'une action pénale. D'autre part, une personne qui a été dûment jugée et dont la culpabilité a été reconnue ne doit avoir à subir qu'une seule fois une peine correspondant à son crime. La condamner plus d'une fois à une telle peine pour le même crime irait au-delà des exigences de la justice.

4) La Commission a décidé d'inscrire le principe *non bis in idem* dans le présent article en l'assortissant de certaines exceptions destinées à répondre aux diverses préoccupations exprimées à ce sujet. Elle a réalisé un équilibre approprié entre, d'une part, la nécessité de préserver au maximum l'intégrité du principe *non bis in idem* et, d'autre part, les exigences d'une bonne administration de la justice. Elle a noté que l'application de ce principe au niveau international était prévue dans les statuts du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 10) et du Tribunal pénal international pour le Rwanda (art. 9). Elle a aussi rappelé que le principe figurait dans le projet de statut d'une cour criminelle internationale (art. 42).

5) L'article 12 prévoit l'application du principe *non bis in idem* aux crimes visés dans le Code dans deux situations distinctes, selon que l'intéressé est d'abord poursuivi devant une juridiction pénale internationale ou devant une juridiction pénale nationale.

6) Le paragraphe 1 envisage le cas où un individu a déjà été jugé pour un crime visé dans le Code par une juridiction pénale internationale, qui l'a reconnu coupable ou l'a acquitté. Dans ce cas, le principe *non bis in idem* s'applique pleinement et sans exception aux décisions de la juridiction pénale internationale. Ainsi, un individu qui a déjà été condamné par une juridiction criminelle internationale ne peut pas être jugé une nouvelle fois pour le même crime par une autre juridiction, qu'elle soit nationale ou internationale. Ce paragraphe vise à tenir compte de la création éventuelle d'une cour criminelle internationale qui serait chargée d'assurer l'application du Code. A cet égard, l'expression "cour criminelle internationale" doit s'entendre d'une juridiction internationale qui serait compétente pour poursuivre les individus soupçonnés de crimes visés dans le Code et qui aurait été créée par les Etats Parties au Code ou l'ensemble de la communauté internationale, ou avec leur appui, ainsi qu'il est expliqué dans le commentaire relatif à l'article 8.

7) L'expression "condamné ou acquitté par un jugement définitif" employée aux paragraphes 1 et 2 indique que le principe *non bis in idem* ne s'appliquerait qu'à une décision devenue définitive sur le fond, et non susceptible d'appel ou d'autres recours. En particulier, le mot "acquitté" s'entend d'un acquittement par un jugement sur le fond, et non d'un abandon des poursuites.

8) Le paragraphe 2 vise le cas dans lequel un individu a déjà été jugé pour un crime par un tribunal national, qui l'a, soit reconnu coupable de ce crime, soit acquitté. Il dispose que nul ne peut être jugé pour un crime réprimé par le Code à raison d'un fait (ou d'une omission) qui a déjà fait l'objet d'une procédure pénale devant un tribunal national. Mais alors que le paragraphe 1 de l'article 12 n'admet aucune exception au principe *non bis in idem* quand le jugement émane d'une juridiction criminelle internationale, le paragraphe 2 n'impose pas une application aussi stricte de ce principe quand il s'agit de jugements rendus par des tribunaux nationaux. Tout en affirmant la validité du principe à l'égard de ces jugements, il prévoit certaines exceptions limitées, qui sont énoncées aux alinéas a) et b).

9) Aux termes du paragraphe 2, le principe *non bis in idem* s'applique aux décisions définitives (non susceptibles d'appel ou autre recours) rendues par un tribunal national sur le fond de l'affaire. L'application de ce principe à une condamnation définitive n'implique pas que la peine prononcée soit proportionnelle au crime, ni qu'elle ait été complètement ou partiellement

exécutée. Le fait qu'il n'ait pas été prononcé une peine proportionnelle au crime ou qu'aucune mesure n'ait été prise pour faire exécuter la peine peut signifier qu'il y a eu fraude dans l'administration de la justice. La Commission a décidé de préserver dans toute la mesure possible l'intégrité du principe *non bis in idem* dans le présent paragraphe et de tenir compte de l'éventualité d'une fraude dans l'administration de la justice en établissant à l'alinéa a) ii) du paragraphe 2 une exception à ce principe.

10) L'alinéa a) du paragraphe 2 prévoit deux situations exceptionnelles dans lesquelles un individu pourrait être jugé par une juridiction pénale internationale pour un crime réprimé par le Code nonobstant une décision antérieure d'un tribunal national. Premièrement, un individu peut être jugé par un tribunal criminel international pour un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité constitué par un fait dont a déjà connu un tribunal national si l'action intentée devant ce tribunal visait un crime "ordinaire" et non l'un des crimes plus graves visés dans le Code. Dans un tel cas, l'individu en cause n'a pas été poursuivi ni puni pour le même crime mais pour un "moindre crime", qui ne prend pas la pleine mesure de son comportement criminel. C'est ainsi qu'en application du "paragraphe 2 a)", un individu pourrait avoir été jugé pour meurtre par un tribunal national et être jugé une deuxième fois pour crime de génocide par un tribunal criminel international à raison du même acte.

11) Deuxièmement, un individu pourrait être jugé par un tribunal criminel international pour un crime visé dans le Code à raison du même fait, voire pour le même crime, qui a fait l'objet de la décision nationale antérieure si "la juridiction nationale n'a pas statué de façon impartiale ou indépendante, ou si la procédure engagée devant elle visait à soustraire l'accusé à sa responsabilité pénale internationale, ou encore si la poursuite n'a pas été exercée avec diligence". Dans un tel cas, l'intéressé n'a pas été dûment jugé ni condamné pour le même fait ou pour le même crime, en raison d'un abus de pouvoir ou d'une irrégularité dans l'administration de la justice commis par les autorités nationales dans l'exercice de l'action pénale ou dans la conduite du procès. La communauté internationale ne devrait pas être tenue de reconnaître une décision résultant d'un tel détournement de la justice pénale. Il est important de noter que ces exceptions autorisent seulement des procédures ultérieures devant un tribunal criminel international. Ce paragraphe est similaire aux dispositions correspondantes des statuts du

Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 10 2)) et du Tribunal pénal international pour le Rwanda (art. 9 2)).

12) L'alinéa b) du paragraphe 2 envisage deux cas exceptionnels dans lesquels un individu peut être jugé par un tribunal national pour un crime réprimé par le Code nonobstant une décision antérieure d'un tribunal national d'un autre Etat. Ces deux exceptions tiennent au fait que si tout Etat Partie au Code est compétent pour engager des poursuites contre un individu soupçonné d'un crime, deux catégories d'Etats ont un intérêt particulier à ce que les criminels soient effectivement poursuivis et punis. Premièrement, l'Etat sur le territoire duquel le crime a été commis a un intérêt important à ce que les responsables du crime soient effectivement poursuivis et punis parce que le crime a été commis dans le ressort de sa juridiction territoriale. En effet, l'Etat territorial est plus directement affecté par le crime que les autres Etats. Deuxièmement, l'Etat qui était la cible principale du crime, dont les nationaux ont été les principales victimes du crime ou dont les intérêts ont été lésés directement et de façon significative a aussi un intérêt important à ce que les responsables soient effectivement poursuivis et punis. L'Etat qui est la "principale victime" du crime a de ce fait subi un préjudice plus lourd et plus direct que les autres Etats. Les sous-alinéas i) et ii) de l'alinéa b) du paragraphe 2 disposent que l'Etat territorial ou l'Etat victime ou dont les nationaux ont été les victimes peuvent engager des poursuites pénales contre un individu pour un crime visé par le Code même si l'intéressé a déjà été jugé dans un autre Etat pour le même crime. Chaque Etat a la possibilité d'engager ultérieurement des poursuites si, par exemple, il estime que la décision qui est intervenue ne prend pas la juste mesure des actes ou de leur gravité. Ni l'un ni l'autre ne sont tenus de le faire s'ils estiment que justice a été bien rendue.

13) Le paragraphe 3 fait obligation à l'Etat qui a reconnu un individu coupable d'un crime visé par le Code dans le cadre d'une procédure ultérieure de tenir compte dans le prononcé de la peine de la mesure dans laquelle l'intéressé a déjà été condamné ou a déjà purgé une peine pour le même crime ou le même fait à l'issue d'un procès antérieur. Le tribunal peut tenir compte de l'exécution de la peine antérieure de deux manières. Premièrement, il peut prononcer une peine correspondant pleinement au crime visé par le Code pour lequel l'individu a été condamné en indiquant dans quelle mesure cette peine doit être exécutée compte tenu de la peine qui a déjà été purgée. Deuxièmement, le tribunal peut déterminer la peine qui serait proportionnelle

au crime et prononcer une peine moindre pour tenir compte de la peine antérieure. Dans le cadre de cette deuxième approche, le tribunal pourrait toujours indiquer l'intégralité de la peine correspondant pleinement au crime pour montrer que justice a été rendue et chercher à établir une certaine uniformité dans les peines prononcées à l'encontre des personnes reconnues coupables de crimes réprimés par le Code. Ce paragraphe est applicable aux peines prononcées à l'occasion d'une condamnation ultérieure soit par un tribunal national, soit par un tribunal criminel international. Il est similaire aux dispositions correspondantes des statuts des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie (art. 10 3)) et pour le Rwanda (art. 9 3)).

Article 13

Non-rétroactivité

1. Nul ne peut être condamné en vertu du présent Code pour des actes commis avant son entrée en vigueur.
2. Rien dans le présent article ne s'oppose au jugement de tout individu en raison d'actes qui, au moment où ils ont été commis, étaient tenus pour criminels en vertu du droit international ou du droit national.

Commentaire

1) L'objectif fondamental du droit pénal est d'interdire, de punir ou de prévenir par la dissuasion les comportements (actes ou omissions) suffisamment graves pour qu'il soit légitime de les qualifier d'infractions. Le droit pénal énonce des normes de conduite que les individus doivent respecter. Il serait à l'évidence déraisonnable d'apprécier la légalité du comportement d'un individu selon une norme qui n'existait pas au moment où l'intéressé a décidé d'agir ou de s'abstenir d'un acte. Engager une action pénale contre un individu et prononcer une peine à son encontre pour un acte ou une omission qui n'était pas interdit lorsqu'il a décidé d'agir ou de s'abstenir serait manifestement injuste. L'interdiction de l'application rétroactive du droit pénal est un principe exprimé par l'adage *nullum crimen sine lege*. Ce principe a été consacré dans plusieurs instruments internationaux, tels que la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 11 2)), le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 15 1)), la Convention européenne des droits de l'homme (art. 7 1)), la Convention américaine relative aux droits de l'homme (art. 9) et la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (art. 7 2)).

2) L'article 13 consacre le principe de la non-rétroactivité du droit pénal à l'égard du présent Code. Ce principe serait violé si le Code devait être appliqué à des crimes commis avant son entrée en vigueur. Le paragraphe 1 vise à éviter toute violation du principe en limitant l'application du Code aux actes commis après son entrée en vigueur. Il ne serait donc pas permis de juger ni, le cas échéant, de condamner un individu pour un crime "en vertu du présent Code" à raison d'un acte commis "avant son entrée en vigueur".

3) Le paragraphe 1 ne s'applique qu'aux actions pénales engagées contre un individu pour un acte considéré comme un crime "en vertu du présent Code". Il n'empêche pas qu'une telle action puisse être engagée pour un acte commis avant l'entrée en vigueur du Code sur un fondement juridique différent. Par exemple, une personne ayant commis un acte de génocide avant l'entrée en vigueur du Code ne pourrait pas être poursuivie pour crime contre la paix et la sécurité de l'humanité en vertu de cet instrument. Elle pourrait en revanche faire l'objet de poursuites pénales pour le même acte sur une base juridique distincte : ainsi, elle pourrait être jugée et condamnée pour crime de génocide en vertu du droit international (Convention contre le génocide, droit coutumier ou droit national), ou pour crime de meurtre en vertu du droit national. La possibilité d'engager une action pénale à raison d'un acte commis avant l'entrée en vigueur du Code sur un fondement juridique différent offert par le droit international ou le droit national est envisagée au paragraphe 2.

4) Le principe de la non-rétroactivité qu'énonce cet article s'applique également à l'imposition de peines plus lourdes que celle qui était applicable au moment où l'acte criminel a été commis.

5) Pour formuler le paragraphe 2 de l'article 13, la Commission a été guidée par deux considérations importantes. D'une part, elle ne voulait pas que le principe de non-rétroactivité énoncé dans le présent Code fasse obstacle à la possibilité d'engager des poursuites, dans le cas d'actes commis avant l'entrée en vigueur du Code, sur des fondements juridiques différents, par exemple sur la base d'une convention préexistante à laquelle un Etat est partie, ou encore en vertu du droit international coutumier. C'est ce qui explique la disposition formulée au paragraphe 2. D'autre part, la Commission ne voulait pas que cette possibilité plus large offre une latitude telle qu'elle puisse donner lieu à des poursuites reposant sur des fondements juridiques trop flous. C'est la raison pour laquelle elle a, au paragraphe 2,

préféré l'expression "en vertu du droit international" à des formules moins concrètes telles que "conformément aux principes généraux du droit international".

6) Le paragraphe 2 envisage également la possibilité de poursuivre un individu pour un acte qui constituait un crime au regard du droit national préexistant. L'expression "droit national", toutefois, doit s'entendre comme se référant à l'application du droit national en conformité avec le droit international.

Article 14

Faits justificatifs

Le tribunal compétent apprécie l'existence de faits justificatifs conformément aux principes généraux de droit, compte tenu du caractère de chaque crime.

Commentaire

1) Le présent article confie à la juridiction compétente le soin d'apprécier l'existence de tout fait justificatif susceptible d'être invoqué par un accusé dans une affaire de crime contre la paix et la sécurité de l'humanité.

Il prévoit que la juridiction compétente s'acquitte de cette tâche conformément aux "principes généraux de droit" et eu égard au caractère de chaque crime.

2) L'article s'intitule "faits justificatifs". La classification des différents moyens qu'un accusé peut soulever pour répondre à une accusation de crime varie selon les systèmes juridiques. Le système juridique de certains pays établit une distinction entre justification ("faits justificatifs") et excuse ("faits excusatoires"). Ainsi, la légitime défense est un fait justificatif qui ôte tout caractère criminel à l'acte commis. En revanche, la contrainte, si elle est admissible à propos d'un crime particulier, n'est qu'un fait excusatoire susceptible d'exonérer l'accusé de sa culpabilité. Dans d'autres systèmes juridiques, cette distinction systématique est absente, et le terme général defence (moyen de défense) s'applique à la fois aux faits justificatifs et aux faits excusatoires. L'article 14 vise l'ensemble de ces moyens.

3) Pour apprécier les faits visés à l'article 14, la juridiction compétente est tenue de s'en rapporter à deux critères. Premièrement, il faut qu'elle examine la validité du fait justificatif invoqué par l'accusé au regard des principes généraux de droit. Ce premier critère limite les faits justificatifs

possibles, dans le cas des crimes tombant sous le coup du Code, à ceux qui sont bien établis et très généralement regardés comme admissibles pour des crimes de même gravité en droit interne ou international. Deuxièmement, il faut que le juge examine si le fait justificatif invoqué en l'espèce est applicable au crime relevant du Code qui est imputé à l'accusé, compte tenu du caractère de ce crime.

4) Le statut du Tribunal de Nuremberg n'a admis aucun fait justificatif dans le cas des crimes contre la paix, des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité. Le Tribunal de Nuremberg a acquitté quelques accusés après avoir conclu que les preuves n'étaient pas suffisantes pour établir avec le degré de certitude voulu que ces individus étaient coupables des crimes dont ils étaient inculpés 91/. Mais il s'agissait là de charge de la preuve, et non de faits justificatifs au sens donné à cette expression au paragraphe 2) ci-dessus.

5) Depuis Nuremberg, la communauté internationale a adopté un certain nombre de conventions qui, elles non plus, n'admettent pas de faits justificatifs pour les crimes qu'elles visent. La Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide a réaffirmé le principe de la responsabilité pénale internationale pour le crime de génocide sans reconnaître de justification possible pour ce crime. Les Conventions de Genève de 1949 et, plus récemment, leur Protocole additionnel I de 1977 ont reconnu le principe de la responsabilité pénale individuelle pour les infractions graves aux dispositions de ces instruments sans admettre aucun fait qui fût susceptible de les justifier. Il en a été de même, pour le crime d'apartheid, de la Convention internationale de 1973 sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid.

6) La Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre a rassemblé les décisions judiciaires rendues dans près de 2 000 procès pour crimes de guerre qui s'étaient déroulés dans neuf pays à la fin de la seconde guerre mondiale, ainsi que les dispositions législatives pertinentes adoptées par un certain nombre de pays, et a tiré de son analyse certaines conclusions quant à la recevabilité de faits justificatifs ou de circonstances atténuantes pour des

91/ Le Tribunal de Nuremberg a, par exemple, déclaré l'accusé Schacht non coupable des charges relevées contre lui parce que les preuves fournies par le ministère public sur les éléments de la définition du crime concerné n'étaient pas suffisantes pour établir sa culpabilité d'une manière indubitable. Jugement de Nuremberg, p. 331.

crimes de droit international 92/. Il incomberait à la juridiction compétente de déterminer si les faits, dans une espèce donnée, constituent des faits justificatifs au sens du présent article ou des circonstances atténuantes au sens de l'article 15, à la lumière de la jurisprudence de la seconde guerre mondiale et de l'évolution ultérieure du droit dans ce domaine.

7) Un fait justificatif classique, en cas de crime, est la légitime défense. Il importe de faire la distinction entre la notion de légitime défense en droit pénal et cette même notion dans le cadre de l'Article 51 de la Charte des Nations Unies. En droit pénal, la légitime défense exonère de sa responsabilité l'individu ayant commis à l'encontre d'un autre être humain un acte de violence qui, sans cette circonstance, serait constitutif d'un crime tel que l'homicide intentionnel. Dans le contexte de la Charte des Nations Unies, en revanche, la légitime défense a trait à l'emploi légitime de la force par un Etat dans l'exercice du droit naturel de légitime défense individuelle ou collective, emploi de la force ne sera donc pas constitutif d'agression par cet Etat. Etant donné que, dans le Code, l'existence d'une agression par un Etat est la condition *sine qua non* de la responsabilité individuelle pour crime d'agression en vertu de l'article 16, un individu ne saurait être tenu responsable de ce crime en l'absence de l'action correspondante requise de la part d'un Etat, ainsi qu'on le verra dans le commentaire de l'article 16.

8) La légitime défense a été reconnue comme fait justificatif possible dans certains des procès pour crimes de guerre qui ont eu lieu après la seconde guerre mondiale. Suivant les conclusions de la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre, "A plea of self-defence may be successfully put forward, in suitable circumstances, in war crime trials as in trials held under municipal law." [Le fait justificatif de légitime défense peut être retenu, quand les circonstances s'y prêtent, dans les procès pour crimes de guerre comme dans ceux qui se déroulent devant les tribunaux nationaux] 93/. Le fait justificatif de légitime défense peut être invoqué

92/ Voir Law Reports ..., vol. XV, p. 155.

93/ Law Reports ..., vol. XV, p. 177. Le juge qui, en 1947, siégeait dans le procès de Willi Tessman et autres devant le Tribunal militaire britannique en Allemagne, exposait les conditions générales de validité de l'allégation de la légitime défense en ces termes : "The law permits a man to save his own life by despatching that of another, but it must be in the last resort. He is expected to retreat to the uttermost before turning and killing his assailant; and, of course, such considerations as the nature of the weapon

par un accusé inculpé de violences sur la personne d'un autre être humain, ayant entraîné la mort ou des blessures graves. Dans son principe, la légitime défense pourrait dégager un accusé de la responsabilité pénale d'un emploi de la force contre un autre être humain ayant entraîné la mort ou des blessures graves si ce recours à la force était nécessaire pour lui éviter d'être lui-même menacé de façon imminente de mort ou de blessures graves du fait de cet autre être humain. Le droit individuel de légitime défense est implicitement reconnu dans la clause de sauvegarde figurant à l'article 21 de la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé 94/.

9) Un point controversé, à propos des faits justificatifs susceptibles d'être invoqués à l'égard de crimes de droit international, est celui de l'"ordre du supérieur hiérarchique". L'article 5, dans les présents articles, précise clairement que le fait d'avoir agi sur ordre d'un supérieur hiérarchique ne constitue pas un fait justificatif; l'article 7, de même, interdit à un accusé d'invoquer sa qualité officielle pour se justifier. Les ordres d'un supérieur peuvent toutefois présenter une certaine pertinence à propos de la question, distincte, de la contrainte.

10) Dans certains des procès pour crimes de guerre qui ont eu lieu après la seconde guerre mondiale, la contrainte a été reconnue comme pouvant constituer un fait excusatoire ou une circonstance atténuante 95/. Suivant la

in the hands of the accused, the question whether the assailant had any weapon and so forth, have to be considered. In other words, was it a last resort? Had he retreated to the uttermost before ending the life of another human being?" [Le droit permet à un homme de sauver sa propre vie en mettant fin à celle d'un autre, mais il faut que ce soit en dernier recours. Il est censé battre en retraite jusqu'à la dernière extrémité avant de se retourner contre son assaillant pour le tuer; et, bien entendu, des considérations comme la nature de l'arme que l'accusé avait dans les mains, le point de savoir si l'assaillant en avait une et ainsi de suite, doivent être envisagées. En d'autres termes, s'agissait-il de dernier recours? L'accusé avait-il battu en retraite jusqu'à la dernière extrémité avant de mettre fin à la vie d'un autre être humain?]. Ibid.

94/ Résolution 49/59 de l'Assemblée générale, annexe. Voir M.-Christiane Bourloyannis-Vrailas, "The Convention on the Safety of United Nations and Associated Personnel", International and Comparative Law Quarterly, vol. 44, p. 560, et 586 et 587.

95/ Le Tribunal militaire américain qui siégeait dans le procès Einsatzgruppen Trial a déclaré ce qui suit : "Let it be said at once that there is no law which requires that an innocent man must forfeit his life or suffer serious harm in order to avoid committing a crime which he condemns.

conclusion de la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre, l'excuse de la contrainte doit en règle générale comprendre trois éléments essentiels, à savoir : "(a) the act charged was done to avoid an immediate danger both serious and irreparable; (b) there was no other adequate means of escape; (c) the remedy was not disproportionate to the evil" [a] l'acte incriminé a été commis pour éviter un danger direct à la fois grave et irréparable; b) il n'y avait pas d'autre moyen adéquat de s'y soustraire; c) le remède n'était pas disproportionné par rapport au mal] 96/. Bien que le statut comme le jugement du Tribunal de Nuremberg aient exclu l'ordre du supérieur hiérarchique, en tant que tel, comme fait justificatif, l'existence d'un tel ordre pourrait être un facteur pertinent à prendre en considération pour apprécier l'existence des conditions nécessaires pour pouvoir invoquer valablement la contrainte. Sur ce point, le Tribunal de Nuremberg a déclaré : "L'ordre reçu par un soldat de tuer ou de torturer, en violation du Droit international de la guerre, n'a jamais été regardé comme justifiant ces actes de violence. Il ne peut s'en prévaloir, aux termes du statut, que pour obtenir une réduction de la peine. Le vrai critérium de la responsabilité pénale, celui qu'on trouve, sous une forme ou sous une autre, dans le droit criminel de la plupart des pays, n'est nullement en rapport avec l'ordre reçu. Il réside dans la liberté morale, dans la faculté de choisir, chez l'auteur de l'acte reproché" 97/. De toute évidence, un individu qui était dans une certaine mesure responsable de l'existence ou de l'exécution d'un ordre ou dont la participation en a excédé les exigences ne saurait prétendre avoir été privé de la liberté morale de choisir sa ligne de conduite 98/.

The threat, however, must be imminent, real and inevitable. No court will punish a man who, with a loaded pistol at his head, is compelled to pull a lethal lever." [Disons d'emblée qu'il n'existe aucune loi qui exige d'un innocent qu'il risque sa vie ou s'expose à être grièvement blessé pour éviter de commettre un crime qu'il condamne. Il faut cependant que le péril soit imminent, réel et inévitable. Aucun tribunal ne punira un homme qui, un revolver chargé contre la tempe, est contraint de déclencher un mécanisme meurtrier.] Law Reports, vol. XV, p. 174.

96/ Law Reports ..., vol. XV, p. 174.

97/ Jugement du Tribunal de Nuremberg, p. 236 et 237.

98/ Le tribunal militaire américain saisi de l'affaire I. G. Farben a analysé comme suit la pertinence des ordres des supérieurs hiérarchiques pour l'appréciation de la validité de "l'allégation de l'état de nécessité" : "From a consideration of the IMT, Flick, and Roechling judgments, we deduce that an order of a superior officer or a law or governmental decree will not

Le moyen tiré de la contrainte peut être soulevé par une personne accusée de divers types de comportement criminel. Les vues divergent sur la question de savoir si même la plus extrême contrainte peut jamais valablement constituer un fait justificatif ou une circonstance atténuante dans le cas d'un crime particulièrement odieux comme le meurtre d'un être humain innocent. Cette question oblige à se demander s'il peut jamais être justifié pour un individu d'ôter la vie à un être humain pour sauver un autre être humain ou, en d'autres termes, si (s'agissant du troisième élément) il n'y a pas disproportion intrinsèque entre le remède - sauver un être humain - et le mal - tuer un autre être humain 99/. La contrainte qui ne constitue pas un fait justificatif valable déchargeant un individu de toute responsabilité pour son comportement criminel peut néanmoins constituer une circonstance atténuante aboutissant à une peine moins sévère.

justify the defense of necessity unless, in its operation, it is of a character to deprive the one to whom it is directed of a moral choice as to his course of action. It follows that the defense of necessity is not available where the party seeking to invoke it was, himself, responsible for the existence or execution of such order or decree, or where his participation went beyond the requirements thereof, or was the result of his own initiative." [De l'examen des décisions rendues dans les procès IMT, Flick et Roehling, nous déduisons que ni l'ordre d'un officier supérieur ni un acte législatif ou un acte du pouvoir exécutif ne justifient l'allégation de l'état de nécessité, à moins que, dans l'exécution, il ne soit de nature à priver celui à qui il est adressé de la liberté morale de choisir sa ligne de conduite. Il s'ensuit que l'état de nécessité ne peut être invoqué par la partie qui était elle-même responsable de l'existence ou de l'exécution de cet ordre ou de cet acte, ou dont la participation est allée au-delà des exigences de cet ordre ou de cet acte ou a résulté de sa propre initiative.] Trials of War Criminals before the Nuernberg Military Tribunals, vol. VIII, p. 1179. Sur la base des faits allégués examinés par le Tribunal, la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre a qualifié le moyen de défense examiné en l'espèce de contrainte, plutôt que d'état de nécessité. Law Reports, vol. XV, p. 155 à 157, et 170 et 171.

99/ A titre d'exemple, dans le procès de Robert Holzer et autres devant un tribunal militaire canadien en Allemagne, en 1946, le juge militaire avait déclaré ce qui suit : "There is no doubt on the authorities that compulsion is a defence when the crime is not of a heinous character. But the killing of an innocent person can never be justified." [Il ne fait aucun doute pour les autorités que la contrainte est un fait justificatif lorsque le crime ne revêt pas un caractère odieux. Mais tuer un innocent ne saurait jamais être justifié.] Law Reports, vol. XV, p. 173. En 1948, dans le procès de Valentin Fuerstein et autres devant un tribunal militaire britannique en Allemagne, en 1948, le juge militaire avait lui aussi émis l'avis que la contrainte ne saurait justifier le fait de tuer un autre être humain. Ibid.

11) Dans certains des procès pour crimes de guerre qui ont eu lieu après la seconde guerre mondiale, les nécessités militaires ont été reconnues comme pouvant constituer, dans des circonstances très limitées, un fait justificatif ou une circonstance atténuante. Le tribunal militaire américain, dans le cas du *High Command Trial*, a rejeté la doctrine des nécessités militaires comme fait justificatif général pour les crimes de guerre 100/ et comme fait justificatif dans le cas de certains types de crimes de guerre comme le "recrutement obligatoire de main-d'oeuvre dans un territoire occupé ... pour l'affecter à des opérations militaires". Le tribunal l'avait en revanche admis comme facteur d'exonération de la responsabilité pour des accusations de spoliation, parce que, dans sa formulation, l'interdiction de ce type de pillage faisait référence aux comportements qui n'étaient pas justifiés par les nécessités militaires 101/. De même, dans le *Hostages Trial*,

100/ "We content ourselves on this subject [the doctrine of military necessity] with stating that such a view would eliminate all humanity and decency and all law from the conduct of war and it is a contention which this Tribunal repudiates as contrary to the accepted usages of civilized nations." [Nous nous bornerons, sur ce point [la doctrine des nécessités militaires], à déclarer que pareille position ôterait à la conduite de la guerre toute humanité et correction et toute légalité, et que c'est une thèse que le présent tribunal récuse comme étant contraire aux usages admis des nations civilisées.] Law Reports, vol. XII, p. 93.

101/ Le tribunal militaire américain a analysé comme suit l'allégation des nécessités militaires relativement à l'accusation de spoliation : "The devastation prohibited by the Hague Rules and the usages of war is that not warranted by military necessity. This rule is clear enough but the factual determination as to what constitutes military necessity is difficult. Defendants in this case were in many instances in retreat under arduous conditions wherein their commands were in serious danger of being cut off. Under such circumstances, a commander must necessarily make quick decisions to meet the particular situation of his command. A great deal of latitude must be accorded to him under such circumstances. What constitutes devastation beyond military necessity in these situations requires detailed proof of an operational and tactical nature. We do not feel that in this case the proof is ample to establish the guilt of any defendant herein on this charge." [Le pillage interdit par le Règlement de La Haye et les coutumes de la guerre est celui qui n'est pas justifié par les nécessités militaires. Cette règle est suffisamment claire, mais il est difficile d'apprécier dans les faits en quoi consistent les nécessités militaires. En l'espèce, les accusés, dans bien des cas, étaient des hommes battant en retraite dans des conditions pénibles, où leurs troupes étaient en grave danger d'être coupées. En pareilles circonstances, un commandant doit nécessairement prendre rapidement des décisions pour répondre à la situation de ses troupes. Une grande latitude doit lui être reconnue dans de telles circonstances. Ce qui dans ces situations constitue un pillage allant au-delà des nécessités militaires doit

le tribunal militaire américain a rejeté les nécessités militaires comme facteur d'exonération à l'égard des règles du droit international qui ne reconnaissaient pas expressément cette exception 102/. En revanche, il a acquitté l'accusé Rendulic du chef de pillage gratuit de biens privés et publics, en vertu de l'exception des nécessités militaires expressément prévue dans le Règlement de La Haye applicable 103/. La Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre a conclu que, dans ces procès, à l'exception notable du *High Command Trial* et du *Hostages Trial*, le moyen tiré des nécessités militaires avait été plus souvent rejeté qu'accepté comme fait justificatif ou circonstance atténuante 104/.

12) L'erreur de fait a aussi été reconnue, dans certains des procès pour crimes de guerre qui ont eu lieu après la seconde guerre mondiale, comme susceptible de constituer un fait justificatif ou une circonstance atténuante. Suivant la conclusion de la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre : "A mistake of fact, however, may constitute a defence in war crime

être étayé par des preuves détaillées de caractère opérationnel et tactique. Nous ne pensons pas qu'en l'espèce les preuves soient suffisantes pour établir la culpabilité de ce chef de l'un quelconque des accusés.] Law Reports, vol. XII, p. 93 et 94.

102/ "Military necessity or expediency do not justify a violation of positive rules. International Law is prohibitive law. Articles 46, 47 and 50 of the Hague Regulations of 1907 make no such exceptions to its enforcement. The rights of the innocent population therein set forth must be respected even if military necessity of expediency decree otherwise." [Les nécessités militaires ou les commodités militaires ne justifient pas une violation des règles du droit positif. Le droit international est un droit prohibitif. Les articles 46, 47 et 50 du Règlement de La Haye de 1907 ne prévoient aucune exception à son application. Les droits de la population innocente qui y sont énoncés doivent être respectés même si les nécessités militaires ou les commodités militaires en disposent autrement.] Law Reports, vol. VIII, p. 66 et 67.

103/ Le Règlement de La Haye interdisait "de détruire ou de saisir des propriétés ennemies, sauf les cas où ces destructions ou ces saisies seraient impérieusement commandées par les nécessités de la guerre". Alinéa g) de l'article 23. Le Règlement de La Haye est un ensemble de règles impératives de droit international. Les interdictions qui y sont énoncées encadrent et priment les nécessités militaires les plus urgentes, sauf disposition contraire expresse du Règlement lui-même. Les destructions de biens publics et privés par des forces militaires battant en retraite qui aideraient et conforteraient l'ennemi peuvent constituer une situation relevant des exceptions visées à l'alinéa g) de l'article 23.] Law Reports, vol. VIII, p. 69.

104/ Law Reports, vol. XV, p. 176.

trials just as it may in trials before municipal courts". [L'erreur de fait, cependant, peut constituer un fait justificatif dans les procès pour crimes de guerre au même titre que dans les procès devant les tribunaux internes] 105/. Une erreur de fait ne peut fournir la base d'une exonération de responsabilité que s'il s'agit d'un fait matériel se rapportant à un élément du crime. En outre, l'erreur de fait doit résulter d'une erreur d'appréciation raisonnable et sincère, et non de la méconnaissance de faits évidents 106/.

13) Rien n'indique qu'il y ait en droit international un seuil d'âge minimum de la responsabilité pénale individuelle. Néanmoins, la juridiction compétente pourrait avoir à se prononcer sur le point de savoir si le jeune âge de l'accusé au moment de la commission du crime allégué doit être considéré, dans l'affaire en cause, comme constituant un fait justificatif ou une circonstance atténuante 107/. La Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre

105/ Law Reports, vol. XV, p. 184.

106/ Le Tribunal militaire des Etats-Unis, dans le procès des otages (Hostages Trial), a reconnu que l'erreur de fait pouvait constituer un facteur d'exonération de la responsabilité dans les circonstances suivantes :

"In determining the guilt or innocence of any army commander when charged with a failure or refusal to accord a belligerent status to captured members of the resistance forces, the situation as it appeared to him must be given the first consideration. Such commander will not be permitted to ignore obvious facts in arriving at a conclusion. One trained in military science will ordinarily have no difficulty in arriving at a correct decision and if he wilfully refrains from so doing for any reason, he will be held criminally responsible for wrongs committed against those entitled to the rights of a belligerent. Where room exists for an honest error in judgment, such army commander is entitled to the benefit thereof by virtue of the presumption of his innocence."

[Pour établir la culpabilité ou l'innocence d'un chef militaire accusé d'avoir omis ou refusé d'accorder le statut de belligérant aux membres des forces de résistance faits prisonniers, il faut considérer tout d'abord comment la situation lui est apparue. Ce commandant n'a pas le droit de ne pas tenir compte de faits évidents pour arriver à une conclusion. Une personne formée à l'art militaire n'a ordinairement aucune difficulté à parvenir à une juste décision, et si elle s'abstient volontairement de le faire pour une raison quelconque, elle est tenue pénalement responsable des torts causés à ceux qui auraient dû bénéficier des droits reconnus aux belligérants. Lorsqu'il y a place pour une erreur sincère d'appréciation, ledit commandant a le droit d'en bénéficier, en vertu de la présomption d'innocence.] Law Reports, vol. XV, p. 184.

107/ Le principe général d'un âge minimum comme condition de la responsabilité pénale est reconnu à l'article 4.1 de l'Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (Règles de Beijing), annexe de la résolution 40/33 de l'Assemblée

ne s'est pas livrée à une analyse exhaustive de l'âge des personnes condamnées lors des procès pour crimes de guerre qui se sont déroulés après la seconde guerre mondiale mais elle a relevé que, dans certains de ces procès, des jeunes qui n'avaient pas plus de 15 ans avaient été reconnus coupables et condamnés 108/.

Article 15

Circonstances atténuantes

En prononçant la sentence, le tribunal tient compte, le cas échéant, de circonstances atténuantes, conformément aux principes généraux de droit.

Commentaire

- 1) Le principe général selon lequel l'auteur d'un crime visé dans le présent Code est passible d'un châtement est énoncé à l'article 3. C'est au tribunal qui déclare un individu coupable qu'il appartient de déterminer la peine qu'appelle le crime considéré, selon les dispositions de fond et de procédure du droit qu'il applique. Pour cela, le tribunal est tenu de tenir compte de la nature et de la gravité du crime lorsqu'il détermine la peine à infliger conformément à l'article 3.
- 2) Alors que l'article 3 vise à garantir que la peine à appliquer par le tribunal est proportionnelle au crime, l'article 15 vise à garantir que le tribunal tient compte de toute considération ou circonstance atténuante pertinente en l'espèce avant de décider de la peine. Ce n'est pas servir la justice que d'imposer une peine excessivement lourde, hors de proportion avec la nature du crime ou avec le degré de responsabilité de l'individu déclaré coupable, ou une peine qui ne tienne pas compte des circonstances réduisant le degré de culpabilité et justifiant une peine moins sévère.

générale. Les Règles de Beijing ne fixent pas, en revanche, de norme internationale pour ce seuil de responsabilité pénale. Qui plus est, la définition d'un mineur aux fins d'exclusion de l'application du droit pénal varie beaucoup d'un système juridique à l'autre, puisque la fourchette va de 7 à 18 ans ou plus. D'après le commentaire de l'article 4.1, la tendance, de nos jours, serait d'examiner "si un enfant peut supporter les conséquences morales et psychologiques de la responsabilité pénale, c'est-à-dire si un enfant, compte tenu de sa capacité de discernement et de compréhension, peut être tenu responsable d'un comportement essentiellement antisocial". Recueil des Règles et Normes de l'Organisation des Nations Unies en matière de prévention du crime et de justice pénale, p. 142 et 143.

108/ Law Reports, vol. XV, p. 185.

3) Le tribunal compétent doit procéder en deux temps lorsqu'il se demande s'il convient, pour tenir compte de circonstances atténuantes, d'imposer une peine moins sévère. Il doit d'abord se prononcer sur l'admissibilité, selon les principes généraux de droit, des circonstances atténuantes invoquées par l'accusé. Ce critère limite les circonstances atténuantes possibles, dans le cas des crimes tombant sous le coup du Code, à celles qui sont bien établies et très généralement regardées comme admissibles pour des crimes de même gravité en droit interne ou international. Le tribunal doit ensuite déterminer si l'existence de ces circonstances atténuantes est suffisamment établie en l'espèce.

4) Les circonstances atténuantes dont le tribunal doit tenir compte sont fonction des faits de l'espèce. Le tribunal doit s'inspirer des principes généraux du droit pour déterminer les circonstances atténuantes à prendre en considération dans l'affaire considérée. Ces circonstances sont des catégories de faits dont il est déjà bien établi et largement reconnu qu'elles réduisent le degré de culpabilité de l'individu ou justifient une réduction de peine. Par exemple, le tribunal peut tenir compte des efforts qu'aura faits le condamné pour soulager la victime de ses souffrances ou limiter le nombre des victimes. Il peut aussi tenir compte du fait que le condamné a été relativement moins impliqué dans le crime que d'autres responsables, ou encore du fait qu'il s'est abstenu de profiter abusivement de ses fonctions officielles ou de sa position dans la hiérarchie militaire pour poursuivre une politique criminelle. Le Tribunal de Nuremberg a pris en considération des circonstances atténuantes de cette nature lorsqu'il a décidé d'infliger à certains des condamnés des peines d'emprisonnement plutôt que la peine de mort 109/. L'abondante jurisprudence des tribunaux militaires et des tribunaux nationaux qui ont eu à connaître de crimes de guerre après le procès des grands criminels de guerre devant le Tribunal de Nuremberg à la fin de la seconde guerre mondiale pourrait offrir à la juridiction compétente certaines indications pour la guider dans la détermination des principes généraux régissant la question de la recevabilité, pour les crimes visés par le Code, des faits justificatifs ou circonstances atténuantes respectivement prévus aux articles 14 et 15, ainsi qu'il a été exposé dans le commentaire de l'article 14. A cet égard, la Commission des Nations Unies pour les crimes de guerre a relevé que, dans les procès pour crimes de guerre organisés après la

109/ Jugement du Tribunal de Nuremberg, p. 327, 358 et 361.

seconde guerre mondiale, certains condamnés ont plaidé pour une atténuation de la sentence en invoquant leur âge, leur expérience ou leurs responsabilités familiales 110/. Enfin, le fait que l'accusé ait apporté une aide substantielle à la poursuite d'autres individus pour des crimes analogues peut aussi être considéré comme justifiant une atténuation de la peine, comme le prévoient le Règlement de procédure et de preuve du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 101) 111/ et celui du Tribunal international pour le Rwanda (art. 101) 112/.

DEUXIEME PARTIE. CRIMES CONTRE LA PAIX ET LA SECURITE DE L'HUMANITE

Article 16

Crime d'agression

Tout individu qui, en qualité de dirigeant ou d'organisateur, prend une part active dans - ou ordonne - la planification, la préparation, le déclenchement ou la conduite d'une agression commise par un Etat, est responsable de crime d'agression.

Commentaire

1) La qualification de l'agression comme crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est tirée de la disposition pertinente du statut du Tribunal de Nuremberg, tel qu'interprétée et appliquée par ce tribunal. L'article 16 traite de plusieurs aspects du crime d'agression importants aux fins de la responsabilité pénale individuelle. L'expression "Tout individu ... est responsable de crime d'agression" est destinée à indiquer que le champ du présent article se limite au crime d'agression considéré aux fins de la responsabilité pénale individuelle. Ainsi, le présent article ne concerne pas la définition de l'agression commise par un Etat, qui sort du cadre du présent Code.

2) Les auteurs d'un acte d'agression ne peuvent se trouver que dans les catégories d'individus qui possèdent l'autorité ou le pouvoir requis pour être en mesure de jouer éventuellement un rôle déterminant dans la commission d'une agression. Ce sont les individus que l'article 16 désigne sous le nom de

110/ Law Reports ..., vol. XV, p. 187.

111/ ONU, doc. IT/32/Rev.8, p. 62.

112/ ONU, doc. ITR/3/Rev.1, p. 91.

"dirigeants" ou "organiseurs", selon la terminologie du statut du Tribunal de Nuremberg. Ces termes doivent être entendus au sens large, c'est-à-dire comme désignant, outre les membres d'un gouvernement, les personnes occupant un poste élevé dans l'appareil militaire, le corps diplomatique, les partis politiques ou les milieux d'affaires. C'est ce que le Tribunal de Nuremberg a constaté en affirmant : "Hitler ne pouvait, à lui seul, mener une guerre d'agression. Il lui fallait la collaboration d'hommes d'Etat, de chefs militaires, de diplomates, de financiers" 113/.

3) Toutefois, le seul fait matériel de participer à un acte d'agression ne suffit pas à établir la culpabilité d'un dirigeant ou d'un organisateur. Encore faut-il que cette participation ait été intentionnelle, et exécutée en connaissance de cause, dans le cadre d'un plan ou d'une politique d'agression. A ce propos, le Tribunal de Nuremberg, analysant le comportement de certains accusés, a déclaré : "Quand ceux-ci, en pleine connaissance de cause, ont offert leur assistance, ils sont devenus parties au complot qu'ils avaient ourdi. S'ils furent, entre ses mains, des instruments, la conscience qu'ils en eurent empêché de les reconnaître comme innocents" 114/.

113/ Jugement du Tribunal de Nuremberg, p. 237.

114/ Par contre, le même Tribunal a déclaré Schacht, Dönitz et Bormann innocents de certains crimes contre la paix dont ils étaient accusés, en ces termes : "Il est évident que Schacht occupa une situation importante dans le programme de réarmement de l'Allemagne et que les mesures qu'il prit, en particulier dans les premiers jours du régime nazi, ont causé l'ascension rapide de l'Allemagne nazie en tant que puissance militaire. Mais le réarmement, en lui-même, ne constitue pas un crime aux termes du Statut. Pour en faire un crime contre la Paix, aux termes de l'article 6 du Statut, il faudrait prouver que Schacht réalisa ce réarmement parce que cela faisait partie des plans faits par les nazis en vue d'une guerre d'agression". A propos du deuxième accusé, le Tribunal a déclaré : "Il n'a pas été prouvé que Dönitz, bien qu'il eût construit et entraîné l'arme sous-marine allemande, ait participé au complot ourdi en vue de faire des guerres d'agression ou qu'il ait préparé et déclenché ces guerres. Il travaillait dans la section des opérations et s'occupait uniquement des questions tactiques. Il n'a pas assisté aux importantes conférences au cours desquelles furent exposés les plans de guerre d'agression, et il n'est pas prouvé qu'il ait été au courant des décisions prises à ces conférences". S'agissant du troisième accusé, le Tribunal a laissé entrevoir la possibilité de déduire des fonctions occupées par un individu qu'il est informé : "Les preuves ne montrent pas que Bormann ait eu connaissance des plans de Hitler qui visaient à préparer, à déclencher ou à mener des guerres d'agression. Il n'assista à aucune des importantes conférences où Hitler, peu à peu, révéla ses plans d'agression, et l'on ne peut déduire, à coup sûr, des fonctions occupées par l'accusé, qu'il ait été tenu au courant de ces plans". Ibid, p. 237, 330, 332 et 365.

4) Le présent article se réfère à l'agression "commise par un Etat". L'individu - en tant que dirigeant ou organisateur - y participe. C'est cette participation que l'article 16 définit comme un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité. En d'autres termes, le présent article réaffirme la responsabilité pénale des participants à un crime d'agression. La mise en jeu de la responsabilité d'un individu dans un tel crime est intrinsèquement et intimement liée à la commission de l'agression par un Etat. La règle de droit international qui interdit l'agression s'applique en effet à la conduite d'un Etat vis-à-vis d'un autre Etat. Par conséquent, seul un Etat est capable de commettre une agression en violation de la règle de droit international interdisant cette conduite. En même temps, l'Etat est une entité abstraite, qui est incapable d'agir par elle-même. Un Etat ne peut commettre d'agression qu'avec la participation active des individus qui ont l'autorité ou le pouvoir nécessaire pour planifier, préparer, déclencher ou conduire l'agression. Le Tribunal de Nuremberg a reconnu expressément la réalité du rôle des Etats et des individus en déclarant : "Ce sont des hommes, et non des entités abstraites, qui commettent les crimes dont la répression s'impose, comme sanction du Droit international". Ainsi, la violation par un Etat de la règle de droit international interdisant l'agression met en jeu la responsabilité pénale des individus qui ont joué un rôle décisif dans la planification, la préparation, le déclenchement ou la conduite de l'agression. Les mots "une agression commise par un Etat" indiquent clairement que cette violation du droit par un Etat est une condition *sine qua non* de l'imputation possible à un individu d'une responsabilité pour crime d'agression. Néanmoins, le champ du présent article se limite à la participation à un crime d'agression considérée aux fins de la responsabilité pénale individuelle. Elle ne concerne donc pas la règle du droit international qui interdit le recours à l'agression par les Etats.

5) L'action de l'Etat ne met en jeu la responsabilité individuelle pour crime d'agression que si ce comportement de l'Etat constitue une violation suffisamment grave de l'interdiction énoncée au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies. A cet égard, la juridiction compétente peut avoir à examiner deux points étroitement liés, à savoir, premièrement, si la conduite de l'Etat constitue une violation du paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte et, deuxièmement, si cette conduite constitue une violation suffisamment grave d'une obligation internationale pour être considérée comme une agression engageant la responsabilité pénale individuelle. Le statut et le

jugement du Tribunal de Nuremberg sont les principales sources faisant autorité en matière de responsabilité pénale individuelle pour des actes d'agression.

6) L'agression comporte plusieurs phases énumérées dans l'article 16, qui sont : l'ordre de commettre l'agression, puis la planification, la préparation, le déclenchement et la conduite des opérations en résultant. Ces différentes phases ne sont pas séparées par une cloison étanche. La participation à une seule phase de l'agression suffit à engager la responsabilité pénale.

Article 17

Crime de génocide

Le crime de génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel :

- a) le meurtre de membres du groupe;
- b) l'atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe;
- c) la soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle;
- d) les mesures visant à empêcher les naissances au sein du groupe;
- e) le transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe.

Commentaire

1) Le statut du Tribunal de Nuremberg a reconnu, dans son article 6 c), deux catégories distinctes de crimes contre l'humanité. La première, qui concerne les actes inhumains, sera traitée à l'article 18. La seconde, qui concerne la persécution, est traitée dans le présent article à la lumière du développement qu'a connu le droit relatif à cette catégorie de crimes depuis Nuremberg.

2) Selon la définition donnée dans le statut du Tribunal de Nuremberg, la seconde catégorie de crimes contre l'humanité est celle des "persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux ... commis(es) à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime". Le Tribunal de Nuremberg a déclaré certains des accusés coupables de crimes contre l'humanité à raison d'un comportement de ce type et, par là, a confirmé

le principe de la responsabilité et du châtimeut individuels pour un tel comportement, constituant un crime au regard du droit international 115/. Peu après le jugement du Tribunal de Nuremberg, l'Assemblée générale des Nations Unies a affirmé que le type de crime contre l'humanité relevant de la persécution, ou "génocide" 116/, constituait un crime de droit des gens dont les auteurs devaient être punis 117/. Par la suite, reconnaissant qu'à toutes les périodes de l'histoire le génocide avait infligé de grandes pertes à l'humanité, l'Assemblée générale a adopté la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, destinée à servir de base à la coopération internationale nécessaire pour libérer l'humanité de cet odieux fléau 118/.

3) Le fait que l'Assemblée générale ait reconnu dès 1946 l'extrême gravité du crime de génocide et élaboré dès 1948 une convention tendant à sa prévention et à sa répression rendait indispensable l'inclusion de ce crime dans le présent Code, tout en facilitant la tâche de la Commission. La Convention a été largement acceptée par la communauté internationale et ratifiée par l'immense majorité des Etats. De plus, les principes qui sont à la base de la Convention ont été reconnus par la Cour internationale de Justice comme obligeant les Etats même en dehors de tout lien conventionnel 119/. L'article II de la Convention énonce une définition du crime de génocide qui traduit un important développement du droit relatif à la catégorie de crimes contre l'humanité relevant de la persécution, reconnue dans le statut du Tribunal de Nuremberg. Il offre une définition précise du crime de génocide, spécifiant la nature de l'intention nécessaire et des actes prohibés. La Convention confirme également dans son article premier que le génocide est un crime du droit des gens, susceptible d'être commis en temps de

115/ Jugement du Tribunal de Nuremberg, p. 267 et 268, 321 à 324 et 340 à 343.

116/ A l'origine, le terme "génocide" a été forgé par Raphael Lemkin. Voir R. Lemkin, Axis Rule in Occupied Europe, Carnegie Endowment for International Peace (Washington 1944), p. 79 à 95.

117/ Résolution 96 (I) de l'Assemblée générale.

118/ Résolution 260 A (III) de l'Assemblée générale; Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 78, p. 277.

119/ Réserves à la Convention sur le génocide, Avis consultatif : C.I.J. Recueil 1951, p. 23.

paix ou en temps de guerre. Ainsi, la Convention n'exige plus de lien avec des crimes contre la paix ou des crimes de guerre comme le faisait le statut du Tribunal de Nuremberg, qui parlait de "persécutions ... commis[es] à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du Tribunal, ou en liaison avec ce crime". L'article 17 du présent Code reprend la définition du crime de génocide énoncée à l'article II de la Convention, qui est largement acceptée et généralement reconnue comme faisant autorité. La même disposition de la Convention est également reproduite dans les statuts des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda. D'ailleurs, les tragiques événements du Rwanda ont clairement démontré que le crime de génocide, même quand il est commis principalement sur le territoire d'un seul Etat, risque d'avoir de graves conséquences pour la paix et la sécurité internationales, confirmant ainsi le bien-fondé de l'inclusion de ce crime dans le présent Code.

4) La définition que donne l'article 17 du crime de génocide est constituée de deux éléments importants : l'intention criminelle (*mens rea*) et l'acte prohibé (*actus reus*). Ces deux éléments sont mentionnés expressément dans le membre de phrase initial de l'article, où il est dit : "Le crime de génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de ...". Alors que le premier élément de la définition est traité dans ce membre de phrase initial, le second l'est dans les alinéas a) à e) qui suivent.

5) En ce qui concerne le premier élément, la définition du crime de génocide exige une intention précise, qui constitue la caractéristique de ce crime particulier du droit international. Les actes prohibés énumérés dans les alinéas a) à e) sont de par leur nature même des actes conscients, intentionnels ou délibérés, qu'on ne peut habituellement commettre sans avoir connaissance de leurs conséquences probables. Des actes de ce genre ne résultent généralement pas d'un accident ni même de la simple négligence. Toutefois, l'intention générale de commettre l'un des actes énumérés, associée à une conscience diffuse des conséquences probables de cet acte pour la victime ou les victimes immédiates, ne suffit pas pour qu'il y ait crime de génocide. La définition de ce crime exige une disposition d'esprit ou une intention spécifiques concernant les conséquences globales de l'acte prohibé. Comme l'indique le membre de phrase initial de l'article 17, une personne ne peut se voir imputer le crime de génocide que si elle commet l'un des actes

prohibés "dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel".

6) L'intention criminelle requise pour qu'il y ait crime de génocide comporte plusieurs aspects importants. Premièrement, il doit s'agir de l'intention de détruire un groupe, et non pas simplement un ou plusieurs individus qui, par coïncidence, se trouvent être membres d'un certain groupe. L'acte prohibé doit être commis en raison de l'appartenance de la victime à un certain groupe et à titre de mesure concourant à la réalisation de l'objectif global de destruction du groupe. C'est l'appartenance de l'individu à un groupe particulier et non son identité personnelle qui est le critère décisif, déterminant le choix des victimes immédiates du crime de génocide. Le groupe même est en définitive la cible visée et c'est lui qui est destiné à être la victime de ce type de comportement criminel massif 120/. L'action menée contre les membres du groupe à titre individuel est le moyen devant permettre d'atteindre l'objectif criminel ultime, qui concerne le groupe.

7) Deuxièmement, l'intention doit être de détruire le groupe "comme tel", c'est-à-dire comme entité séparée distincte, et non simplement quelques individus en raison de leur appartenance à ce groupe. A cet égard, l'Assemblée générale, dans sa résolution 96 (I), a fait une distinction entre le crime de génocide et le crime d'homicide, décrivant le génocide comme le "refus du droit à l'existence de groupes humains entiers" et l'homicide comme le "refus du droit à l'existence à un individu".

8) Troisièmement, l'intention doit être de détruire un groupe "en tout ou en partie". Elle ne doit pas nécessairement être l'anéantissement complet du groupe, dans le monde entier. Néanmoins, le crime de génocide, de par sa nature même, implique l'intention de détruire au moins une partie substantielle du groupe visé.

9) Quatrièmement, l'intention doit être de détruire un des types de groupes visés par la Convention, à savoir un groupe national, ethnique, racial ou religieux. La définition de la persécution énoncée par le statut du Tribunal de Nuremberg incluait les groupes politiques, mais ils ont été omis dans la

120/ "La principale caractéristique du génocide est son objet : l'acte doit tendre à la destruction d'un groupe. Les groupes étant constitués d'individus, les actes de destruction doivent, en dernière analyse, être commis contre des individus. Cependant, ces derniers n'ont pas d'importance en eux-mêmes mais seulement en tant que membres du groupe auquel ils appartiennent". Nehemiah Robinson, *The Genocide Convention: A Commentary* (1960), p. 58.

définition du génocide figurant dans la Convention parce que ce type de groupe n'a pas été considéré comme suffisamment stable aux fins de ce dernier crime. Néanmoins, les persécutions dirigées contre les membres d'un groupe politique pourraient aussi constituer un crime contre l'humanité en vertu de l'alinéa e) de l'article 18. Les groupes raciaux et religieux sont protégés aussi bien par la Convention que par le statut du Tribunal de Nuremberg. La Convention couvre, en outre, les groupes nationaux et ethniques. L'article 17 du Code reconnaît les mêmes catégories de groupes protégés que la Convention. Le mot *ethnic* utilisé dans la Convention y a été remplacé par le mot *ethnic* pour tenir compte de l'usage anglais moderne, sans que cela modifie le fond de la disposition. Par ailleurs, la Commission a été d'avis que l'article était applicable aux actes prohibés commis avec l'intention criminelle nécessaire contre les membres d'un groupe tribal.

10) Comme cela a été reconnu dans le commentaire de l'article 5, les crimes pris en considération dans le Code sont d'une ampleur telle qu'ils requièrent souvent la participation, sous une forme ou une autre, de hauts fonctionnaires de l'Etat ou de chefs militaires ainsi que de leurs subordonnés. D'ailleurs, la Convention reconnaît expressément, en son article IV, que le crime de génocide peut être commis par des gouvernants, des fonctionnaires ou des particuliers. La définition du crime de génocide s'appliquerait également à tout individu ayant commis l'un des actes prohibés avec l'intention nécessaire. Le degré de connaissance que l'auteur a des détails d'un plan ou d'une politique de perpétration du crime de génocide varie selon le poste qu'il occupe dans la hiérarchie de l'Etat ou la structure du commandement militaire. Cela ne veut pas dire qu'un subordonné exécutant en fait ce plan ou cette politique ne saurait être tenu responsable du crime de génocide pour la simple raison qu'il ne possède pas au même degré que ses supérieurs des renseignements sur l'ensemble de la politique ou du plan. La définition du crime de génocide suppose un certain degré de connaissance de l'objectif final du comportement criminel, plutôt que la connaissance de chaque aspect détaillé d'une politique ou d'un plan général de génocide. Un subordonné est présumé avoir connaissance de l'intention de ses supérieurs lorsqu'il reçoit l'ordre de commettre les actes prohibés contre des individus appartenant à tel ou tel groupe. Il ne saurait, dès lors qu'il exécute l'ordre de commettre les faits destructeurs contre des victimes choisies en raison de leur appartenance à un groupe donné, se soustraire à sa responsabilité en faisant valoir qu'il n'était pas au courant de tous les aspects de la politique ou du plan général

de génocide. La loi n'admet pas qu'un individu puisse échapper à sa responsabilité pénale en méconnaissant l'évidence. Par exemple, un militaire qui reçoit l'ordre de se rendre d'une maison à l'autre et de n'abattre que les personnes appartenant à un groupe donné ne peut pas ne pas avoir conscience de la non-pertinence de l'identité des victimes et des conséquences de leur appartenance audit groupe. Il ne peut ignorer l'effet destructeur de ce comportement criminel sur le groupe lui-même. Ainsi, le degré nécessaire de connaissance et d'intention peut être induit de la nature de l'ordre de commettre les actes de destruction prohibés à l'encontre d'individus qui appartiennent à un groupe donné et sont désignés de ce fait comme victimes directes du comportement criminel massif.

11) En ce qui concerne le deuxième élément de la définition du génocide, le présent article reprend, en ses alinéas a) à e), les actes prohibés énumérés à l'article II de la Convention. A la différence du projet de code de 1954, qui employait, au paragraphe 10 de son article 2, l'expression "y compris" pour montrer qu'il s'agissait d'une liste indicative et non exhaustive de faits constitutifs de génocide, la Commission a décidé de s'en tenir aux termes de l'article II de la Convention pour indiquer que la liste des actes prohibés de l'article 17 est exhaustive. La Commission a opté pour cette solution en ayant égard à la nécessité de se conformer à un texte largement accepté par la communauté internationale.

12) Il ressort clairement des travaux préparatoires de la Convention que la destruction dont il s'agit est la destruction matérielle d'un groupe déterminé par des moyens soit physiques, soit biologiques, et non pas la destruction de l'identité nationale, linguistique, religieuse, culturelle ou autre de ce groupe. L'élément national ou religieux n'est pas pris en considération dans la définition du mot "destruction", non plus que l'élément racial ou ethnique. La destruction doit s'entendre seulement dans son sens matériel, son sens physique ou biologique. Il est vrai que le projet de convention de 1947 préparé par le Secrétaire général, ainsi que le projet de 1948 élaboré par le Comité spécial du génocide, contenaient des dispositions visant le "génocide culturel", qui couvraient tous actes prémédités commis dans l'intention de détruire la langue, la religion ou la culture d'un groupe, tels que l'interdiction d'employer la langue du groupe dans les rapports quotidiens ou dans les écoles ou d'imprimer et de répandre des publications rédigées dans la langue du groupe, ou la destruction des bibliothèques, musées, écoles, monuments historiques, lieux de culte ou autres institutions

et objets culturels du groupe ou l'interdiction d'en faire usage. Mais le texte de la Convention qui est issu de la Sixième Commission et a été adopté par l'Assemblée générale a éliminé la notion de "génocide culturel" prévue dans les deux projets et s'est borné à énumérer des actes qui entrent dans la catégorie du génocide "physique" ou "biologique" 121/. Les trois premiers alinéas du présent article énumèrent des actes de "génocide physique", tandis que les deux derniers énumèrent des actes de "génocide biologique".

13) En ce qui concerne l'alinéa a), l'expression "meurtre de membres du groupe" est tirée de l'alinéa a) de l'article II de la Convention 122/.

14) En ce qui concerne l'alinéa b), l'expression "atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe" est tirée de l'alinéa b) de l'article II de la Convention. Cet alinéa vise deux sortes d'atteintes susceptibles d'être portées à un individu, à savoir l'atteinte à son intégrité physique, qui suppose une forme ou une autre de dommage corporel, et l'atteinte à son intégrité mentale, qui suppose une forme ou une autre d'altération des facultés mentales. L'atteinte à l'intégrité physique ou à l'intégrité mentale de membres d'un groupe doit être d'une gravité telle qu'elle menace de détruire en tout ou en partie ce groupe.

15) En ce qui concerne l'alinéa c), les mots "soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle" sont tirés de l'alinéa c) de l'article II de la Convention 123/. Il a été suggéré d'ajouter à cet alinéa la

121/ Certains des actes mentionnés dans le présent paragraphe pourraient néanmoins dans certaines circonstances constituer un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, par exemple un crime contre l'humanité en vertu de l'alinéa e) ou f) de l'article 18 ou un crime de guerre en vertu de l'alinéa c) iv) de l'article 19.

122/ "Le terme *killing* (alinéa a) [du texte anglais]), plus large que *murder*, a été choisi pour correspondre au terme français 'meurtre', qui dépasse les limites de l' 'assassinat'; pour le reste, il ne se prête guère à diverses interprétations". Nehemiah Robinson, *The Genocide Convention: A Commentary* (1960), p. 63.

123/ "L'adjectif 'intentionnelle' a été introduit pour marquer une intention précise de destruction, en d'autres termes la préméditation liée à la création de certaines conditions d'existence... Il est impossible d'énumérer d'avance les 'conditions d'existence' qui tomberaient sous le coup de l'interdiction décrétée à l'article II : seules l'intention et la probabilité de l'objectif final peuvent déterminer dans chaque cas distinct si un acte de génocide a ou non été commis (ou s'il y a eu ou non tentative

déportation. La Commission a estimé toutefois que l'alinéa couvrirait la déportation dans les cas où celle-ci visait à détruire tout ou partie du groupe.

16) En ce qui concerne l'alinéa d), la formule "mesures visant à empêcher les naissances au sein du groupe" est reprise de l'alinéa d) de l'article II de la Convention 124/. L'expression *imposing measures* ("les mesures") employée dans cet alinéa a pour but d'indiquer la nécessité d'un élément de coercition 125/. Aussi cette disposition ne s'applique-t-elle pas à des programmes de régulation volontaire des naissances subventionnés par un Etat dans le cadre de sa politique sociale.

17) En ce qui concerne l'alinéa e), l'expression "transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe" est tirée de l'alinéa e) de l'article II de la Convention. Le transfert forcé d'enfants aurait des conséquences particulièrement graves pour la survie d'un groupe en tant que tel. Bien que le présent article ne s'étende pas au transfert d'adultes, ce type de comportement, dans certaines circonstances, pourrait constituer un crime contre l'humanité en vertu de l'alinéa g) de l'article 18, ou un crime de guerre en vertu de l'alinéa a) iv) de l'article 20. De plus, le transfert forcé de membres d'un groupe, notamment lorsqu'il entraîne la séparation de membres d'une même famille, pourrait également constituer un génocide en vertu de l'alinéa c).

de le commettre). Pourraient, par exemple, constituer des actes de génocide susceptibles de relever de l'alinéa c) la soumission d'un groupe de population à un régime alimentaire de subsistance, la réduction des services médicaux prescrits au-dessous d'un minimum, le fait de ne pas fournir de logements suffisants, etc., à condition que ces restrictions soient imposées dans l'intention de détruire le groupe en tout ou en partie". Nehemiah Robinson, *The Genocide Convention: A Commentary* (1960), p. 60, 63 et 64.

124/ "Il n'est pas indispensable que la mesure imposée soit la mesure classique de stérilisation; la séparation des sexes, l'interdiction des mariages, et ainsi de suite, constituent des mesures tout aussi restrictives et produisent les mêmes résultats". Nehemiah Robinson, *The Genocide Convention: A Commentary* (1960), p. 64.

125/ Le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes a assimilé la stérilisation ou l'avortement obligatoire à une violation de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes. Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément No 38, A/47/38, par. 22.

18) Il ressort clairement du présent article qu'il n'est pas nécessaire d'atteindre le résultat final de la destruction d'un groupe pour que le crime de génocide soit commis. Il suffit d'avoir commis l'un quelconque des actes qu'énumère l'article dans l'intention claire de parvenir à la destruction totale ou partielle d'un groupe protégé en tant que tel.

19) La Commission a noté qu'un tribunal appelé à appliquer, dans un cas précis, la définition du crime de génocide figurant dans le présent article pourrait juger nécessaire de se référer à d'autres dispositions pertinentes figurant dans la Convention, considérées comme l'expression du droit international soit conventionnel, soit coutumier. Par exemple, au cas où la question se poserait de savoir si le crime de génocide prévu dans le présent article peut être commis en temps de paix, le tribunal trouverait une réponse autorisée dans l'article premier de la Convention, qui confirme cette possibilité.

20) La Commission a également noté que le fait que le présent article fût tiré de la Convention ne portait aucunement atteinte au caractère autonome de cet instrument juridique. De plus, la Commission a appelé l'attention sur l'article 4 du présent Code, qui dispose expressément que celui-ci est "sans préjudice de toute question de responsabilité des Etats en droit international". Cette disposition embrasserait toute question de responsabilité d'un Etat pour génocide visée à l'article IX de la Convention.

Article 18

Crimes contre l'humanité

On entend par crime contre l'humanité le fait de commettre, d'une manière systématique ou sur une grande échelle et à l'instigation ou sous la direction d'un gouvernement, d'une organisation ou d'un groupe, l'un des actes ci-après :

- a) le meurtre;
- b) l'extermination;
- c) la torture;
- d) la réduction en esclavage;
- e) les persécutions pour des motifs politiques, raciaux, religieux ou ethniques;

f) la discrimination institutionnalisée pour des motifs raciaux, ethniques ou religieux comportant la violation des libertés et droits fondamentaux de l'être humain et ayant pour résultat de défavoriser gravement une partie de la population;

g) la déportation ou le transfert forcé de populations, opérés de manière arbitraire;

h) l'emprisonnement arbitraire;

i) la disparition forcée de personnes;

j) le viol, la contrainte à la prostitution et les autres formes de violence sexuelle;

k) d'autres actes inhumains qui portent gravement atteinte à l'intégrité physique ou mentale, à la santé ou à la dignité humaine, tels que mutilations et sévices graves.

Commentaire

1) L'article 18 cite certains actes inhumains comme constituant des crimes contre l'humanité.

2) La définition que donne l'article 18 des crimes contre l'humanité s'inspire du statut du Tribunal de Nuremberg, tel que ce dernier l'a interprété et appliqué. Elle tient compte aussi de l'évolution du droit international intervenue depuis le jugement de ce Tribunal.

3) La définition liminaire de l'article 18 indique que deux conditions doivent être réunies pour qu'un des actes énumérés à l'article 18 puisse être qualifié de crime contre l'humanité au sens du présent Code. La première condition est que l'acte doit avoir été "[commis] d'une manière systématique ou sur une grande échelle". Cette première condition se présente sous la forme d'une alternative. Selon le premier terme de l'alternative, les actes inhumains doivent être *commis d'une manière systématique*, c'est-à-dire en application d'un plan ou d'une politique préconçus, dont la mise en oeuvre se traduise par la commission répétée ou continue d'actes inhumains. Le but de cette disposition est d'exclure l'acte fortuit qui ne ferait pas partie d'un plan ou d'une politique plus vaste. Ce critère ne figurait pas dans le statut du Tribunal de Nuremberg. Cependant, le Tribunal, examinant les actes dont il avait à connaître, a souligné qu'il s'agissait d'actes inhumains commis dans le cadre d'une politique de "terreur ... souvent ... organisée et systématique" 126/.

126/ Jugement du Tribunal de Nuremberg, p. 267.

4) Selon le second terme de l'alternative, les actes inhumains doivent être *commis sur une grande échelle*, c'est-à-dire dirigés contre une multiplicité de victimes. Cela exclut un acte inhumain isolé dont l'auteur agirait de sa propre initiative et qui serait dirigé contre une victime unique. Ce critère ne figurait pas non plus dans le statut du Tribunal de Nuremberg. Cependant le Tribunal a relevé aussi, lorsqu'il a examiné si des actes inhumains constituaient des crimes contre l'humanité, que la politique de terreur était appliquée "sur une vaste échelle" 127/. Le texte adopté en première lecture employait, pour dénoter la multiplicité des victimes, l'expression "d'une manière ... massive". Cette expression a été remplacée dans le présent texte par "sur une grande échelle", formule suffisamment large pour pouvoir s'appliquer à des situations diverses comportant une multiplicité de victimes, que ce soit, par exemple, par l'effet cumulé d'une série d'actes inhumains ou par l'effet singulier d'un acte inhumain d'une ampleur extraordinaire. Les deux éléments de la première condition étant présentés sous la forme d'une alternative, un acte pourra constituer un crime contre l'humanité si l'existence de l'un ou l'autre des deux critères est constatée.

5) La seconde condition est que l'acte doit avoir été commis "à l'instigation ou sous la direction d'un gouvernement, d'une organisation ou d'un groupe". L'instigation ou la direction nécessaire peut donc émaner soit d'un gouvernement, soit d'une organisation ou d'un groupe 128/. Cette alternative est destinée à exclure les situations où un individu commet un acte inhumain de sa propre initiative dans la poursuite de son propre dessein criminel, en l'absence de tout encouragement ou de toute directive de la part soit d'un gouvernement, soit d'un groupe ou d'une organisation. Ce type de comportement criminel isolé de la part d'un individu agissant seul ne constituerait pas un crime contre l'humanité. Il serait extrêmement difficile à un individu agissant seul de commettre les actes inhumains en question tels que l'article 18 les envisage. C'est l'instigation ou la direction soit d'un

127/ Jugement du Tribunal de Nuremberg, p. 268.

128/ Le Tribunal de Nuremberg a proclamé le caractère criminel de plusieurs organisations qui avaient été créées aux fins de commettre des crimes contre la paix, des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité et utilisées en relation avec la commission de tels crimes. Le statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg ont reconnu la possibilité de faire valoir une responsabilité pénale à l'encontre d'un individu membre d'une telle organisation criminelle. Statut du Tribunal de Nuremberg, art. 9 et 10, et Jugement du Tribunal de Nuremberg, p. 269.

gouvernement ou d'une organisation ou d'un groupe quelconques, qui donne à l'acte sa dimension et en fait un crime contre l'humanité, imputable à des particuliers ou à des agents d'Etat 129/.

6) La définition que donne le présent article des crimes contre l'humanité n'exige pas que ce crime ait été commis en temps de guerre ou qu'il ait un lien quelconque avec des crimes de guerre comme le faisait le statut du Tribunal de Nuremberg. L'autonomie des crimes contre l'humanité a été reconnue dans des instruments juridiques ultérieurs, qui ne prescrivent plus cette condition. Cela a été le cas de la Convention sur le génocide pour la seconde catégorie des crimes contre l'humanité, ainsi qu'il a été expliqué dans le commentaire de l'article 17. De même, les définitions de la première catégorie de crimes contre l'humanité figurant dans les instruments juridiques adoptés depuis Nuremberg, à savoir la loi No 10 du Conseil de contrôle allié adoptée peu après le Protocole de Berlin et, plus récemment, les statuts des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie (art. 5) et pour le Rwanda (art. 3) 130/, ne prescrivent pas l'existence d'une relation, quant au fond, avec d'autres crimes liés à un état de guerre. Le Tribunal pour l'ex-Yougoslavie a également confirmé l'absence de toute condition préalable qui établirait un lien entre la qualification de crime contre l'humanité et un conflit armé international : "C'est désormais une règle bien établie du droit international coutumier que la qualification de crime contre l'humanité n'est pas subordonnée à une relation avec un conflit armé international" 131/.

7) S'agissant des actes prohibés qu'énumère l'article 18, le premier de ces actes est le meurtre visé à l'alinéa a). Le meurtre est un crime qui, dans le droit national de tous les Etats, a une signification claire et bien définie. Cet acte prohibé n'appelle pas de plus amples explications. Le meurtre figure au nombre des crimes contre l'humanité cités dans le statut du Tribunal de Nuremberg (art. 6 c)), dans la Loi No 10 du Conseil de contrôle (art. II, c)),

129/ Voir Jugement du Tribunal de Nuremberg, à propos des accusés Streicher et von Schirach, p. 329 et 343.

130/ Voir Rapport présenté par le Secrétaire général en application du paragraphe 5 de la résolution 955 (1994) du Conseil de sécurité, document S/1995/134, note 5. Voir aussi Morris et Scharf, An Insider's Guide to the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, p. 81.

131/ The Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision of the Appeals Chamber on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, p. 73.
[Traduction établie par le Secrétariat de l'ONU.]

dans les statuts des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie (art. 5) et pour le Rwanda (art. 3), ainsi que dans les Principes de Nuremberg (Principe VI) et dans le projet de code de 1954 (art. 1, par. 11).

8) Le deuxième acte prohibé, visé à l'alinéa b), est l'extermination.

Les deux premières catégories d'actes prohibés ont trait à deux comportements criminels distincts mais étroitement liés, qui consistent à priver de la vie des êtres humains innocents. L'extermination est un crime qui, par nature, est dirigé contre un groupe d'individus. En outre, l'acte par lequel est commis le crime d'extermination comporte un élément de destruction de masse qui n'est pas exigé pour le meurtre. A cet égard, l'extermination est étroitement apparentée au crime de génocide en ce sens que les deux crimes sont dirigés contre un nombre élevé de victimes. Le crime d'extermination, toutefois, s'applique à des situations différentes de celles que vise le crime de génocide. Il couvre les cas où un groupe d'individus n'ayant pas de caractéristiques communes serait massacré. Il peut aussi s'appliquer à des situations dans lesquelles certains membres d'un groupe seraient tués tandis que d'autres seraient épargnés. L'extermination figure au nombre des crimes contre l'humanité cités dans le statut du Tribunal de Nuremberg (art. 6 c)), dans la loi No 10 du Conseil de contrôle (art. II c)), dans les statuts des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie (art. 5) et pour le Rwanda (art. 3), ainsi que dans les Principes de Nuremberg (Principe VI) et dans le projet de code de 1954 (art. 2, par. 11).

9) Un troisième acte prohibé, visé à l'alinéa c), est la torture. Cet acte est défini dans la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. premier, par. 1) 132/.

132/ L'article premier de la Convention contient la définition suivante :

1. Aux fins de la présente Convention, le terme "torture" désigne tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne aux fins notamment d'obtenir d'elle ou d'une tierce personne des renseignements ou des aveux, de la punir d'un acte qu'elle ou une tierce personne a commis ou est soupçonnée d'avoir commis, de l'intimider ou de faire pression sur elle ou d'intimider ou de faire pression sur une tierce personne, ou pour tout autre motif fondé sur une forme de discrimination quelle qu'elle soit, lorsqu'une telle douleur ou de telles souffrances sont infligées par un agent de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel ou à son instigation ou avec son consentement exprès ou tacite. Ce terme ne s'étend pas à la douleur ou

Certes, la définition qui figure dans la Convention contre la torture limite le champ d'application de cette convention aux actes commis par des personnes agissant à titre officiel ou bénéficiant de connivences officielles. Mais le paragraphe 2 de l'article premier envisage que le terme "torture" puisse avoir une portée plus large en vertu d'autres instruments internationaux. Dans le contexte des crimes contre l'humanité, commis non seulement par des gouvernements mais par des organisations ou des groupes, cette disposition est pertinente. Aux fins du présent Code, les actes de torture sont couverts s'ils sont commis d'une manière systématique ou sur une grande échelle par un gouvernement, une organisation ou un groupe. La torture était citée au nombre des crimes contre l'humanité dans la loi No 10 du Conseil de contrôle (art. II c)) et l'est aussi dans les statuts des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie (art. 5) et pour le Rwanda (art. 3).

10) Le quatrième acte prohibé, prévu à l'alinéa d), est la réduction en esclavage, c'est-à-dire le fait de placer ou de maintenir des personnes en état d'esclavage, de servitude ou de travail forcé, à l'encontre des normes bien établies et généralement reconnues du droit international qu'énoncent, pour ce qui est de l'esclavage, par exemple, la Convention de 1926 relative à l'esclavage, la Convention supplémentaire de 1966 relative à l'abolition de l'esclavage, de la traite des esclaves et des institutions et pratiques analogues à l'esclavage (esclavage et servitude), le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (esclavage et servitude) et la Convention No 29 adoptée en 1957 par la Conférence générale de l'Organisation internationale du Travail (travail forcé). L'esclavage est au nombre des crimes contre l'humanité cités dans le statut du Tribunal de Nuremberg (art. 6 c)), la loi No 10 du Conseil de contrôle (art. II c)) et les statuts respectifs des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie (art. 5) et pour le Rwanda (art. 3), ainsi que dans les Principes de Nuremberg (Principe VI) et le projet de code de 1954 (art. 2, par. 11).

aux souffrances résultant uniquement de sanctions légitimes, inhérentes à ces sanctions ou occasionnées par elles.

2. Cet article est sans préjudice de tout instrument international ou de toute loi nationale qui contient ou peut contenir des dispositions de portée plus large.

11) Le cinquième acte prohibé, visé à l'alinéa e), est la persécution pour des motifs politiques, raciaux, religieux ou ethniques. L'acte inhumain qu'est la persécution peut revêtir bien des formes, dont le dénominateur commun est le refus de reconnaître les droits de l'homme et les libertés fondamentales auxquels chacun peut prétendre sans distinction, ainsi que le reconnaissent la Charte des Nations Unies (Art. premier et 55) et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 2). Les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux figurent déjà comme crime contre l'humanité dans le statut du Tribunal de Nuremberg (art. 6 c)), la loi No 10 du Conseil de contrôle (art. II c)) et les statuts respectifs des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie (art. 5) et pour le Rwanda (art. 3), ainsi que dans les Principes de Nuremberg (Principe VI) et le projet de code de 1954 (art. 2, par. 11).

12) Le sixième acte prohibé, visé à l'alinéa f), est la discrimination institutionnalisée pour des motifs raciaux, ethniques ou religieux en violation des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ayant pour résultat de défavoriser gravement une partie de la population. Les cinquième et sixième catégories d'actes prohibés recouvrent des conduites criminelles distinctes et cependant étroitement liées, qui se caractérisent par un refus de reconnaître à des individus les libertés et droits fondamentaux de l'être humain sur la base d'un critère discriminatoire injustifiable. Dans les deux cas, il faut, pour que les actes prohibés constituent des crimes contre l'humanité en vertu du présent article, qu'ils soient commis de manière systématique ou sur une grande échelle. Mais pour ceux de la sixième catégorie, il faut en outre que le plan ou la politique discriminatoire ait été institutionnalisé par l'adoption, par exemple, d'une série de mesures législatives déniaient aux membres de tel ou tel groupe racial, ethnique ou religieux leurs libertés ou droits individuels. L'acte prohibé visé par le présent alinéa comprend trois éléments : la commission d'un acte discriminatoire à l'encontre d'individus en raison de leur appartenance à un groupe racial, ethnique ou religieux; le refus de leur reconnaître les libertés et droits fondamentaux de l'être humain, qui doit se traduire par une discrimination suffisamment grave; l'existence, en conséquence, d'un grave désavantage pour les membres d'un groupe formant une partie de

la population. Il s'agit en fait du crime d'apartheid, sous une autre dénomination 133/. La discrimination institutionnalisée ne figurant pas

133/ L'article II de la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid définit ce crime comme suit :

Aux fins de la présente Convention, l'expression "crime d'apartheid", qui englobe les politiques et pratiques semblables de ségrégation et de discrimination raciales, telles qu'elles sont pratiquées en Afrique australe, désigne les actes inhumains indiqués ci-après, commis en vue d'instituer ou d'entretenir la domination d'un groupe racial d'êtres humains sur n'importe quel autre groupe racial d'êtres humains et d'opprimer systématiquement celui-ci :

a) Refuser à un membre ou à des membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux le droit à la vie et à la liberté de la personne :

- i) en ôtant la vie à des membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux;
- ii) en portant gravement atteinte à l'intégrité physique ou mentale, à la liberté ou à la dignité des membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux, ou en les soumettant à la torture ou à des peines ou des traitements cruels, inhumains ou dégradants;
- iii) en arrêtant arbitrairement et en emprisonnant illégalement les membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux;

b) Imposer délibérément à un groupe racial ou à plusieurs groupes raciaux des conditions de vie destinées à entraîner leur destruction physique totale ou partielle;

c) Prendre des mesures, législatives ou autres, destinées à empêcher un groupe racial ou plusieurs groupes raciaux de participer à la vie politique, sociale, économique et culturelle du pays et créer délibérément des conditions faisant obstacle au plein développement du groupe ou des groupes considérés, en privant les membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux des libertés et droits fondamentaux de l'homme, notamment le droit au travail, le droit de former des syndicats reconnus, le droit à l'éducation, le droit de quitter son pays et d'y revenir, le droit à une nationalité, le droit de circuler librement et de choisir sa résidence, le droit à la liberté d'opinion et d'expression et le droit à la liberté de réunion et d'association pacifiques;

d) Prendre des mesures, y compris des mesures législatives, visant à diviser la population selon des critères raciaux en créant des réserves et des ghettos séparés pour les membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux, en interdisant les mariages entre

comme crime contre l'humanité dans les instruments antérieurs, la Commission a décidé de limiter ce crime à la discrimination raciale, ethnique ou religieuse. Elle a relevé que la discrimination raciale est qualifiée de crime contre l'humanité dans la Convention sur l'apartheid (art. premier).

13) La septième catégorie d'actes prohibés visée à l'alinéa g), est celle de la déportation ou du transfert forcé de populations, opérés de manière arbitraire. A la différence de la déportation, qui implique l'expulsion du territoire national, le transfert forcé de populations peut se dérouler entièrement à l'intérieur des frontières d'un même Etat. Les mots "opérés de manière arbitraire" sont employés ici pour exclure les cas où ces actes seraient commis pour des motifs légitimes, de sécurité ou de bien-être public par exemple, d'une manière compatible avec le droit international.

La déportation figure déjà en tant que crime contre l'humanité dans le statut du Tribunal de Nuremberg (art. 6 c)), dans la loi No 10 du Conseil de contrôle (art. II c)) et dans les statuts respectifs des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie (art. 5) et pour le Rwanda (art. 3), ainsi que dans les Principes de Nuremberg (Principe VI) et dans le projet de code de 1954 (art. 2, par. 11).

14) Le huitième acte prohibé est "l'emprisonnement arbitraire", visé à l'alinéa h). Le terme "emprisonnement" recouvre le fait de priver l'individu de sa liberté, le terme "arbitraire" impliquant que cette privation de liberté n'est pas opérée dans le respect des formes légales. Pareil comportement est contraire aux droits de l'homme reconnu aux individus par la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 9) et le Pacte international relatifs aux droits civils et politiques (art. 9). Ce dernier instrument dispose expressément que "Nul ne peut être privé de sa liberté, si ce n'est pour des motifs et conformément à la procédure prévus par la loi". Tombent sous le coup du présent alinéa les situations où il y a emprisonnement arbitraire

personnes appartenant à des groupes raciaux différents, et en expropriant les biens-fonds appartenant à un groupe racial ou à plusieurs groupes raciaux ou à des membres de ces groupes;

e) Exploiter le travail des membres d'un groupe racial ou de plusieurs groupes raciaux, en particulier en les soumettant au travail forcé;

f) Persécuter des organisations ou des personnes, en les privant des libertés et droits fondamentaux, parce qu'elles s'opposent à l'apartheid.

systematique ou à grande échelle, tel le cas des camps de concentration ou d'internement, ou celui d'autres formes de détention de longue durée.

L'"emprisonnement" est cité comme crime contre l'humanité dans la loi No 10 du Conseil de contrôle (art. II c)) ainsi que dans les statuts des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie (art. 5) et pour le Rwanda (art. 3).

15) Le neuvième acte prohibé, visé à l'alinéa i), est la disparition forcée de personnes. En adoptant en 1992 la Déclaration sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées, l'Assemblée générale s'est déclarée profondément préoccupée par les disparitions forcées qui avaient lieu "dans de nombreux pays" 134/. La Convention interaméricaine de 1994 sur la disparition forcée des personnes est également consacrée à ce problème 135/. L'expression "disparition forcée de personnes" est employée en tant que terme technique servant à désigner le type de conduite criminelle visé dans la Déclaration et dans la Convention. La disparition forcée n'est pas citée dans les instruments antérieurs comme crime contre l'humanité. Bien qu'il s'agisse d'un phénomène assez récent, le présent Code propose de faire de cette conduite criminelle un crime contre l'humanité, en raison de sa cruauté et de sa gravité extrêmes.

134/ L'Assemblée générale a évoqué à ce propos le fait que "des personnes sont arrêtées, détenues ou enlevées contre leur volonté ou privées de toute autre manière de leur liberté par des agents du gouvernement, de quelque service ou à quelque niveau que ce soit, par des groupes organisés ou par des particuliers qui agissent au nom du gouvernement ou avec son appui, direct ou indirect, son autorisation ou son assentiment, et qui refusent ensuite de révéler le sort réservé à ces personnes ou l'endroit où elles se trouvent, ou d'admettre qu'elles sont privées de liberté, les soustrayant ainsi à la protection de la loi". Résolution 47/133 de l'Assemblée générale.

135/ L'article II de la Convention énonce la définition suivante :

Aux effets de la présente Convention, on entend par disparition forcée de personnes la privation de liberté d'une ou de plusieurs personnes sous quelque forme que ce soit, causée par des agents de l'Etat ou par des personnes ou des groupes de personnes qui agissent avec l'autorisation, l'appui ou l'acquiescement de l'Etat, suivie du déni de la reconnaissance de cette privation de liberté ou d'information sur le lieu où se trouve cette personne, ce qui, en conséquence, entrave l'exercice des recours juridiques et des garanties pertinentes d'une procédure régulière.

16) La dixième catégorie d'actes prohibés, visée à l'alinéa j), est constituée par le viol, la contrainte à la prostitution et les autres formes de violence sexuelle. On ne compte plus les articles et autres publications faisant état de viols commis de manière systématique ou sur une grande échelle dans l'ex-Yougoslavie. A ce propos, l'Assemblée générale a été unanime à réaffirmer que, dans certaines circonstances, la pratique du viol constitue un crime contre l'humanité 136/. Qui plus est, en 1994, la Commission nationale de vérité et de justice a conclu d'une enquête que les violences sexuelles commises en Haïti contre les femmes sous forme de viols systématiques pour raisons politiques constituaient un crime contre l'humanité 137/. Le viol, la contrainte à la prostitution et les autres sévices sexuels sont des formes de violence qui peuvent être tout particulièrement dirigées contre les femmes et constituent par conséquent des violations de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes 138/. Le viol figure comme crime contre l'humanité dans la loi No 10 du Conseil de contrôle (art. II c)) et dans les statuts respectifs des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie (art. 5) et pour le Rwanda (art. 3). Tout en notant que la persécution pour des motifs sexuels pourrait aussi être considérée comme un crime contre l'humanité dans le cadre de l'alinéa e) si elle satisfaisait aux deux critères généraux, la Commission a décidé de limiter les motifs de persécution possibles à ceux que retiennent les instruments juridiques existants. De même, la Commission a noté que la discrimination fondée sur le

136/ Résolution 50/192 de l'Assemblée générale.

137/ Commission nationale de vérité et de justice, SI M PA RELE : 29 septembre 1991 - 14 octobre 1994, communiqué de presse daté de Port-au-Prince, 6 février 1996.

138/ "L'article premier de la Convention définit la discrimination à l'égard des femmes. Cette définition inclut la violence fondée sur le sexe, c'est-à-dire la violence exercée contre une femme parce qu'elle est une femme ou qui touche spécialement la femme. Elle englobe les actes qui infligent des tourments ou des souffrances d'ordre physique, mental ou sexuel, la menace de tels actes, la contrainte et autres privations de liberté... La violence fondée sur le sexe, qui compromet ou rend nulle la jouissance des droits individuels et des libertés fondamentales par les femmes en vertu des principes généraux du droit international ou des conventions particulières relatives aux droits de l'homme, constitue une discrimination au sens de l'article premier de la Convention." Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, Assemblée générale, Documents officiels, quarante-septième session, supplément No 38 (A/47/38), p. 1 et 2.

sexe pourrait aussi constituer éventuellement un crime contre l'humanité relevant de l'alinéa f), même s'il ne s'agissait pas nécessairement d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité 139/.

17) Onzième et dernière catégorie d'actes prohibés, les "autres actes inhumains" qui portent gravement atteinte à l'intégrité physique ou mentale, à la santé ou à la dignité humaine de la victime, tels que mutilations et sévices graves, font l'objet de l'alinéa k). La Commission s'est rendu compte qu'il était impossible d'établir une liste exhaustive des autres actes inhumains qui pourraient constituer des crimes contre l'humanité. Cependant deux critères dominent cette notion : d'une part, elle n'est censée recouvrir que des actes différents de ceux qui sont énumérés dans les alinéas précédents, mais de même gravité; d'autre part, il faut que l'acte considéré cause un préjudice à un être humain en l'atteignant dans son intégrité physique ou mentale, sa santé ou sa dignité. L'alinéa offre deux exemples de types d'actes qui rempliraient ces deux conditions, à savoir la mutilation et les autres sévices graves. Il convient de remarquer que le statut du Tribunal de Nuremberg (art. 6 c)), la loi No 10 du Conseil de contrôle (art. II c)), les statuts respectifs des tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie (art. 5) et pour le Rwanda (art. 3) ainsi que les Principes de Nuremberg (Principe VI) utilisent également l'expression "autres actes inhumains".

Article 19

Crimes contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé

1. Les infractions ci-après constituent des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité lorsqu'elles sont commises intentionnellement et d'une manière systématique ou sur une grande échelle contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé participant à une opération des Nations Unies, dans le but d'empêcher ou d'entraver l'exécution du mandat assigné à cette opération :

139/ La persécution ou la discrimination fondées sur le sexe qui entraînent le déni des droits de l'homme et des libertés fondamentales sont contraires à la Charte des Nations Unies, au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, à la Convention de 1952 sur les droits politiques de la femme, (Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 193, p. 135) à la Déclaration de 1967 sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes (résolution 2263 (XXII) de l'Assemblée générale) et à la Convention de 1979 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, (Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1249, p. 13).

a) un meurtre, un enlèvement ou toute autre atteinte contre la personne ou la liberté d'un membre de ces personnels;

b) une atteinte accompagnée de violence contre les locaux officiels, le domicile privé ou les moyens de transport d'un membre de ces personnels, de nature à mettre sa personne ou sa liberté en danger.

2. Cet article ne s'applique pas à une opération des Nations Unies autorisée par le Conseil de sécurité en tant qu'action coercitive en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, dans le cadre de laquelle du personnel est engagé comme combattant contre des forces armées organisées et à laquelle s'applique le droit des conflits armés internationaux.

Commentaire

1) Aux termes de l'Article premier de la Charte des Nations Unies, l'Organisation des Nations Unies a été créée dans le but, notamment, de maintenir la paix et la sécurité internationales et prendre à cette fin des mesures collectives efficaces en vue de prévenir et d'écartier les menaces à la paix et de réprimer tout acte d'agression ou autre rupture de la paix. Mais "alors que, par le passé", a déclaré le Secrétaire général, "travailler sous le drapeau des Nations Unies valait sauf-conduit et constituait pour le personnel une garantie non écrite de protection, cela n'est plus le cas et le personnel court souvent des risques du simple fait qu'il est au service d'organismes des Nations Unies" 140/. La gravité des atteintes contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé et l'augmentation spectaculaire de leur fréquence ont été soulignées non seulement par le Secrétaire général mais aussi par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale. Dans son rapport intitulé "Agenda pour la paix", qui a fait date, le Secrétaire général a appelé l'attention sur la nécessité de veiller à la sécurité du personnel des Nations Unies déployé dans des conditions de conflit, à des fins de diplomatie préventive, de rétablissement de la paix, de maintien de la paix ou à des fins humanitaires, en raison de l'augmentation intolérable du nombre des victimes causées par des atteintes contre ces personnels 141/. Le Conseil de sécurité s'est félicité de ce que le Secrétaire général ait appelé l'attention sur ce problème, a constaté qu'il était de plus en plus souvent amené, dans l'exercice de la responsabilité du maintien de la paix et de la sécurité internationales qui était la sienne, à

140/ Doc. des Nations Unies A/AC.242/1, par. 4.

141/ Doc. des Nations Unies A/47/277-S/24111, par. 66.

déployer des forces et du personnel des Nations Unies dans des situations présentant un danger réel, et a demandé en outre aux Etats d'agir promptement et efficacement pour dissuader et, s'il y a lieu, poursuivre et punir tous les responsables d'attaques et autres actes hostiles dirigés contre ces forces et ce personnel 142/. L'Assemblée générale aussi s'est à plusieurs reprises déclarée gravement préoccupée par le nombre croissant de tués et de blessés parmi le personnel de maintien de la paix et les autres catégories de personnel des Nations Unies à la suite d'actions hostiles commises délibérément dans les zones de déploiement dangereuses 143/. De plus, l'Assemblée générale a reconnu l'importance vitale que revêt la participation du personnel des Nations Unies à la diplomatie préventive, au rétablissement de la paix, au maintien de la paix, à l'édification de la paix et aux opérations humanitaires, et a condamné résolument tous les actes hostiles dirigés contre le personnel des Nations Unies, y compris les attaques délibérées visant les opérations de maintien de la paix de l'Organisation, qui avaient causé un nombre alarmant de victimes 144/. En conséquence, l'Assemblée générale a adopté à l'unanimité, en 1994, la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé 145/ en vue de dissuader les individus responsables de telles attaques et, le cas échéant, de faire en sorte qu'ils soient effectivement poursuivis et punis.

2) Les atteintes contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé constituent des infractions accompagnées de violence, d'une exceptionnelle gravité, qui ont de lourdes conséquences non seulement pour les victimes mais aussi pour la communauté internationale. Ces infractions sont un sujet de préoccupation pour la communauté internationale tout entière, car elles sont commises contre des personnes qui la représentent et risquent leur vie en protégeant son intérêt fondamental au maintien de la paix et de la sécurité internationales de l'humanité. Ces personnels participent à une opération des Nations Unies "menée dans l'intérêt collectif de la communauté internationale et conformément aux principes et aux buts de la Charte des Nations Unies", comme cela est reconnu dans le préambule de la Convention,

142/ Doc. des Nations Unies S/25493.

143/ Résolutions 47/120 B , 47/72 et 48/37 de l'Assemblée générale.

144/ Résolution 47/72 de l'Assemblée générale.

145/ Résolution 49/59 de l'Assemblée générale, annexe.

sont présents à titre officiel dans la zone où cette opération se déroule ou sont d'une autre manière associés à celle-ci. Les atteintes contre ces personnels sont en fait dirigées contre la communauté internationale et portent un coup au coeur même du système juridique international établi aux fins du maintien de la paix et de la sécurité internationales à travers des mesures de sécurité collective adoptées pour prévenir et écarter les menaces contre la paix. Il appartient tout particulièrement à la communauté internationale de veiller à ce que soient effectivement poursuivis et punis les individus responsables d'atteintes criminelles contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé, atteintes qui se produisent souvent dans des situations où le système interne de répression ou de justice pénale n'est pas pleinement à même d'accomplir sa fonction ou capable de faire face aux infractions. De plus, ces infractions comportent souvent, de par leur nature même, une menace pour la paix et la sécurité internationales, en raison des situations dans lesquelles ces personnels sont engagés et de leurs conséquences négatives pour la bonne exécution du mandat assigné à ces personnels et, à une échelle plus vaste, pour l'aptitude de l'Organisation des Nations Unies à s'acquitter efficacement du rôle central qui est le sien dans le maintien de la paix et de la sécurité internationales. S'agissant des conséquences négatives plus vastes de ces atteintes, on risque de constater une hésitation ou un manque d'empressement croissants de la part de particuliers à participer aux opérations des Nations Unies et, de la part des Etats Membres, à mettre du personnel compétent à la disposition de l'Organisation pour de telles opérations. Pour ces motifs, la Commission a décidé d'inclure cette catégorie de crimes dans le présent Code.

3) L'article 19, qui traite des crimes contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé, comprend deux paragraphes. Le premier donne la définition de ces crimes aux fins du Code. Le second limite le champ d'application de cette définition en excluant les atteintes commises dans certaines situations.

4) La disposition liminaire du paragraphe 1 de l'article 19 établit la condition générale qui doit être remplie pour que les infractions contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé constituent un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité en vertu du Code : les atteintes criminelles doivent être commises soit d'une manière systématique, soit sur une grande échelle. Suivant le premier critère, les crimes doivent être commis *d'une manière systématique*, c'est-à-dire en application d'une politique ou

d'un plan préconçus. Peuvent y satisfaire une série d'atteintes effectivement portées, une atteinte unique portée en tant que première d'une série d'atteintes planifiées, ou encore une atteinte unique d'une ampleur exceptionnelle portée en application d'une politique ou d'un plan préconçus, telle que le meurtre du médiateur chargé de régler la situation de conflit comme ce fut le cas de l'assassinat du comte Bernadotte. Le second critère suppose que les infractions soient *commises sur une grande échelle*, en d'autres termes que les actes criminels soient dirigés contre un grand nombre de victimes, soit par une série d'atteintes, soit par une atteinte massive unique faisant de nombreuses victimes. Ce double critère apparaît également à l'article 18 et fait l'objet d'un examen plus détaillé dans le commentaire de cet article, qui s'applique également, à cet égard, au présent article. Si toute atteinte contre le personnel des Nations Unies et le personnel associé est condamnable, la condition ainsi posée garantit qu'une telle atteinte comportera aussi la nécessaire menace contre la paix et à la sécurité internationales, dont la présence est requise pour que cette atteinte constitue un crime visé par le Code. Mais un comportement ne satisfaisant pas à la condition générale présente aux fins du Code n'en constituerait pas moins un crime au regard de la Convention, qui n'établit pas une telle condition et sur laquelle la présente disposition est sans incidence. C'est ce qui est reconnu dans le membre de phrase liminaire du paragraphe 1, aux termes duquel "Les infractions ci-après constituent des *crimes* contre la paix et la sécurité de l'humanité lorsque ...". Comme dans le cas des autres crimes visés dans la Deuxième partie, le fait que le Code ne s'étende pas à un certain comportement n'empêche pas que ce comportement puisse être qualifié de crime en vertu du droit interne ou du droit international, y compris la Convention.

5) Aux fins de l'article 19, il n'y a crime que lorsqu'on peut démontrer que l'accusé a commis l'un des actes énumérés aux alinéas a) et b) avec l'intention criminelle requise. Cette intention criminelle suppose la réunion de deux éléments. Le premier est que l'atteinte portée contre le personnel des Nations Unies l'ait été "intentionnellement". Le terme "intentionnellement" est employé pour signifier que l'auteur du crime doit avoir eu connaissance du fait que les victimes étaient membres du personnel d'une opération des Nations Unies ou du personnel associé à une telle opération. C'est dans ce sens que l'adjectif "intentionnel" est employé, par exemple, à l'article 2 de la Convention du 14 décembre 1973 sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale,

y compris les agents diplomatiques 146/. Il est utilisé dans le même sens à l'article 9 de la Convention de 1994. Il faut donc que l'atteinte ait été portée contre le personnel des Nations Unies ou le personnel associé en tant que tels.

5 a) L'article 19 exige aussi, cependant, que l'atteinte ait été portée "en vue d'empêcher ou d'entraver l'exécution du mandat assigné à cette opération". Cette condition ne figure pas dans la Convention de 1994, qui cherche à protéger le personnel des Nations Unies et le personnel associé contre toutes les atteintes intentionnelles. Mais dans le contexte d'un code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, la Commission a été d'avis que seules devaient tomber sous le coup des dispositions de ce Code les atteintes contre ces personnels qui, dans l'intention de leurs auteurs, étaient conçues pour empêcher ou entraver l'opération elle-même. Le point de savoir si tel serait le cas dans une espèce particulière serait un point de fait. Cette disposition n'a bien entendu aucune incidence sur la portée plus large de l'article 9 de la Convention de 1994.

6) Les deux catégories d'actes prohibés sont exposées aux alinéas a) et b) du paragraphe 1. La première catégorie consiste en des actes de violence graves commis à l'encontre d'une personne protégée, à savoir "un meurtre, un enlèvement ou toute autre atteinte contre la personne ou la liberté d'un membre [des] personnels" en question. La seconde recouvre les actes de violence graves qui sont commis à l'encontre de lieux ou moyens de transport particuliers et mettent une personne protégée en danger, à savoir "une atteinte accompagnée de violence contre les locaux officiels, le domicile privé ou les moyens de transport d'un membre de ces personnels, de nature à mettre sa personne ou sa liberté en danger". Ces deux catégories d'actes prohibés, qui consistent en des atteintes graves accompagnées de violence, sont tirées de la définition des infractions donnée dans la Convention sur

146/ Comme elle l'a indiqué dans son commentaire du projet d'article 2, la Commission a employé "le mot 'intentionnel' ... à la fois pour préciser que l'auteur de l'infraction doit savoir que la victime a le statut d'une personne jouissant d'une protection internationale, et pour éliminer tout doute concernant l'exclusion du champ d'application de cet article de certaines infractions dont on pourrait sans cela soutenir qu'elles tombent sous le coup des alinéas a) ou b) - par exemple, la blessure grave infligée à une personne jouissant d'une protection internationale lors d'un accident d'automobile, du fait de la négligence de l'autre partie". Annuaire ... 1972, vol. II, par. 8) du commentaire.

la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé (art. 9, par. 1 a) et b)). Les crimes subsidiaires mentionnés dans la Convention n'ont pas été repris dans le présent article, car ils sont traités à l'article 2, en relation avec l'ensemble des crimes visés par le Code.

7) Les victimes potentielles des crimes visés par l'article 19 sont limitées aux membres du personnel des Nations Unies 147/ et du personnel associé 148/, comme l'indique la référence aux crimes commis contre ces personnels. Ces termes sont définis dans la Convention et doivent être interprétés comme ayant le même sens dans le présent article. De plus, il faut que ces crimes soient commis contre des personnes jouissant d'une protection

147/ L'article premier de la Convention en donne, à l'alinéa a), la définition suivante :

a) "Personnel des Nations Unies" s'entend :

- i) des personnes engagées ou déployées par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies en tant que membres des éléments militaires, de police ou civils d'une opération des Nations Unies;
- ii) des autres fonctionnaires et experts en mission de l'Organisation des Nations Unies ou de ses institutions spécialisées ou de l'Agence internationale de l'énergie atomique qui sont présents à titre officiel dans la zone où une opération des Nations Unies est menée ...

148/ L'article premier de la Convention en donne, à l'alinéa b), la définition suivante :

b) "Personnel associé" s'entend :

- i) des personnes affectées par un gouvernement ou par une organisation intergouvernementale avec l'accord de l'organe compétent de l'Organisation des Nations Unies,
- ii) des personnes engagées par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, par une institution spécialisée ou par l'Agence internationale de l'énergie atomique, et
- iii) des personnes déployées par une organisation ou une institution non gouvernementale humanitaire en vertu d'un accord avec le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, avec une institution spécialisée ou avec l'Agence internationale de l'énergie atomique,

pour mener des activités à l'appui de l'exécution du mandat d'une opération des Nations Unies...

et "participant à une opération des Nations Unies". Le mot "participant" est employé pour englober les diverses catégories de personnes jouissant d'une protection qui participent à une opération des Nations Unies, sont présentes à titre officiel dans la zone où cette opération se déroule ou sont d'une autre manière associées à celle-ci, comme cela est indiqué dans les définitions des personnes protégées données dans la Convention. L'expression "opération des Nations Unies" est définie dans la Convention et doit être interprétée comme ayant le même sens dans le présent article 149/.

8) Le paragraphe 2 du présent article est destiné à éviter que ne soit qualifié de criminel un comportement dirigé contre le personnel participant à une opération des Nations Unies qui a reçu pour mandat, en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, de prendre part à une action coercitive et prend effectivement part à une situation de combat contre des forces armées organisées à laquelle s'applique le droit des conflits armés internationaux 150/. Ce paragraphe est destiné à garantir que le personnel des Nations Unies sera couvert par le présent article à moins qu'il ne le soit par le droit des conflits armés internationaux, faisant l'objet de l'article 20.

149/ L'article premier de la Convention en donne, à l'alinéa c), la définition suivante :

c) "Opération des Nations Unies" s'entend d'une opération établie par l'organe compétent de l'Organisation des Nations Unies conformément à la Charte des Nations Unies et menée sous l'autorité et le contrôle des Nations Unies :

- i) lorsque l'opération vise à maintenir ou à rétablir la paix et la sécurité internationales; ou
- ii) lorsque le Conseil de sécurité ou l'Assemblée générale a déclaré aux fins de la présente Convention qu'il existe un risque exceptionnel pour la sécurité du personnel participant à l'opération...

150/ Voir l'analyse du droit international humanitaire dans Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires (Requête pour avis consultatif [de l'Assemblée générale des Nations Unies]), Avis consultatif du 8 juillet 1996, par. 75, à paraître dans C.I.J. Recueil 1996.

Article 20

Crimes de guerre

Chacun des crimes de guerre ci-après constitue un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité lorsqu'il est commis d'une manière systématique ou sur une grande échelle :

a) l'un quelconque des actes ci-après commis en violation du droit international humanitaire :

- i) l'homicide intentionnel;
- ii) la torture ou les traitements inhumains, y compris les expériences biologiques;
- iii) le fait de causer intentionnellement de grandes souffrances ou de porter des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé;
- iv) la destruction et l'appropriation de biens non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illicite et arbitraire;
- v) le fait de contraindre un prisonnier de guerre ou une autre personne protégée à servir dans les forces armées de la puissance ennemie;
- vi) le fait de priver un prisonnier de guerre, ou une autre personne protégée, de son droit d'être jugé régulièrement et impartialement;
- vii) la déportation ou le transfert illégaux ou la détention illégale de personnes protégées;
- viii) la prise d'otages;

b) l'un quelconque des actes ci-après commis intentionnellement en violation du droit international humanitaire et entraînant la mort ou causant des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé :

- i) le fait de soumettre la population civile ou des personnes civiles à une attaque;
- ii) le fait de lancer une attaque sans discrimination atteignant la population civile ou des biens de caractère civil, en sachant que cette attaque causera des pertes en vies humaines, des blessures aux personnes civiles ou des dommages aux biens de caractère civil, qui sont excessifs;

- iii) le fait de lancer une attaque contre des ouvrages ou installations contenant des forces dangereuses, en sachant que cette attaque causera des pertes en vies humaines, des blessures aux personnes civiles ou des dommages aux biens de caractère civil, qui sont excessifs;
 - iv) le fait de soumettre une personne à une attaque en la sachant hors de combat;
 - v) le fait d'utiliser perfidement le signe distinctif de la Croix-Rouge, du Croissant-Rouge ou du Lion et du Soleil Rouges ou d'autres signes protecteurs reconnus;
- c) l'un quelconque des actes ci-après commis intentionnellement en violation du droit international humanitaire :
- i) le transfert par la puissance occupante d'une partie de sa population civile dans le territoire qu'elle occupe;
 - ii) tout retard injustifié dans le rapatriement des prisonniers de guerre ou des civils;
- d) les atteintes à la dignité de la personne en violation du droit international humanitaire, notamment les traitements humiliants et dégradants, le viol, la contrainte à la prostitution et tout attentat à la pudeur;
- e) l'un quelconque des actes ci-après commis en violation des lois ou coutumes de la guerre :
- i) l'emploi d'armes toxiques ou d'autres armes conçues pour causer des souffrances inutiles;
 - ii) la destruction sans motif de villes et de villages ou la dévastation que ne justifient pas les exigences militaires;
 - iii) l'attaque ou le bombardement, par quelque moyen que ce soit, de villes, villages, habitations ou bâtiments non défendus ou de zones démilitarisées;
 - iv) la saisie, la destruction ou l'endommagement délibéré d'édifices consacrés à la religion, à la bienfaisance et à l'enseignement, aux arts et aux sciences, de monuments historiques, d'oeuvres d'art et d'oeuvres de caractère scientifique;
 - v) le pillage de biens publics ou privés;

f) l'un quelconque des actes ci-après commis en violation du droit international humanitaire applicable aux conflits armés qui ne revêtent pas un caractère international :

- i) les atteintes portées à la vie, à la santé et au bien-être physique ou mental des personnes, en particulier le meurtre, de même que les traitements cruels tels que la torture, les mutilations ou toutes formes de peines corporelles;
- ii) les punitions collectives;
- iii) la prise d'otages;
- iv) les actes de terrorisme;
- v) les atteintes à la dignité de la personne, notamment les traitements humiliants et dégradants, le viol, la contrainte à la prostitution et tout attentat à la pudeur;
- vi) le pillage;
- vii) les condamnations prononcées et les exécutions effectuées sans un jugement préalable rendu par un tribunal régulièrement constitué, assorti de toutes les garanties judiciaires généralement reconnues comme indispensables;

g) dans le cas d'un conflit armé : l'utilisation de méthodes ou moyens de guerre non justifiés par des nécessités militaires dans l'intention de causer des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel, et de porter gravement atteinte, de ce fait, à la santé ou à la survie de la population, ces dommages s'étant effectivement produits.

Commentaire

1) Pour le titre de cet article, la Commission a préféré retenir l'expression "crimes de guerre" plutôt que l'expression "violations du droit humanitaire applicable dans les conflits armés". Bien que cette seconde expression soit juridiquement plus correcte, la Commission lui a préféré la première, qui est plus courte. Consultée, la Commission avait, dès les premiers rapports, manifesté sa préférence pour l'expression "crimes de guerre". Mais, dans le corps du rapport, les expressions "violations des lois et coutumes de la guerre" et "violations des règles du droit humanitaire applicables dans les conflits armés" sont aussi employées.

2) Dans le statut du Tribunal de Nuremberg, les crimes de guerre visés par sous l'appellation générale "violations des lois et coutumes de la guerre" ne faisaient l'objet d'aucune définition générale.

3) Les auteurs de ce statut avaient procédé par voie d'énumération 151/, tout en déclarant que cette énumération n'était pas limitative. Le Tribunal de Nuremberg a déclaré en outre que les violations énumérées étaient déjà prévues par la Convention de La Haye de 1907, ainsi que par la Convention de Genève de 1929.

4) Le présent article 20 reprend, notamment, les catégories de crimes de guerre prévues par les Conventions de 1907 et 1929, ainsi que par les Conventions de Genève de 1949 et les Protocoles additionnels à celles-ci. Cependant, pour que les actes visés ci-dessus constituent des crimes au sens du présent Code, c'est-à-dire des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, la Commission a jugé qu'ils devaient satisfaire, en outre, aux critères généraux énoncés dans la disposition liminaire de l'article 20, c'est-à-dire être exécutés d'une manière systématique ou sur une grande échelle.

5) Ces critères généraux auxquels doivent répondre les crimes de guerre aux termes du Code procèdent de l'idée que les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité sont les plus graves dans l'échelle des infractions internationales et que, pour qu'une infraction soit considérée comme un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, il faut qu'elle satisfasse à certains critères supplémentaires qui élèvent son degré de gravité. Ces critères généraux sont prévus dans le chapeau de l'article : les crimes en question doivent être exécutés d'une manière systématique ou sur une grande échelle.

6) Cette exigence supplémentaire tient au fait que, jusqu'au jugement du Tribunal de Nuremberg, le mot "crime", dans l'expression "crimes de guerre" n'était pas pris dans son sens technique, c'est-à-dire comme s'appliquant aux infractions les plus graves dans l'échelle des infractions pénales, mais dans son sens général d'infraction, c'est-à-dire de manquement à une obligation

151/ En précisant que les crimes de guerre comprenaient, sans y être limités : "l'assassinat, les mauvais traitements ou la déportation pour des travaux forcés, ou pour tout autre but, des populations civiles dans les territoires occupés, l'assassinat ou les mauvais traitements des prisonniers de guerre ou des personnes en mer, l'exécution des otages, le pillage des biens privés ou publics, la destruction sans motif des villes et des villages ou la dévastation que ne justifi[ai]ent pas les exigences militaires".

imposée par le droit pénal, quelle que soit la gravité de ce manquement. Aussi, la Commission a-t-elle jugé nécessaire d'élever le degré de gravité que doit présenter un crime de guerre pour pouvoir être qualifié de crime contre la paix et la sécurité de l'humanité. D'où les critères qu'elle a posés, d'acte commis d'une manière systématique ou sur une grande échelle.

7) Un crime présente un caractère systématique lorsqu'il est commis conformément à un plan ou à une politique préconçus. Un crime est commis sur une grande échelle lorsqu'il est exécuté à l'encontre d'une multiplicité de victimes, soit par une série d'attaques, soit par une seule attaque massive contre un grand nombre de victimes.

8) Tout crime de guerre n'est donc pas un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité. Pour qu'une infraction constitue un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, il faut qu'elle présente les caractéristiques générales décrites ci-dessus.

9) La liste des crimes visés dans le présent article n'a pas été établie *ex nihilo*. La plupart des actes qui y figurent sont reconnus par le droit international humanitaire et énumérés dans différents instruments.

10) La première catégorie de crimes de guerre, visée à l'alinéa a), recouvre les infractions graves au droit international humanitaire tel qu'il est consacré par les Conventions de Genève de 1949. Les sous-alinéas i) à iii) de l'alinéa a) concernent les infractions graves communes aux quatre Conventions, à savoir la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (I^e Convention, art. 51) 152/; la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer (II^e Convention, art. 51) 153/; la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre (III^e Convention, art. 130) 154/ et la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (IV^e Convention, art. 147) 155/. Le sous-alinéa iv) vise les infractions graves qui se retrouvent dans les I^e, II^e et IV^e Conventions, les sous-alinéas v) et vi) celles qui sont communes aux III^e

152/ Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 75, p. 31.

153/ Ibid., p. 85.

154/ Ibid., p. 135.

155/ Ibid., p. 287.

et IV^e Conventions, et les sous-alinéas vii) et viii) les autres infractions graves à la IV^e Convention. Les dispositions du présent alinéa doivent s'interpréter comme ayant le même sens et le même champ d'application que les dispositions correspondantes de ces conventions 156/. Cette disposition ressemble beaucoup à la disposition correspondante du statut du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 3).

11) Les deuxième et troisième catégories de crimes de guerre, visées respectivement aux alinéas b) et c), sont les infractions graves énumérées dans le Protocole I additionnel aux Conventions de Genève de 1949 157/. L'alinéa b), qui concerne la deuxième catégorie, vise celles qui sont énoncées au paragraphe 3 de l'article 85 de ce Protocole. La disposition liminaire de cet alinéa reprend deux critères généraux qui figurent aussi au paragraphe 3 de l'article 85, à savoir que les actes considérés doivent avoir été commis intentionnellement et avoir entraîné la mort ou causé des atteintes graves à l'intégrité physique ou à la santé. Les sous-alinéas i) à v) de l'alinéa b) correspondent respectivement aux alinéas a) à c), e) et f) du paragraphe 3 de l'article 85 du Protocole 158/. Pour sa part, l'alinéa c), qui recouvre la troisième catégorie, vise les infractions graves énumérées au paragraphe 4 de l'article 85 du même Protocole et s'ouvre par une disposition reprenant le critère général énoncé dans ce même paragraphe, à savoir que les actes considérés doivent avoir été commis intentionnellement. Les sous-alinéas i) et ii) de l'alinéa c) correspondent aux infractions graves des alinéas a) et b) du paragraphe 4 de l'article 85 du Protocole 159/. Les alinéas b)

156/ A cet égard, les commentaires autorisés des Conventions de Genève de 1949 établis par le Comité international de la Croix-Rouge seraient également applicables aux présentes dispositions.

157/ Protocole I additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949, relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux [ci-après dénommé Protocole additionnel I], Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1125, p. 3.

158/ Reste, parmi les infractions graves énumérées au paragraphe 3 de l'article 85, celle qui y figure à l'alinéa d) : elle fait l'objet de l'alinéa e) iii) du présent article.

159/ Les autres dispositions du présent article visent le reste des infractions graves énumérées au paragraphe 4 de l'article 85 : l'alinéa a) vi) correspond à l'alinéa e) du paragraphe 4; l'alinéa a) vii) vise l'infraction grave concernant la déportation ou le transfert définis à l'alinéa a) du paragraphe 4; l'alinéa d) correspond à l'alinéa c) du paragraphe 4; et l'alinéa e) iv), à l'alinéa d) du paragraphe 4. Quant à l'infraction grave de

et c) doivent être considérés comme ayant le même sens et le même champ d'application que les dispositions correspondantes du Protocole 160/. Ces alinéas sont rédigés en termes généraux et ne citent pas les articles précis du Protocole prévoyant les normes de conduite à partir desquelles sont définies les infractions graves visées à l'article 85, mais la norme de conduite pertinente est également applicable à ces deux alinéas.

12) La quatrième catégorie de crimes de guerre, à l'alinéa d), est constituée par "les atteintes à la dignité de la personne en violation du droit international humanitaire, notamment les traitements humiliants et dégradants, le viol, la contrainte à la prostitution et tout attentat à la pudeur". C'est là un type de conduite qui constitue manifestement une infraction grave aux quatre Conventions de Genève en vertu de l'alinéa a), ii) et iii). La Commission a néanmoins jugé important de réaffirmer expressément la nature criminelle de ces actes en les qualifiant de crimes de guerre lorsqu'ils sont commis dans des conflits armés de caractère international, étant donné les informations sans précédent faisant état d'actes criminels de ce type commis de manière systématique ou sur une grande échelle dans l'ex-Yougoslavie. Cette disposition est reprise de l'alinéa e) du paragraphe 2 de l'article 4 du Protocole II additionnel aux Conventions de Genève de 1949, où les atteintes en question sont qualifiées de violations des *garanties fondamentales* auxquelles ont droit toutes les personnes protégées dans les conflits armés non internationaux 161/. La Commission a noté que les garanties fondamentales prévues par le droit applicable aux conflits armés non internationaux constituent la norme minimale de traitement humain des personnes protégées, applicable dans tout type de conflit armé, qu'il soit

l'alinéa c) du paragraphe 4 de l'article 85, elle est prévue non seulement comme crime de guerre par la formulation plus générale de l'alinéa d) du présent article, mais encore comme crime contre l'humanité par l'alinéa f) de l'article 18, qui n'exige pas l'existence d'un conflit armé.

160/ A cet égard, le commentaire autorisé du Protocole additionnel I établi par le Comité international de la Croix-Rouge serait également applicable aux présentes dispositions.

161/ Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux [ci-après dénommé Protocole additionnel II], Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1125, p. 609.

international ou non international. C'est ce que reconnaissent clairement l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 et le paragraphe 2 de l'article 4 du Protocole additionnel II.

13) La cinquième catégorie de crimes de guerre, visée à l'alinéa e), comprend au premier chef les violations graves des lois et coutumes de la guerre sur terre telles qu'elles sont consacrées par la Convention (IV) de La Haye de 1907 et le Règlement qui y est annexé 162/. La Commission a relevé que le sous-alinéa iv) de l'alinéa e) couvrirait, notamment, les biens protégés par la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé 163/, ainsi que les oeuvres protégées par la Convention de Berne pour la protection des oeuvres littéraires et artistiques 164/. La présente disposition s'inspire du statut du Tribunal de Nuremberg (art. 6 c)) et de celui du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (art. 3), mais contrairement à ces instruments, elle donne une liste exhaustive des violations des lois ou coutumes de la guerre pour assurer plus de certitude dans la détermination des comportements visés par le Code. De plus, le sous-alinéa iii) concerne l'infraction grave figurant au paragraphe 3 d) de l'article 85 du Protocole additionnel I, relatif aux zones démilitarisées. Le terme "zone démilitarisée" a le même sens dans la présente disposition qu'à l'article 60 du Protocole additionnel I 165/.

14) L'alinéa f) vise la sixième catégorie de crimes de guerre, à savoir les violations graves du droit international humanitaire applicable dans

162/ Les Conventions et Déclarations de La Haye de 1899 et 1907 (Convention IV) concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et Annexe (Règlement)), Dotation Carnegie pour la paix internationale, New York, O.U.P., 1918, p. 101 et suiv.

163/ Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 249, p. 241.

164/ Publication OMPI No 287 (F).

165/ "Il est bien certain que les auteurs de l'article 60 n'ont pas eu en vue de telles zones, même s'ils ont prévu que les zones démilitarisées pourraient être constituées en temps de paix déjà; en effet, ces différentes espèces de zones démilitarisées, constituées par traités ... ne sont pas faites pour le temps de guerre, mais pour le temps de paix ou tout au moins d'armistice. Or, et c'est là le caractère essentiel des zones créées par l'article 60 : leur but n'est pas politique, mais humanitaire; elles sont destinées à protéger spécialement la population qui s'y trouve contre les attaques. Certes, rien ne s'oppose à ce qu'une zone démilitarisée créée par un traité de paix, un armistice ou tout autre accord international ne devienne, en cas de conflit armé, une zone démilitarisée selon l'article 60, moyennant un nouvel accord." Commentaire du Protocole additionnel I, p. 727.

les conflits armés ne présentant pas un caractère international, qui sont énumérées à l'article 3 commun aux Conventions de Genève de 1949 ainsi qu'à l'article 4 du Protocole II additionnel aux Conventions de Genève 166/. Les dispositions de cet alinéa doivent être considérées comme ayant le même sens et le même champ d'application que les dispositions correspondantes des Conventions et du Protocole 167/. Le sous-alinéa i) de l'alinéa f) concerne les violations visées à l'alinéa a) du paragraphe 1 de l'article 3 commun aux Conventions de Genève, ainsi qu'à l'alinéa a) du paragraphe 2 de l'article 4 du Protocole additionnel II; le sous-alinéa ii) correspond à l'alinéa b) du paragraphe 2 de l'article 4 du Protocole, et le sous-alinéa iii) à l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 3 commun aux Conventions de Genève, ainsi qu'à l'alinéa c) du paragraphe 2 de l'article 4 du Protocole; le sous-alinéa iv) concerne les actes visés à l'alinéa d) du paragraphe 2 de l'article 4 du Protocole et le sous-alinéa v), les atteintes définies à l'alinéa c) du paragraphe 1 de l'article 3 commun aux Conventions de Genève, ainsi qu'à l'alinéa e), plus détaillé, du paragraphe 2 de l'article 4 du Protocole 168/; le sous-alinéa vi) vise la même conduite que l'alinéa g) du paragraphe 2 de l'article 4 du Protocole, et le sous-alinéa vii) correspond à l'alinéa d) du paragraphe 1 de l'article 3 commun aux Conventions de Genève. L'alinéa f) est calqué sur l'article 4 du statut du Tribunal international pour le Rwanda, qui constitue l'énonciation la plus récente du droit applicable. Aux yeux de la Commission, cet alinéa revêt une importance particulière, vu la fréquence des conflits armés non internationaux depuis quelques années, et elle a noté que le principe de la responsabilité pénale individuelle pour violations du droit applicable dans les conflits armés internes a été réaffirmé par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie 169/.

166/ Ci-après dénommé Protocole additionnel II.

167/ A cet égard, les commentaires autorisés des Conventions de Genève de 1949 et de leur Protocole additionnel II établis par le Comité international de la Croix-Rouge seraient également applicables aux présentes dispositions.

168/ Ces violations, si elles étaient commises dans le cadre d'un conflit armé international, tomberaient sous le coup de la disposition identique de l'alinéa d) du présent article.

169/ The Prosecutor v. Dusko Tadic, Decision of the Appeals Chamber on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, p. 68.

15) Enfin, l'alinéa g) vise la septième catégorie de crimes de guerre, à savoir les crimes de guerre qui ont leur fondement dans les articles 35 et 55 du Protocole additionnel I. Les violations de ces dispositions n'y sont pas qualifiées d'infractions graves entraînant une responsabilité pénale individuelle. Le présent alinéa énonce trois conditions supplémentaires pour que ces violations du Protocole constituent des crimes de guerre relevant du Code. La première est que l'utilisation de méthodes ou moyens de guerre prohibés ne soit pas justifiée par des nécessités militaires. L'expression "nécessités militaires" sert dans cette disposition à rendre la même idée que dans les dispositions pertinentes des instruments juridiques existants, par exemple l'alinéa g) de l'article 23 du Règlement annexé à la Convention (IV) de La Haye de 1907 170/, les articles 50, 51 et 147, respectivement, des I^o, II^o et III^o Conventions de Genève énonçant les infractions graves à ces conventions, l'article 33 de la I^o Convention de Genève 171/, ou encore l'article 53 de la IV^e Convention de Genève 172/. Deuxième condition, il faut que l'acte ait été commis "dans l'intention de causer des dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel, et de porter gravement atteinte, de ce fait, à la santé ou à la survie de la population". A cet égard, la présente disposition exige que la conduite considérée, pour constituer un crime de guerre visé par le Code, se traduise par des conséquences graves, par un préjudice grave par rapport aux conséquences préjudiciables exigées pour une violation du Protocole additionnel I. Troisième condition enfin, le dommage doit être effectivement survenu à la suite de la conduite prohibée. Aux yeux de la Commission, ce type de comportement pourrait constituer un crime de guerre visé par le Code dans

170/ Aux termes de l'alinéa g) de l'article 23, "il est notamment interdit ... de détruire ou de saisir des propriétés ennemies, sauf les cas où ces destructions ou ces saisies seraient impérieusement commandées par les nécessités de la guerre".

171/ L'article 33 de la I^o Convention de Genève interdit de détourner les bâtiments ou le matériel d'unités sanitaires ennemies de leur emploi, à une exception limitée près, "en cas de nécessité militaire urgente". Le commentaire de cet article qualifie "l'exception, qui découle des nécessités militaires urgentes" de "conforme à un principe général du droit des gens". Commentaire de la I^o Convention de Genève (p. 306).

172/ L'article 53 reconnaît une exception à l'interdiction de détruire certains biens, "dans les cas où ces destructions seraient rendues absolument nécessaires par les opérations militaires".

le cadre d'un conflit armé international ou non international. C'est pourquoi le présent alinéa s'applique "dans le cas d'un conflit armé", que celui-ci présente un caractère international ou non, à la différence des dispositions du Protocole additionnel I, dont le champ d'application se limite aux conflits armés internationaux. L'absence, dans la disposition liminaire du présent alinéa, de l'expression "en violation du droit international humanitaire" est destinée à éviter de donner l'impression que ce type de conduite constitue nécessairement un crime de guerre au regard du droit international existant, à la différence de ceux qui sont visés par les alinéas précédents 173/.

173/ Suivant les Directives pour les manuels d'instruction militaire sur la protection de l'environnement en période de conflit armé établies par le Comité international de la Croix-Rouge, "la destruction de l'environnement qui n'est pas justifiée par les nécessités des opérations militaires constitue une infraction au droit international humanitaire. Dans certaines conditions, cette destruction peut faire l'objet de sanctions en tant que violation grave du droit international". Document A/49/323, annexe.

RESPONSABILITE DES ETATS

A. Introduction

51. A sa première session, en 1949, la Commission du droit international avait fait figurer la question de la "Responsabilité des Etats" dans la liste des sujets de droit international se prêtant à codification. En réponse à la résolution 799 (VIII) du 7 décembre 1953 dans laquelle l'Assemblée générale la priait de procéder, dès qu'elle le jugerait opportun, à la codification des principes du droit international régissant la responsabilité de l'Etat, la Commission, à sa septième session, en 1955, a décidé d'entreprendre l'étude de la question de la responsabilité des Etats et a nommé M. F.V. Garcia Amador Rapporteur spécial sur le sujet. Aux six sessions suivantes, de 1956 à 1961, le Rapporteur spécial a présenté six rapports successifs traitant, dans l'ensemble, de la question de la responsabilité à raison des dommages causés aux personnes ou aux biens des étrangers 174/.

52. A sa quatorzième session, en 1962, la Commission a constitué une Sous-Commission qu'elle a chargée d'établir un rapport préliminaire contenant des suggestions quant à la portée de l'étude future et à la manière d'aborder le sujet 175/.

53. A sa quinzième session, en 1963, la Commission, après avoir approuvé à l'unanimité le rapport de la Sous-Commission, a nommé M. Ago Rapporteur spécial pour le sujet.

54. De sa vingt et unième session (1969) à sa trente et unième session (1979), la Commission a reçu huit rapports du Rapporteur spécial 176/.

174/ Annuaire ... 1969, vol. II, p. 238.

175/ Ibid, p. 238 et suiv.

176/ Pour les huit rapports du Rapporteur spécial, voir :
Annuaire ... 1969, vol. II, doc. A/CN.4/217 et Add.1, p. 129 à 162;
Annuaire ... 1970, vol. II, doc. A/CN.4/233, p. 189 à 211;
Annuaire ... 1971, vol. II (première partie), doc. A/CN.4/246 et Add.1 à 3, p. 209 à 289; Annuaire ... 1972, vol. II, doc. A/CN.4/264 et Add.1, p. 77 à 174; Annuaire ... 1976, vol. II (première partie), doc. A/CN.4/291 et Add.1 et 2, p. 3 à 57; Annuaire ... 1977, vol. II (première partie), doc. A/CN.4/302 et Add.1 à 3; Annuaire ... 1978, vol. II (première partie), doc. A/CN.4/318 et Add.1 à 4; et Annuaire ... 1980, vol. II, doc. A/CN.4/318/Add.5 à 7.

55. Le plan d'ensemble adopté par la Commission à sa vingt-septième session, en 1975, pour le projet d'articles sur le sujet de la responsabilité des Etats envisageait l'économie du projet comme suit : la première partie porterait sur l'origine de la responsabilité internationale, la deuxième sur le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale, et une éventuelle troisième partie, que la Commission pourrait décider d'ajouter, sur la question du règlement des différends et de la mise en oeuvre de la responsabilité internationale 177/.

56. A sa trente-deuxième session, en 1980, la Commission a adopté à titre provisoire en première lecture la première partie du projet d'articles, intitulée "Origine de la responsabilité internationale" 178/.

57. A sa trente et unième session (1979), la Commission a nommé M. Willem Riphagen Rapporteur spécial en remplacement de M. Ago, élu juge à la Cour internationale de Justice.

58. De sa trente-deuxième session (1980) à sa trente-huitième session (1986), la Commission a reçu de M. Willem Riphagen sept rapports 179/, consacrés aux deuxième et troisième parties du projet d'articles 180/.

59. A sa trente-neuvième session (1987), la Commission a nommé M. Gaetano Arangio-Ruiz Rapporteur spécial pour succéder à M. Willem Riphagen, dont le mandat de membre de la Commission expirait le 31 décembre 1986.

177/ Annuaire ... 1975, vol. II, p. 60 à 64, doc. A/10010/Rev.1, par. 38 à 51.

178/ Annuaire ... 1980, vol. II (deuxième partie) p. 25 à 61, doc. A/35/10, chap. III.

179/ Pour les sept rapports du Rapporteur spécial, voir :
Annuaire ... 1980, vol. II (première partie), p. 105, doc. A/CN.4/330;
Annuaire ... 1981, vol. II (première partie), p. 81, doc. A/CN.4/334;
Annuaire ... 1982, vol. II (première partie), p. 25, doc. A/CN.4/354;
Annuaire ... 1983, vol. II (première partie), p. 3, doc. A/CN.4/366 et Add.1;
Annuaire ... 1984, vol. II (première partie), p. 1, doc. A/CN.4/380;
Annuaire ... 1985, vol. II (première partie), p. 3, doc. A/CN.4/389; et
Annuaire ... 1986, vol. II (première partie), p. 1, doc. A/CN.4/397 et Add.1.

180/ A sa trente-quatrième session (1983), la Commission a renvoyé les articles 1 à 6 de la deuxième partie du projet au Comité de rédaction. A sa trente-septième session (1985), elle a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les articles 7 à 16 de la deuxième partie. A sa trente-huitième session (1986), elle a décidé de lui renvoyer les articles 1 à 5 de la troisième partie et l'annexe de celle-ci.

De sa quarantième session (1988) à sa quarante-huitième session (1996), la Commission a reçu huit rapports de M. Gaetano Arangio-Ruiz 181/.

60. Au terme de sa quarante-septième session, la Commission avait adopté à titre provisoire les articles de la deuxième partie du projet d'articles portant les numéros 1 à 5 182/, 6 (Cessation du comportement illicite), 6 bis (Réparation), 7 (Restitution en nature), 8 (Indemnisation), 10 (Satisfaction), 10 bis (Garanties de non-répétition) 183/, 11 (Contre-mesures de l'Etat lésé), 13 (Proportionnalité) et 14 (Contre-mesures interdites) 184/. Elle avait en outre reçu du Comité de rédaction un texte d'article 12 (Conditions du recours à des contre-mesures) sur lequel elle avait différé sa décision 185/. Elle avait également, à la

181/ Pour les huit rapports du Rapporteur spécial, voir : Annuaire ... 1986, vol. II (première partie), p. 6, doc. A/CN.4/416 et Add.1; Annuaire ... 1990, vol. II (première partie), doc. A/CN.4/425 et Add.1; Annuaire ... 1991, vol. II (première partie), doc. A/CN.4/440 et Add.1, doc. A/CN.4/444 et Add.1 à 3, doc. A/CN.4/453 et Add.1 et Corr.1 à 3, et Add.2 et 3, doc. A/CN.4/461 Add.1 et 2, doc. A/CN.4/469 et Corr.1 (anglais seulement) et Add.1 et 2, et doc. A/CN.4/476 et Corr.1 (anglais seulement) et Add.1. A sa quarante et unième session (1989), la Commission a renvoyé au Comité de rédaction les articles 6 et 7 du chapitre II (Conséquences juridiques découlant d'un délit international) de la deuxième partie du projet d'articles. A sa quarante-deuxième session (1990), elle a renvoyé au Comité de rédaction les articles 8, 9 et 10 de la deuxième partie. A sa quarante-quatrième session (1992), elle lui a renvoyé les articles 11 à 14 et 5 bis de la deuxième partie. A sa quarante-cinquième session (1995), elle a renvoyé au Comité de rédaction les articles 1 à 6 de la troisième partie et l'annexe de celle-ci. A sa quarante-septième session (1995), la Commission a renvoyé au Comité de rédaction les articles 15 à 20 de la première partie, traitant des conséquences juridiques des faits internationaux illicites qualifiés de crimes aux termes de l'article 19 de ladite partie, ainsi qu'un nouveau texte d'article 7 pour la troisième partie du projet.

182/ Pour le texte des articles 1 à 5 (par. 1), et les commentaires correspondants, voir Annuaire ... 1985, vol. II (deuxième partie), p. 24 et suiv.

183/ Pour le texte de l'article 5, paragraphe 2, et des articles 6, 6 bis, 7, 8, 10 et 10 bis, ainsi que les commentaires correspondants, voir Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément No 10 (A/48/10), p. 141 et suiv.

184/ Pour le texte des articles 11, 13 et 14, voir ibid., quarante-neuvième session, Supplément No 10 (A/49/10), note 362. Lorsque la Commission a adopté l'article 11, il a été entendu qu'il faudrait peut-être le réexaminer à la lumière du texte qui serait finalement adopté pour l'article 12 (voir ibid., par. 352).

185/ Voir ibid., par. 352.

quarante-septième session, adopté à titre provisoire, les articles devant figurer dans la troisième partie du projet d'articles numérotés 1 (Négociations), 2 (Bons offices et médiation), 3 (Conciliation), 4 (Tâche de la commission de conciliation), 5 (Arbitrage), 6 (Mandat du tribunal arbitral) et 7 (Validité d'une sentence arbitrale), ainsi que les articles 1 (La commission de conciliation) et 2 (Le tribunal arbitral) de l'annexe à cette partie.

B. Examen du sujet à la présente session

61. A la présente session, la Commission était saisie du huitième rapport du Rapporteur spécial, M. Arangio-Ruiz 186/. Ce rapport traitait des problèmes soulevés par le régime applicable aux faits internationalement illicites qualifiés de "crimes" à l'article 19 de la Première partie du projet, ainsi que d'autres questions sur lesquelles il semblait utile au Rapporteur spécial d'attirer l'attention de la Commission. Celle-ci a examiné le rapport à sa 2436ème séance, le 5 juin 1996.

62. A la 2438ème séance de la Commission, le 7 juin 1996, M. Arangio-Ruiz a annoncé qu'il se démettait de sa charge de Rapporteur spécial.

63. Le Comité de rédaction a achevé l'examen en première lecture des articles des deuxième et troisième parties du projet d'articles sur la responsabilité des Etats. La Commission a examiné le rapport du Comité de rédaction de sa 2452ème à sa 2458ème séance, du 3 au 12 juillet 1996 187/.

64. A sa 2473ème séance, le 26 juillet 1996, la Commission du droit international a décidé, conformément aux articles 16 et 21 de son statut, de soumettre aux gouvernements, par l'entremise du Secrétaire général, le projet d'articles figurant dans la section D du présent chapitre, en leur demandant de faire connaître leurs observations au Secrétaire général pour le 1er janvier 1998 au plus tard.

C. Hommage aux Rapporteurs spéciaux

65. A sa 2459ème séance, le 12 juillet 1996, la Commission, après avoir adopté le texte du projet d'articles sur la responsabilité des Etats, a adopté par acclamation la résolution suivante :

La Commission du droit international,

Avant adopté provisoirement le projet d'articles sur la responsabilité des Etats,

186/ A/CN.4/476 et Add.1 et Add.1/Corr.1 (anglais seulement).

187/ Pour le rapport du Comité de rédaction, voir doc. A/CN.4/L.524.

Exprime aux rapporteurs spéciaux, le juge Ago et MM. Willem Riphagen et Arangio-Ruiz, sa profonde reconnaissance pour la remarquable contribution qu'ils ont apportée à l'analyse du sujet, grâce à leurs travaux érudits et à leur vaste expérience, permettant ainsi à la Commission de mener à bonne fin son examen en première lecture du projet d'articles sur la responsabilité des Etats.

D. Projet d'articles sur la responsabilité des Etats

1. Texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture

RESPONSABILITE DES ETATS

Première partie

Origine de la responsabilité internationale

CHAPITRE PREMIER

PRINCIPES GENERAUX

Article premier 188/

Responsabilité de l'Etat pour ses faits internationalement illicites

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

Article 2 189/

Possibilité que tout Etat soit considéré comme ayant commis un fait internationalement illicite

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

188/ Pour le commentaire de l'article, voir Annuaire ... 1973, vol. II, p. 175 à 179.

189/ Pour le commentaire de l'article, voir ibid., p. 179 à 182.

Article 3 190/

Éléments du fait internationalement illicite de l'Etat

Il y a fait internationalement illicite de l'Etat lorsque :

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

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

Article 4 191/

Qualification d'un fait de l'Etat comme internationalement illicite

Le fait d'un Etat ne peut être qualifié d'internationalement illicite que d'après le droit international. Une telle qualification ne saurait être affectée par la qualification du même fait comme licite d'après le droit interne.

CHAPITRE II

LE "FAIT DE L'ETAT" SELON LE DROIT INTERNATIONAL

Article 5 192/

Attribution à l'Etat du comportement de ses organes

Aux fins des présents articles, est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement de tout organe de l'Etat ayant ce statut d'après le droit interne de cet Etat, pour autant que, en l'occurrence, il ait agi en cette qualité.

Article 6 193/

Non-pertinence de la position de l'organe dans le cadre de l'organisation de l'Etat

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

190/ Pour le commentaire de l'article, voir *ibid.*, p. 182 à 187.

191/ Pour le commentaire de l'article, voir *ibid.*, p. 187 à 191.

192/ Pour le commentaire de l'article, voir *ibid.*, p. 194 à 197.

193/ Pour le commentaire de l'article, voir *ibid.*, p. 197 à 201.

Article 7 194/

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

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

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

Article 8 195/

Attribution à l'Etat du comportement de personnes
agissant en fait pour le compte de l'Etat

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

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

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

Article 9 196/

Attribution à l'Etat du comportement d'organes
mis à sa disposition par un autre Etat ou par
une organisation internationale

Est de même considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'un organe qui a été mis à sa disposition par un autre Etat ou par une organisation internationale, pour autant que cet organe ait agi dans l'exercice de prérogatives de la puissance publique de l'Etat à la disposition duquel il se trouve.

194/ Pour le commentaire de l'article, voir Annuaire ... 1974, vol. II (première partie), p. 288 à 294.

195/ Pour le commentaire de l'article, voir ibid., p. 294 à 297.

196/ Pour le commentaire de l'article, voir ibid., p. 297 à 302.

Article 10 197/

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

Le comportement d'un organe de l'Etat, d'une collectivité publique territoriale ou d'une entité habilitée à l'exercice de prérogatives de la puissance publique, ledit organe ayant agi en cette qualité, est considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international même si, en l'occurrence, l'organe a dépassé sa compétence selon le droit interne ou a contrevenu aux instructions concernant son activité.

Article 11 198/

Comportement de personnes n'agissant pas
pour le compte de l'Etat

1. N'est pas considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'une personne ou d'un groupe de personnes n'agissant pas pour le compte de l'Etat.
2. Le paragraphe 1 est sans préjudice de l'attribution à l'Etat de tout autre comportement qui est en rapport avec celui des personnes ou groupes de personnes visés audit paragraphe et qui doit être considéré comme un fait de l'Etat en vertu des articles 5 à 10.

Article 12 199/

Comportement d'organes d'un autre Etat

1. N'est pas considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement adopté sur son territoire ou sur tout autre territoire soumis à sa juridiction par un organe d'un autre Etat agissant en cette qualité.
2. Le paragraphe 1 est sans préjudice de l'attribution à un Etat de tout autre comportement qui est en rapport avec celui envisagé audit paragraphe et qui doit être considéré comme un fait de cet Etat en vertu des articles 5 à 10.

197/ Pour le commentaire de l'article, voir Annuaire ... 1975, vol. II, p. 65 à 75.

198/ Pour le commentaire de l'article, voir ibid., p. 75 à 89.

199/ Pour le commentaire de l'article, voir ibid., p. 89 à 93.

Article 13 200/

Comportement d'organes d'une organisation internationale

N'est pas considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'un organe d'une organisation internationale agissant en cette qualité du seul fait que ledit comportement a été adopté sur le territoire de cet Etat ou sur tout autre territoire soumis à sa juridiction.

Article 14 201/

Comportement d'organes d'un mouvement insurrectionnel

1. N'est pas considéré comme un fait de l'Etat d'après le droit international le comportement d'un organe d'un mouvement insurrectionnel établi sur le territoire de cet Etat ou sur tout autre territoire sous son administration.
2. Le paragraphe 1 est sans préjudice de l'attribution à un Etat de tout autre comportement qui est en rapport avec celui de l'organe du mouvement insurrectionnel et qui doit être considéré comme un fait de cet Etat en vertu des articles 5 à 10.
3. De même, le paragraphe 1 est sans préjudice de l'attribution du comportement de l'organe du mouvement insurrectionnel à ce mouvement dans tous les cas où une telle attribution peut se faire d'après le droit international.

Article 15 202/

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

1. Le fait d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement d'un Etat est considéré comme un fait de cet Etat. Toutefois, une telle attribution est sans préjudice de l'attribution à cet Etat d'un comportement qui aurait auparavant été considéré comme un fait de l'Etat en vertu des articles 5 à 10.
2. Le fait d'un mouvement insurrectionnel dont l'action aboutit à la création d'un nouvel Etat sur une partie du territoire d'un Etat préexistant ou sur un territoire sous son administration est considéré comme un fait de ce nouvel Etat.

200/ Pour le commentaire de l'article, voir *ibid.*, p. 93 à 97.

201/ Pour le commentaire de l'article, voir *ibid.*, p. 98 à 107.

202/ Pour le commentaire de l'article, voir *ibid.*, p. 107 à 113.

CHAPITRE III

VIOLATION D'UNE OBLIGATION INTERNATIONALE

Article 16 203/

Existence d'une violation d'une obligation internationale

Il y a violation d'une obligation internationale par un Etat lorsqu'un fait dudit Etat n'est pas conforme à ce qui est requis de lui par cette obligation.

Article 17 204/

Non-pertinence de l'origine de l'obligation internationale violée

1. Le fait d'un Etat qui constitue une violation d'une obligation internationale est un fait internationalement illicite quelle que soit l'origine, coutumière, conventionnelle ou autre, de cette obligation.
2. L'origine de l'obligation internationale violée par un Etat est sans effet sur la responsabilité internationale engagée par le fait internationalement illicite de cet Etat.

Article 18 205/

Condition que l'obligation internationale soit en vigueur à l'égard de l'Etat

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

203/ Pour le commentaire de l'article, voir Annuaire ... 1976, vol. II (deuxième partie), p. 73 et 74.

204/ Pour le commentaire de l'article, voir ibid., p. 74 à 81.

205/ Pour le commentaire de l'article, voir ibid., p. 81 à 89.

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

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

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

Article 19 206/

Crimes et délits internationaux

1. Le fait d'un Etat qui constitue une violation d'une obligation internationale est un fait internationalement illicite quel que soit l'objet de l'obligation violée.

2. Le fait internationalement illicite qui résulte d'une violation par un Etat 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 cette communauté dans son ensemble constitue un crime international.

3. Sous réserve des dispositions du paragraphe 2 et d'après les règles du droit international en vigueur, un crime international peut notamment résulter :

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

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

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

206/ Pour le commentaire de l'article, voir *ibid.*, p. 89 à 113.

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

4. Tout fait internationalement illicite qui n'est pas un crime international conformément au paragraphe 2 constitue un délit international.

Article 20 207/

Violation d'une obligation internationale requérant d'adopter un comportement spécifiquement déterminé

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

Article 21 208/

Violation d'une obligation internationale requérant d'assurer un résultat déterminé

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

2. Lorsqu'un comportement de l'Etat a créé une situation non conforme au résultat requis de lui par une obligation internationale, mais qu'il ressort de l'obligation que ce résultat ou un résultat équivalent peut néanmoins être acquis par un comportement ultérieur de l'Etat, il n'y a violation de l'obligation que si l'Etat manque aussi par son comportement ultérieur à assurer le résultat requis de lui par cette obligation.

Article 22 209/

Epuisement des recours internes

Lorsqu'un comportement d'un Etat a créé une situation non conforme au résultat requis de lui par une obligation internationale concernant le traitement à réserver à des particuliers étrangers, personnes physiques ou morales, mais qu'il ressort de l'obligation que ce résultat ou un résultat équivalent peut néanmoins être acquis par un comportement ultérieur de l'Etat, il n'y a violation de l'obligation que si les

207/ Pour le commentaire de l'article, voir Annuaire ... 1977, vol. II (deuxième partie), p. 13 à 20.

208/ Pour le commentaire de l'article, voir ibid., p. 20 à 31.

209/ Pour le commentaire de l'article, voir ibid., p. 31 à 52.

particuliers intéressés ont épuisé les recours internes efficaces leur étant disponibles sans obtenir le traitement prévu par l'obligation ou, au cas où cela n'était pas possible, un traitement équivalent.

Article 23 210/

Violation d'une obligation internationale requérant
de prévenir un événement donné

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

Article 24 211/

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

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

Article 25 212/

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

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

210/ Pour le commentaire de l'article, voir Annuaire ... 1978, vol. II (deuxième partie), p. 91 à 97.

211/ Pour le commentaire de l'article, voir ibid., p. 97 à 101.

212/ Pour le commentaire de l'article, voir ibid., p. 101 à 109.

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

Article 26 213/

Moment et durée de la violation d'une obligation internationale de prévenir un événement donné

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

CHAPITRE IV

IMPLICATION D'UN ETAT DANS LE FAIT INTERNATIONALEMENT
ILLICITE D'UN AUTRE ETAT

Article 27 214/

Aide ou assistance d'un Etat à un autre Etat pour la perpétration d'un fait internationalement illicite

L'aide ou l'assistance d'un Etat à un autre Etat, s'il est établi qu'elle est prêtée pour la perpétration d'un fait internationalement illicite réalisée par ce dernier, constitue elle aussi un fait internationalement illicite, même si, prise isolément, cette aide ou assistance ne constituerait pas la violation d'une obligation internationale.

Article 28 215/

Responsabilité d'un Etat pour le fait internationalement illicite d'un autre Etat

1. Le fait internationalement illicite commis par un Etat dans un domaine d'activité dans lequel cet Etat est soumis au pouvoir de direction ou de contrôle d'un autre Etat engage la responsabilité internationale de cet autre Etat.

213/ Pour le commentaire de l'article, voir *ibid.*, p. 109 à 111.

214/ Pour le commentaire de l'article, voir *ibid.*, p. 111 à 118.

215/ Pour le commentaire de l'article, voir Annuaire ... 1979, vol. II (deuxième partie), p. 104 à 118.

2. Le fait internationalement illicite commis par un Etat en conséquence de la contrainte exercée par un autre Etat pour provoquer la perpétration de ce fait engage la responsabilité internationale de cet autre Etat.

3. Les paragraphes 1 et 2 sont sans préjudice de la responsabilité internationale, en vertu des autres dispositions des présents articles, de l'Etat ayant commis le fait internationalement illicite.

CHAPITRE V

CIRCONSTANCES EXCLUANT L'ILLICÉITE

Article 29 216/

Consentement

1. Le consentement valablement donné par un Etat à la commission par un autre Etat d'un fait déterminé non conforme à une obligation de ce dernier envers le premier Etat exclut l'illicéité de ce fait à l'égard dudit Etat pour autant que le fait reste dans les limites de ce consentement.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas si l'obligation découle d'une norme impérative du droit international général. Aux fins des présents articles, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des Etats dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère.

Article 30 217/

Contre-mesures à l'égard d'un fait internationalement illicite

L'illicéité d'un fait d'un Etat non conforme à une obligation de ce dernier envers un autre Etat est exclue si ce fait constitue une mesure légitime d'après le droit international à l'encontre de cet autre Etat, à la suite d'un fait internationalement illicite de ce dernier Etat.

216/ Pour le commentaire de l'article, voir *ibid.*, p. 121 à 128.

217/ Pour le commentaire de l'article, voir *ibid.*, p. 128 à 135.

Article 31 218/

Force majeure et cas fortuit

1. L'illicéité d'un fait d'un Etat non conforme à une obligation internationale de cet Etat est exclue si ce fait a été dû à une force irrésistible ou à un événement extérieur imprévu, en dehors de son contrôle, qui a rendu matériellement impossible à l'Etat d'agir conformément à cette obligation ou de se rendre compte que son comportement n'était pas conforme à cette obligation.
2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas si l'Etat en question a contribué à la survenance de la situation d'impossibilité matérielle.

Article 32 219/

Détresse

1. L'illicéité d'un fait d'un Etat non conforme à une obligation internationale de cet Etat est exclue si l'auteur du comportement qui constitue le fait de cet Etat n'avait pas d'autre moyen, dans une situation d'extrême détresse, de sauver sa vie ou celle de personnes confiées à sa garde.
2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas si l'Etat en question a contribué à la survenance de la situation d'extrême détresse ou si le comportement en question était susceptible de créer un péril comparable ou supérieur.

Article 33 220/

Etat de nécessité

1. L'état de nécessité ne peut pas être invoqué par un Etat comme une cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait de cet Etat non conforme à une de ses obligations internationales, à moins que :
 - a) ce fait n'ait constitué le seul moyen de sauvegarder un intérêt essentiel dudit Etat contre un péril grave et imminent; et que

218/ Pour le commentaire de l'article, voir *ibid.*, p. 135 à 148.

219/ Pour le commentaire de l'article, voir *ibid.*, p. 149 à 152.

220/ Pour le commentaire de l'article, voir Annuaire ... 1980, vol. II (deuxième partie), p. 33 à 50.

b) ce fait n'ait pas gravement porté atteinte à un intérêt essentiel de l'Etat à l'égard duquel l'obligation existait.

2. En tout état de cause, l'état de nécessité ne peut pas être invoqué par un Etat comme une cause d'exclusion d'illicéité :

a) si l'obligation internationale à laquelle le fait de l'Etat n'est pas conforme découle d'une norme impérative du droit international général; ou

b) si l'obligation internationale à laquelle le fait de l'Etat n'est pas conforme est prévue par un traité qui, explicitement ou implicitement, exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité en ce qui concerne cette obligation; ou

c) si l'Etat en question a contribué à la survenance de l'état de nécessité.

Article 34 221/

Légitime défense

L'illicéité d'un fait d'un Etat non conforme à une obligation internationale de cet Etat est exclue si ce fait constitue une mesure licite de légitime défense prise en conformité avec la Charte des Nations Unies.

Article 35 222/

Réserve relative à l'indemnisation des dommages

L'exclusion de l'illicéité d'un fait d'un Etat en vertu des dispositions des articles 29, 31, 32 ou 33 ne préjuge pas des questions qui pourraient se poser à propos de l'indemnisation des dommages causés par ce fait.

221/ Pour le commentaire de l'article, voir *ibid.*, p. 50 à 59.

222/ Pour le commentaire de l'article, voir *ibid.*, p. 59 à 60.

Deuxième partie

Contenu, formes et degrés de la responsabilité internationale

CHAPITRE PREMIER

PRINCIPES GENERAUX

Article 36 223/

Conséquences d'un fait internationalement illicite

1. La responsabilité internationale d'un Etat qui, conformément aux dispositions de la Première partie, est engagée par un fait internationalement illicite commis par cet Etat entraîne des conséquences juridiques énoncées dans la présente partie.
2. Les conséquences juridiques visées au paragraphe 1 sont sans préjudice du maintien du devoir de l'Etat qui a commis le fait internationalement illicite d'exécuter l'obligation qu'il a violée.

Article 37 224/

Lex specialis

Les dispositions de la présente partie ne s'appliquent pas dans les cas ou dans la mesure où les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un Etat sont déterminées par d'autres règles de droit international qui se rapportent spécifiquement à ce fait.

Article 38 225/

Droit international coutumier

Les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un Etat qui ne sont pas énoncées dans les dispositions de la présente partie continuent d'être régies par les règles du droit international coutumier.

223/ Pour le commentaire du paragraphe 1 de l'article (ancien article premier), voir Annuaire ... 1983, vol. II (deuxième partie), p. 44 et 45. Pour le commentaire du paragraphe 2, voir Annuaire ... 1993, vol. II (deuxième partie), p. 57.

224/ Pour le commentaire de l'article (ancien article 2), voir Annuaire ... 1983, vol. II (deuxième partie), p. 45.

225/ Pour le commentaire de l'article (ancien article 3), voir ibid., p. 45.

Relation avec la Charte des Nations Unies

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

226/ Pour le commentaire de l'article (ancien article 4), voir *ibid.*, p. 45 et 46.

La Commission a reconnu que, dans la mesure où les articles finalement adoptés le seront sous la forme d'une convention, la relation de cette convention avec la Charte sera régie par l'Article 103 de cette dernière. Etant donné que les dispositions de la Charte prévalent, de nombreux membres de la Commission ont manifesté la crainte que les droits et obligations d'un Etat découlant de la convention - c'est-à-dire fondés sur le droit de la responsabilité des Etats - ne puissent être rendus inopérants par des décisions que prendrait le Conseil de sécurité au titre du Chapitre VII de la Charte, décisions que les Etats Membres, en vertu de l'Article 25 de celle-ci, sont tenus d'accepter et d'appliquer.

Par exemple, le Conseil de sécurité, agissant dans le but de maintenir ou de rétablir la paix et la sécurité internationales, aurait-il la faculté de déclarer irrecevable l'argument de nécessité invoqué par un Etat (art. 33), de dénier à un Etat le droit de prendre des contre-mesures (art. 47 et 48) ou d'imposer une obligation de recourir à l'arbitrage (art. 58) ?

Selon un point de vue, le Conseil de sécurité ne pourrait pas, en principe, priver un Etat de ses droits juridiquement établis ni lui imposer des obligations allant au-delà de celles qui découlent du droit international général et de la Charte elle-même. Exceptionnellement, il pourrait inviter un Etat à suspendre l'exercice de ses droits, en lui demandant par exemple, à titre de mesure provisoire conformément à l'Article 40 de la Charte, de suspendre l'application de contre-mesures. Ou bien le déni de droits juridiquement établis pourrait être plus permanent, à l'égard d'un Etat résolu à se comporter en agresseur. Mais, en règle générale, selon ce point de vue, le Conseil de sécurité devrait agir en ayant pleinement égard aux droits des Etats.

Selon un autre point de vue, cette conception serait trop restrictive, trop "légaliste", et reléguerait au second plan l'intérêt prépondérant qu'a l'ensemble de la communauté des Etats à ce que la paix internationale soit préservée.

Les termes de l'article 39 ne tentent pas de régler ce point, ni dans un sens ni dans l'autre. La Commission accueillera avec intérêt toutes observations précises des Etats sur les points soulevés, de manière à pouvoir revenir sur ces questions importantes lors de l'examen du texte en deuxième lecture.

Sens de l'expression "Etat lésé"

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

2. En particulier, l'expression "Etat lésé" désigne :

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

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

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

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

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

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

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

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

227/ Pour le commentaire de l'article (ancien article 5), voir Annuaire ... 1985, vol. II (deuxième partie), p. 25 à 27.

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

3. En outre, l'expression "Etat lésé" désigne, si le fait internationalement illicite constitue un crime international */, tous les autres Etats.

CHAPITRE II

DROITS DE L'ETAT LESE ET OBLIGATIONS DE L'ETAT AUTEUR DU FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE

Article 41 228/

Cessation du comportement illicite

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

Article 42 229/

Réparation

1. L'Etat lésé est en droit d'obtenir de l'Etat qui a commis un fait internationalement illicite une réparation intégrale, sous une ou plusieurs des formes de réparation : restitution en nature, indemnisation, satisfaction et assurances et garanties de non-répétition.

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

a) de l'Etat lésé, ou

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

*/ Le terme "crime" est employé ici par souci de cohérence avec l'article 19 de la Première partie des articles. Toutefois, il a été noté que des formules comme "un fait internationalement illicite de nature grave" ou "un fait illicite d'une exceptionnelle gravité" pourraient être substituées au terme "crime", ce qui, notamment, éviterait l'implication pénale de ce terme.

228/ Pour le commentaire de l'article (ancien article 6), voir Annuaire... 1993, vol. II (deuxième partie), p. 57 à 60.

229/ Pour le commentaire des paragraphes 1, 2 et 4 (anciennement 3) de l'article, voir ibid., p. 61 à 64. Pour le commentaire du paragraphe 3, voir sect. D.2 ci-après.

3. En aucun cas la réparation n'a pour effet de priver une population de ses propres moyens de subsistance.

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

Article 43 230/

Restitution en nature

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

- a) n'est pas matériellement impossible;
- b) n'entraîne pas la violation d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général;
- c) n'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage que l'Etat lésé gagnerait en obtenant la restitution en nature plutôt que l'indemnisation; ou
- d) ne menace pas sérieusement l'indépendance politique ou la stabilité économique de l'Etat qui a commis le fait internationalement illicite, alors que l'Etat lésé ne serait pas affecté dans la même mesure s'il n'obtenait pas la restitution en nature.

Article 44 231/

Indemnisation

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

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

230/ Pour le commentaire de l'article (ancien article 7), voir Annuaire ... 1993, vol. II (deuxième partie), p. 64 à 70.

231/ Pour le commentaire de l'article (ancien article 8), voir ibid., p. 70 à 79.

Article 45 232/

Satisfaction

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

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

- a) des excuses;
- b) des dommages-intérêts symboliques;
- c) en cas d'atteinte grave aux droits de l'Etat lésé, des dommages-intérêts correspondant à la gravité de l'atteinte;
- d) si le fait internationalement illicite résulte de fautes graves d'agents de l'Etat ou d'agissements criminels d'agents de l'Etat ou de personnes privées, une action disciplinaire à l'encontre des responsables ou leur châtement.

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

Article 46 233/

Assurances et garanties de non-répétition

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

232/ Pour le commentaire de l'article (ancien article 10), voir *ibid.*, p. 79 à 84.

233/ Pour le commentaire de l'article (ancien article 10 bis), voir *ibid.*, p. 84 à 86.

CHAPITRE III

CONTRE-MESURES

Article 47 234/

Contre-mesures d'un Etat lésé

1. Aux fins des présents articles, on entend par contre-mesures le fait pour l'Etat lésé de ne pas s'acquitter d'une ou plusieurs de ses obligations envers l'Etat auteur d'un fait internationalement illicite pour l'inciter à s'acquitter de ses obligations au titre des articles 41 à 46, aussi longtemps qu'il ne s'est pas acquitté de ces obligations et pour autant que cela soit nécessaire à la lumière de ses réponses aux demandes de l'Etat lésé afin qu'il s'en acquitte.
2. La prise de contre-mesures est soumise aux conditions et restrictions énoncées dans les articles 48 à 50.
3. Si une contre-mesure visant un Etat auteur d'un fait internationalement illicite entraîne la violation d'une obligation à l'égard d'un Etat tiers, cette violation ne peut être justifiée à l'encontre de l'Etat tiers au titre de ce chapitre.

Article 48 235/

Conditions du recours à des contre-mesures

1. Avant d'entreprendre des contre-mesures, un Etat lésé s'acquitte de l'obligation de négocier prévue à l'article 54. Cette obligation est sans préjudice de l'adoption par cet Etat de mesures conservatoires qui sont nécessaires pour préserver ses droits et sont par ailleurs conformes aux conditions stipulées dans ce chapitre.
2. Un Etat lésé qui prend des contre-mesures s'acquitte des obligations relatives au règlement des différends découlant de la Troisième partie ou de toute autre procédure de règlement obligatoire des différends en vigueur entre l'Etat lésé et l'Etat auteur du fait internationalement illicite.
3. Sous réserve que le fait internationalement illicite ait cessé, l'Etat lésé doit suspendre les contre-mesures dans les cas et dans la mesure où la procédure de règlement des différends visée au paragraphe 2 est appliquée de bonne foi par l'Etat qui a commis ledit fait, et où le différend est soumis à un tribunal qui est habilité à émettre des injonctions obligatoires pour les parties.

234/ Pour le commentaire de l'article (ancien article 11), voir sect. D.2 ci-après.

235/ Pour le commentaire de l'article (ancien article 12), voir sect. D.2 ci-après.

4. L'obligation de suspendre les contre-mesures prend fin en cas de défaut de l'Etat auteur du fait internationalement illicite de se conformer à une demande ou à une injonction émanant de la procédure de règlement du différend.

Article 49 236/

Proportionnalité

Les contre-mesures prises par un Etat lésé ne doivent pas être hors de proportion avec le degré de gravité du fait internationalement illicite ou ses effets sur l'Etat lésé.

Article 50 237/

Contre-mesures interdites

Un Etat lésé ne doit pas recourir, à titre de contre-mesures :

a) à la menace ou à l'emploi de la force, interdits par la Charte des Nations Unies;

b) à des mesures de contrainte économique ou politique extrêmes visant à porter atteinte à l'intégrité territoriale ou à l'indépendance politique de l'Etat qui a commis le fait internationalement illicite;

c) à tout comportement qui porte atteinte à l'inviolabilité des agents, locaux, archives et documents diplomatiques ou consulaires;

d) à tout comportement qui déroge aux droits de l'homme fondamentaux; ou

e) à tout autre comportement contrevenant à une norme impérative du droit international général.

236/ Pour le commentaire de l'article (ancien article 13), voir le rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-septième session (Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément No 10 (A/50/10)), p. 154 à 159.

237/ Pour le commentaire de l'article (ancien article 14), voir *ibid.*, p. 159 à 184.

CHAPITRE IV

CRIMES INTERNATIONAUX

Article 51 238/

Conséquences d'un crime international

Un crime international fait naître toutes les conséquences juridiques découlant de tout autre fait internationalement illicite et, de surcroît, toutes les conséquences supplémentaires énoncées aux articles 52 et 53 ci-après.

Article 52 239/

Conséquences spécifiques

Lorsqu'un fait internationalement illicite commis par un Etat est un crime international :

a) le droit d'un Etat lésé à obtenir la restitution en nature n'est pas soumis aux limitations énoncées aux alinéas c) et d) de l'article 43;

b) le droit d'un Etat lésé à obtenir satisfaction n'est pas soumis à la restriction prévue au paragraphe 3 de l'article 45.

Article 53 240/

Obligations incombant à tous les Etats

Un crime international commis par un Etat fait naître pour chaque autre Etat l'obligation :

a) de ne pas reconnaître comme licite la situation créée par le crime;

b) de ne pas prêter aide ou assistance à l'Etat qui a commis le crime pour maintenir la situation ainsi créée;

c) de coopérer avec les autres Etats pour exécuter les obligations énoncées aux alinéas a) et b); et

d) de coopérer avec les autres Etats pour appliquer les mesures visant à éliminer les conséquences du crime.

238/ Pour le commentaire de l'article, voir sect. D.2 ci-après.

239/ Pour le commentaire de l'article, voir *ibid.*

240/ Pour le commentaire de l'article, voir *ibid.*

Troisième partie

Règlement des différends

Article 54 241/

Négociation

Si un différend concernant l'interprétation ou l'application des présents articles s'élève entre deux ou plusieurs Etats parties à ceux-ci, lesdits Etats parties s'efforcent, à la demande de l'un quelconque d'entre eux, de le régler à l'amiable par négociation.

Article 55 242/

Bons offices et médiation

Tout Etat Partie aux présents articles qui n'est pas partie au différend pourra, à la demande de toute partie au différend, ou de sa propre initiative, proposer ses bons offices ou offrir sa médiation en vue de faciliter un règlement amiable du différend.

Article 56 243/

Conciliation

Si, trois mois après la première demande de négociations, le différend n'a pas été réglé par accord et qu'aucun mode de règlement obligatoire par tierce partie n'a été institué, toute partie au différend peut le soumettre à la conciliation conformément à la procédure indiquée dans l'annexe I des présents articles.

Article 57 244/

Tâche de la commission de conciliation

1. La commission de conciliation aura pour tâche d'élucider les questions en litige, de recueillir à cet effet toutes les informations

241/ Pour le commentaire de l'article (ancien article premier), voir le Rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-septième session (Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément No 10 (A/50/10)), p. 184.

242/ Pour le commentaire de l'article (ancien article 2), voir *ibid.*, p. 186 et 187.

243/ Pour le commentaire de l'article (ancien article 3), voir *ibid.*, p. 187 à 189.

244/ Pour le commentaire de l'article (ancien article 4), voir *ibid.*, p. 190 à 193.

nécessaires, par voie d'enquête ou autrement, et de s'efforcer d'amener les parties au différend à un règlement.

2. A cette fin, les parties adresseront à la commission un mémoire exposant leur position au sujet du différend ainsi que les faits sur lesquels cette position est fondée. En outre, elles fourniront à la commission tous éléments supplémentaires d'information ou de preuve qu'elle pourra demander et aideront la commission dans toute enquête indépendante qu'elle pourra souhaiter entreprendre, y compris sur le territoire de toute partie au différend, sauf lorsque des raisons exceptionnelles s'y opposeront. Dans ce cas, cette partie donnera à la commission une explication de ces raisons exceptionnelles.

3. La commission pourra, à sa discrétion, faire des propositions préliminaires à l'une quelconque des parties ou à toutes les parties, sans préjudice de ses recommandations ultérieures.

4. Les recommandations aux parties seront contenues dans un rapport qui sera présenté au plus tard trois mois à compter de la constitution officielle de la commission, et la commission pourra fixer le délai dans lequel les parties devront répondre à ces recommandations.

5. Si la réponse des parties aux recommandations de la commission ne conduit pas à un règlement du différend, la commission pourra leur présenter un rapport final contenant son appréciation du différend et ses recommandations en vue d'un règlement.

Article 58 245/

Arbitrage

1. Si la commission de conciliation prévue à l'article 56 n'a pas été saisie du différend ou si les parties n'ont pas réussi à régler leur différend à l'amiable dans les six mois suivant la présentation du rapport de la commission, les parties au différend peuvent, d'un commun accord, soumettre le différend à un tribunal arbitral qui sera constitué conformément aux dispositions de l'annexe II des présents articles.

2. Toutefois, lorsque le différend s'élève entre des Etats parties aux présents articles dont l'un a pris des contre-mesures à l'encontre de l'autre, l'Etat à l'encontre duquel les contre-mesures sont prises a le droit de soumettre unilatéralement à tout moment le différend à un tribunal arbitral qui sera constitué conformément à l'annexe II des présents articles.

245/ Pour le commentaire de l'article (ancien article 5), voir *ibid.*, p. 194 à 196.

Article 59 246/

Mandat du tribunal arbitral

1. Le tribunal arbitral, qui sera appelé à trancher avec effet obligatoire les points de fait ou de droit qui seront en litige entre les parties et qui seront pertinents en vertu de toute disposition des présents articles, sera régi par les règles énoncées ou visées dans l'annexe II des présents articles et fera connaître sa décision aux parties dans un délai de six mois à compter de la date de clôture de la procédure orale et de la procédure écrite et du dépôt des conclusions des parties.
2. Le tribunal sera habilité à faire toute enquête qu'il jugera nécessaire pour établir les faits de la cause.

Article 60 247/

Validité d'une sentence arbitrale

1. Si la validité d'une sentence arbitrale est contestée par l'une ou l'autre partie au différend et si, dans les trois mois qui suivent la date de la contestation, les parties ne se sont pas mises d'accord sur un autre tribunal, la Cour internationale de Justice sera compétente, à la demande faite en temps voulu par toute partie, pour confirmer la validité de la sentence ou la déclarer nulle en totalité ou en partie.
2. Toute question en litige non résolue par l'annulation de la sentence peut, à la demande de toute partie, être soumise à un nouvel arbitrage devant un tribunal arbitral qui sera constitué conformément à l'annexe II des présents articles.

Annexe I 248/

La commission de conciliation

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

246/ Pour le commentaire de l'article (ancien article 6), voir *ibid.*, p. 196 à 198.

247/ Pour le commentaire de l'article (ancien article 7), voir *ibid.*, p. 198 à 201.

248/ Pour le commentaire de l'annexe (ancien article premier de l'annexe), voir *ibid.*, p. 202 et 203.

les conciliateurs continueront à exercer les fonctions pour lesquelles ils auront été choisis conformément au paragraphe 2.

2. Une partie à un différend peut soumettre celui-ci à la conciliation conformément à l'article 56 en adressant une demande au Secrétaire général, qui établit une commission de conciliation composée comme suit :

- a) L'Etat ou les Etats constituant une des parties au différend nomme :
 - i) un conciliateur de la nationalité de cet Etat ou de l'un de ces Etats, choisi ou non sur la liste visée au paragraphe 1; et
 - ii) un conciliateur n'ayant pas la nationalité de cet Etat ou de l'un de ces Etats, choisi sur la liste.
- b) L'Etat ou les Etats constituant l'autre partie au différend nomment deux conciliateurs de la même manière.
- c) Les quatre conciliateurs choisis par les parties doivent être nommés dans les soixante jours suivant la date à laquelle le Secrétaire général reçoit la demande.
- d) Dans les soixante jours qui suivent la dernière nomination, les quatre conciliateurs en nomment un cinquième, choisi sur la liste, qui sera président.
- e) Si la nomination du président ou de l'un quelconque des autres conciliateurs n'intervient pas dans le délai prescrit ci-dessus pour cette nomination, elle sera faite par le Secrétaire général dans les soixante jours qui suivent l'expiration de ce délai parmi les personnes inscrites sur la liste. L'un quelconque des délais dans lesquels les nominations doivent être faites peut être prorogé par accord des parties.
- f) Toute vacance doit être remplie de la façon spécifiée pour la nomination initiale.

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

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

5. La commission arrête elle-même sa procédure. Les décisions de la commission sont adoptées à la majorité des voix de ses cinq membres.

6. Lorsque plus de deux parties font cause séparée ou ne peuvent s'entendre sur le point de savoir si elles doivent faire cause commune, les parties au différend appliquent le paragraphe 2 dans toute la mesure possible.

Le tribunal arbitral

1. Le tribunal arbitral visé aux articles 58 et 60, paragraphe 2, se composera de cinq membres. Les parties au différend en nommeront chacune un, qui pourra être choisi parmi leurs nationaux respectifs. Les trois autres arbitres, y compris le surarbitre, seront choisis d'un commun accord parmi les nationaux d'Etats tiers.
2. Si la nomination des membres du tribunal n'intervient pas dans un délai de trois mois à compter de la demande adressée par l'une des parties à l'autre de constituer un tribunal arbitral, les nominations nécessaires seront faites par le Président de la Cour internationale de Justice. Si celui-ci est empêché ou s'il est de la nationalité de l'une des parties, les nominations seront faites par le Vice-Président. Si celui-ci est empêché ou s'il est de la nationalité de l'une des parties, les nominations seront faites par le plus ancien membre de la Cour qui n'a la nationalité d'aucune des parties. Les membres ainsi nommés devront être de nationalités différentes et, sauf dans le cas de nominations faites parce que l'une ou l'autre des parties n'a pas nommé de membre, ne devront pas être de la nationalité ni se trouver au service d'une des parties, ni avoir leur résidence habituelle sur le territoire de l'une d'elles.
3. Il sera pourvu, dans le plus bref délai, à toute vacance qui viendrait à se produire par suite de décès ou de démission, ou pour toute autre raison, suivant le mode fixé pour les nominations initiales.
4. A la suite de la constitution du tribunal, les parties rédigeront un accord précisant l'objet du litige, si elles ne l'ont pas fait précédemment.
5. Si un accord n'a pas été conclu dans un délai de trois mois à compter de la constitution du tribunal, l'objet du différend sera déterminé par le tribunal sur la base de la requête dont il aura été saisi.
6. Le fait pour une ou plusieurs parties de ne pas participer à la procédure d'arbitrage ne constitue pas un obstacle à la procédure.
7. A moins que les parties au différend n'en conviennent autrement, le tribunal arbitral arrêtera lui-même sa procédure. Les décisions du tribunal sont adoptées à la majorité des voix de ses cinq membres.

249/ Pour le commentaire de l'annexe (ancien article 2 de l'annexe), voir *ibid.*, p. 204 à 206.

2. Texte des articles 42 (par. 3), 47, 48 et 51 à 53 et commentaires y relatifs adoptés à titre provisoire par la Commission à sa quarante-huitième session

66. Le texte des articles 42 (par. 3), 47, 48 et 51 à 53 et des commentaires y relatifs adoptés à titre provisoire par la Commission à sa quarante-huitième session est reproduit ci-après.

Article 42

Réparation

...

3. En aucun cas la réparation n'a pour effet de priver une population de ses propres moyens de subsistance.

...

Commentaire

8 a) */ Dans le contexte de certaines des formes spécifiques de réparation (en particulier la restitution en nature et la satisfaction), la question s'est posée de savoir s'il existe une limite à la notion de réparation intégrale. On a vu dans l'histoire un certain nombre de cas dans lesquels l'obligation de "réparer intégralement" était poussée si loin qu'elle mettait en danger tout le système social de l'Etat concerné, par exemple dans le contexte d'un traité de paix faisant suite à la défaite d'un Etat donné. Ce sont là évidemment des cas extrêmes, mais dans tout l'éventail des hypothèses possibles de responsabilité, les cas extrêmes ne peuvent être exclus. En conséquence, le paragraphe 3 prévoit que la réparation ne doit pas avoir pour effet de priver la population d'un Etat de ses propres moyens de subsistance. Cela n'a bien entendu rien à voir avec l'obligation de cessation, y compris la restitution à l'Etat lésé, par exemple, du territoire illicitement annexé. Mais dans d'autres contextes - par exemple le versement d'une somme d'argent à titre d'indemnisation ou de satisfaction - les montants demandés ou les modalités de paiement imposées ne doivent pas être tels qu'ils aboutissent à priver la population de ses propres moyens de subsistance. Le libellé du paragraphe 3 s'inspire du paragraphe 2 de l'article premier

*/ Ces paragraphes doivent être insérés après le paragraphe 8) du commentaire relatif à cet article qui avait été adopté par la Commission en 1993.

des Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme de 1966 et reflète un principe juridique d'application générale.

8 b) Certains membres n'étaient pas d'avis d'inclure le paragraphe 3, estimant que cette disposition était inopportune et, en tout état de cause, ne devait pas s'appliquer dans les cas où le défaut de réparation intégrale motivé par de telles raisons causerait un tort analogue à la population de l'Etat lésé. Supprimer ensuite le paragraphe 16) du commentaire de l'article 42.

CHAPITRE III

CONTRE-MESURES

Commentaire général

1) Le chapitre III présente une série d'articles consacrés à l'aspect sans doute le plus difficile et le plus controversé de l'ensemble du régime de la responsabilité des Etats, celui des contre-mesures 250/. Dans un système international décentralisé qui, pour la plupart des différends, est dépourvu de procédures obligatoires de règlement, les Etats recourent à des mesures unilatérales d'auto-assistance (dénommées "contre-mesures" dans les présents articles). Les contre-mesures prennent la forme de comportements, n'impliquant pas l'emploi ou la menace de la force, qui - s'ils n'étaient justifiés face à la violation des droits de l'Etat lésé - seraient illicites à l'égard de l'Etat contre lequel ils sont dirigés 251/. Cette illicéité, quand il s'agit d'actes constituant des contre-mesures, est écartée aux termes de l'article 30. Les contre-mesures peuvent être nécessaires pour amener l'Etat fautif à s'acquitter de ses obligations juridiques. Cependant, il ne faut pas y voir un moyen de droit pleinement satisfaisant, d'une part parce que, sur le plan des principes, chaque Etat se considère comme étant, en l'absence de règlement négocié ou de règlement par tierce partie, juge de ses propres droits et, d'autre part, à cause de l'aptitude inégale des Etats à prendre des contre-mesures ou à y répondre. Bref, le système est rudimentaire.

250/ Voir l'analyse des débats qui ont eu lieu en 1992 sur les contre-mesures à la Commission et à la Sixième Commission dans le cinquième rapport sur la responsabilité des Etats (A/CN.4/453, par. 30 à 36).

251/ Les contre-mesures sont à distinguer des actes qui, même s'ils peuvent être considérés comme "inamicaux", ne seraient pas à proprement parler illicites, comme la rupture des relations diplomatiques. Les présents articles ne traitent pas de tels actes de rétorsion.

La reconnaissance dans les présents articles de la possibilité de prendre des contre-mesures - pour justifiée que puisse être pareille reconnaissance à la lumière d'une pratique bien établie - devrait donc être soumise à des conditions et restrictions limitant l'adoption de contre-mesures aux cas où celles-ci s'imposent pour répondre à un fait internationalement illicite.

2) Quelles que soient les conditions et les restrictions auxquelles elles peuvent être soumises, les contre-mesures impliquent une évaluation unilatérale du droit de l'Etat lésé et de sa violation, d'une part, et, de l'autre, de la licéité de la réaction, cette dernière pouvant à son tour provoquer une nouvelle réaction unilatérale de la part de l'Etat qui a commis le fait internationalement illicite. En fait, les aspects négatifs potentiels des contre-mesures sont tels que certains membres de la Commission se sont demandé s'il était souhaitable d'instituer dans le cadre de la responsabilité des Etats un quelconque régime juridique des contre-mesures, appelant l'attention, en particulier, sur les résultats injustes auxquels elles peuvent aboutir lorsqu'elles s'appliquent entre des Etats de force ou de moyens inégaux. Deux considérations plaident cependant en faveur de l'inclusion des contre-mesures. Premièrement, il existe suffisamment d'éléments démontrant que la pratique des contre-mesures est admise par le droit international coutumier en tant que moyen de réagir à un comportement illicite. La Commission avait d'ailleurs déjà abordé la question des contre-mesures dans le contexte de la Première partie. Deuxièmement, on ne doit pas sous-estimer l'importance qu'il y a à circonscrire la faculté qui est reconnue à un Etat lésé de recourir à des contre-mesures, en définissant les conditions auxquelles des contre-mesures constituent une réaction licite à un comportement illicite. D'où la nécessité et l'utilité d'inclure dans les présents articles des dispositions sur les contre-mesures.

Article 47

Contre-mesures d'un Etat lésé

1. Aux fins des présents articles, on entend par contre-mesures le fait pour l'Etat lésé de ne pas s'acquitter d'une ou plusieurs de ses obligations envers l'Etat auteur d'un fait internationalement illicite pour l'inciter à s'acquitter de ses obligations au titre des articles 41 à 46, aussi longtemps qu'il ne s'est pas acquitté de ces obligations et pour autant que cela soit nécessaire à la lumière de ses réponses aux demandes de l'Etat lésé afin qu'il s'en acquitte.
2. La prise de contre-mesures est soumise aux conditions et restrictions énoncées dans les articles 48 à 50.

3. Si une contre-mesure visant un Etat auteur d'un fait internationalement illicite entraîne la violation d'une obligation à l'égard d'un Etat tiers, cette violation ne peut être justifiée à l'encontre de l'Etat tiers au titre de ce chapitre.

Commentaire

1) L'idée de base de la notion de contre-mesures est que l'Etat lésé est en droit de ne pas respecter une ou plusieurs de ses obligations envers l'Etat auteur du fait illicite 252/. La condition préalable essentielle de toute contre-mesure licite est l'existence d'un fait internationalement illicite portant atteinte à un droit de l'Etat qui prend la contre-mesures 253/. Cela ne suppose pas nécessairement qu'une tierce partie ait constaté par une décision faisant autorité l'existence d'un tel fait, mais il n'en demeure pas moins qu'une simple conviction de bonne foi de la part de l'Etat lésé qui se révélerait par la suite infondée ne suffit pas pour justifier l'adoption de contre-mesures. Ainsi, un Etat prétendument lésé qui recourt à des contre-mesures sur la base de son appréciation unilatérale de la situation agit à ses risques et périls; en cas d'erreur de jugement, il pourra voir sa propre responsabilité engagée pour fait illicite. Même si une telle conviction ou erreur de bonne foi de la part de cet Etat peut présenter une certaine pertinence pour l'évaluation du degré de sa responsabilité, elle n'exclura pas l'illicéité des mesures prises.

252/ M. Riphagen, en sa qualité de Rapporteur spécial, avait plaidé pour qu'une distinction soit faite entre les "contre-mesures réciproques" et les autres mesures; voir Annuaire ... 1985, vol. II (première partie), p. 11, article 8 et commentaire y relatif. Les contre-mesures réciproques sont des contre-mesures qui se rapportent à la même obligation ou au même type de comportement que celui qui est en cause dans le fait illicite initial. Cette catégorie n'a pas été retenue dans le projet d'articles. Le critère essentiel devrait être la nécessité et la proportionnalité de la contre-mesure particulière prise, dans les circonstances dont il s'agit, pour obtenir la cessation du fait illicite et réparation. Exiger, en plus, que les contre-mesures soient réciproques aurait un effet d'inégalité si, comme cela sera souvent le cas, l'Etat lésé n'est pas en situation de prendre des mesures du même ordre que celles dont il a fait l'objet.

253/ Si la plupart des auteurs estiment que la légitimité du recours à des contre-mesures présuppose un fait internationalement illicite, de caractère instantané ou continu, certains semblent penser que de telles mesures pourraient se justifier même lorsque l'Etat qui les applique a simplement la conviction, de bonne foi, d'être ou d'avoir été lésé par un fait internationalement illicite. Pour un examen détaillé de la doctrine, voir le troisième rapport sur la responsabilité des Etats (A/CN.4/440, par. 37 et suiv.).

2) Toute décision d'un Etat lésé de recourir à des contre-mesures est circonscrite par les fonctions ou les buts qui peuvent être légitimement assignés à de telles mesures 254/. L'examen de la pratique des Etats montre qu'en recourant à des contre-mesures, l'Etat lésé peut rechercher la cessation du comportement illicite, ainsi qu'une réparation au sens large. En revanche, l'Etat lésé ne peut assigner aux contre-mesures des fonctions dépassant cette poursuite de la cessation et d'une réparation. Toute mesure à laquelle recourt un Etat lésé qui irait au-delà de ces fonctions légitimes ou viserait d'autres buts constituerait un fait illicite. En particulier, un Etat lésé ne peut pas prendre de mesures pour infliger un châtement à l'auteur présumé de l'infraction.

3) Les mots "ne pas s'acquitter d'une ou plusieurs de ses obligations envers l'Etat auteur dudit fait" employés au paragraphe 1 de l'article 47 expriment ce qui constitue l'essence du droit de l'Etat lésé de prendre des contre-mesures. Ils ont été jugés préférables à l'expression "suspendre l'exécution de", qui pourrait restreindre la portée de l'application des contre-mesures aux obligations de caractère permanent et exclure les obligations exigeant l'obtention d'un résultat précis.

4) Outre qu'il définit l'élément essentiel de la notion de contre-mesures, l'article 47 délimite à trois égards le droit de l'Etat lésé de prendre des contre-mesures. Premièrement, il faut que l'Etat auteur du fait illicite n'ait pas respecté ses obligations au titre des articles 41 à 46. La phrase est structurée de telle façon que cette condition essentielle de la licéité du recours aux contre-mesures figure au début même de l'article. Deuxièmement, le texte (par. 2) soumet le droit reconnu à l'Etat lésé de prendre des contre-mesures aux conditions et restrictions énoncées dans les articles 48, 49 et 50. Ces dispositions établissent un certain nombre de garde-fous destinés à prévenir les abus. Troisièmement, et c'est peut-être l'aspect le plus important, le texte exige que le recours à des contre-mesures soit "nécessaire" "pour ... inciter [l'Etat ayant commis le fait illicite] à s'acquitter de ses obligations" au titre des articles 41 à 46. Ces mots sont destinés à limiter les fonctions ou buts qu'il est permis d'assigner à des

254/ Le quatrième rapport sur la responsabilité des Etats (A/CN.4/444 et Add.1) traite de la pratique des Etats en la matière. Pour un examen détaillé de la doctrine concernant les fonctions des contre-mesures et le but auquel elles doivent tendre, voir le troisième rapport sur la responsabilité des Etats (A/CN.4/440, par. 39 et suiv.).

contre-mesures et laissent clairement entendre qu'il peut y avoir des cas où il n'est pas nécessaire de recourir, ou de continuer à recourir, à des contre-mesures. Plus précisément, l'expression "pour autant que cela soit nécessaire" a un double rôle. Elle fait clairement ressortir que des contre-mesures ne peuvent être adoptées qu'en dernier recours, quand les moyens autres que l'inexécution par l'Etat lésé de ses propres obligations en vue d'inciter l'Etat auteur du fait illicite à s'acquitter de ses obligations ont échoué, ou échoueraient manifestement. Elle montre d'autre part que la décision de l'Etat lésé de recourir à des contre-mesures doit être une décision raisonnable prise de bonne foi et que, ce faisant, l'Etat agit à ses risques et périls.

5) La "nécessité" pour l'Etat lésé de recourir à des contre-mesures doit être évaluée, au début par l'Etat lésé lui-même mais aussi par l'Etat qui a commis le fait internationalement illicite et par toute tierce partie en cause (et voir l'article 58, par. 2, sur l'arbitrage), "à la lumière de la réponse de [ce dernier] Etat à ses demandes". Ces mots ont pour objet de souligner l'opportunité d'un dialogue entre l'Etat lésé et l'Etat auteur du fait illicite et de créer autant que possible l'occasion d'un tel dialogue. Ils servent un double but en encourageant le premier Etat à tenir dûment compte, pour apprécier la nécessité de contre-mesures, de la réponse du second. Il est raisonnable d'attendre de l'Etat lésé qu'il prenne en compte, pour décider de sa réaction, de la réponse qu'aura donnée l'Etat auteur du fait illicite à ses demandes de cessation et de réparation. La situation créée par le fait illicite appelle des réactions différentes selon que l'Etat présumé fautif oppose aux demandes de l'Etat lésé une fin de non-recevoir, nie de façon tranchante toute responsabilité ou, au contraire, offre de fournir en temps utile une réparation satisfaisante ou de soumettre l'affaire au règlement obligatoire d'une tierce partie, ou même explique, à la satisfaction de l'Etat lésé, qu'il n'a été commis aucun fait internationalement illicite qui puisse lui être attribué.

6) Le fait d'exiger de l'Etat lésé qu'il tienne compte du caractère plus ou moins "satisfaisant" 255/ de la réponse de l'Etat auteur du fait illicite à ses demandes a pour but d'assurer l'équilibre voulu entre la position du premier Etat et celle du second. Il s'agit d'éviter de laisser à l'Etat lésé

255/ La notion de "réponse satisfaisante" est étudiée par le Rapporteur spécial dans ses quatrième et sixième rapports (doc. A/CN.4/444, par. 17 à 23, et A/CN.4/461, par. 69, respectivement).

une trop grande latitude - au détriment éventuel de l'Etat ayant commis le fait illicite - pour recourir à des contre-mesures. Les contre-mesures ne sont légitimes que si elles sont "nécessaires" eu égard aux circonstances. Sinon, s'agissant de faire cesser le comportement illicite, l'Etat lésé pourrait recourir à des contre-mesures sans laisser à l'Etat présumé fautif aucune possibilité d'expliquer, par exemple, qu'il n'y a pas eu de fait illicite ou que le fait illicite ne lui est pas attribuable. En engageant le dialogue et en évaluant la réponse de l'Etat présumé fautif avant de prendre des contre-mesures, l'Etat lésé pourra éviter de commettre lui-même un fait internationalement illicite en prenant de telles mesures sur la base d'informations incomplètes ou inexactes. Quant à la réparation, l'Etat auteur du fait illicite risquerait autrement de continuer à être la cible de contre-mesures même après qu'il aurait admis sa responsabilité ou alors même qu'il s'emploierait à donner réparation et satisfaction. La nécessité des contre-mesures décroît à mesure qu'elles atteignent leurs buts légitimes, étant inversement proportionnelle à la réalisation de ces buts. Ainsi, il appartient à l'Etat lésé d'évaluer à quel point les contre-mesures demeurent nécessaires eu égard à la réponse faite à ses demandes par l'Etat auteur du comportement illicite.

7) Le paragraphe 2 de l'article 47 reconnaît que les contre-mesures prises par l'Etat lésé contre l'Etat auteur du fait illicite ne doivent pas porter atteinte aux droits d'Etats qui sont étrangers à la relation de responsabilité existant entre le premier Etat et le second. La Commission a jugé préférable de traiter de cette question dans le présent article plutôt qu'à l'article 50, relatif aux contre-mesures interdites, pour ne pas paraître dénier toute légitimité à des contre-mesures qui porteraient atteinte de façon incidente à des Etats tiers : il a été considéré que cette dernière approche serait trop radicale, dans un monde interdépendant où les Etats sont de plus en plus souvent liés par des obligations multilatérales. Compte tenu de ces considérations, la Commission a choisi de s'en remettre, pour assurer la protection des Etats tiers, à l'une des caractéristiques essentielles des contre-mesures, qui est que l'illicéité du comportement auquel il est recouru à titre de contre-mesure est écartée uniquement entre l'Etat lésé et l'Etat auteur du fait illicite initial. Comme l'a souligné la Commission au paragraphe 18) de son commentaire relatif à l'article 30 de la première partie du projet d'articles, "l'exercice légitime d'une mesure de sanction à l'égard d'un Etat déterminé ne peut en aucun cas constituer comme tel une circonstance

excluant l'illicéité d'une atteinte portée à un droit subjectif international d'un Etat tiers à l'égard duquel aucune sanction ne se justifiait" 256/.

8) En conséquence, le paragraphe 2 de l'article 47 dispose que, si une contre-mesure entraîne la violation d'une obligation envers un Etat tiers, l'illicéité de cette violation ne se trouve pas exclue au motif que la violation est admissible à l'égard de l'Etat ayant, à l'origine, commis un fait illicite. Le paragraphe 2 servira à avertir l'Etat lésé que toute mesure violant les droits d'un Etat tiers constituera un fait illicite à l'égard de cet Etat tiers, avertissement particulièrement utile dans les cas où l'Etat lésé pourrait être amené à contrevenir à des règles établissant des obligations erga omnes. Il encouragera aussi l'Etat lésé à prendre des mesures de précaution, telles que celles qui consistent à consulter les Etats tiers intéressés, à mettre en balance les conséquences de plusieurs options et à s'assurer qu'il n'y a pas d'autre solution possible.

Article 48

Conditions du recours à des contre-mesures

1. Avant d'entreprendre des contre-mesures un Etat lésé s'acquitte de l'obligation de négocier prévue à l'article 54. Cette obligation est sans préjudice de l'adoption par cet Etat de mesures conservatoires qui sont nécessaires pour préserver ses droits et sont par ailleurs conformes aux conditions stipulées dans ce Chapitre.

2. Un Etat lésé qui prend des contre-mesures s'acquitte des obligations relatives au règlement des différends découlant de la Troisième partie ou de toute autre procédure de règlement obligatoire des différends en vigueur entre l'Etat lésé et l'Etat auteur du fait internationalement illicite.

3. Sous réserve que le fait internationalement illicite ait cessé, l'Etat lésé doit suspendre les contre-mesures dans les cas et dans la mesure où la procédure de règlement des différends visée au paragraphe 2 est appliquée de bonne foi par l'Etat qui a commis ledit fait, et où le différend est soumis à un tribunal qui est habilité à émettre des injonctions obligatoires pour les parties.

4. L'obligation de suspendre les contre-mesures prend fin en cas de défaut de l'Etat auteur du fait internationalement illicite de se conformer à une demande ou à une injonction émanant de la procédure de règlement du différend.

256/ Annuaire ... 1979, vol. II (deuxième partie), p. 134, doc. A/CN.4/SER.A/1979/Add.1 (deuxième partie), chap. III, sect. B.2.

Commentaire

- 1) Le droit de prendre des contre-mesures, tel qu'il est défini à l'article 47, est soumis à certaines conditions, restrictions et exclusions, qui sont énoncées dans les trois articles qui suivent. Plus précisément, certaines conditions relatives au règlement du différend doivent être satisfaites lorsque des contre-mesures licites sont prises : elles font l'objet de l'article 48. En outre, les contre-mesures doivent toujours être proportionnées; cette prescription fondamentale est énoncée à l'article 49. Enfin, certains types de comportement sont totalement exclus du domaine des contre-mesures par l'article 50.
- 2) De ces trois articles, celui qui a été le plus controversé et débattu est l'article 48, qui a trait à l'obligation de règlement pacifique du différend 257/. Si la Commission dans son ensemble est convenue que la négociation et toutes les autres procédures de règlement pacifique des différends qui s'offraient devaient être utilisées, un désaccord est apparu sur la question de savoir s'il fallait en faire un préalable à l'adoption de contre-mesures. La difficulté, en l'occurrence, est double. Premièrement, les négociations et autres formes de règlement des différends prennent parfois beaucoup de temps, et un Etat désireux de se soustraire aux conséquences de son fait illicite pourrait les faire traîner en longueur presque indéfiniment. Deuxièmement, certaines formes de contre-mesures (y compris quelques-unes qui sont parmi les plus facilement réversibles, comme le gel d'avoirs), ne sont efficaces que si elles sont prises rapidement. Pour ces raisons, on a estimé qu'exiger, comme condition préalable à l'adoption de contre-mesures, que toutes les procédures disponibles en application de l'Article 33 de la Charte des Nations Unies aient été épuisées désavantagerait l'Etat lésé. Plutôt que de poser cette condition préalable de l'épuisement de toutes les procédures disponibles, l'article 48 cherche surtout à faire en sorte que l'Etat qui est l'objet de contre-mesures ait à sa disposition une procédure appropriée et efficace pour le règlement du différend. En outre, il permet à cet Etat de demander une suspension des contre-mesures s'il coopère de bonne foi à une procédure obligatoire de règlement des différends par tierce partie, alors même qu'il continuerait de contester que le fait qui lui est reproché ait été

257/ Pour un examen complet de la pratique des Etats et de la doctrine en ce qui concerne l'obligation de recourir à d'autres modes de règlement, voir le quatrième rapport de M. Arangio-Ruiz sur la responsabilité des Etats, doc. A/CN.4/444, p. 22 à 36.

illicite. Mais il exige d'autre part que l'Etat lésé, avant de prendre des contre-mesures, s'efforce de résoudre le problème par la négociation. Cette prescription est toutefois sans préjudice de la prise des mesures conservatoires ou provisoires d'urgence qui seraient nécessaires pour protéger ses intérêts. Certains membres de la Commission ont été d'avis que l'obligation mise à la charge de l'Etat lésé, au paragraphe 1 du présent article, de négocier avant de prendre des contre-mesures ne s'applique pas dans le cas de crimes internationaux, particulièrement en cas de génocide.

3) Cet élément essentiel et central des articles relatifs aux contre-mesures, à savoir l'obligation de s'efforcer de régler le différend, est mis en oeuvre progressivement, à partir d'une distinction entre les mesures prises initialement en réponse au fait illicite à titre de "mesures conservatoires", et les autres contre-mesures. Dès qu'il a connaissance d'un fait prétendument illicite, l'Etat lésé peut juger nécessaire de prendre des mesures pour préserver ses droits. D'un autre côté, la Commission a finalement conclu qu'il ne fallait pas que tout l'arsenal des contre-mesures soit utilisé sans que l'on ait d'abord tenté de régler le différend par la négociation. Le paragraphe 1 réalise un équilibre entre ces considérations de la manière suivante. D'une part, l'Etat lésé a l'obligation, en application de l'article 54, de s'efforcer de régler le différend par des négociations avec l'autre Etat concerné, à sa demande. D'autre part, et nonobstant cette obligation, il est immédiatement en droit de prendre les mesures conservatoires, satisfaisant par ailleurs aux prescriptions du présent chapitre, qui sont nécessaires pour préserver sa position juridique en attendant le résultat des négociations prévues à l'article 54.

4) L'expression "mesures conservatoires" s'inspire de procédures de juridictions internationales qui sont ou peuvent être habilitées à émettre des injonctions avant dire droit ou à indiquer des mesures devant être prises pour préserver les droits respectifs des parties au différend. Dans le présent contexte, cependant, la différence est qu'au moment pertinent - lorsque survient le fait illicite - il se peut qu'il n'y ait pas de juridiction compétente pour connaître du différend. En outre, certaines mesures doivent être prises immédiatement, faute de quoi elles risquent d'être impossibles à prendre - par exemple le gel d'avoirs (lesquels peuvent être sortis du territoire très rapidement). Un trait distinctif de telles mesures conservatoires au sens du présent paragraphe est que ces mesures se révéleront vraisemblablement réversibles si le différend vient à être réglé : on peut

ainsi comparer la saisie provisoire de biens et leur confiscation, ou la suspension d'une autorisation et sa révocation.

5) L'obligation de négocier pendant cette première phase n'est pas assortie, pour son exécution, d'un délai défini. Ce qui constitue une durée raisonnable des négociations dépend de l'ensemble des circonstances, y compris l'attitude de l'Etat auteur, l'urgence des questions en jeu, la probabilité que le dommage augmente si le litige n'est pas réglé rapidement, etc. Etant donné la diversité des situations, il n'est pas possible, dans la pratique, de fixer un délai défini.

6) S'il apparaît clairement que les négociations n'ont guère de chances d'aboutir, l'Etat lésé a la faculté de prendre des contre-mesures allant au-delà de mesures conservatoires au sens indiqué ci-dessus, mais satisfaisant néanmoins aux diverses prescriptions du chapitre III. Le paragraphe 2 de l'article 48 indique clairement, en particulier, que les mécanismes existants de règlement des différends par tierce partie restent en vigueur nonobstant l'existence d'un différend ayant donné lieu à des contre-mesures, et que l'Etat lésé lui-même doit continuer de s'acquitter de ses obligations en matière de règlement des différends. Ainsi, un Etat n'a pas le droit, par le biais de contre-mesures, de suspendre l'exécution de ses obligations de règlement des différends ou de ne pas s'en acquitter. Ces obligations ont un caractère juridique et un objet pratique bien distincts, et doivent demeurer en vigueur alors même que les relations entre les Etats concernés s'aggravaient 258/.

7) Outre qu'il préserve "toute autre procédure obligatoire de règlement des différends en vigueur" entre les Etats concernés (découlant par exemple de leur acceptation mutuelle, en ce qui concerne le différend, de la clause facultative de juridiction obligatoire du paragraphe 2 de l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice ou d'une clause d'arbitrage figurant dans un traité bilatéral), le paragraphe 2 de l'article 48 vise aussi les obligations relatives au règlement des différends découlant de la Troisième partie des présents articles. La référence à la Troisième partie revêt une importance particulière s'agissant de différends qui naissent dans le contexte de contre-mesures, puisque, en application du paragraphe 2 de l'article 58, lorsqu'un différend "s'élève entre des Etats parties aux

258/ Voir Affaire du Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Téhéran, C.I.J. Recueil 1980, p. 28.

présents articles dont l'un a pris des contre-mesures à l'encontre de l'autre", l'Etat accusé du fait illicite - c'est-à-dire l'Etat qui fait l'objet des contre-mesures - peut à tout moment soumettre unilatéralement le différend à un tribunal arbitral qui sera constitué conformément à l'annexe II. Ainsi, lorsqu'un Etat prend des contre-mesures en vertu de l'article 48, il donne en fait à l'Etat qu'il accuse d'un fait illicite la possibilité de régler le différend dans le cadre d'une procédure obligatoire d'arbitrage par tierce partie. Et il en est ainsi même si aucune autre obligation de règlement obligatoire par tierce partie n'est en vigueur entre les deux Etats.

8) A cet égard, le paragraphe 3 de l'article 48 parle d'"un tribunal qui est habilité à émettre des injonctions obligatoires pour les parties". Il s'agit en l'occurrence d'injonctions obligeant les parties quant au fond. Mais le tribunal doit aussi avoir le pouvoir d'ordonner des mesures conservatoires.

9) Dans la pratique, les deux questions de la licéité de la conduite initiale et de la licéité des contre-mesures ont toutes chances d'être liées. Par ailleurs, le fait que l'Etat partie ayant pris les contre-mesures s'abstienne de qualifier sa conduite de "contre-mesure" ne suffirait pas à exclure la compétence du tribunal. Aux termes du paragraphe 2 de l'article 58, un tribunal arbitral est compétent pour connaître de tout différend qui s'élève "entre des Etats parties aux présents articles dont l'un a pris des contre-mesures à l'encontre de l'autre". Le point de savoir si telle ou telle mesure est en fait une contre-mesure est une question objective : comme expliqué au paragraphe 3) du commentaire de l'article 47, il ne suffit pas que l'Etat qui se prétend lésé pense subjectivement qu'il prend (ou, tout aussi bien, qu'il ne prend pas) une contre-mesure. C'est pourquoi ce point constituerait, pour le tribunal arbitral, en vertu du paragraphe 2 de l'article 58, une question préliminaire de compétence, question qu'en vertu du principe général il appartiendrait au tribunal lui-même de trancher 259/.

10) Le recours au règlement obligatoire par tierce partie dans les différends mettant en cause des contre-mesures a plusieurs effets. D'abord et c'est là le point le plus important, il fournit une procédure pour le règlement du différend, même dans les cas où aucune procédure de règlement n'est autrement prévue. Mais aussi, en application du paragraphe 3 de l'article 48, le droit

259/ Les questions soulevées au paragraphe 9 sont traitées plus en détail dans le commentaire de l'article 58, relatif à l'arbitrage, où ce paragraphe serait finalement transféré.

de l'Etat lésé de continuer de prendre des contre-mesures est suspendu pendant le temps où la procédure de règlement du différend est en cours. Les seules conditions préalables mises à la suspension sont, premièrement, que le fait internationalement illicite ait cessé (c'est-à-dire que l'Etat lésé ne subisse pas un préjudice continu découlant d'un fait illicite continu) et, deuxièmement, que l'Etat auteur du fait illicite applique la procédure de règlement du différend de bonne foi. Le recours à une procédure de règlement des différends a cet effet suspensif si le différend est soumis "à un tribunal qui est habilité à émettre des injonctions obligatoires pour les parties"; tel est le cas, par exemple, de la Cour internationale de Justice, ainsi que du tribunal arbitral prévu à l'article 58 des présents articles.

11) En résumé, si les conditions fondamentales du recours à des contre-mesures énoncées à l'article 47 sont réunies et si les négociations initiales n'ont pas abouti, l'Etat lésé peut prendre des contre-mesures sans recourir au préalable à des procédures de règlement des différends par tierce partie. Mais s'il prend des contre-mesures, l'Etat contre lequel elles sont prises peut recourir à l'arbitrage obligatoire en vertu du paragraphe 2 de l'article 58, ou à une autre procédure de règlement obligatoire du différend par tierce partie. Si l'Etat accusé du fait illicite recourt à une telle procédure et l'applique de bonne foi, et à condition que le fait illicite lui-même ait cessé, les contre-mesures doivent être suspendues.

12) Une autre disposition a toutefois été ajoutée pour affiner le système procédural établi par l'article 48. Bien que l'Etat lésé soit tenu de suspendre les contre-mesures pendant que le différend est soumis de bonne foi à une procédure de règlement obligatoire par tierce partie, la question peut se poser de l'adoption de mesures conservatoires et l'Etat lésé ne doit pas être laissé sans recours si l'Etat auteur ne se conforme pas aux injonctions ou indications relatives à de telles mesures qui seraient émises par la juridiction saisie. C'est pourquoi le paragraphe 4 de l'article 48 dispose que le fait pour l'Etat auteur de ne pas se conformer à une demande ou à une injonction de la juridiction concernée "met fin à la suspension du droit de l'Etat lésé de prendre des contre-mesures". Il en serait ainsi même si la demande ou l'injonction en question n'était pas, techniquement, contraignante. Toutefois, le fait pour l'Etat auteur de ne pas se conformer à une indication de mesures conservatoires ou provisoires, s'il peut exposer cet Etat à la reprise des contre-mesures, n'a pas d'autre effet spécifique. En particulier, la juridiction ayant ordonné les mesures reste compétente pour connaître du

différend, et ses procédures demeurent à la disposition des deux parties pour le règlement de celui-ci.

13) De l'avis de la Commission, ce système marque un net progrès par rapport aux dispositions qui existent pour le règlement des différends mettant en cause des contre-mesures. Il donne aux parties, outre toutes les possibilités existant déjà de règlement de leur différend par la voie diplomatique ou par d'autres moyens, la faculté de le régler par l'arbitrage, et d'éviter ainsi l'aggravation du différend et la détérioration de leurs relations que peut entraîner le maintien des contre-mesures. A terme, il atténuera l'élément du système des contre-mesures qui tendait à une escalade des réactions.

14) Comme on l'a noté, l'effet du paragraphe 2 de l'article 48 est de préserver les procédures existantes de règlement obligatoire des différends ainsi que d'offrir à l'Etat qui fait l'objet de contre-mesures l'option de recourir à la procédure supplémentaire visée au paragraphe 2 de l'article 58. L'article 48 ne fixe pas d'ordre de priorité entre les procédures de règlement des différends qui peuvent être applicables, laissant à l'accord des parties (exprimé à l'avance ou spécialement pour le différend en cause) ou à la décision des juridictions concernées le soin de régler tout problème de chevauchement.

CHAPITRE IV

CRIMES INTERNATIONAUX

Article 51

Conséquences d'un crime international

Un crime international fait naître toutes les conséquences juridiques découlant de tout autre fait internationalement illicite et, de surcroît, toutes les conséquences supplémentaires énoncées aux articles 52 et 53 ci-après.

Commentaire

1) Cet article est avant tout une introduction au chapitre IV. Avec l'article 19 de la Première partie a été reconnue une catégorie de faits illicites auxquels, en raison de leur gravité, des conséquences spéciales devraient s'attacher. Peu importe que cette catégorie soit dénommée "crimes" ou "délits d'une exceptionnelle gravité", car quelle qu'en soit la désignation, ces faits devront emporter des conséquences spéciales : sinon, il ne servirait à rien de les distinguer des autres faits internationalement

illicites. Certains membres de la Commission ont maintenu leurs réserves quant à l'utilité ou à la sagesse du concept de crime d'Etat.

- 2) Pour commencer, la Commission a eu à décider comment cette distinction serait opérée. Pour surmonter cette difficulté, la Commission a étudié diverses propositions novatrices, mais elle a finalement décidé de s'en tenir au mécanisme de règlement des différends figurant dans la Troisième partie et aux dispositions de l'article 39 concernant la "relation avec la Charte des Nations Unies".
- 3) Dans ces conditions, c'est à l'Etat ou aux Etats lésés qu'il appartiendrait en premier lieu de décider qu'un crime a été commis. Cette position se traduirait dans leurs demandes de réparation car, comme le prévoit l'article 52, leurs droits à restitution comme à satisfaction ne seraient pas soumis à certaines limitations qui s'appliquent dans le cas des délits ordinaires. Selon la Commission, les Etats lésés devraient, en demandant réparation de la conduite dont ils se plaignent - sinon lors de protestations antérieures - préciser qu'à leurs yeux cette conduite constitue un crime.
- 4) Quant aux obligations imposées à tous les Etats en vertu de l'article 53 (obligation de ne pas reconnaître, etc.), elles naîtraient pour chaque Etat au moment où il en viendrait à considérer qu'un crime a été commis. Chaque Etat assumerait la responsabilité de sa décision, encore qu'il puisse y avoir des cas où le devoir de non-reconnaissance ou de non-assistance, par exemple, découlerait de résolutions obligatoires du Conseil de sécurité ou d'autres mesures collectives régulièrement décidées.
- 5) En tout état de cause, si l'Etat auteur du fait illicite contestait les décisions d'autres Etats qualifiant ce fait de crime, il surgirait un différend. Celui-ci pourrait alors être traité par la voie des procédures de règlement des différends de la Troisième partie. L'Etat accusé de crime pourrait indifféremment opter pour la négociation, la conciliation ou l'arbitrage - voire la saisine de la Cour internationale de Justice conformément aux dispositions de son Statut actuel.
- 6) La Commission est consciente que l'Etat ainsi accusé pourrait chercher à obtenir le règlement du différend par une voie plus rapide que les procédures de la Troisième partie, notamment en recourant à celles qu'offre la Charte des Nations Unies.
- 7) Néanmoins, il convient de signaler que certains membres de la Commission s'étaient déclarés favorables à des propositions différentes. La Commission estime qu'il convient d'informer les Etats Membres de ces propositions pour

qu'ils puissent faire connaître leurs observations sur chacune d'elles, s'ils le souhaitent. Au cas où l'une ou l'autre de ces propositions recevrait un large appui, la Commission pourrait y revenir en deuxième lecture.

8) L'une de ces propositions est celle qui figurait dans le projet d'articles présenté par le Rapporteur spécial dans son septième rapport (1995), que la Commission avait renvoyé au Comité de rédaction à la suite du débat sur ce rapport 260/.

9) Une autre de ces propositions envisageait deux étapes. Dans un premier temps, l'une ou l'autre des parties pourrait demander à la commission de conciliation d'indiquer dans son rapport final s'il apparaît à première vue qu'un crime a été commis. Cela exigerait une adjonction à l'article 57.

10) Si la commission de conciliation répondait par l'affirmative, cela "déclencherait" la seconde étape, en permettant à l'une ou l'autre des parties d'engager unilatéralement une procédure d'arbitrage. Pour cela, il suffirait de modifier l'article 58, de manière à rendre en fait l'arbitrage obligatoire pour les crimes, au même titre que pour les contre-mesures.

11) La première étape ferait fonction de filtre, en évitant les risques d'abus, et la seconde, comportant un arbitrage obligatoire, présenterait une certaine analogie avec la disposition de la Convention de Vienne sur le droit des traités prescrivant la juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice pour les différends dans lesquels est invoqué le jus cogens en vertu des articles 53 ou 64 de la Convention.

12) Les propositions qui font l'objet des paragraphes qui précèdent (par. 8) à 11)), envisageant un mécanisme procédural en deux temps pour trancher les différends relatifs au point de savoir si un crime a été commis, se fondent sur l'idée que de tels différends sont trop importants pour être laissés aux procédures générales de la Troisième partie. Pour éviter le risque d'abus, ces propositions ont prévu que les différends auxquels pourrait donner lieu l'application de l'article 19 devraient être soumis à un tiers impartial ayant un pouvoir de décision.

13) Par ailleurs, certains membres de la Commission ont été d'avis que l'analogie, mentionnée au paragraphe 11) ci-dessus, avec le traitement du jus cogens aux termes de l'alinéa a) de l'article 66 de la Convention de Vienne sur le droit des traités devait être poussée jusqu'à sa conclusion

260/ Doc. A/CN.4/469 et Corr.1 et Add.1 et 2. Voir aussi le cinquième rapport, doc. A/CN.4/453 et Add.2 et 3.

et que le seul organe apte à remplir cette tâche était la Cour internationale de Justice, l'un des organes principaux de l'Organisation des Nations Unies, au Statut de laquelle presque tous les Etats sont parties, et dans les procédures de laquelle d'autres Etats peuvent intervenir. D'autres membres ont trouvé l'analogie avec le ius cogens trompeuse et peu convaincante.

14) Les conséquences particulières attachées aux crimes sont de deux sortes. La première, qui est visée à l'article 52, a trait à la relation entre l'Etat auteur du fait illicite et chaque Etat lésé, étant rappelé qu'aux termes du paragraphe 2 g) de l'article 40 tous les autres Etats sont définis à cet effet comme des "Etats lésés". La deuxième, relative à ce que l'on pourrait appeler les conséquences collectives minimales d'un crime, est visée à l'article 53.

Article 52

Conséquences spécifiques

Lorsqu'un fait internationalement illicite commis par un Etat est un crime international :

a) le droit d'un Etat lésé à obtenir la restitution en nature n'est pas soumis aux limitations énoncées aux alinéas c) et d) de l'article 43;

b) le droit d'un Etat lésé à obtenir satisfaction n'est pas soumis à la restriction prévue au paragraphe 3 de l'article 45.

Commentaire

1) Les conséquences spécifiques de la qualification de crime pour la relation entre l'Etat auteur d'un fait illicite et un Etat lésé sont pour la plupart exposées de façon adéquate dans les articles 41 à 45 relatifs à la réparation. Bien entendu, l'application de ces articles aux infractions les plus graves au droit international sera lourde de conséquences; mais, dans l'ensemble, la formulation des articles 41 à 45 offre une réponse adéquate aux cas les plus graves, comme aux plus mineurs, de violation du droit international.

2) Il est deux aspects, cependant, à l'égard desquels les limites imposées à la réparation par les articles 41 à 45 semblent inappropriées dans le cas de crimes internationaux et une certaine adaptation est nécessaire. Cette adaptation concerne l'article 43 (restitution en nature) et l'article 45 (satisfaction)

- 3) En ce qui concerne la restitution en nature, le droit d'un Etat lésé d'obtenir cette forme de réparation est soumis aux deux limitations énoncées aux alinéas c) et d) du paragraphe 1 de l'article 43, lesquelles, de l'avis de la Commission, ne devraient pas être applicables dans le cas d'un crime. La première, celle de l'alinéa c), limite normalement le droit à restitution quand l'Etat auteur peut prouver que la restitution (par opposition à l'indemnisation) lui imposerait une charge hors de proportion avec l'avantage que l'Etat lésé s'assurerait en l'obtenant. La Commission considère que cette limitation devrait être supprimée dans le cas d'un crime. La restitution en nature est essentiellement le rétablissement de la situation qui existait avant le fait illicite, et la Commission estime que l'Etat qui en est l'auteur ne devrait jamais être en mesure, si ce fait est un crime, de conserver les fruits de son crime ou d'en tirer profit, si pénible ou si lourd que puisse être pour lui le rétablissement de cette situation.
- 4) La Commission tient à souligner qu'en supprimant cette limitation, elle n'élimine pas pour autant la "proportionnalité", laquelle, en tant que principe général, se retrouve partout dans le domaine des réparations. A ses yeux, le rétablissement de la situation initiale ne saurait guère, dans la majorité des cas, être qualifié de "disproportionné" et ne devrait jamais être considéré comme tel lorsqu'il s'agit de crimes.
- 5) La seconde limitation, celle de l'alinéa d) de l'article 43, exclut la restitution dans les cas où elle "menace[rait] ... sérieusement l'indépendance politique ou la stabilité économique" de l'Etat auteur du fait illicite. La Commission ne pense pas qu'il y ait là pour l'Etat auteur une raison valable de refuser la restitution dès lors qu'on exige de lui qu'il renonce au produit d'un crime.
- 6) En ce qui concerne la satisfaction, le paragraphe 3 de l'article 45 a pour effet d'exclure les exigences portant "atteinte à la dignité" de l'Etat auteur. La Commission écarterait cette restriction dans le cas d'un crime, pour la simple raison que, par son crime, l'Etat auteur a déjà renoncé de lui-même à sa dignité. Elle note cependant que la restriction formulée à l'alinéa c) du paragraphe 2 du même article demeurerait applicable, de sorte qu'une demande de dommages-intérêts devrait rester proportionnée à la gravité du crime.
- 7) La Commission ne voit aucune nécessité de modifier ou de nuancer, dans le cas des crimes, les autres conséquences juridiques des faits illicites, telles qu'elles sont formulées dans les articles 41 à 45. L'obligation de

cessation doit s'appliquer également aux délits et aux crimes. Il en va de même de l'obligation de réparer intégralement. La Commission ne doute pas davantage que le droit de l'Etat lésé à être indemnisé doive rester intact. Ainsi, il semble qu'il n'y ait aucune modification à apporter aux articles 41, 42 et 44.

8) La Commission s'est demandé si des dommages-intérêts "punitifs" ou "à titre de sanction" ne seraient pas appropriés dans le cas d'un crime. Selon certains membres, l'article 45, relatif à la satisfaction, prévoit déjà cette possibilité en faisant figurer, parmi les formes de satisfaction, "en cas d'atteinte grave aux droits de l'Etat lésé, des dommages-intérêts correspondant à la gravité de l'atteinte". Enfin, le droit d'obtenir une assurance ou garantie de non-répétition vaut aussi bien pour les crimes que pour les autres faits illicites.

Article 53

Obligations incombant à tous les Etats

Un crime international commis par un Etat fait naître pour chaque autre Etat l'obligation :

- a) de ne pas reconnaître comme licite la situation créée par le crime;
- b) de ne pas prêter aide ou assistance à l'Etat qui a commis le crime pour maintenir la situation ainsi créée;
- c) de coopérer avec les autres Etats pour exécuter les obligations énoncées aux alinéas a) et b); et
- d) de coopérer avec les autres Etats pour appliquer les mesures visant à éliminer les conséquences du crime.

Commentaire

1) Ce texte impose des obligations à tous les Etats, universalisation considérée comme traduisant l'intérêt qu'il y a pour tous les Etats à prévenir et réprimer les crimes internationaux, lesquels, par définition (article 19), portent atteinte à des "intérêts fondamentaux de la communauté internationale".

2) Ces obligations sont négatives ou positives. A la première catégorie appartiennent l'obligation de non-reconnaissance et celle de ne pas prêter assistance à l'Etat auteur, qui sont énoncées aux alinéas a) et b). Elles correspondent à une pratique déjà solidement établie. C'est ce qu'attestent, par exemple, en ce qui concerne l'obligation de non-reconnaissance,

les résolutions du Conseil de sécurité sur la Rhodésie (dont la résolution 216 (1965)) et sur le Koweït (dont la résolution 661 (1990)). Quant à l'obligation de ne pas prêter aide ou assistance à l'Etat auteur, elle apparaît dans les résolutions du Conseil de sécurité sur l'Afrique du Sud (notamment les résolutions 301 (1971), 418 (1977) et 569 (1985)) et sur les territoires coloniaux portugais (telle la résolution 218 (1965)). L'assistance à un Etat qui commet un crime serait en soi un fait illicite, et c'est donc à juste titre qu'elle est prohibée.

3) Dans la seconde catégorie se rangent les obligations positives de coopérer avec les autres Etats pour l'exécution des obligations qui leur incombent en vertu des alinéas a) et b) et pour l'application de toutes mesures qu'ils prendraient en vue d'éliminer les conséquences d'un crime. Toutes ces obligations reposent sur l'hypothèse de la solidarité internationale face à un crime international. Elles procèdent de la conscience qu'une réaction collective de tous les Etats est nécessaire pour neutraliser les effets d'un crime international. Dans la pratique, cette réaction collective sera vraisemblablement coordonnée par les organes compétents de l'Organisation des Nations Unies - comme dans le cas des résolutions précitées. Il n'y a pas lieu dans les présents articles de régler l'étendue ou l'exercice du pouvoir et de l'autorité statutaires d'organes institués par la Charte - ce qui d'ailleurs, eu égard à l'Article 103 de celle-ci, ne serait pas possible. Mais, en dehors de toute réaction collective des Etats par l'intermédiaire de la communauté internationale organisée, la Commission estime qu'une certaine réaction minimale s'impose de la part de tous les Etats lorsqu'un crime international est commis. La formulation de l'article 53 est destinée à exprimer cette exigence minimale, ainsi qu'à conforter et appuyer toutes mesures plus importantes que prendraient les Etats par l'intermédiaire des organisations internationales en réponse à un crime.

CHAPITRE IV

SUCCESSION D'ETATS ET NATIONALITE DES PERSONNES PHYSIQUES ET MORALES

A. Introduction

67. A sa quarante-cinquième session (1993), la Commission a décidé d'inscrire à son ordre du jour le sujet intitulé "Succession d'Etats et nationalité des personnes physiques et morales" 261/. L'Assemblée générale a approuvé la décision de la Commission au paragraphe 7 de sa résolution 48/31 du 9 décembre 1993, étant entendu que la forme définitive que prendrait le résultat des travaux sur ce sujet serait décidée après qu'une étude préliminaire aurait été présentée à l'Assemblée. A sa quarante-sixième session (1994), la Commission a nommé M. Václav Mikulka rapporteur spécial sur le sujet 262/. Au paragraphe 6 de sa résolution 49/51 du 9 décembre 1994, l'Assemblée générale a approuvé l'intention de la Commission d'entreprendre des travaux sur le sujet, étant de nouveau entendu que la forme définitive que prendrait le résultat de ces travaux serait décidée après qu'une étude préliminaire aurait été présentée à l'Assemblée.

68. A sa quarante-septième session, la Commission était saisie du premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/467). A la suite de son examen du rapport, la Commission a créé un Groupe de travail sur le sujet qui a reçu pour mandat de cerner les questions soulevées par le sujet et de les classer en fonction de leur rapport avec celui-ci, de conseiller la Commission sur celles qu'elle aurait avantage à étudier en premier compte tenu des préoccupations contemporaines, et de lui présenter un calendrier pour ce faire 263/. Le Groupe de travail a présenté à la Commission un rapport qui contenait un certain nombre de conclusions préliminaires quant aux conséquences de la succession d'Etats sur la nationalité des personnes physiques 264/. Sur la recommandation du Rapporteur spécial, la Commission a décidé de réunir de nouveau le Groupe de travail à la quarante-huitième

261/ Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément No 10 (A/48/10), par. 440.

262/ Ibid., quarante-neuvième session, Supplément No 10 (A/49/10), par. 383.

263/ Ibid., cinquantième session, Supplément No 10 (A/50/10), par. 147.
Pour la composition du Groupe de travail, voir par. 8 ci-dessus.

264/ Ibid., Annexe.

session pour qu'il achève sa tâche, ce qui devait permettre à la Commission de répondre à la demande contenue au paragraphe 6 de la résolution 49/51 de l'Assemblée générale 265/.

B. Examen du sujet à la présente session

1. Examen du deuxième rapport du Rapporteur spécial

69. A la présente session, la Commission était saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/474 et Corr.1 et Corr.2 (chinois seulement)), qu'elle a examiné à ses 2435^{ème} et 2451^{ème} séances, tenues le 4 juin et le 2 juillet 1996.

70. Le Rapporteur spécial a fait observer que le but du rapport était de permettre à la Commission d'achever l'étude préliminaire du sujet et de répondre ainsi à la demande de l'Assemblée générale. Le rapport était notamment rédigé de manière à faciliter la tâche du Groupe de travail sur le sujet lorsqu'il examinerait à titre préliminaire, à la présente session, les questions de la nationalité des personnes morales, les options s'offrant à la Commission pour la phase de l'étude substantielle du sujet et le calendrier éventuel.

71. Le Rapporteur spécial avait jugé utile de dresser un tableau général de la pratique des Etats du XIX^e siècle au passé récent, couvrant toutes les régions du monde et portant sur différents types de changements territoriaux. Il s'était abstenu d'analyser cette pratique, estimant que cette tâche s'inscrirait dans le cadre de l'étude substantielle que la Commission entreprendrait si elle y était invitée par l'Assemblée générale.

72. Le rapport consistait en une introduction (chap. I) et en trois chapitres substantiels. Le chapitre II, portant sur la nationalité des personnes physiques, visait à résumer les résultats du travail antérieur sur cet aspect du sujet, à classer les problèmes en grandes catégories et à offrir le matériel qui pourrait être analysé à l'étape ultérieure de l'examen du sujet par la Commission. Le Rapporteur spécial a souligné l'importance qu'il accordait aux avis exprimés à la Sixième Commission sur chacun des points particuliers ci-après, examinés dans ce chapitre : l'obligation de négocier pour résoudre par voie d'accord les problèmes de nationalité résultant de la succession d'Etats; l'octroi de la nationalité de l'Etat successeur; le retrait ou la perte de la nationalité de l'Etat prédécesseur; le droit d'option; les critères utilisés pour déterminer les catégories de personnes

265/ Ibid., par. 229.

pertinentes aux fins de l'octroi ou du retrait de la nationalité ou de la reconnaissance du droit d'option; le principe de non-discrimination; et les conséquences du non-respect par les Etats des principes applicables au retrait ou à l'octroi de la nationalité.

73. Le Rapporteur spécial a exprimé l'avis que, pour ce qui était du problème de la nationalité des personnes physiques, il était possible de conclure de manière générale que son premier rapport, le rapport préliminaire du Groupe de travail et les débats à la Commission du droit international et à la Sixième Commission avaient permis de rassembler tous les éléments nécessaires pour achever l'étude préliminaire sur cet aspect du sujet.

74. Tel n'était pas encore le cas pour l'autre aspect, c'est-à-dire la nationalité des personnes morales, traité au chapitre III et auquel devait essentiellement s'intéresser le Groupe de travail à la présente session. Le Rapporteur spécial s'était efforcé d'exposer la portée et les caractéristiques du sujet et d'en faire ressortir les nombreuses et considérables complexités, y compris les diverses formes que pouvaient revêtir les personnes morales. Il a fait observer que, indépendamment de la succession d'Etats, le problème de la nationalité des personnes morales se posait principalement dans le domaine des conflits de lois, du droit des étrangers et de la protection diplomatique, et aussi en relation avec la responsabilité des Etats.

75. Le Rapporteur spécial a souligné que les avis avaient été partagés tant à la Commission du droit international qu'à la Sixième Commission quant à l'opportunité d'entreprendre au stade actuel un examen plus approfondi de cet aspect du sujet. A la précédente session de la Commission, il avait indiqué qu'il préférerait personnellement, à ce stade, que la Commission mette de côté cette partie du problème et s'intéresse essentiellement à la nationalité des personnes physiques mais, la Commission ayant demandé plus d'informations en vue du débat, il s'était senti tenu de répondre à cette demande.

76. Au chapitre IV, consacré aux recommandations concernant les travaux futurs sur le sujet, le Rapporteur spécial suggérait de nouveau de diviser le sujet en deux parties et de traiter d'abord l'aspect de la nationalité des personnes physiques. Il recommandait aussi que la Commission réserve la question de la règle de la continuité de la nationalité pour un examen ultérieur dans le cadre du sujet de la protection diplomatique, si celui-ci était inscrit à l'ordre du jour de la Commission. S'agissant des méthodes de travail, le Rapporteur spécial n'avait rien à ajouter à ce qu'il avait déjà

dit dans son premier rapport quant à l'adoption d'un mode d'approche faisant intervenir tant la codification que le développement progressif du droit international, à la terminologie employée, aux catégories de succession d'Etats et à la portée du problème. Le Groupe de travail pouvait réexaminer ces éléments et faire des propositions à la plénière.

77. Quant à la forme que pourrait prendre le résultat des travaux, le Rapporteur spécial a indiqué que sa préférence allait à l'élaboration d'une déclaration de l'Assemblée générale rédigée sous forme d'articles assortis de commentaires. Si la Commission retenait cette idée, elle pourrait être en mesure de terminer sa première lecture de l'ensemble des articles et des commentaires au cours de la prochaine session; cette possibilité pouvait elle aussi être examinée au sein du Groupe de travail.

2. Examen du sujet par le Groupe de travail

78. Aux 2451^{ème} et 2459^{ème} séances de la Commission, les 2 et 12 juillet 1996, le Président du Groupe de travail sur le sujet et Rapporteur spécial a présenté un rapport oral sur les travaux du Groupe à la session en cours.

79. Entre le 4 juin et le 2 juillet 1996, le Groupe de travail a tenu cinq réunions, consacrées essentiellement aux questions suivantes : le problème de la nationalité des personnes morales, la forme que devrait prendre le résultat des travaux sur le sujet et le calendrier de ces travaux. Il a aussi engagé une analyse plus approfondie de la question de la nationalité des personnes physiques dans les cas de succession d'Etats.

80. Le Groupe de travail a recommandé à la Commission d'examiner séparément la question de la nationalité des personnes physiques et la question de la nationalité des personnes morales, qui posaient des problèmes très différents. En effet, le premier volet du sujet faisait intervenir le droit fondamental de tout être humain à une nationalité, de sorte que les obligations des Etats découlaient du devoir de respecter ce droit, tandis que le second mettait en jeu des problèmes surtout économiques et était centré sur un droit d'établissement que pourrait revendiquer une société opérant sur le territoire d'un Etat partie à une succession. Aux yeux du Groupe de travail, en outre, il n'y avait pas la même urgence à traiter ces deux aspects.

81. Le Groupe de travail a considéré que la question de la nationalité des personnes physiques devait être traitée en priorité et il est parvenu à la conclusion que les travaux sur le sujet devraient se concrétiser par un instrument non obligatoire consistant en articles assortis de commentaires.

L'examen de ces articles en première lecture pourrait s'achever à la quarante-neuvième session ou, au plus tard, à la cinquantième session de la Commission.

82. A l'issue des travaux sur la nationalité des personnes physiques, la Commission se prononcerait, à partir des observations demandées aux Etats, sur la nécessité d'examiner la question de l'impact de la succession d'Etats sur la nationalité des personnes morales.

83. Le Groupe de travail a également recommandé à la Commission d'engager l'étude de fond du sujet sous le titre "La nationalité en relation avec la succession d'Etats".

84. En ce qui concerne la nationalité des personnes physiques dans les cas de succession d'Etats, le Groupe de travail s'est attaché surtout à la structure d'un futur instrument possible et aux grands principes à y inclure, en s'appuyant dans la discussion sur un document de travail établi à cette fin par son président.

85. Il a été envisagé de diviser le futur instrument en deux parties : la Première partie serait consacrée aux principes généraux régissant la nationalité dans tous les cas de succession d'Etats, et la Deuxième partie définirait les règles applicables dans certains cas précis de succession d'Etats.

86. La Première partie exposerait plusieurs principes fondamentaux qu'auraient à observer les "Etats intéressés", c'est-à-dire les Etats parties à la succession d'Etats - l'Etat prédécesseur et l'Etat ou les Etats successeurs, selon le cas :

a) le droit de toute personne qui avait la nationalité de l'Etat prédécesseur à la date de la succession d'Etats à la nationalité d'au moins l'un des Etats intéressés;

b) l'obligation, en conséquence, des Etats intéressés d'éviter que les personnes qui, à la date de la succession d'Etats, possédaient la nationalité de l'Etat prédécesseur et avaient leur résidence habituelle sur le territoire de l'un d'entre eux, ne deviennent apatrides par suite de la succession;

c) l'obligation de promulguer sans retard la législation nationale régissant la nationalité et autres questions connexes découlant de la succession d'Etats et de veiller à ce que les personnes intéressées soient averties, dans un délai raisonnable, de l'effet de cette législation sur leur nationalité et des conséquences pour leur statut personnel de l'exercice d'une éventuelle faculté d'option;

d) l'obligation des Etats intéressés, sans préjudice de leur politique concernant la pluralité des nationalités, de prendre en considération la volonté des personnes qui rempliraient également, en tout ou en partie, les conditions requises pour acquérir la nationalité de deux ou plusieurs d'entre eux;

e) le principe de la non-discrimination, conformément aux conclusions dégagées à ce sujet par le Groupe de travail à la précédente session 266/;

f) la prohibition des décisions arbitraires concernant l'acquisition et le retrait de la nationalité ainsi que l'exercice du droit d'option;

g) l'obligation de traiter sans retard les demandes à prendre en considération et de faire connaître par écrit les décisions, lesquelles doivent être susceptibles de recours administratif ou judiciaire;

h) l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires pour garantir la protection des droits et libertés individuels fondamentaux des personnes qui ont leur résidence habituelle sur le territoire ou sont à un autre titre placées sous la juridiction de l'un des Etats intéressés durant la période intérimaire comprise entre la date de la succession d'Etats et celle où leur nationalité aura été déterminée;

i) l'obligation d'accorder à une personne qui renonce volontairement à la nationalité d'un Etat intéressé un délai raisonnable pour transférer sa résidence hors du territoire de cet Etat si elle y est tenue par la législation dudit Etat;

j) l'obligation de prendre toutes les mesures raisonnables pour permettre aux membres d'une même famille de demeurer ensemble ou de se regrouper dans les cas où l'application du droit interne ou de dispositions conventionnelles porterait atteinte à l'unité de cette famille.

k) l'obligation des Etats intéressés de se consulter et de négocier en vue de déterminer si la succession d'Etats a eu dans certains cas individuels des conséquences négatives pour la nationalité et autres aspects connexes du statut personnel et, dans l'affirmative, de rechercher une solution à ces problèmes par voie de négociation;

l) les droits et obligations des Etats autres que les Etats intéressés lorsqu'ils se trouvent devant des cas d'apatridie résultant du non-respect par ces derniers des dispositions du futur instrument.

266/ Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément No 10 (A/50/10), Annexe.

87. En vue de faciliter les négociations entre les Etats intéressés, la Deuxième partie renfermerait un ensemble d'autres principes énonçant des règles plus spécifiques d'octroi ou de retrait de la nationalité ou d'octroi du droit d'option dans différents cas de succession d'Etats. Ces principes reposeraient sur les conclusions auxquelles le Groupe était parvenu à la précédente session.

3. Décision de la Commission

88. A la 2459ème séance, le 12 juillet 1996, la Commission a décidé, conformément aux conclusions du Groupe de travail, de recommander à l'Assemblée générale de prendre acte de l'achèvement de l'étude préliminaire du sujet et d'inviter la Commission à engager l'étude de fond du sujet intitulé "La nationalité en relation avec la succession d'Etats", étant entendu que :

a) l'examen de la question de la nationalité des personnes physiques serait dissocié de celui de la nationalité des personnes morales et que la première se verrait accorder la priorité;

b) pour le moment - mais sans préjuger de la décision finale -, le résultat des travaux sur la question de la nationalité des personnes physiques devrait prendre la forme d'une déclaration de l'Assemblée générale consistant en une série d'articles accompagnés de commentaires;

c) l'examen de ces articles en première lecture serait achevé à la quarante-neuvième ou, au plus tard, à la cinquantième session de la Commission;

d) la décision sur le traitement de la question de la nationalité des personnes morales serait prise à l'issue des travaux sur celle des personnes physiques et à la lumière des observations que l'Assemblée générale pourrait inviter les Etats à présenter sur les problèmes que la succession d'Etats soulève en pratique dans ce domaine.

CHAPITRE V

RESPONSABILITE INTERNATIONALE POUR LES CONSEQUENCES PREJUDICIALES DECOULANT D'ACTIVITES QUI NE SONT PAS INTERDITES PAR LE DROIT INTERNATIONAL

A. Introduction

89. C'est à sa trentième session (1978) que la Commission avait inscrit à son programme de travail le sujet intitulé "Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international" et nommé M. Robert Q. Quentin-Baxter rapporteur spécial 267/.

90. De sa trente-deuxième session (1980) à sa trente-sixième session (1984), la Commission avait reçu et examiné cinq rapports du Rapporteur spécial 268/, où celui-ci s'efforçait d'établir la base théorique de l'étude du sujet et proposait une ébauche de plan, ainsi que cinq articles. L'ébauche de plan était contenue dans le troisième rapport du Rapporteur spécial, soumis à la Commission à sa trente-quatrième session (1982). Les cinq articles étaient proposés dans le cinquième rapport du Rapporteur spécial, soumis à la Commission à sa trente-sixième session (1984). La Commission les avait examinés, mais n'avait pas pris de décision sur leur renvoi au Comité de rédaction.

91. A sa trente-sixième session (1984), la Commission était également saisie des réponses à un questionnaire que le Conseiller juridique de l'ONU avait envoyé en 1983 à 16 organisations internationales choisies à cet effet afin de déterminer, entre autres choses, dans quelle mesure les obligations que les Etats ont les uns envers les autres et dont ils s'acquittent en tant que membres des organisations internationales pouvaient correspondre ou suppléer à

267/ A cette session, la Commission avait créé un groupe de travail chargé d'examiner, à titre préliminaire, la portée et la nature du sujet. Pour le rapport du Groupe de travail, voir Annuaire ... 1978, vol. II (deuxième partie), p. 167 à 169.

268/ Pour ces cinq rapports, voir : Annuaire ... 1980, vol. II (première partie), p. 243, doc. A/CN.4/334 et Add.1 et 2; Annuaire ... 1981, vol. II (première partie), p. 107, doc. A/CN.4/346 et Add.1 et 2; Annuaire ... 1982, vol. II (première partie), p. 61, doc. A/CN.4/360; Annuaire ... 1983, vol. II (première partie), p. 209, doc. A/CN.4/373; Annuaire ... 1984, vol. II (première partie), p. 161, doc. A/CN.4/383 et Add.1.

certaines procédures envisagées dans l'ébauche de plan 269/. Elle était saisie en outre d'un document du secrétariat intitulé "Etude de la pratique des Etats concernant la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international" 270/.

92. A sa trente-septième session (1985), la Commission a nommé M. Julio Barboza rapporteur spécial pour le sujet. De sa trente-septième session (1985) à sa quarante-huitième session (1996), elle a reçu 12 rapports du nouveau Rapporteur spécial 271/.

93. A sa quarantième session (1988), la Commission a renvoyé au Comité de rédaction les articles premier à 10 proposés par le Rapporteur spécial pour les chapitres I (Dispositions générales) et II (Principes) 272/.

La Commission a différé l'examen des dixième et onzième rapports du Rapporteur spécial; elle a préféré centrer ses travaux sur le sujet sur les articles dont le Comité de rédaction était déjà saisi, à savoir : les articles 1 à 10 pour

269/ Annuaire ... 1984, vol. II (première partie), p. 135, doc. A/CN.4/378.

270/ Annuaire ... 1985, vol. II (première partie), Additif, doc. A/CN.4/384.

271/ Pour ces douze rapports, voir Annuaire ... 1985, vol. II (première partie), p. 97, document A/CN.4/394; Annuaire ... 1986, vol. II (première partie), p. 149, document A/CN.4/402; Annuaire ... 1987, vol. II (première partie), p. 49, document A/CN.4/405; Annuaire ... 1988, vol. II (première partie), p. 253, document A/CN.4/413; Annuaire ... 1989, vol. II (première partie), p. 145, document A/CN.4/423; Annuaire ... 1990, vol. II (première partie), p. 87, document A/CN.4/428; Annuaire ... 1991, vol. II (première partie), p. 73, document A/CN.4/437; Annuaire ... 1992, vol. II (première partie), p. 61, document A/CN.4/443; Annuaire ... 1993, vol. II (première partie), document A/CN.4/450; document A/CN.4/459; document A/CN.4/468 et document A/CN.4/475 et Add.1.

272/ Pour le texte de ces articles, voir Annuaire ... 1988, vol. II (deuxième partie), p. 9. A sa quarante et unième session (1989), la Commission a renvoyé au Comité de rédaction la version révisée des articles qu'elle lui avait déjà renvoyés à la session précédente. Voir Annuaire ... 1989, vol. II (deuxième partie), par. 311. Le Rapporteur spécial a proposé dans son sixième rapport de nouvelles modifications à certains de ces articles; voir Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-cinquième session, Supplément No 10 (A/45/10), par. 471.

le chapitre I (Dispositions générales) et le chapitre II (Principes) 273/; et les projets d'articles 10 (Non-discrimination) à 20 bis 274/.

94. A sa quarante-quatrième session (1992), la Commission a créé un groupe de travail qui était chargé d'examiner certaines questions d'ordre général touchant la portée et l'orientation des travaux futurs sur le sujet, ainsi que l'approche à adopter à cet égard 275/. Sur la base de la recommandation du Groupe de travail, la Commission a décidé, à sa 2282ème séance, le 8 juillet 1992, de poursuivre les travaux sur le sujet en procédant par étapes, à savoir : commencer par mener à bien les travaux sur la prévention du dommage transfrontière et passer ensuite aux mesures correctives 276/. Etant donné l'ambiguïté de l'intitulé anglais du sujet, la Commission a décidé de continuer de prendre comme hypothèse de travail que le sujet traitait des "activités" et de remettre à plus tard toute modification formelle du titre.

95. A sa quarante-sixième session (1994) et à sa quarante-septième session (1995), la Commission a adopté à titre provisoire en première lecture, avec les commentaires s'y rapportant, les projets d'articles suivants : article premier (Champ d'application des présents articles), article 2 (Termes employés), article 11 (Autorisation préalable), article 12 (Evaluation du risque), article 13 (Activités non autorisées), article 14 (Mesures visant à prévenir le risque ou à le réduire au minimum), article 14 bis [20 bis] (Non-déplacement du risque), article 15 (Notification et information), article 16 (Echange d'informations), article 16 bis (Information du public), article 17 (Sécurité nationale et secrets industriels), article 18 (Consultations sur les mesures préventives), article 19 (Droits de l'Etat susceptible d'être affecté), article 20 (Facteurs d'un juste équilibre des intérêts), article A [6] (La liberté d'action et ses limites),

273/ Ces projets d'articles sont reproduits dans l'Annuaire ... 1988, vol. II (première partie), p. 253, doc. A/CN.4/413, et ont été renvoyés au Comité de rédaction à la quarantième session en 1988.

274/ Ces articles sont reproduits dans l'Annuaire ... 1993, vol. II (première partie), doc. A/CN.4/450, et ont été renvoyés au Comité de rédaction à la quarante-cinquième session en 1993.

275/ Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément No 10 (A/47/10), p. 126 et 127.

276/ Pour une recommandation détaillée de la Commission, voir Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément No 10 (A/50/10), p. 209 et 210.

article B [8 et 9] (Prévention), article C [9 et 10] (Responsabilité et indemnisation) et article D [7] (Coopération) 277/.

B. Examen du sujet à la présente session

96. A la présente session, la Commission était saisie du douzième rapport du Rapporteur spécial 278/, que celui-ci a présenté à la 2450ème séance, le 28 juin 1998. Le rapport passait en revue les divers régimes de responsabilité proposés par le Rapporteur spécial dans ses précédents rapports. La Commission était également saisie d'une étude du secrétariat intitulée "Etude des régimes de responsabilité ayant trait au sujet 'Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international'" (A/CN.4/471).

1. Création du groupe de travail

97. A sa 2450ème séance, le 28 juin 1996, la Commission a décidé de créer un groupe de travail qui serait chargé d'examiner le sujet sous tous ses aspects, à la lumière des rapports du Rapporteur spécial et des débats tenus au cours des années à la Commission, et de formuler des recommandations à l'attention de celle-ci 279/.

2. Résultats des travaux du Groupe de travail

98. Le Groupe de travail mentionné au paragraphe 96 a soumis un rapport que son président a présenté à la Commission à ses 2465ème et 2471ème séances, les 19 et 25 juillet 1996. Le rapport du Groupe de travail est annexé au présent rapport.

99. La Commission a estimé que le rapport du Groupe de travail marquait un progrès notable dans les travaux sur le sujet. Il brossait un tableau complet du sujet, en établissant une relation entre le principe de prévention et l'obligation d'accorder une indemnisation ou autre réparation et en présentant des articles assortis de commentaires. Bien que la Commission n'ait pas eu la possibilité d'examiner le projet d'articles à sa session en cours, elle a estimé qu'en principe il constituait une base sur laquelle l'Assemblée générale pourrait procéder à un examen à sa cinquante et unième session.

277/ Les articles premier, 2 et 11 à 20 ont été adoptés en 1994 et les articles A à D en 1995.

278/ Doc. A/CN.4/475.

279/ Pour la composition du Groupe de travail, voir plus haut par. 9.

100. La Commission serait heureuse que l'Assemblée générale formule des observations sur la question mentionnée au paragraphe 26 du commentaire de l'article premier et sur le mode d'approche de la question de l'indemnisation ou autre réparation exposé au chapitre III, ainsi que sur l'ensemble du projet d'articles figurant dans le rapport du Groupe de travail. Les observations que les gouvernements voudront peut-être présenter par écrit seront également les bienvenues. Ces observations fourniront d'utiles orientations à la Commission pour ses travaux ultérieurs sur le sujet, dont elle a l'intention de reprendre l'étude suivant ses méthodes ordinaires.

101. La Commission a exprimé sa profonde gratitude à M. Julio Barboza pour le zèle et la compétence dont il a fait preuve pendant douze ans en sa qualité de rapporteur spécial pour ce sujet important et complexe.

CHAPITRE VI

LES RESERVES AUX TRAITES

A. Introduction

102. Par sa résolution 48/31 du 9 décembre 1993, l'Assemblée générale a approuvé la décision de la Commission du droit international d'inscrire à l'ordre du jour de sa quarante-sixième session (1994) le sujet intitulé "Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités".

103. A sa quarante-sixième session, la Commission a nommé M. Alain Pellet rapporteur spécial pour ce sujet 280/.

104. A sa quarante-septième session, la Commission a reçu le premier rapport du Rapporteur spécial sur le sujet 281/. Elle a examiné ce rapport de sa 2400ème à sa 2404ème séance, à ses 2406ème et 2407ème séances et à ses 2412ème et 2416ème séances.

105. Le Rapporteur spécial a résumé de la manière suivante les conclusions qu'il tirait des débats de la Commission sur le sujet à l'examen :

a) la Commission estimait que le titre du sujet devrait être modifié pour se lire dorénavant "Les réserves aux traités";

b) la Commission devrait adopter un guide de la pratique en matière de réserves. Conformément au statut de la Commission et à sa pratique habituelle, ce guide se présenterait sous la forme d'un projet d'articles dont les dispositions seraient susceptibles de guider la pratique des Etats et des organisations internationales en matière de réserves; ces dispositions seraient, le cas échéant, accompagnées de clauses types;

c) les arrangements ci-dessus devraient être interprétés avec souplesse et, si elle estimait devoir s'en écarter de manière importante, la Commission pourrait soumettre à l'Assemblée générale de nouvelles propositions au sujet de la forme que pourrait revêtir le résultat de ses travaux;

d) il existait un consensus au sein de la Commission pour considérer qu'il n'y avait pas lieu de modifier les dispositions pertinentes des Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986.

106. Ces conclusions constituaient, de l'avis de la Commission, le résultat de l'étude préliminaire demandée par l'Assemblée générale dans ses

280/ Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément No 10 (A/49/10), par. 382.

281/ Doc. A/CN.4/470 et Corr.1.

résolutions 48/31 du 9 décembre 1993 et 49/51 du 9 décembre 1994. Selon la Commission, les clauses types sur les réserves, à insérer dans les traités multilatéraux, devraient être conçues de manière à réduire au maximum les possibilités de différend à l'avenir.

107. Par ailleurs, à sa 2416^{ème} séance, le 13 juillet 1995, la Commission, conformément à sa pratique antérieure 282/, a autorisé le Rapporteur spécial à établir un questionnaire détaillé en matière de réserves aux traités afin de s'enquérir de la pratique suivie et des problèmes rencontrés par les Etats et les organisations internationales, particulièrement celles qui étaient dépositaires de conventions multilatérales. Ce questionnaire serait adressé à ses destinataires par le Secrétariat.

B. Examen du sujet à la présente session

108. A la présente session, la Commission a été saisie du deuxième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet 283/. Le Rapporteur spécial a présenté ce rapport à la Commission à sa 2460^{ème} séance, tenue le 16 juillet 1996.

109. Le rapport comprenait deux chapitres tout à fait distincts.

110. Le chapitre I, "Vue générale de l'étude", était consacré aux futurs travaux de la Commission sur le sujet des réserves aux traités et proposait un schéma général provisoire de l'étude. Le chapitre II, intitulé "Unité ou diversité du régime juridique des réserves aux traités ?", était consacré, d'une part, au régime juridique des réserves et aux règles de fond applicables aux réserves en général et, d'autre part, à l'application de ce régime général aux traités de droits de l'homme. Une bibliographie concernant les réserves aux traités était annexée au rapport.

111. Dans le chapitre I, le Rapporteur spécial a rappelé les conclusions de son premier rapport ainsi que le questionnaire détaillé qu'il avait établi en matière de réserves aux traités afin de s'enquérir de la pratique suivie et des problèmes rencontrés par les Etats. Quatorze Etats avaient, pour l'instant, répondu à ce questionnaire. Dans ce premier chapitre, le Rapporteur spécial précisait le champ de l'étude. Cinq grands problèmes de fond avaient été prédominants dans les débats qui avaient suivi la présentation du premier rapport :

282/ Voir Annuaire ... 1993, vol. II (deuxième partie), par. 286.

283/ A/CN.4/477 et A/CN.4/477/Add.1.

- i) la définition des réserves, la distinction entre les réserves et les déclarations interprétatives et les différences de régime juridique qui caractérisaient les deux institutions;
- ii) la querelle doctrinale (mais ayant des conséquences pratiques importantes) entre l'école de l'"admissibilité" ou de la "permissibilité" d'une part et celle de l'"opposabilité" d'autre part, qui portait, en définitive, sur ce que l'on pouvait considérer prima facie comme le problème central posé par le sujet : les conditions de licéité et d'opposabilité des réserves;
- iii) le règlement des différends;
- iv) les effets de la succession d'Etats sur les réserves et les objections aux réserves;
- v) la question de l'unité ou de la diversité du régime juridique applicable aux réserves en fonction de l'objet du traité auquel elles sont faites.

112. Il est intéressant de noter que les débats au sein de la Sixième Commission et de l'Assemblée générale ont fait apparaître une concordance de vues assez frappante entre les membres de la Commission et les représentants des Etats en ce qui concernait la hiérarchie des problèmes posés - ou laissés en suspens - par le régime juridique actuel des réserves aux traités. Les principaux thèmes faisant problème étaient les suivants :

- i) la question de la définition même des réserves;
- ii) le régime juridique des déclarations interprétatives;
- iii) les objections aux réserves; et
- iv) les règles applicables, le cas échéant, aux réserves à certaines catégories de traités, et en particulier aux traités relatifs aux droits de l'homme.

113. Le Rapporteur spécial a rappelé la forme que prendrait par la suite l'étude du sujet. Celle-ci devrait préserver les "acquis" des dispositions pertinentes des Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986 et aboutir, le cas échéant, à un "guide de la pratique en matière de réserves". Un tel guide, pour être réellement utilisable par les Etats et les organisations internationales, devrait être divisé en chapitres qui se présenteraient comme suit :

- i) rappel des dispositions pertinentes des Conventions de Vienne de 1969, 1978 ou 1986;

- ii) commentaires de ces dispositions mettant en évidence leur sens, leur portée, leurs ambiguïtés et leurs lacunes;
- iii) projets d'articles visant à combler ces lacunes ou à lever ces ambiguïtés,
 - commentaires de ces projets d'articles;
- iv) clauses types susceptibles d'être insérées, le cas échéant, dans des traités spécifiques et dérogeant aux projets d'articles,
 - commentaires de ces clauses types.

114. Le schéma général provisoire envisagé par le Rapporteur spécial comprendrait en principe les chapitres suivants :

- I. Unité ou diversité du régime juridique des réserves aux traités multilatéraux (les réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme);
- II. Définition des réserves (Ce chapitre évoquerait également la question des déclarations interprétatives et de leur régime juridique);
- III. Formulation et retrait des réserves, des acceptations et des objections;
- IV. Effets des réserves, des acceptations et des objections;
- V. Sort des réserves, des acceptations et des objections en cas de succession d'Etats; et
- VI. Le règlement des différends liés au régime des réserves 284/.

115. Le Rapporteur spécial a estimé que, sauf difficultés imprévues (et encore fallait-il ne pas perdre de vue le caractère purement prévisionnel de cette estimation), cette tâche pourrait être menée à bien dans un délai de quatre ans, de sorte que la première lecture du guide de la pratique en matière de réserves aux traités pourrait être achevée en 1999 avec l'examen des chapitres V et VI.

116. Le chapitre II du rapport traitait, d'une part, de la question de l'unité ou de la diversité du régime juridique des réserves aux traités et, d'autre part, de la question spécifique des réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme. A ce sujet, le Rapporteur spécial a souligné que ce chapitre (qui correspondait au point I du schéma proposé au premier chapitre de son rapport) visait à déterminer si les règles applicables en matière de réserves aux traités (qu'elles soient codifiées par les Conventions de 1969 ou de 1986, ou

284/ Voir doc. A/CN.4/477, par. 37.

qu'elles soient de nature coutumière) étaient applicables à tous les traités, quel que soit leur objet, et, en particulier, aux traités relatifs aux droits de l'homme. Il a rappelé que cette question avait été posée avec une certaine insistance tant durant les débats qu'au cours des délibérations de la Sixième Commission lors de la cinquantième session de l'Assemblée générale. La question correspondait à des préoccupations qu'inspiraient la pratique et la jurisprudence récente - et controversée - des organes chargés de surveiller l'application des traités relatifs aux droits de l'homme en matière de réserves. Il lui avait donc semblé nécessaire que la Commission du droit international exposât le point de vue du droit international général dont elle était l'un des organes. C'était pour cette raison que le Rapporteur spécial avait cru bon d'aborder ce sujet dans son deuxième rapport car il lui paraissait présenter un certain caractère d'urgence.

117. La question initiale concernait l'unité ou la diversité du ou des régime(s) juridique(s) applicable(s) aux réserves et pourrait être posée en ces termes : certains traités (par exemple les traités dits "normatifs") échappaient-ils ou devraient-ils échapper à l'application du régime de Vienne du fait de leur objet ? Et dans l'affirmative, à quel(s) régime(s) particulier(s) ces traités étaient-ils ou devraient-ils être soumis en matière de réserves ? Cette question de principe pouvait être examinée en trois étapes :

118. En premier lieu, le Rapporteur spécial a évoqué la diversité des traités et le régime juridique des réserves. Il a considéré qu'il était sage de restreindre l'étude aux seuls traités normatifs en écartant d'autres catégories de traités (traités restreints, actes constitutifs des organisations internationales, traités bilatéraux, etc.) soit parce qu'ils ont déjà fait l'objet d'un traitement à part (notamment dans les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986) soit parce qu'il se proposait de les traiter à un stade ultérieur de l'étude. En revanche, les traités "normatifs" (conventions de "codification", des droits de l'homme, ou établissant des règles de conduite pour l'ensemble des Etats dans les domaines juridique, technique, social, humanitaire, etc.) posaient des problèmes particuliers pour le sujet à l'étude parce que, selon certains avis, le régime juridique général des réserves leur serait inapplicable ou bien même parce que ces instruments, par nature, ne se prêteraient pas à la formulation de réserves, tout spécialement les traités relatifs aux droits de l'homme. Il a relevé que ce terme recouvrait souvent plusieurs catégories de traités de nature parfois

assez différente et ne constituant pas une catégorie homogène. D'autre part, s'ils avaient bien certaines particularités essentielles que leur conférait leur caractère "normatif" visant surtout à instituer une réglementation internationale commune se fondant sur des valeurs partagées, il convenait de se garder d'une vision trop simpliste : ces traités n'en contenaient pas moins des clauses typiquement contractuelles.

119. Dans ce contexte, le Rapporteur spécial a d'abord examiné la fonction du régime juridique des réserves. Deux intérêts en apparence contradictoires étaient en cause : d'un côté l'intérêt de l'extension de la convention et de l'autre le souci de préserver l'intégrité de celle-ci. La fonction des règles applicables aux réserves était de réaliser un équilibre entre ces exigences opposées : la recherche de la participation la plus large d'une part, la préservation de la ratio contrahendi, de ce qui faisait la raison d'être du traité, d'autre part.

120. Le problème pouvait aussi être posé en termes de consentement, puisque le principe consensuel était à la base du droit des traités : dans cette perspective, un équilibre devrait être réalisé entre la liberté du consentement de l'Etat réservataire et celle des autres Etats parties.

C'est à la lumière de ces exigences que le Rapporteur spécial s'est demandé si le régime juridique des réserves prévu par les Conventions de Vienne de 1969 et 1986 était d'applicabilité générale et, en particulier, s'il était adapté aux caractères particuliers des traités "normatifs" (ou plutôt des "clauses normatives" figurant dans les traités multilatéraux généraux).

121. Pour ce faire, le Rapporteur spécial a examiné la genèse du "régime de Vienne" et ses sources (travaux préparatoires, travaux antérieurs de la Commission du droit international, etc.) pour montrer que les auteurs de ce régime s'étaient montrés conscients des exigences indiquées et avaient entendu adopter des règles y répondant, d'applicabilité générale. Tant la Commission du droit international que les conférences de codification du droit des traités avaient voulu établir un régime unique applicable aux réserves aux traités, quels que fussent leur nature ou leur objet.

122. En second lieu, le Rapporteur spécial a examiné la question de savoir si le "régime de Vienne" était applicable en particulier aux traités normatifs et, notamment, aux traités relatifs aux droits de l'homme. (Cette question était liée au problème de l'opportunité d'admettre ou non des réserves à ces instruments, mais il s'agissait là d'un problème qui restait sans conclusion possible et qui dépendait de considérations politiques ou idéologiques.)

Les arguments en faveur d'une réponse affirmative (plus grande participation des Etats à de tels traités, participation préférable à l'absence de toute participation) ou négative (contradiction entre "réserves" et "droits de l'homme", caractère particulier de ces traités en vertu de leur fonction quasi législative et de l'uniformité de leur application) ne manquaient pas.

123. Le Rapporteur spécial a noté cependant que la véritable question à se poser d'un point de vue juridique était celle de savoir si, lorsque les Parties contractantes étaient demeurées muettes sur le régime juridique des réserves, les règles figurant dans les Conventions de 1969 et 1986 étaient ou non adaptées à n'importe quel type de traités, y compris aux traités "normatifs", y compris en matière de droits de l'homme.

124. Pour donner une réponse affirmative à cette question, le Rapporteur spécial a fait valoir que les règles qui étaient applicables à ce type de traités en vertu des Conventions de Vienne constituaient un juste équilibre entre les préoccupations exprimées tant par les "partisans" des réserves que par ceux qui y sont opposés. Il a aussi relevé que c'étaient les caractères fondamentaux du "régime de Vienne", à savoir sa souplesse et son adaptabilité, qui lui avaient permis de répondre aux besoins particuliers et aux spécificités de tous les types de traités ou de dispositions conventionnelles et qui avaient conduit la Commission du droit international à écarter, en 1963 et en 1966, toute règle dérogatoire en faveur des traités normatifs.

125. La Cour internationale de Justice dans son avis consultatif sur les "Réserves à la Convention sur le génocide" avait déjà appelé l'attention sur les avantages d'une plus grande souplesse dans la pratique internationale des conventions multilatérales, dont elle avait fait application à un traité de droits de l'homme par excellence. Le Rapporteur spécial a identifié trois éléments qui permettaient au "régime de Vienne" de s'appliquer de manière satisfaisante à tous les traités quel que soit leur objet, y compris aux traités de droits de l'homme :

- a) l'admissibilité des réserves devait être appréciée eu égard à l'objet et au but du traité;
- b) la liberté du consentement des autres Parties contractantes était intégralement préservée par le jeu des acceptations et des objections; et
- c) le droit de "formuler" des réserves ne présentait qu'un caractère supplétif, chaque traité pouvant limiter cette liberté et même interdire toute réserve, ou certaines réserves.

126. Par conséquent, le "régime de Vienne" était adapté aux particularités des traités normatifs. Le Rapporteur spécial a constaté que ni les problèmes liés à l'"intégrité" des traités normatifs, ni les problèmes tenant à la "non-réciprocité" des engagements, ni les problèmes relatifs à l'égalité entre les Parties n'étaient de nature à empêcher l'applicabilité du "régime de Vienne". En effet, il est apparu que :

a) le régime des réserves consacré par les Conventions de 1969 et 1986 avait été conçu par ses auteurs comme pouvant et devant s'appliquer à tous les traités multilatéraux, quel que soit leur objet, exception faite de certains traités conclus entre un nombre restreint de Parties et des actes constitutifs d'organisations internationales, pour lesquels des dérogations limitées avaient été prévues;

b) ce régime était, par sa souplesse et sa flexibilité, adapté aux particularités des traités normatifs, y compris aux instruments relatifs aux droits de l'homme;

c) à défaut d'assurer leur intégrité absolue, ce qui n'était guère compatible avec la définition même des réserves, il préservait l'essentiel de leur contenu et garantissait que celui-ci n'était pas dénaturé;

d) cette conclusion n'était pas contredite par les arguments fondés sur la prétendue atteinte aux principes de réciprocité et d'égalité entre les Parties : si atteinte il y avait, elle serait le fait des réserves elles-mêmes et non des règles qui leur étaient applicables; au surplus, ces objections n'étaient guère compatibles avec la nature même des traités normatifs qui, précisément, ne reposaient pas sur la réciprocité des engagements pris par les Parties;

e) il n'était pas nécessaire de prendre parti sur l'opportunité d'autoriser des réserves aux dispositions normatives, y compris en matière de droits de l'homme : si l'on estimait qu'elles devaient être prohibées, les Parties avaient toute liberté de les exclure ou de les limiter en tant que de besoin en incluant une clause expresse en ce sens dans le traité, ce qui était parfaitement compatible avec les règles de Vienne qui n'avaient qu'un caractère supplétif.

127. En troisième lieu, le Rapporteur spécial a examiné la mise en oeuvre du régime général des réserves et en particulier l'application du régime de Vienne aux traités de droits de l'homme. En pratique, le critère fondamental de l'objet et du but du traité était appliqué aux réserves à ces traités (y compris en cas d'absence de clauses de réserves). Tant les textes de

plusieurs traités relatifs aux droits de l'homme que la pratique des Etats consacraient ce principe fondamental : la nature particulière des traités normatifs n'avait donc pas d'incidence sur le régime des réserves.

128. Se penchant ensuite sur les mécanismes de contrôle de l'application du régime des réserves, le Rapporteur spécial a relevé que, depuis les Conventions de Vienne, s'étaient développés des contrôles complémentaires effectués directement par les organes de surveillance des instruments de droits de l'homme. Il existait donc dorénavant deux types parallèles de contrôle de la licéité des réserves dans ce domaine : les mécanismes traditionnels (contrôle par les Etats contractants et, le cas échéant, par les organes juridictionnels dans le cadre du règlement des différends) et les organes de surveillance institués par des traités de droits de l'homme. Le rôle de ces derniers en matière de réserves avait pris une réelle ampleur au cours des quinze dernières années, tant sur le plan régional (pratique de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme) que sur le plan international (Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, et surtout Comité des droits de l'homme 285/, etc.).

129. Le fondement du contrôle exercé par les organes de surveillance institués par des traités était lié à leur mission elle-même; dès lors que ces instruments créaient des organes chargés de surveiller leur mise en oeuvre, ces organes avaient, conformément à un principe général de droit bien établi en droit international général, la compétence de leur compétence. En effet, ces organes ne pourraient s'acquitter de leurs fonctions s'ils ne pouvaient s'assurer de l'étendue exacte de leur compétence à l'égard des Etats concernés et celle-ci dépendait de la portée et de la validité de l'expression du consentement à être lié. De reste, en pratique, les organes de surveillance contrôlaient la licéité des réserves en se fondant sur le critère de l'objet et du but du traité. Le Rapporteur spécial a constaté que, par conséquent et compte tenu de cette évolution, une combinaison des différents modes de contrôle de la licéité des réserves existait dans le domaine des traités des droits de l'homme (le contrôle classique par les Etats contractants parallèlement au contrôle par un organe de surveillance, quand celui-ci était institué par le traité, sans exclusion d'autres organes - tels que des organes

285/ Voir Observation générale No 24, CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, 11 novembre 1994.

juridictionnels ou arbitraux internationaux dans le cadre du règlement des différends, voire même des tribunaux nationaux). Cette situation n'exclut pas, mais au contraire implique une certaine complémentarité entre les différents modes de contrôle et une coopération entre les organes qui en sont chargés.

130. Le Rapporteur spécial s'est demandé quelles étaient les conséquences des constatations faites par les organes de contrôle. Selon certains avis fondés sur le principe de la "dissociabilité" de la réserve (la possibilité de la dissocier du reste de l'expression par un Etat de son consentement à être lié), seule la réserve "illicite" devait être considérée comme nulle tandis que l'Etat continuait d'être partie au traité. Cependant cette thèse allait à l'encontre du principe consensuel, base de tout engagement conventionnel.

131. Le Rapporteur spécial a cependant estimé que la valeur juridique des constatations faites par les organes de surveillance dans l'exercice de leur pouvoir de contrôle ne saurait excéder celle résultant des pouvoirs dont ils étaient dotés pour s'acquitter de leur mission générale de surveillance. Alors, même en cas de constatation de l'illicéité d'une réserve, il ne leur appartenait pas de se substituer à l'Etat pour déterminer si celui-ci entendait ou non être lié par le traité malgré l'illicéité de la réserve. C'était toujours aux Etats et à eux seuls qu'il appartenait de remédier aux illicéités constatées après avoir examiné ces constatations de bonne foi.

132. En aucun cas, les organes de contrôle de la licéité des réserves, quels qu'ils fussent, ne pouvaient se substituer à l'Etat réservataire dans la détermination de ses intentions quant à l'étendue des obligations conventionnelles qu'il était prêt à assumer; c'était donc à lui seul qu'il appartenait de décider de quelle manière il convenait de mettre fin au vice qui pouvait affecter l'expression de son consentement du fait de l'illicéité de la réserve. Cette "mise en conformité" pouvait se traduire par le retrait pur et simple de la réserve illicite, par sa modification dans un sens compatible avec l'objet et le but du traité ou par la terminaison de la participation de l'Etat au traité.

133. En guise de conclusion, le Rapporteur spécial a résumé les principales constatations faites dans son rapport. Il a relevé que les réserves aux traités n'exigeaient pas une diversification normative; le régime en vigueur était caractérisé par sa souplesse, son adaptabilité et réalisait de manière satisfaisante le nécessaire équilibre entre les exigences antagonistes de l'intégrité et de l'universalité du traité. Cet objectif d'équilibre était universel. Quel que fût son objet, un traité demeurait un traité et exprimait

la volonté des Etats (ou des organisations internationales) qui y étaient parties. Le régime des réserves avait pour objectif de permettre à ces volontés de s'exprimer de manière équilibrée et il y parvenait de façon globalement satisfaisante. Il serait regrettable de le remettre en cause en accordant une importance indue à des considérations sectorielles qui pouvaient parfaitement s'accommoder du régime existant.

134. Selon le Rapporteur spécial, cette conclusion générale devait toutefois être tempérée par deux considérations :

a) en premier lieu, on ne saurait nier que le droit ne s'était pas figé en 1951 ou 1969; des problèmes qui ne se posaient pas (ou guère) alors avaient surgi et il convenait d'y répondre; cette réponse pouvait être apportée dans l'esprit des "règles de Vienne", étant entendu que celles-ci devaient être adaptées et prolongées, le cas échéant, lorsque le besoin s'en faisait sentir;

b) en second lieu, il convenait de garder à l'esprit que le moyen normal d'adapter les règles générales du droit international à des besoins et à des circonstances particulières était d'adopter, par la voie conventionnelle, les règles adéquates, ce qui pouvait aisément être fait dans le domaine des réserves par l'adoption de clauses de réserves dérogatoires si les Parties en ressentaient le besoin.

135. Aucune considération décisive ne paraissait imposer l'adoption d'un régime particulier de réserves pour les traités normatifs, ni même pour les traités de droits de l'homme. Les particularités de ces instruments étaient parfaitement présentes à l'esprit des juges de 1951 et des "codificateurs" des années ultérieures et ne leur avaient pas semblé justifier un régime global dérogatoire.

136. En revanche, on aurait légitimement pu considérer que les rédacteurs des Conventions de Vienne n'avaient guère envisagé le rôle que les organes de surveillance de l'application de certains traités pouvaient être conduits à jouer dans la mise en oeuvre du régime des réserves qu'ils avaient consacré, notamment dans le domaine de la protection des droits de l'homme. Mais ce rôle pouvait assez facilement être circonscrit par l'application de principes généraux du droit international et en gardant à l'esprit à la fois les fonctions d'un régime de réserves et celles qui incombaient à ces organes.

137. Le Rapporteur spécial a rappelé qu'il avait joint à son rapport un projet de résolution de la Commission du droit international sur les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris aux traités de droits de l'homme, à l'intention de l'Assemblée générale, dans le but de préciser les données juridiques sur cette question et de les clarifier 286/.

286/ Le Rapporteur spécial a proposé à la Commission d'adopter le projet de résolution ci-après :

PROJET DE RESOLUTION DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL
SUR LES RESERVES AUX TRAITES MULTILATERAUX NORMATIFS,
Y COMPRIS AUX TRAITES DE DROITS DE L'HOMME

La Commission du droit international,

Avant examiné la question de l'unité ou de la diversité du régime juridique des réserves lors de sa quarante-huitième session,

Consciente des débats actuellement menés dans d'autres enceintes au sujet des réserves aux traités multilatéraux normatifs, tout particulièrement aux traités relatifs aux droits de l'homme,

Souhaitant faire entendre la voix du droit international dans ces débats,

1. Réaffirme son attachement à l'application effective du régime de réserves consacré par les articles 19 à 23 des Conventions de Vienne sur le droit des traités de 1969 et 1986 et, particulièrement, au critère fondamental de l'objet et du but du traité comme critère fondamental d'appréciation de la licéité des réserves;

2. Considère que, par sa souplesse et sa flexibilité, ce régime est adapté aux exigences de l'ensemble des traités, quels que soient leur objet ou leur nature, et réalise un équilibre satisfaisant entre les objectifs de préservation de l'intégrité du texte du traité et de l'universalité de la participation à celui-ci;

3. Estime que ces objectifs valent tout autant s'agissant des réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris dans le domaine des droits de l'homme et que, dès lors, les règles générales énoncées dans les Conventions de Vienne prémentionnées sont pleinement applicables aux réserves à ces instruments;

4. Considère néanmoins que la création par de nombreux traités de droits de l'homme de mécanismes de surveillance pose des problèmes particuliers qui n'ont pas été envisagés lors de l'élaboration de ces Conventions, en ce qui concerne le contrôle de la licéité des réserves formulées par les Etats;

138. Faute de temps, la Commission n'a pas pu examiner le rapport ni le projet de résolution. Elle a décidé de reporter le débat sur ce sujet à l'année suivante. Cependant, plusieurs membres ont félicité le Rapporteur spécial pour son rapport qui traitait d'une question extrêmement complexe et délicate. A cet égard, ils ont rappelé qu'il serait souhaitable que la Commission étudie de manière détaillée certaines questions soulevées par le rapport, en tenant éventuellement compte d'autres types de traités normatifs. Le fait que le Rapporteur spécial ait annexé une bibliographie au rapport a également été très apprécié. Certains membres ont par ailleurs exprimé le regret que la Commission n'ait pas trouvé le temps de se prononcer sur ce rapport à sa quarante-huitième session.

5. Considère en outre que, bien que ces traités soient muets à ce sujet, les organes qu'ils créent ont nécessairement compétence pour s'acquitter de cette tâche de contrôle, indispensable à l'exercice des fonctions dont ils sont chargés, mais que le contrôle qu'ils peuvent exercer sur la licéité des réserves n'est pas exclusif des modalités traditionnelles de contrôle par les Parties contractantes d'une part, conformément aux dispositions précitées des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 et, le cas échéant, par les organes de règlement d'un différend qui pourrait surgir quant à l'application du traité;

6. Tient également pour certain que c'est à l'Etat réservataire seul qu'il appartient de tirer les conséquences de l'incompatibilité de la réserve qu'il a formulée avec l'objet et le but du traité; pour ce faire, l'Etat peut renoncer à devenir partie, ou retirer sa réserve, ou la modifier de façon à remédier à l'illicéité constatée;

7. Appelle les Etats à coopérer pleinement et de bonne foi avec les organes de contrôle de la licéité des réserves lorsqu'il en existe;

8. Suggère qu'il serait souhaitable qu'à l'avenir des clauses spécifiques soient insérées dans les traités normatifs multilatéraux, notamment dans les traités de droits de l'homme, afin de lever toutes les incertitudes relatives au régime de réserves applicable, au pouvoir de contrôle de leur licéité appartenant aux organes de surveillance qu'ils instituent et aux effets juridiques de ce contrôle;

9. Exprime l'espoir que les principes énoncés ci-dessus permettront de clarifier le régime de réserves applicable aux traités multilatéraux normatifs, en particulier dans le domaine des droits de l'homme; et

10. Suggère à l'Assemblée générale de porter la présente résolution à l'attention des Etats et des organes qui pourraient avoir à contrôler la licéité de ces réserves.

139. Par ailleurs, certains membres ont approuvé dans son principe l'idée d'adopter une résolution allant dans le sens de celle proposée par le Rapporteur spécial. Sans y être opposés, d'autres membres ont émis des doutes sur l'opportunité d'une telle résolution.

140. Enfin, la question de la création d'un groupe de travail sur ce sujet a également été évoquée.

CHAPITRE VII

AUTRES DECISIONS ET CONCLUSIONS DE LA COMMISSION

A. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission

141. Conformément au paragraphe 9 de la résolution 50/45 de l'Assemblée générale, du 11 décembre 1995 287/, la Commission a examiné cette question au titre du point 7 de son ordre du jour intitulé "Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission", et l'a renvoyée au Groupe de planification du Bureau élargi.

142. Le Groupe de planification a tenu six séances. Il était saisi de la section du résumé thématique des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale pendant sa cinquantième session intitulée "Autres décisions et conclusions de la Commission" 288/. A sa deuxième séance, le Groupe de planification a entendu un exposé de M. Hans Corell, secrétaire général adjoint, conseiller juridique.

1. Procédures et méthodes de travail

143. Le Groupe de planification a institué un Groupe de travail informel 289/ qui a examiné l'ensemble des questions en cause. Il a élaboré un projet sur le sujet, sur la base duquel le rapport du Groupe de planification a été établi.

144. De sa 2459ème à sa 2461ème séance, du 12 au 16 juillet 1996, la Commission a examiné le rapport du Groupe de planification et l'a adopté.

PREMIERE PARTIE

RESUME ET PRINCIPALES CONCLUSIONS

La demande de l'Assemblée générale

145. En 1995, l'Assemblée générale avait prié la Commission "d'examiner ses méthodes de travail afin de contribuer davantage encore au développement progressif et à la codification du droit international et d'inclure ses vues

287/ Voir par. 150.

288/ Doc. A/CN.4/472/Add.1, par. 175 à 190.

289/ Ce groupe était composé de M. J. Crawford (président), M. D. Bowett, M. K. Idris, M. A. Pellet et M. S. Rao.

sur la question dans son rapport à l'Assemblée générale à sa cinquante et unième session". Elle a aussi souhaité que les gouvernements présentent des observations sur "le stade atteint par le processus de codification dans le système des Nations Unies".

146. Pour répondre à la demande de l'Assemblée, la deuxième partie du présent rapport passe en revue les procédures de la Commission et tente de repérer les changements qui pourraient les rendre plus utiles et plus rationnelles. Parmi ces changements, il en est quelques-uns que la Commission peut opérer elle-même; d'autres exigeront la coopération d'autres organes, et en particulier de la Sixième Commission.

147. On trouvera dans le résumé ci-après les principales conclusions et recommandations formulées dans le rapport.

Conclusions et recommandations générales

Conclusions

148. Pour décider quelles sont les méthodes propres à mieux assurer le développement progressif et la codification du droit international, il faut se faire une idée des possibilités de développement progressif et de codification qui s'offrent aujourd'hui, après la cinquantaine d'années de travaux que la Commission a à son actif. Sur cette question, le Groupe de planification est parvenu aux conclusions générales exposées ci-après.

a) La distinction entre codification et développement progressif est difficile, sinon impossible, à établir dans la pratique; la Commission est partie d'une idée composite de codification et de développement progressif. Les distinctions que son statut établit entre les deux processus se sont révélées impraticables, et elles pourraient être supprimées si le statut était révisé (par. 157 à 160).

b) Malgré les nombreux changements qui ont jalonné l'évolution du droit international et de l'organisation de la société internationale depuis 1949, un processus ordonné de codification et de développement progressif continue de présenter un intérêt important (par. 168 à 171).

c) Il y a un certain nombre de moyens de rendre les méthodes de travail de la Commission plus souples et plus rationnelles et de structurer et renforcer ses relations avec la Sixième Commission (par. 172 à 177).

Recommandations

149. Pour les raisons indiquées dans la deuxième partie, la Commission formule les recommandations qui suivent.

a) Il faudrait continuer, suivant la procédure établie par la Commission en 1992, à recenser les sujets pouvant faire l'objet de travaux futurs à recommander à l'Assemblée générale (par. 165 et 166).

b) Parallèlement, l'Assemblée générale et, par son intermédiaire, d'autres organismes des Nations Unies, devraient être encouragés à soumettre à la Commission des sujets se prêtant à la codification et au développement progressif du droit international (par. 166, 178 et 179).

c) La Commission devrait étendre la pratique qui consiste à recenser les questions précises sur lesquelles elle souhaite que la Sixième Commission lui fasse part de ses observations, si possible avant l'adoption des projets d'articles y afférents (par. 182).

d) Les questionnaires adressés aux gouvernements devraient être d'utilisation facile; en particulier, ils devraient donner des indications claires au sujet de l'objet et des raisons des demandes qui y sont formulées (par. 182).

e) Le rapport de la Commission devrait être plus bref et plus thématique et tenter par tous les moyens de mettre en relief et d'expliquer les problèmes clefs pour permettre de structurer plus facilement les débats sur le Rapport à la Sixième Commission (par. 182).

f) Il devrait être demandé aux rapporteurs spéciaux de préciser la nature et l'envergure des travaux prévus pour la session suivante (par. 190). Leurs rapports devraient être disponibles suffisamment longtemps avant la session à laquelle ils doivent être examinés (par. 191).

g) Il devrait être demandé aux rapporteurs spéciaux de travailler avec un groupe de membres qui aurait un rôle consultatif; cette formule devrait aussi être étendue à la seconde lecture du projet sur la responsabilité des Etats (par. 192 à 196).

h) Les rapporteurs spéciaux devraient autant que possible accompagner leurs projets d'articles de projets de commentaires ou de notes et les réviser à la lumière des modifications apportées par le Comité de rédaction, afin que les commentaires soient disponibles au moment du débat en plénière (par. 197 à 201).

i) Il faudrait revoir le système des débats en plénière à la Commission pour mieux les structurer et permettre au Président de récapituler à titre indicatif les conclusions qui en découlent, en s'appuyant au besoin sur les résultats d'un vote auquel il serait procédé à titre indicatif (par. 202 à 211).

j) Le système actuel de composition différente du Comité de rédaction selon le sujet étudié devrait être conservé (par. 215).

k) Il faudrait faire plus largement appel à des groupes de travail, tant pour essayer de régler tel ou tel désaccord que pour accélérer, lorsqu'il y a lieu, l'examen d'un sujet tout entier; dans ce dernier cas, le groupe de travail ferait normalement office de Comité de rédaction (par. 218 et 219).

l) La Commission devrait fixer ses objectifs, et faire rapport à ce sujet à l'Assemblée générale, au début de chaque quinquennat et revoir son programme de travail futur à la fin du quinquennat (par. 222).

m) La Commission devrait revenir à l'ancienne pratique d'une session de dix semaines avec la possibilité d'une prolongation de deux semaines en cas de nécessité, tout spécialement pour la dernière session d'un quinquennat (par. 227).

n) Il faudrait tenter en 1998 l'expérience d'une session en deux temps (par. 228 à 233).

o) La contribution du Secrétariat aux travaux de la Commission devrait être préservée et renforcée (par. 234 et 235).

p) Il faudrait conserver le Séminaire de droit international (par. 236).

q) Il faudrait stimuler davantage et développer les relations avec d'autres organismes comme les organismes juridiques régionaux (par. 240).

r) La Commission devrait chercher à nouer des liens avec d'autres organes spécialisés des Nations Unies exerçant des fonctions normatives dans leurs domaines respectifs, et en particulier étudier la possibilité d'échanges d'information et même de travaux conjoints sur certains sujets (par. 241).

s) Il faudrait envisager de refondre et mettre à jour le statut de la Commission à l'occasion de son cinquantième anniversaire, en 1999 (par. 242 à 244).

DEUXIEME PARTIE

ANALYSE DETAILLEE

1. Introduction

150. Le 11 décembre 1995, l'Assemblée générale a adopté la résolution 50/45, par laquelle, notamment, elle :

"9. Prie la Commission du droit international :

- a) d'examiner ses méthodes de travail afin de contribuer davantage encore au développement progressif et à la codification du droit international et d'inclure ses vues sur la question dans son rapport à l'Assemblée générale à sa cinquante et unième session;
- b) de continuer à veiller spécialement à indiquer dans son rapport annuel, pour chaque sujet, les points éventuels sur lesquels il serait particulièrement intéressant que les gouvernements expriment leurs vues, soit à la Sixième Commission, soit par écrit, afin de la guider utilement dans la poursuite de ses travaux;

10. Prie le Secrétaire général d'inviter les gouvernements à présenter des observations sur le stade atteint par le processus de codification dans le système des Nations Unies et de lui faire rapport sur la question à sa cinquante et unième session..."

151. La Commission n'a pas manqué de garder à l'étude, au fil des ans, la question de ses méthodes de travail, auxquelles elle a apporté un certain nombre de changements 290/. Mais comme les paragraphes susmentionnés de la résolution le laissent entendre et comme le débat sur le rapport de la Commission auquel la Sixième Commission a procédé en 1995 le montre 291/,

290/ Pour l'examen dans le passé des méthodes de travail, voir par exemple la discussion dont il est rendu compte dans Annuaire ... 1958, vol. II, p. 111 à 115, et qui s'est déroulée sur la base d'un rapport établi par M. Zourek (A/CN.4/108). Au cours du présent quinquennat (1992-1996), la CDI a cherché à restructurer son rapport annuel (Annuaire ... 1992, vol. II (deuxième partie), p. 57 et 58), a revu les arrangements relatifs aux travaux du Comité de rédaction (Annuaire ... 1992, vol. II (deuxième partie), p. 57); a traité en trois sessions un sujet majeur (le projet de statut pour une cour criminelle internationale) en le confiant à un groupe de travail (pour la recommandation finale, voir A/48/10, p. 44 et 45, 269 à 353); et a adopté une procédure plus méthodique et exhaustive pour l'examen de nouveaux sujets éventuels.

291/ Voir Résumé thématique des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale pendant sa cinquantième session (A/CN.4/472/Add.1, 10 janvier 1996), p. 46 à 51.

il se révèle nécessaire d'entreprendre une analyse plus approfondie du "stade atteint par le processus de codification dans le système des Nations Unies", ainsi que du rôle futur de la Commission dans ce processus. C'est dans cet esprit qu'aux termes du paragraphe 9 de sa résolution 50/45, l'Assemblée générale a invité la Commission à examiner ses méthodes de travail.

152. Le présent rapport a été établi par la Commission 292/ dans le cadre de l'examen permanent de ses méthodes de travail et de ses procédures engagé par la Commission et en réponse à la demande formulée par l'Assemblée générale au paragraphe 9 de sa résolution 50/45. Il dresse un inventaire des modifications qui pourraient être apportées aux méthodes de travail de la Commission pour renforcer son utilité et son efficacité 293/. Comme il apparaîtra plus loin, certaines de ces modifications sont du ressort de la Commission; d'autres appellent une initiative ou la coopération d'autres organes, et en particulier la Sixième Commission elle-même.

153. Pour analyser les procédures suivies par la Commission, il faut tenir compte d'un certain nombre de réformes qu'elle a adoptées ces dernières années, ainsi que des limitations imposées par des facteurs externes. Il sera rendu compte ici, non pas des méthodes de travail de la Commission en général, mais de tel ou tel de leurs aspects, selon que de besoin, dans la section correspondante.

2. Les perspectives en matière de codification et de développement progressif du droit international

154. La demande formulée par l'Assemblée générale au paragraphe 9 de sa résolution 50/45 a pour objectif d'amener la Commission à "contribuer davantage encore au développement progressif et à la codification du droit international". Pour déterminer les méthodes de travail de la Commission qui serviront le mieux cet objectif, il importe de se pencher tout d'abord sur les perspectives actuelles du développement progressif et de la codification du droit international, après près de 50 ans d'activité.

292/ Un groupe de travail restreint, composé de M. Crawford (Président), M. Bowett, M. Idris, M. Pellet et M. Rao, a établi un avant-projet, qu'il a révisé compte tenu du débat qui s'est déroulé au sein du Groupe de planification.

293/ Un certain nombre de changements ont été mis en oeuvre au cours du présent quinquennat (voir supra note 290).

155. La Commission a été créée par l'Assemblée générale, aux termes de sa résolution 174 (II) en date du 21 novembre 1947 294/, et elle a tenu sa première session, qui a duré près de neuf semaines, en 1949. Il existait à l'époque un fort courant en faveur d'une commission à plein temps.

156. La Commission a pour but de "promouvoir le développement progressif du droit international et sa codification" (art. premier, par. 1, du statut); elle doit s'occuper "au premier chef" du droit international public, sans qu'il lui soit interdit de pénétrer dans le domaine du droit international privé (art. premier, par. 2, du statut). Ces dernières années, la Commission n'a pas pénétré dans le domaine du droit international privé, si ce n'est incidemment et à l'occasion de travaux sur des matières de droit international public; de toute manière, compte tenu des travaux d'organes comme la CNUDCI et la Conférence de La Haye de droit international privé, il semble improbable qu'elle soit appelée à le faire.

a) La "distinction" entre codification et développement progressif

157. A l'article premier du statut, une distinction est établie entre "le développement progressif du droit international" et "sa codification". Cette distinction est développée ensuite à l'article 15, où l'expression "développement progressif" est ("pour la commodité") associée à l'élaboration de projets de convention et l'idée de codification du droit international, aux cas où il s'agit "de formuler avec plus de précision et de systématiser les règles du droit international dans des domaines dans lesquels il existe déjà une pratique étatique considérable, des précédents et des opinions doctrinales". Mais il est bien connu que la distinction entre codification et développement progressif est difficile, voire impossible, à établir dans la pratique, notamment lorsque l'on entre dans le détail qui est nécessaire pour donner effet avec plus de précision à un principe 295/. Qui plus est,

294/ Le statut de la Commission a été modifié à six reprises, et en dernier par la résolution 36/39 de l'Assemblée générale, en date du 18 novembre 1981, qui a porté le nombre de ses membres de 18 à 34.

295/ Voir par exemple H.W. Briggs, The International Law Commission (Ithaca, Cornell University Press, 1965), p. 129 à 141; S. Rosenne, Practice and Methods of the International Law Commission (New York, Oceana, 1984), p. 73 et 74; I. Sinclair, The International Law Commission (Cambridge, Grotius, 1987), p. 46 et 47, 120 à 126; R. Ago, "Nouvelles réflexions sur la codification du droit international" (1988), RGDIP, tome 92, p. 539. Voir également Y. Daudet, Les conférences des Nations Unies pour la codification du droit international (L.G.D.J., Paris, 1968).

il est trop simple de prétendre que le développement progressif du droit international, par opposition à la codification, est associé en particulier à l'élaboration de conventions. La souplesse s'impose dans tous les cas, et pour bien des raisons.

158. C'est ainsi que la Commission a, inévitablement, procédé à partir d'une idée composite de "codification et développement progressif". En d'autres termes, ses travaux ont porté sur l'élaboration de textes multilatéraux concernant des sujets généraux qui intéressent tous les Etats ou nombre d'entre eux et cherchant à la fois à refléter les principes acceptés pour les régir et à préciser, définir et développer plus avant les idées selon que de besoin.

b) Le choix des sujets à inscrire au programme de travail de la Commission

159. Le choix des sujets à inscrire au programme de travail de la Commission constitue un autre aspect de la distinction établie dans le statut entre codification et développement progressif du droit international. Il est sous-entendu dans le statut que l'initiative de l'examen de propositions concernant le développement progressif du droit international émanera de l'Assemblée générale (art. 16) ou d'autres organes (art. 17), tandis qu'il appartient à la Commission elle-même de choisir les sujets de codification qu'elle peut recommander à l'Assemblée générale (art. 18, par. 1

et 2) 296/. Le paragraphe 1 de l'article 18 dispose que :

"La Commission recherche, dans l'ensemble du droit international, les sujets appropriés de codification, en tenant compte des projets existants, qu'ils soient d'origine gouvernementale ou non."

160. Dans la pratique, la procédure suivie pour l'examen de la plupart des sujets auquel la Commission a procédé a été sensiblement la même, que l'aspect développement progressif ou l'aspect codification ait été réputé prédominer. Depuis 1970, la plupart des propositions concernant les sujets à traiter ont émané de la Commission, même si c'est l'Assemblée générale qui, par exemple, a relancé la question du code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité en 1981 297/ et qui a invité la Commission à explorer la

296/ D'un autre côté, l'Assemblée générale peut demander à la Commission de traiter de toute question de codification, et les demandes dans ce sens ont la priorité (art. 18, par. 3).

297/ Résolution 36/106 de l'Assemblée générale, en date du 10 décembre 1981.

possibilité de créer un tribunal pénal international 298/. Il est à souligner que la Commission s'est toujours attachée à obtenir l'approbation de l'Assemblée générale avant de s'engager dans l'étude détaillée d'un sujet.

161. La recherche des sujets "dans l'ensemble du droit international" dont il est question au paragraphe 1 de l'article 18 du statut a été conduite initialement à partir d'un mémorandum du Secrétariat, en fait un mémorandum établi par le professeur Hersch Lauterpacht, devenu ultérieurement membre de la Commission 299/. Dans ce mémorandum, 25 sujets étaient passés en revue, que la Commission a analysés et à partir desquels elle a dressé une "liste provisoire de quatorze matières choisies en vue de leur codification" 300/. Un certain nombre de ces matières ont été retenues pour faire l'objet des premiers travaux de la Commission.

162. Sur les 14 sujets retenus au départ et à titre provisoire, la Commission, en 1996, en avait traité, en tout ou en grande partie, neuf 301/.

298/ Résolution 45/41 de l'Assemblée générale, en date du 28 novembre 1990, paragraphe 3; résolution 46/54 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 1991.

299/ A/CN.4/1/Rev.1; réédité sous la direction de E. Lauterpacht, dans The Collected Papers of Sir Hersch Lauterpacht (Cambridge, Cambridge University Press, 1970) vol. I, p. 445.

300/ Yearbook ... 1949, p. 281.

301/ Il s'agit des sujets suivants (avec indication de l'issue éventuelle des travaux) :

a) Succession d'Etats et de gouvernements (d'importantes matières relevant de la succession d'Etats ont été examinées par la Commission, et les travaux ont abouti aux Conventions de Vienne de 1978 et 1983; une matière, la succession d'Etats et la nationalité, est depuis peu en cours d'examen. Il n'a jamais été insisté pour étudier le sujet de la succession de gouvernements, sans doute parce que, compte tenu de la pratique quasiment uniforme qui consacre la continuité des obligations prises par les Etats en dépit des changements de gouvernement, il y a très peu de choses à dire sur ce point);

b) Immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (projet d'articles mis au point en 1991, mais l'Assemblée générale, en 1994, en a reporté l'examen à trois ou quatre ans plus tard);

c) Régime de la haute mer (Convention de Genève de 1958 sur la haute mer) et régime des eaux territoriales (Convention de Genève de 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë). En fait, la Commission a également mis au point des projets d'articles sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer et sur le plateau continental (ces matières ont fait l'objet des deux autres Conventions de Genève adoptées en 1958);

Sur les cinq autres sujets, un a été abordé sans succès, puis abandonné, mais proposé récemment par la Commission pour être traité de nouveau en partie sous l'intitulé Protection diplomatique 302/; un (Responsabilité des Etats) est toujours en cours d'examen 303/; et trois n'ont jamais été abordés 304/.

163. D'autres matières ont été ajoutées au programme de travail, selon diverses modalités. En particulier dans les premières années d'existence de la Commission, l'Assemblée générale lui a renvoyé un certain nombre de questions. La Commission a ainsi reçu au total de l'Assemblée générale 16 demandes ou recommandations, dont pas moins de sept à ses tout débuts.

d) Nationalité, y compris l'apatridie (projet de convention sur l'élimination de l'apatridie dans l'avenir et projet de convention sur la réduction du nombre des cas d'apatridie dans l'avenir, qui ont débouché sur l'adoption en 1961 de la Convention sur la réduction des cas d'apatridie);

e) Droit des traités (Convention de Vienne de 1968 sur le droit des traités; Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales);

f) Relations et immunités diplomatiques (Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques);

g) Relations et immunités consulaires (Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires);

h) Procédure arbitrale (Modèle de règles sur la procédure arbitrale, 1958).

302/ Traitement des étrangers. Voir les rapports de H. Garcia Amador, Annuaire ... 1958, vol. II, p. 49 à 76; Annuaire ... 1959, vol. II, p. 1 à 36; Annuaire ... 1960, vol. II, p. 38 à 63; et Annuaire ... 1961, vol. II, p. 1 à 56.

303/ La Commission a décidé en 1963 d'étudier les règles générales ou "secondaires" de la responsabilité : Annuaire ... 1963, vol. II, p. 234. Les travaux, abordés dans le détail en 1969 seulement, se sont poursuivis avec différents rapporteurs spéciaux (Ago, Riphagen, Arangio-Ruiz), jusqu'à la présente session, au cours de laquelle la Commission compte achever l'examen en première lecture de l'ensemble du projet d'articles.

304/ Reconnaissance des Etats et des gouvernements; Juridiction pénale en matière d'infractions commises en dehors du territoire national; Droit d'asile. A propos du deuxième de ces sujets, le sujet connexe de la juridiction civile à l'égard des affaires survenant en dehors de l'Etat du for n'était pas inscrit sur la liste de 1949 - et il était en fait difficilement discernable dans la liste plus longue qui a servi à établir celle qui a été retenue. Voir Yearbook ... 1949, p. 281.

164. En 1971-1972, la Commission a procédé à un nouvel examen, assez approfondi, de ses activités, en se fondant sur une série de documents établis par le secrétariat 305/. Les conclusions auxquelles elle est parvenue étaient modestes : elle poursuivrait les travaux sur les principaux sujets alors en cours d'examen, et, à la demande de l'Assemblée générale, elle a ajouté à ces sujets le droit relatif aux utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation 306/.

165. En 1992, la Commission a inauguré une procédure plus rigoureuse pour le choix des sujets 307/. Un groupe de travail a retenu à titre provisoire 12 sujets susceptibles d'être ultérieurement étudiés, et des membres de la Commission ont été appelés à rédiger un bref schéma donnant un aperçu de la nature du sujet, de son objet et de ce qui en avait déjà été traité dans des conventions ou dans des projets de codification émanant d'organismes privés comme l'Association de droit international ou l'Institut de droit international. Ces schémas ont été diffusés 308/, et c'est sur la base de ces schémas que la Commission a recommandé en 1993 - et que l'Assemblée générale a approuvé - la mise en route de travaux sur la question des réserves aux traités et celle de la succession d'Etats et de la nationalité des personnes physiques et morales 309/.

305/ Voir Annuaire ... 1969, vol. II, p. 244 et 245; Annuaire ... 1970, vol. II, p. 265 à 288; Annuaire ... 1971, vol. II (deuxième partie), p. 1 à 103. Pour l'examen de ces matières par la Commission et les conclusions auxquelles celle-ci est parvenue, voir Annuaire ... 1971, vol. II (première partie), p. 370 et 371; Annuaire ... 1972, vol. II, p. 221 à 230; Annuaire ... 1973, vol. II, p. 229 à 235. La Commission avait procédé en 1962 à un examen de ce genre : Annuaire ... 1962, vol. II, p. 95, 210, et avait refusé d'ajouter de nouvelles matières à une liste déjà longue.

306/ Voir Annuaire ... 1973, vol. II, p. 235; résolution 2780 (XXVI) de l'Assemblée générale, en date du 3 décembre 1971. La Commission a achevé l'examen en deuxième lecture du projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation en 1994 : voir Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément No 10, (A/49/10), p. 216 à 353.

307/ Annuaire ... 1992, vol. II (deuxième partie), p. 57.

308/ A/CN.4/454.

309/ Annuaire ... 1993, vol. II (deuxième partie), p. 99 à 101. En 1995, la question de la protection diplomatique a été retenue pour faire l'objet d'une étude de faisabilité sans établissement préalable d'un schéma : voir Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément No 10 (A/50/10), p. 280. Au paragraphe 8 de sa résolution 50/45,

166. La Commission estime que cette méthode de sélection est meilleure que la précédente. Aborder un nouveau sujet, quel qu'il soit, comporte toujours quelque incertitude et suppose quelque discernement : l'incertitude est réduite et le discernement facilité si la sélection ne s'opère qu'après mûr examen, à partir de travaux qui n'engagent la Commission ni en ce qui concerne le sujet ni en ce qui concerne le choix de la manière dont il sera traité. En même temps, l'Assemblée générale et, à travers elle, les autres organismes des Nations Unies devraient être encouragés à soumettre à la Commission des sujets susceptibles de donner matière à une codification et un développement progressif du droit international. Il serait souhaitable d'inscrire à l'ordre du jour de la Commission à la fois des sujets qui lui sont renvoyés et des sujets qu'elle propose, et que l'Assemblée générale a approuvés, selon la procédure exposée plus haut.

167. Un groupe de travail sur le programme de travail à long terme, institué par la Commission, a établi un plan général de sujets de droit international parmi lesquels figuraient des sujets déjà abordés par la Commission, des sujets à l'examen à la Commission et des sujets qu'elle pourrait étudier dans l'avenir (voir annexe II).

c) La codification et le développement progressif 50 ans après

168. Il a été généralement admis après 1945 que le droit international était à bien des égards incertain et peu développé et qu'il demandait à la fois une codification et un développement progressif. L'idée simple qu'il serait possible, voire souhaitable, de faire tenir tout le droit international dans un "code" unique a vite été abandonnée 310/. Toutes autres considérations mises à part, l'élaboration d'un code de ce genre aurait été une tâche "napoléonienne". Mais il est possible de discerner les fruits de la codification et du développement progressif à long terme dans des domaines tels que, par exemple, le droit des traités, les relations diplomatiques et consulaires et le droit de la mer 311/. Les règles de droit international

en date du 11 décembre 1995, l'Assemblée générale a pris note de cette "suggestion" et invité les gouvernements à présenter des observations à ce propos.

310/ Voir Annuaire ... 1973, vol. II, p. 231 et 232 (par. 152 à 158).

311/ L'instrument qui régit la matière s'intitule désormais Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982, laquelle, sur certains points essentiels - la mer territoriale et la haute mer en particulier -, reprend les dispositions des Conventions de 1958.

applicables dans chacun de ces domaines sont énoncées dans des textes qui servent de point de départ à tout examen juridique qui pourrait être entrepris. C'est là un progrès indiscutable dans les relations entre Etats. C'est là également la preuve de la permanence de la valeur d'un processus ordonné de "codification et développement progressif".

169. D'un autre côté, les relations entre Etats et les institutions internationales ont, au cours des 50 dernières années, subi de nombreux changements, susceptibles d'avoir des répercussions sur les travaux que la Commission pourrait utilement entreprendre. Parmi ces changements, il convient de citer :

- i) le caractère technique et administratif de nombreux problèmes de droit nouveaux;
- ii) une tendance à traiter de certaines questions juridiques dans un cadre régional (certains problèmes d'environnement, par exemple), voire bilatéral (la protection des investissements, par exemple);
- iii) la prolifération d'organes dotés de mandats normatifs particuliers (qu'il s'agisse d'organes permanents comme la CNUDCI ou le Sous-Comité juridique du Comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique, ou d'organes ad hoc comme la Troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer) ou d'une compétence institutionnelle principale dans un domaine donné (la Commission des droits de l'homme de l'ONU, le Comité des droits de l'homme, le Programme des Nations Unies pour l'environnement, l'Organisation mondiale du commerce, etc.);
- iv) les activités des institutions spécialisées des Nations Unies en général (Organisation maritime internationale, Organisation de l'aviation civile internationale, etc.).

170. Ces facteurs ne jouent pas tous dans le même sens. La prolifération d'organismes dotés d'attributions précises dans des domaines donnés du droit ou de la pratique limite le champ d'action dans lequel la Commission peut évoluer sans risque d'empiéter sur leurs travaux. En revanche, il existe une marge de collaboration avec ces organismes en ce qui concerne le développement de domaines du droit international revêtant un intérêt général aussi bien que spécialisé. La tendance à traiter de problèmes donnés sur une base bilatérale est peut-être une réponse aux déficiences du droit général qui sont constatées, déficiences qu'il faut malgré tout aborder. Il existe d'une façon générale un risque de fragmentation du droit international et de la pratique,

que la Commission, avec le mandat général et la mission qui sont les siens, peut aider à contrecarrer.

171. Ainsi, s'il est vrai que les travaux sur nombre des grands sujets réputés mûrs pour être codifiés - par exemple le droit de la mer, le droit des traités, les relations diplomatiques et consulaires - ont été menés à bien, il n'en demeure pas moins que l'idée que la codification n'est plus nécessaire est erronée. Même en ce qui concerne des domaines désormais régis par un traité, la pratique peut se développer et soulever de nouvelles difficultés, appelant un nouvel examen, ce qui est le cas, par exemple, des réserves aux traités. Au niveau international, la codification et le développement progressif sont un processus continu. Qui plus est, le rythme de développement du droit international est désormais rapide, et le fait est que des organismes privés qui, comme l'Association de droit international et l'Institut de droit international, étudient les problèmes actuels, semblent n'avoir aucun mal à recenser les domaines du droit qui doivent faire l'objet, sinon d'une codification, du moins d'une clarification, d'un développement et d'une formulation explicite. Or les organismes privés n'ont pas la faculté que la Commission, en sa qualité d'organe des Nations Unies, possède d'obtenir des informations des gouvernements et d'engager un dialogue avec eux.

La Commission peut exercer cette faculté par l'intermédiaire de la Sixième Commission, à travers des demandes d'information et d'observations adressées aux gouvernements et grâce aux liens directs qui existent entre elle et les comités consultatifs régionaux. Aussi longtemps que le processus de relations et de dialogue sera efficace, un organe comme la Commission conservera probablement son utilité.

172. D'un autre côté, les travaux de la Commission ont été ponctués de difficultés, même en ce qui concerne la première génération de projets. Pour diverses raisons, il a fallu beaucoup de temps pour mener à bien les travaux sur certains sujets majeurs inscrits à l'ordre du jour de la Commission, en raison notamment de leur importance, de leur ampleur et de leur difficulté. Cela a eu pour effet de ralentir les travaux sur d'autres sujets inscrits à l'ordre du jour de la Commission et de semer le doute quant à l'opportunité de lui confier de nouvelles tâches avant qu'elle n'achève celles qu'elle avait entreprises.

173. La Commission est d'avis qu'il est souhaitable d'apporter un certain nombre de modifications à ses méthodes de travail pour pouvoir faire face à la situation présente. Les sections du présent rapport qui suivent sont

consacrées à la question des changements à opérer, sous les rubriques suivantes :

- i) les relations entre la Commission et l'Assemblée générale (Sixième Commission) (sect. 3);
- ii) le rôle du Rapporteur spécial (sect. 4);
- iii) les relations entre la Commission, le Comité de rédaction et les groupes de travail (sect. 5);
- iv) la durée et la structure des sessions (sect. 6);
- v) les relations de la Commission avec d'autres organismes (sect. 7);
- vi) la révision éventuelle du statut de la Commission (sect. 8).

3. Les relations entre la Commission et l'Assemblée générale
(Sixième Commission)

174. Cette question est expressément mentionnée par l'Assemblée générale à l'alinéa 7 du préambule de sa résolution 50/45, où il est fait état de la nécessité ...

"de renforcer encore les relations entre la Sixième Commission, en sa qualité d'organe constitué de représentants des gouvernements, et la Commission du droit international, en sa qualité d'organe constitué d'experts juridiques indépendants, en vue d'améliorer le dialogue entre l'une et l'autre".

Tout en réaffirmant succinctement le caractère des deux organes, cet alinéa donne clairement à entendre que le dialogue entre eux pourrait être amélioré.

175. Aux termes de l'article 3 du statut de la Commission du droit international, ses membres sont élus par l'Assemblée générale sur une liste de candidats présentés par les gouvernements des Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies. Les électeurs, est-il précisé, "auront en vue que les personnes appelées à faire partie de la Commission réunissent individuellement les conditions requises, et que, dans l'ensemble, la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde soit assurée" (statut, art. 8). L'existence de groupes régionaux aux fins de l'élection des membres est expressément reconnue dans le statut par suite de l'amendement de 1981 (art. 9), ce qui contribue à assurer la représentativité de la Commission dans son ensemble. En revanche, il existe une saine tradition au sein de la Commission, qui est pleinement conforme au statut d'indépendance des membres, selon laquelle tous les membres participent à titre personnel aux

travaux de la Commission et ne sont en aucune manière des "représentants" 312/.

176. S'agissant des qualités individuelles requises, le paragraphe 1 de l'article 2 stipule que les membres "possèd[ent] une compétence reconnue en matière de droit international". Les membres de la Commission sont rééligibles sans restriction (statut, art. 10); il n'existe aucune limite d'âge. On peut noter qu'il n'y a jamais eu de femme membre de la Commission.

177. Ce rappel étant fait, la Commission aborde les questions de fond que soulèvent les "relations entre la Sixième Commission, en sa qualité d'organe constitué de représentants des gouvernements, et la Commission du droit international, en sa qualité d'organe constitué d'experts juridiques indépendants".

a) Initiative de travaux sur des sujets spécifiés

178. Une source importante de nouvelles tâches éventuelles pour la Commission réside dans les demandes que lui adressent l'Assemblée générale ou d'autres organes des Nations Unies. Cette procédure est expressément prévue à l'article 16 et au paragraphe 3 de l'article 18 du statut mais au cours des années récentes, ces dispositions ont été peu employées. Le débat lié à la "Décennie du droit international" n'a pas non plus vu le développement de nouvelles idées susceptibles d'être portées à l'ordre du jour de la Commission par la Sixième Commission. Comme la Commission l'a montré lors de ses travaux sur le sujet de la protection et de l'inviolabilité des agents diplomatiques et autres personnes ayant droit à une protection spéciale en vertu du droit international 313/ et, plus récemment, sur le projet de statut d'une cour criminelle internationale 314/, elle est capable de donner suite sans délai à de telles demandes. Elle peut ainsi produire un commentaire ou un avis ou, comme dans les deux cas cités, élaborer des projets d'articles sous une forme appropriée aux fins d'adoption lors d'une conférence diplomatique.

312/ Le statut lui-même est muet sur ce point.

313/ Cette demande est venue du Conseil de sécurité via l'Assemblée générale : voir A/9407; résolution 3166 (XXVIII) de l'Assemblée générale, en date du 14 décembre 1973; voir aussi Annuaire ... 1972, vol. II, p. 339.

314/ Voir résolution 45/41 de l'Assemblée générale, en date du 28 novembre 1990, paragraphe 3, et pour le projet de statut, Rapport ... 1994, Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément No 10 (A/49/10), p. 47.

179. De l'avis de la Commission, il serait souhaitable que le programme de travail de la Commission comporte d'une part des sujets proposés au sein de la Commission et approuvés par l'Assemblée générale, et d'autre part des sujets ayant leur origine dans d'autres organes du système des Nations Unies et expressément renvoyés à la Commission par l'Assemblée générale en application du statut. Ce type de renvoi permet d'éviter des chevauchements et favoriser la coordination dans l'effort d'élaboration du droit international. Naturellement, les sujets renvoyés doivent être pertinents pour la Commission, "organe constitué d'experts juridiques indépendants" dans le domaine du droit international général.

b) Aperçu des travaux en cours et commentaire

180. L'examen des travaux de la Commission et la fourniture d'informations en retour par les Etats prennent de multiples formes. En particulier, dès le début des travaux sur un sujet, les Etats sont invités à donner des renseignements sur leur pratique et leur législation, et à répondre à un questionnaire. Les représentants des Etats Membres à la Sixième Commission forment oralement leurs observations sur le rapport annuel de la Commission, l'examen du rapport à la Sixième Commission étant désormais utilement divisé en fonction des différentes composantes du rapport. De plus, les Etats sont invités à fournir officiellement des observations écrites en réponse à des demandes particulières faites par la Commission dans son rapport, ainsi que sur les projets d'articles adoptés sur tout sujet en première lecture.

181. Il existe toutefois des différences considérables quant à l'ampleur des renseignements et des observations fournis par les gouvernements sur les rapports et les projets de la Commission. Les gouvernements peuvent se contenter de laisser progresser les travaux sur un sujet ou, étant de manière générale à même d'accepter les orientations des travaux, ils peuvent ne pas ressentir le besoin de faire des observations. D'autres peuvent souhaiter infléchir le cours de travaux particuliers et, dès lors, s'exprimer davantage. De nombreux gouvernements, notamment ceux de pays en développement, ont très peu de ressources à consacrer à cette tâche. Il n'en est pas moins vrai que dans de nombreux cas, les demandes d'observations ou même de renseignements de la Commission restent sans réponse 315/. L'interaction entre la Commission

315/ S'agissant des réponses écrites fournies par les gouvernements à des questionnaires de la Commission sur quelques sujets récents, les chiffres sont les suivants :

et les gouvernements est capitale pour le rôle de la Commission, et les choses pourraient être améliorées de part et d'autre.

182. Pour sa part, la Commission estime qu'elle devrait s'efforcer d'étendre sa pratique consistant à identifier des questions sur lesquelles elle tient expressément à obtenir des observations, si possible préalablement à l'adoption des projets d'articles sur le point. Ces questions devraient revêtir un caractère général, "stratégique", et non se rapporter à des aspects de la technique rédactionnelle. La Commission devrait s'efforcer de faire en sorte que le rapport ainsi que tout questionnaire adressé aux gouvernements soient plus facilement utilisables et qu'ils comportent des indications claires quant à l'objet et aux raisons d'une éventuelle demande.

En particulier, le rapport de la Commission devrait être plus court, plus thématique, et viser autant que possible à mettre en relief et à expliquer les questions clefs. Le rôle du Rapporteur général dans l'élaboration du rapport devrait être renforcé 316/. La Commission devrait revenir sur ces questions au cours du nouveau quinquennat.

c) Rôle de la Sixième Commission à l'égard du texte final des projets de la Commission

183. La Commission a rempli sa tâche sur un sujet donné lorsqu'elle présente à la Sixième Commission une série complète de projets d'articles sur ce sujet. L'objet assigné à la Commission est - peut-on penser - pleinement accompli si les projets d'articles et les commentaires dont ils sont assortis énoncent les principes pertinents d'une manière propre, de façon générale, à permettre leur adoption par les Etats. En revanche, la question de savoir si telle ou

Responsabilité des Etats :	15	(<u>Annuaire ... 1980</u> , vol. II (1), p. 85; <u>Annuaire ... 1981</u> , vol. II (1), p. 73)
Cours d'eau :	21	(A/CN.4/447 et Add.1 à 3)
Projet de code des crimes :	13	(<u>Annuaire ... 1985</u> , vol. II (1), p. 84; <u>Annuaire ... 1987</u> , vol. II (1), p. 11; <u>Annuaire ... 1990</u> , vol. II (1), p. 23)
Immunité des Etats :	28	(<u>Annuaire ... 1988</u> , vol. II (1), p. 45)
Valise diplomatique :	30	(<u>Annuaire ... 1988</u> , vol. II (1), p. 127; <u>Annuaire ... 1989</u> , vol. II (1), p. 81)
Réserves aux traités :	13	(au 5 juin 1996).

316/ Voir A/CN.4/L.473, p. 8.

telle série de projets d'articles est acceptable ou susceptible d'adoption à un moment donné relève essentiellement d'une décision de principe de la Sixième Commission et des Etats Membres.

184. La réponse à un ensemble de projets d'articles ou à d'autres travaux de la Commission peut prendre diverses formes. En soumettant ses travaux, la Commission elle-même fait une recommandation initiale à cet égard 317/ mais le choix des moyens relève de la Sixième Commission. Dans le cas d'un texte qui ne donne pas lieu à une recommandation d'adoption sous forme de convention, une simple décision de prendre acte ou une incorporation dans une résolution de l'Assemblée générale peut être suffisante. Dans le cas de projets d'articles susceptibles de constituer la base d'une convention, la Sixième Commission peut simplement prendre acte du résultat, elle peut le traiter à titre préliminaire dans le cadre d'un groupe de travail ou convoquer une conférence préparatoire à une fin analogue, elle peut convoquer immédiatement une conférence diplomatique, ou (comme cela est le cas pour le projet d'articles sur les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation actuellement à l'examen) elle peut choisir de traiter elle-même les projets d'articles. Le paragraphe 2 de l'article 23 du statut prévoit aussi que l'Assemblée peut "renvo[yer] à la Commission les projets aux fins de réexamen ou de nouvelle rédaction". Cette possibilité pourrait être employée plus efficacement.

185. La Commission fait simplement observer que s'il existe des doutes sérieux quant à l'acceptabilité d'un texte quelconque concernant un sujet donné, il serait utile que l'Assemblée générale et les gouvernements les expriment fermement à un stade plus précoce, sans laisser les difficultés en suspens et attendre que la Commission ait achevé ses travaux et les ait présentés à la Sixième Commission.

4. Le rôle du Rapporteur spécial

a) Désignation

186. Le Rapporteur spécial a joué un rôle central dans l'activité de la Commission. En fait, le statut ne prévoit expressément la désignation d'un rapporteur que dans le cas de projets concernant le développement progressif

317/ Statut, article 23.

(art. 16 a) 318/. Mais d'emblée, la Commission a pris l'habitude de désigner un rapporteur spécial au tout début de l'étude d'un sujet, indépendamment de la question de savoir si celui-ci relevait de la codification ou du développement progressif 319/.

187. En pratique, les mandats des rapporteurs sont généralement répartis entre des membres de régions différentes. Ce système, à condition d'être appliqué avec une certaine souplesse, présente de nombreux avantages, notamment en ce qu'il contribue à garantir que la formulation de rapports et de propositions s'inspire de conceptions différentes et de cultures juridiques différentes.

188. Il faut souligner que les difficultés qu'a rencontrées la Commission au cours de ses travaux ont été largement imputables, non à la désignation d'un rapporteur spécial pour un sujet, mais au fait que les rapporteurs spéciaux ont eu tendance, voire ont été incités, à travailler à l'écart de la Commission, pratiquement sans directives durant l'élaboration des rapports quant à l'orientation des travaux futurs. C'est à cette question essentielle, telle que la perçoit la Commission, que les paragraphes suivants sont en grande partie consacrés.

b) Elaboration des rapports

189. C'est en établissant des rapports (généralement annuels) que les rapporteurs spéciaux délimitent et développent leur sujet, expliquent l'état du droit et font des propositions en vue de projets d'articles. L'élaboration des rapports pose un certain nombre de questions.

i) Nécessité de l'approbation préalable par la Commission de la nature et de la portée des travaux prévus pour la session suivante

190. La pratique actuelle de la Commission n'est pas uniforme. Certains rapporteurs exposent de façon détaillée le type de rapport qu'ils envisagent de présenter à la session suivante; d'autres ne le font pas. Au bout du compte, même si l'on admet la nécessité de laisser aux rapporteurs une certaine indépendance, la transparence devrait être la règle. Il est essentiel

318/ L'article 16 du statut ne fixe la procédure que "dans les grandes lignes", mais il est clair que le Rapporteur est censé en être une pièce maîtresse (voir, par exemple, les alinéas d), f) et i)).

319/ Voir, par exemple, Yearbook ... 1949, p. 281 (désignation initiale de rapporteurs pour les sujets des traités, de la procédure arbitrale et du régime de la haute mer) : en même temps, la Commission a demandé aux gouvernements de lui fournir des renseignements en application du paragraphe 2 de l'article 19 du statut, lequel n'est formellement applicable qu'aux projets intéressant la codification : *ibid.*

que les rapports futurs répondent aux besoins de la Commission dans son ensemble. L'information ouvre la possibilité d'un dialogue, tant sur des questions d'orientation générale que sur des points de fond précis. A l'inverse, si un rapport traite une question que la Commission considère comme périphérique, ou s'abstient de traiter une question que la Commission considère comme capitale, la session aura en fait été inutile.

ii) Communication des rapports avant le début de la session

191. Là non plus, la pratique n'est pas uniforme. Certains rapports sont diffusés à l'avance en vue de la session, d'autres ne le sont pas. Un rapporteur spécial n'est bien sûr pas responsable des retards dans la traduction et dans la diffusion imputables aux restrictions financières à l'ONU ou aux règles de l'Organisation concernant la documentation 320/. Mais il est éminemment souhaitable que tous les rapports soient à la disposition des membres de la Commission quelques semaines avant le début de la session, pour permettre une étude et une réflexion. Ce le serait encore plus en cas de raccourcissement de la session.

c) Nécessité d'un groupe consultatif permanent

192. Il est prévu à l'alinéa d) de l'article 16 du statut que "[l]orsque l'Assemblée générale renvoie à la Commission une proposition concernant le développement progressif du droit international", la Commission "désigne, s'il y a lieu, dans son sein les membres chargés de travailler avec le Rapporteur à la préparation d'avant-projets, en attendant les réponses" au questionnaire adressé aux gouvernements. Cela peut signifier qu'une fois muni des réponses, le Rapporteur spécial travaille de manière indépendante. Mais dans la plupart des cas, il est devenu d'usage que le Rapporteur spécial travaille en grande partie seul à l'élaboration de ses rapports. Autrement dit, entre les sessions, un rapporteur spécial n'a aucun contact officiel avec les autres membres de la Commission.

193. D'autres organismes, tels l'Association de droit international et l'Institut de droit international, travaillent différemment. Plusieurs membres sont désignés pour former un groupe consultatif de sorte que, entre les sessions, le Rapporteur peut obtenir leur avis sur la démarche qu'ils jugent

320/ On peut noter que la date limite pour répondre à des questionnaires communiqués au mois de septembre est souvent fixée très tard - en mars ou avril de l'année suivante, par exemple, si bien qu'il est très difficile aux rapporteurs spéciaux de prendre pleinement en considération les réponses dans leur rapport de cette année-là.

la meilleure et la plus acceptable et sur les éléments essentiels du rapport suivant. Par des questionnaires, par la diffusion de rapports ou, à titre exceptionnel, par la convocation de réunions intérimaires, le groupe peut faire connaître son avis. Bien que le rapport reste celui du Rapporteur, il est probable que les contributions obtenues le rendront effectivement acceptable pour les membres du comité et, par extension, pour les membres de l'organisme dans son ensemble.

194. La Commission relève que cette méthode a été employée avec profit pour le récent sujet "Succession d'Etats et nationalité". Il estime qu'elle devrait être généralisée, notamment en ce qui concerne les nouveaux projets, et être adoptée en particulier dès les premiers stades des travaux, y compris celui de l'orientation stratégique, sur un sujet. Le groupe consultatif devrait être nommé par la Commission elle-même, et il devrait être largement représentatif 321/.

195. Il faut certainement se garder de tout formalisme excessif, et souligner que le rapport continuera de relever de la responsabilité du Rapporteur spécial, et non de celle du groupe dans son ensemble. Le groupe a pour fonction, non pas d'approuver le rapport du Rapporteur spécial, mais d'apporter une contribution à son orientation générale ainsi que sur tout point particulier que le Rapporteur spécial tient à soulever. La question de savoir si le groupe est nommé pour la durée du quinquennat ou pour une durée plus brève peut être déterminée dans chaque cas, en consultation avec le Rapporteur spécial.

196. Bien que ces modifications puissent être mises en oeuvre sans révision du statut, la Commission recommande aussi qu'à l'occasion de toute révision éventuelle du statut, le principe d'un tel groupe soit consacré. Contrairement à ce que prévoit le statut en l'état actuel (voir plus haut, par. 186), il devrait l'être sans aucune distinction entre codification et développement progressif.

d) Elaboration des commentaires relatifs aux projets d'articles

197. Il faut faire le départ entre un rapport qui présente une analyse du domaine du droit et de la pratique à l'étude et un commentaire nettement circonscrit des projets d'articles. L'élaboration du premier correspond naturellement à une fonction essentielle du rapporteur spécial, mais il en va

321/ Cette méthode pourrait aussi être adoptée pour la seconde lecture du projet sur la responsabilité des Etats, qu'il serait hautement souhaitable d'achever avant la fin du prochain quinquennat.

de même de la rédaction du second. Or il n'est pas rare actuellement que des projets d'articles soient présentés sans commentaire au Comité de rédaction, contrairement à la pratique antérieure de la Commission. Il arrive même que des projets d'articles soient présentés à la Commission pour examen final sans leurs commentaires, qu'elle n'adopte en ayant peu de temps pour les examiner, qu'au cours des dernières séances d'une session.

198. On peut faire valoir que, puisque les projets d'articles sont susceptibles d'être substantiellement modifiés au Comité de rédaction, la présentation à l'avance de commentaires par un rapporteur spécial est prématurée. En revanche, le Comité de rédaction est en bien meilleure position s'il dispose en même temps des projets d'articles et des commentaires (ou au moins d'un schéma général de la teneur des commentaires).

Les commentaires aident à expliquer l'objet des articles et à préciser leur portée et leur effet. Il arrive souvent qu'un désaccord sur un aspect d'un projet puisse être résolu par l'adjonction d'un commentaire ou par le transfert d'une disposition du texte dans le commentaire ou vice versa.

La présentation du seul texte des articles interdit une telle souplesse et peut conduire à surestimer l'importance de l'insertion d'une disposition dans le texte. Un travail simultané sur le texte et le commentaire peut améliorer l'acceptabilité de l'un et l'autre. Il permettrait sans doute d'éviter la pratique inopportune consistant à insérer des exemples dans le texte d'un article - comme c'est actuellement le cas au paragraphe 3 du projet d'article 19 de la première partie du texte sur la responsabilité des Etats. Ce sera aussi une précieuse composante des *travaux préparatoires* de toute clause conventionnelle susceptible d'être adoptée sur la base du texte proposé.

199. Il convient de souligner que les commentaires, sous leur forme définitive, sont destinés au premier chef à expliquer le texte finalement adopté. Bien qu'un rappel de l'évolution de ce texte soit opportun, un commentaire a pour principale fonction d'expliquer le texte lui-même, par des références pertinentes à l'essentiel des décisions, de la doctrine et de la pratique des Etats, afin que le lecteur puisse voir dans quelle mesure le texte de la Commission consacre ou, le cas échéant, développe ou élargit le droit. En règle générale, de tels commentaires n'ont pas pour fonction de faire état des désaccords concernant le texte tel qu'il a été adopté en

seconde lecture; cela peut être fait en plénière au moment de l'adoption définitive et trouver sa place dans le rapport 322/.

200. Vu sa charge de travail, on ne saurait attendre du Comité de rédaction qu'il révise lui-même les commentaires, mais dès qu'il a approuvé un article déterminé, il faudrait que le Rapporteur spécial élabore ou révise, selon le cas, le commentaire de cet article, avec l'aide du secrétariat.

Le commentaire devrait alors être communiqué soit aux membres du Comité de rédaction, soit (le cas échéant) à ceux du groupe consultatif pour le sujet, afin de leur permettre de faire part individuellement de leurs observations. Comme il est clairement précisé dans le statut 323/, les projets d'articles ne peuvent pas être considérés comme définitivement adoptés si la Commission n'a pas approuvé les commentaires qui lui ont été soumis.

e) Rôle du Rapporteur spécial au sein du Comité de rédaction

201. Concrètement, c'est au sein du Comité de rédaction que les divergences de vues sur un sujet s'expriment le plus clairement et qu'il faut les aplanir; de même, c'est dans ce cadre que le rôle indépendant du Rapporteur spécial doit s'adapter à l'éventail des opinions des membres de la Commission.

Les exigences de certains sujets et la démarche de tel ou tel rapporteur spécial produiront toujours une certaine diversité des pratiques. Mais en règle générale, le Groupe de planification propose que le rôle du Rapporteur spécial comprenne les éléments suivants :

- i) production d'une série d'articles clairs et complets, assortis autant que possible soit de commentaires, soit de notes pouvant servir de base à des commentaires;
- ii) exposé succinct de la raison d'être des projets d'articles soumis au Comité de rédaction, y compris toutes modifications qui seraient indiquées;

322/ Il en va assez différemment en première lecture. Selon l'alinéa ii) du paragraphe b) de l'article 20 du statut (qui, au demeurant, concerne la codification par opposition au développement progressif), les commentaires afférents à des textes adoptés en première lecture doivent indiquer les "divergences et désaccords qui subsistent, ainsi que les arguments invoqués en faveur de chacune des thèses". Mais le statut ne contient aucune indication du même genre pour le texte final des projets d'articles : voir l'article 22.

323/ L'alinéa i) de l'article 16 du statut prévoit que : "[l]e Rapporteur et les membres désignés à cet effet ... élaborent le texte final de ce projet avec rapport explicatif, qu'ils soumettent pour adoption à l'examen de la Commission". Une disposition analogue figure à l'article 22.

iii) en dernière analyse, acceptation du point de vue du Comité de rédaction dans son ensemble, même s'il est contraire aux idées avancées par le Rapporteur spécial et, le cas échéant, traduction du point de vue du Comité de rédaction dans des articles et/ou des commentaires révisés. Dans l'exercice de cette fonction, le Rapporteur spécial devrait être au service de la Commission, et non se faire le zélateur de quelconques vues personnelles avant la lettre.

202. Il va de soi qu'un rapporteur spécial qui désapprouve les vues exprimées en définitive par le Comité de rédaction a parfaitement le droit d'expliquer ce désaccord en séance plénière, au moment de la présentation du rapport du Comité de rédaction. Dans ce cas, il est loisible à la Commission plénière de préférer les vues du Rapporteur spécial à celles du Comité de rédaction. Toutefois, eu égard au nombre des membres du Comité de rédaction et au rôle de celui-ci vis-à-vis de la Commission plénière, une telle situation ne risque guère de se produire. De plus, il vaut mieux, dans le cas de désaccords importants qui ne peuvent être réglés au sein du Comité de rédaction, que la plénière en soit saisie à un stade plus précoce et qu'elle ait la possibilité de régler la question par un vote indicatif (voir ci-après, par. 209 à 211).

5. Le rôle et les relations de la Commission plénière vis-à-vis du Comité de rédaction et des groupes de travail

a) Les débats généraux en plénière

203. La fonction principale du débat général en plénière est d'arrêter dans ses grandes lignes la manière dont la Commission abordera un sujet. C'est indispensable pour que le Comité de rédaction, ou un groupe de travail, entreprenne sa mission avec confiance. Ces organes subsidiaires doivent être certains qu'ils suivent une ligne de conduite acceptable en gros pour la Commission dans son ensemble.

204. Actuellement, les débats en plénière ne remplissent pas très bien cette fonction, ce qui s'explique par deux raisons principales. La première est que le débat en plénière a souvent un caractère trop général, les interventions couvrant l'ensemble d'un rapport parfois très long sans faire de distinction entre différents problèmes et s'attachant quelquefois à des points précis de forme qui seraient mieux traités au sein du Comité de rédaction.

205. Le second facteur qui joue est la tendance à faire de longs exposés, comme si la Commission constituait un public de conférence qu'il s'agirait

d'instruire plutôt que de convaincre. De longs discours ne sont pas la forme idéale du débat, lequel devient diffus et cesse de servir son objectif premier qui est de guider la Commission, ses comités et les rapporteurs spéciaux quant aux orientations à prendre.

206. Dans les premiers temps de la Commission, les exposés étaient presque toujours courts et axés sur des problèmes particuliers qui risquaient de donner lieu à des difficultés ou des désaccords. De l'avis de la Commission, cette pratique est bien préférable, et la Commission devrait prendre des dispositions pour la rétablir comme norme.

207. Les remèdes possibles sont notamment les suivants :

- i) Premièrement, il faudrait s'efforcer de structurer le débat pour que la Commission aborde successivement chaque point, les observations étant limitées au point à l'examen 324/.
- ii) Deuxièmement, les membres devraient s'astreindre à une discipline. Aux yeux du Groupe de planification, le meilleur moyen d'y parvenir est de bien structurer le débat. En outre, un "code de conduite" officieux, préconisant des interventions plus brèves, pourrait être adopté : le président pourrait s'y référer de temps à autre, si besoin est.
- iii) Troisièmement, à l'issue du débat, le Président devrait tâcher de récapituler les conclusions générales de la Commission sur le point à l'examen, tout en relevant tout désaccord qui aurait été exprimé 325/. Cet exercice sera sans nul doute parfois difficile, mais, s'il est exécuté avec rigueur et si les membres l'acceptent de façon générale comme un résumé fidèle, il aidera ensuite effectivement le Comité de rédaction ou le groupe de travail dans leur examen des questions. Pour l'examen du texte final des projets d'articles, cette fonction devrait revenir au Président du Comité de rédaction, en collaboration avec le Rapporteur spécial.

324/ Cette méthode a été utilement adoptée pour l'examen du neuvième rapport de M. Thiam sur le code des crimes. Annuaire ... 1991, vol. I, 2205ème à 2214ème séance.

325/ Actuellement, cette tâche est accomplie, si tant est qu'elle le soit, par le Rapporteur spécial. Le Président s'en acquitterait peut-être mieux en laissant au rapporteur spécial auteur du rapport examiné le soin de fournir des éclaircissements et des arguments en réponse aux observations.

208. Cela conduit à examiner la question des modalités de vote. Actuellement, la Commission et ses organes subsidiaires s'efforcent de parvenir à un consensus, ce qui est incontestablement une bonne chose en règle générale.

209. Il y a cependant une différence entre l'adoption de décisions qui sont effectivement définitives et le type de conclusions que, selon nous, le Président devrait formuler à l'issue d'un débat en plénière. Ces dernières seraient provisoires et sujettes à révision; elles n'auraient qu'une valeur indicative, puisqu'il resterait beaucoup à faire avant que des décisions définitives puissent être prises. Sur des points particuliers pouvant prêter à controverse, il serait bon que le Président s'assure de l'acceptabilité de ses conclusions en invitant la Commission à procéder à un vote indicatif. Cela aurait encore plus d'intérêt pour les questions de détail, qu'il vaut mieux régler, dans un sens ou un autre, afin d'avancer. Les points de vue minoritaires pourraient naturellement être consignés dans les comptes rendus analytiques et dans le rapport de la Commission.

210. Des situations analogues se présenteront au sein d'organes subsidiaires comme le Comité de rédaction. A mesure que les travaux progressent, il faut prendre des "décisions" qui sont loin d'être définitives, et l'exigence d'un consensus sur toutes ces questions implique une procédure lourde et qui prend beaucoup de temps. Il serait loisible aux membres qui ne se trouvent pas dans la majorité à l'issue d'un vote indicatif de défendre leurs vues ultérieurement. Néanmoins, en cas de désaccord important sur un point de principe, il pourra être utile d'en saisir la plénière aux fins de décision par un vote indicatif ou tout autre moyen.

211. Lorsque finalement des décisions doivent être prises, il faut, là encore, ne ménager aucun effort pour parvenir à un consensus. Néanmoins, si ce n'est pas possible dans le temps disponible, il peut être nécessaire de procéder à un vote, peut-être après s'être accordé une pause, un délai de discussion et de réflexion. Un tel vote donnera sans doute une meilleure indication de l'opinion de la Commission qu'un "faux consensus" adopté simplement dans le but de gagner du temps.

212. Une modification mineure qui pourrait être utilement introduite consisterait à instituer une convention selon laquelle l'expression des remerciements, félicitations ou hommages que la Commission aurait à adresser serait réservée au seul Président, au nom de l'ensemble de ses membres. Le temps de la Commission devrait être consacré à ses travaux de fond.

b) Le Comité de rédaction

213. En 1958, la Commission avait officiellement reconnu au Comité de rédaction le caractère d'"un comité auquel pourront être renvoyés non seulement des points purement rédactionnels mais aussi des points de fond que la Commission plénière n'aura pu résoudre ou qui sembleront devoir susciter des débats trop prolongés" 326/. La nécessité de charger le Comité de rédaction de ce rôle s'est trouvée accentuée par la nouvelle augmentation du nombre des membres de la Commission en 1981, et il ne fait aucun doute qu'un tel rôle reste capital.

214. Cela ne veut pas dire que le Comité de rédaction devrait être le *seul* organe à remplir ce rôle. Il conviendra souvent de renvoyer à l'examen d'un groupe de travail plus restreint des questions sur lesquelles il existe un désaccord de principe très précis. Même si la question ne peut être réglée par ce groupe, les principaux points de désaccord pourront généralement être énoncés et présentés en plénière sous une forme qui permette à la Commission de prendre une décision, ou de procéder à un vote indicatif. Mais dans de nombreux autres cas, des problèmes moins caractérisés se poseront, ou des questions de principe imprévues surgiront au cours de la rédaction, ce qui obligera inévitablement le Comité de rédaction à tenter de trouver une solution.

215. Etre membre du Comité de rédaction représente une lourde charge : le Comité se réunit presque quotidiennement, et parfois le matin et l'après-midi. C'est pourquoi il faut se féliciter de la pratique récemment instaurée consistant à donner au Comité de rédaction une composition largement différente selon les sujets; cela permet en effet de répartir la charge entre davantage de membres 327/.

216. Pour un sujet donné, le Comité de rédaction est habituellement composé de 12 à 14 membres (les autres membres étant présents en tant qu'observateurs, et n'intervenant que de temps à autre). L'avantage est qu'un consensus au Comité de rédaction a ainsi toutes chances de recueillir un appui substantiel en plénière.

217. Les longues déclarations sont rares (et doivent être découragées). Il y a souvent un véritable débat. Les discussions ont lieu essentiellement en

326/ Voir Annuaire ... 1958, vol. II, p. 112.

327/ La pratique a été adoptée en 1992 : voir Annuaire ... 1992, vol. II (2), p. 57.

anglais et en français, qui sont les langues de travail dans lesquelles sont rédigés les textes examinés, mais les membres sont libres d'employer d'autres langues officielles. En général, le Comité de rédaction fonctionne bien.

c) Groupes de travail

218. La Commission ou le Groupe de planification créent des groupes de travail dont l'objet et le mandat varient. Dans le cas d'un sujet nouveau, par exemple, il est habituel, avant de nommer un rapporteur spécial, de constituer un groupe de travail qui aidera à définir le champ de l'étude du sujet et l'orientation à lui donner. Un autre genre de groupe a pour fonction d'examiner tel ou tel point précis pour sortir si possible la Commission d'une impasse 328/. En outre, des groupes de travail sont parfois formés pour s'occuper de l'ensemble d'un sujet, lorsqu'il y a urgence par exemple, et le groupe est alors assez nombreux. Ce qui distingue ce second type de groupe de travail du Comité de rédaction tient au fait que si le Comité de rédaction travaille sur le texte des projets d'articles (et, en principe, aussi sur les commentaires) établis par un rapporteur spécial, le groupe de travail intervient quant à lui plus en amont dans le processus, lorsque les idées sont encore en train de se décanter 329/; il peut très bien étaler ses travaux sur plusieurs sessions, avec une réelle continuité dans sa composition, alors que la composition du Comité de rédaction change d'une année sur l'autre. Ce groupe de travail participe donc de plus près à la formulation d'une approche et à la formulation des projets. Un bon exemple à cet égard est le groupe de travail qui a élaboré le statut d'une cour criminelle internationale permanente et qui, avant de se lancer dans le moindre travail de rédaction d'articles, s'est concentré sur un certain nombre de propositions de base sur lesquelles un accord pouvait être réalisé 330/. La fonction qu'il a assurée n'aurait certainement pas pu l'être par le Comité de rédaction.

328/ Voir par exemple le groupe de travail créé en 1995 sur les "droits et obligations des Etats en matière de protection de l'environnement", Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément No 10 (A/50/10), p. 280 et 281.

329/ Dans le cas du Groupe de travail sur la cour criminelle internationale, le Groupe s'est, à un moment donné, scindé en sous-groupes pour la rédaction.

330/ Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Supplément No 10, A/47/10, p. 147.

219. Dans ce type de groupe de travail, il se peut qu'il n'y ait pas de rapporteur spécial, ou que le rapporteur spécial n'ait qu'un rôle limité. Dans la plupart des cas, si le groupe de travail a fait un travail de rédaction minutieux, rien ne sert de le faire refaire par le Comité de rédaction avant de présenter un texte en séance plénière, et cela risque d'entraîner des doubles emplois, voire des erreurs si des membres du Comité de rédaction n'ont pas participé à la discussion approfondie dont ce texte est issu. Il peut arriver que le Comité de rédaction ait un rôle à jouer, celui de l'examen final (la "toilette") d'un texte pour s'assurer de la justesse et de la cohérence des termes employés, mais, en pareils cas, la discussion en groupe de travail constitue une formule de rechange, et non un simple prélude, à l'examen par le Comité de rédaction.

220. Un groupe de travail, quel que soit son mandat, est toujours subordonné à la Commission plénière, au Groupe de planification ou à l'autre organe qui l'a créé. C'est à l'organe compétent qu'il revient d'établir le mandat voulu, de fixer les paramètres de toute étude, d'examiner et, si nécessaire, modifier les propositions et de se prononcer sur le résultat des travaux.

6. La structure des sessions

221. A la lumière de cette analyse, nous passons à présent aux problèmes de structure des réunions de la Commission, y compris la planification des travaux sur un quinquennat, ainsi que de durée et d'organisation des sessions.

a) Planification des travaux sur un quinquennat

222. A la première session du présent quinquennat, en 1992, la Commission s'est fixé des buts pour les cinq années de son mandat, buts qu'elle a atteints et, dans un cas, dépassés 331/. Le Groupe de planification compte qu'elle procédera à un exercice similaire en 1997, première année du quinquennat suivant. Il est aussi souhaitable qu'elle se livre à une

331/ Pour les objectifs fixés en 1992, voir A/CN.4/L.473, par. 15. Conformément à ces objectifs, la Commission a terminé l'examen en seconde lecture du projet relatif aux cours d'eau en 1994 et du projet de code des responsabilités des Etats en 1996. Elle a achevé l'examen en première lecture du projet sur la responsabilité des Etats en 1996. Par l'intermédiaire d'un groupe de travail, elle a progressé dans l'examen de certains aspects du sujet de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (plus précisément en ce qui concerne la prévention) et a commencé à travailler sur deux nouveaux sujets. L'élaboration du début jusqu'à la fin du projet de statut d'une cour criminelle internationale, qui n'était pas envisagée dans le rapport de 1992, est également à mettre à son actif.

évaluation à l'issue des cinq années du mandat pour apprécier les résultats obtenus et examiner les préparatifs à faire pour arrêter, sans perdre de temps au début de la première année, la planification de ses travaux pour le quinquennat suivant.

b) Durée des sessions

223. Le statut ne précise pas quelle doit être la durée des sessions, encore qu'il indique que celles-ci se tiennent normalement à Genève (art. 12, modifié en 1955). Effectivement, toutes les sessions se sont tenues à Genève, à l'exception de la session de 1954, qui s'est tenue à Paris, et de celle de 1965, qui s'est tenue en partie à Genève et en partie à Monaco. Il était certainement tenu pour acquis qu'il s'agirait de sessions annuelles, et tel a en effet été le cas depuis 1949. La durée des sessions était normalement de 10 semaines; les 12 semaines sont devenues la règle après l'adoption par l'Assemblée générale de sa résolution 3315 (XXIX) du 14 décembre 1974. Sauf en 1965, la Commission a toujours tenu une unique session continue par an.

224. En 1986, la durée normale de 12 semaines a été ramenée à 10 semaines pour des raisons budgétaires, mais la Commission s'étant exprimée en termes assez énergiques sur le sujet, la durée de 12 semaines a été rétablie l'année suivante et conservée depuis lors. L'Assemblée générale a réaffirmé qu'il était nécessaire que la Commission siège pour la durée habituelle de 12 semaines 332/. La Commission compte aujourd'hui presque deux fois plus de membres que lors de sa création. Ses débats sont forcément plus longs, facteur qu'il faut ne pas perdre de vue lorsqu'on procède à des comparaisons.

225. En principe, la Commission devrait pouvoir décider chaque année quelle serait la durée requise pour la session suivante (c'est-à-dire 12 semaines ou moins), compte dûment tenu de l'état d'avancement des travaux et des priorités que l'Assemblée aurait éventuellement fixées quant à l'achèvement de tel ou tel sujet.

226. Certaines années, une session de moins de 12 semaines suffira. D'autres années, surtout la dernière d'un mandat, il faudra bien 12 semaines à la Commission pour mettre la dernière main à un projet en première ou en seconde lecture avant que sa composition ne soit renouvelée. Pour diverses raisons, le Groupe de planification pense qu'il suffira d'une session de 10 semaines en 1997 pour les travaux en cours.

332/ Voir par exemple les résolutions de l'Assemblée générale 41/81, du 3 décembre 1986, 42/156, du 7 décembre 1987 et, la dernière en date, 50/45, du 11 décembre 1995, par. 11.

227. A plus long terme, la question de la durée des sessions est liée à celle de leur organisation, et en particulier à la possibilité de scinder les sessions, qui fait l'objet de la section suivante. Surtout si le principe d'une session en deux temps est adopté, la Commission estime qu'elle pourra normalement s'acquitter avec efficacité de ses tâches dans un délai inférieur à 12 semaines par an. Il lui semble qu'il y aurait de bonnes raisons pour que la Commission revienne à l'ancien système, où les travaux étaient étalés sur 10 semaines au total, tout en se ménageant la possibilité de prolonger sa session de deux semaines certaines années si nécessaire - et tout spécialement la dernière année du mandat.

c) Possibilité d'une session en deux temps

228. L'article 12 du statut (modifié en 1995) dispose que la Commission se réunit à l'Office des Nations Unies à Genève, en ajoutant toutefois que "après consultation avec le Secrétaire général", la Commission a "le droit de se réunir en d'autres endroits". Il n'y a donc rien dans le statut qui s'oppose à ce que la Commission scinde sa session annuelle en deux parties, ni même à ce que l'une des deux parties de la session se tienne au Siège de l'ONU, à New York. En 1991/92, une formule de session en deux temps a été proposée, mais il a été décidé de l'écarter pour le moment 333/.

229. Les partisans d'une session unique font valoir que seul un travail continu permet d'examiner avec toute la minutie nécessaire les projets d'articles proposés, tant en séance plénière que dans le cadre du Comité de rédaction. Quelle que soit la session considérée, la Commission s'occupe en général activement de quatre ou cinq sujets, dont deux peuvent être prioritaires. Si la session est plus courte et qu'elle se déroule en deux temps, l'examen des sujets qui ne sont pas jugés prioritaires à la session considérée risque d'être plutôt superficiel, moyennant quoi les progrès sur ces sujets seraient irréguliers et les orientations fournies au rapporteur spécial insuffisantes. Il convient de souligner par ailleurs que la recherche d'un véritable consensus sur les projets d'articles peut se révéler difficile et qu'en tout état de cause elle prend beaucoup de temps.

La Commission ne se contente pas de donner son aval aux propositions des rapporteurs spéciaux, elle doit les examiner d'un oeil attentif et critique. Si l'on considère qu'il fait intervenir 34 membres, venus d'horizons juridiques, culturels et linguistiques différents, ce processus ne saurait

333/ Annuaire ... 1992, vol. II, deuxième partie, p. 58.

être hâté plus que de raison. Il se pose aussi un problème de "masse critique", à savoir que seul un examen minutieux collectif en séance plénière, au sein du Comité de rédaction et de groupes de travail peut permettre de dégager des conclusions réellement satisfaisantes, et le fait de scinder la session en deux risquerait d'interrompre et de fragmenter ce processus. De l'avis de ces membres, une session continue s'impose si l'on veut obtenir les meilleurs résultats sur les sujets prioritaires tout en maintenant le rythme et le cap pour les autres sujets.

230. Les partisans de la session en deux temps font valoir quant à eux que cette formule faciliterait le travail de réflexion et d'étude des membres de la Commission et, en particulier, qu'elle permettrait un travail préparatoire entre les sessions qui ne pourrait que rendre la seconde partie beaucoup plus productive. Ainsi, les rapports ou propositions débattus en séance plénière pendant la première partie de la session pourraient être traités par le Comité de rédaction pendant la seconde. A l'inverse, lorsque le Comité de rédaction aurait achevé l'examen de certains projets d'articles au cours de la première partie de la session, les articles modifiés et assortis de commentaires pourraient être prêts pour l'examen en séance plénière pendant la seconde partie de la session, et les membres de la Commission auraient eu la possibilité d'en prendre connaissance et de les étudier à l'avance. Une session en deux temps encouragerait aussi le travail informel entre les sessions et donnerait du temps aux rapporteurs spéciaux pour réexaminer les propositions débattues au cours de la première partie d'une session. Elle permettrait au Comité de rédaction ou à un groupe de travail de se réunir pendant une semaine, par exemple, à la fin de la première partie ou au début de la seconde, sans exiger la présence des membres de la Commission qui n'y siègent pas. Elle offre aux personnes qui, pour des raisons professionnelles ou autres, ne peuvent pas s'engager à être présents 12 semaines durant à Genève, la possibilité de présenter leur candidature. Il y a tout lieu de penser qu'il serait plus facile pour les membres de la Commission qui ont d'autres engagements (qu'ils soient conseillers juridiques d'un gouvernement, juristes dans le secteur privé ou professeurs de droit à l'université) de passer une période continue de quatre à cinq semaines en session plutôt qu'une période de 12 semaines. A l'heure actuelle, certains membres de la Commission sont contraints de s'absenter de Genève pendant des périodes très longues. Le problème du choix entre des engagements contradictoires ne disparaîtra certes jamais totalement, mais la formule de la session plus courte et scindée

en deux parties est probablement de nature à susciter une participation plus nombreuse et plus continue. Bref, elle assurerait davantage de souplesse.

231. Le choix est en l'occurrence tributaire de considérations financières qui échappent à l'emprise de la Commission. D'après des calculs provisoires, une session de 10 semaines, divisée à parts égales entre New York et Genève, coûterait très sensiblement moins cher qu'une session ininterrompue de 12 semaines. Et même pour une durée totale identique, il semble qu'une session en deux temps ne soit pas sensiblement plus coûteuse, parce que le surcroît de frais de voyage des membres de la Commission serait largement compensé par la réduction des dépenses liées à l'envoi à Genève de fonctionnaires du secrétariat en poste à New York.

232. De l'avis de la Commission, il faudrait tenter l'expérience d'une session scindée en deux parties. Pour diverses raisons, y compris du fait des contraintes budgétaires et parce que 1997 se trouve être la première année d'un nouveau mandat quinquennal, il semble toutefois préférable d'entreprendre l'expérience en 1998, ce qui permettra de bien planifier cette session en deux temps, dont il sera possible de mesurer les avantages et les inconvénients dans la pratique.

233. La planification de la répartition des travaux entre les deux parties de la session, dans le cas d'une session ainsi scindée, est essentielle. Cette planification se fera nécessairement d'année en année, avec une certaine souplesse. Mais on pourra, par exemple, prévoir pour la première partie de la session l'examen de rapports de rapporteurs spéciaux et de projets d'articles par le Comité de rédaction et, pour la seconde partie de la session, l'examen en Commission plénière des rapports du Comité de rédaction ou d'autres groupes et du rapport de la Commission elle-même. Il faudra que la seconde partie de la session s'achève au plus tard fin juillet pour que le rapport de la Commission à l'Assemblée générale soit prêt début septembre.

d) Le caractère essentiel de la contribution du secrétariat

234. L'article 14 du statut de la Commission dispose simplement que le Secrétaire général mettra, "autant qu'il lui est possible, à la disposition de la Commission le personnel et les facilités dont la Commission aura besoin pour accomplir sa tâche".

235. Concrètement, la contribution du secrétariat est essentielle. Outre les services fonctionnels fournis à la Commission et à ses organes subsidiaires, le secrétariat effectue un travail considérable de recherche, souvent dans les plus brefs délais. Les fonctionnaires du secrétariat prêtent leur concours aux

membres du Bureau de la Commission pour l'ordre du jour, la tenue des dossiers, l'établissement des projets de rapports à la plénière, et ainsi de suite. Ils aident à la préparation des commentaires des projets d'articles, le Groupe de travail demeurant néanmoins convaincu que cette fonction incombe au premier chef aux rapporteurs spéciaux. Dans les groupes de travail, où il arrive qu'il n'y ait pas de rapporteur spécial, ce concours est très précieux. Il conviendrait d'encourager les fonctionnaires du secrétariat à apporter une contribution encore plus grande aux travaux de la Commission.

e) Le Séminaire de droit international

236. Le Séminaire est depuis de nombreuses années un élément caractéristique des sessions de la Commission, et plusieurs centaines de jeunes spécialistes ont pu se faire une idée de l'oeuvre de l'ONU et de la CDI par ce biais. Il faut espérer que le Séminaire pourra se poursuivre en dépit des difficultés financières actuelles.

f) Publication des travaux de la Commission

237. Le rapport annuel de la Commission à la Sixième Commission sort quelques semaines après la fin de la session, et est ultérieurement reproduit dans l'Annuaire, qui est la publication essentielle qui rend compte des travaux de la Commission. L'Annuaire contient les comptes rendus analytiques des débats en plénière, le texte intégral des projets d'articles et des commentaires tels qu'ils ont été définitivement adoptés, les rapports des rapporteurs spéciaux et un choix d'autres documents. La charge de travail en retard sur l'Annuaire a été quelque peu réduite. De plus, les Nations Unies publient périodiquement, sous le titre La Commission du droit international et son oeuvre, qui donne un aperçu général de ses activités, récapitule ses travaux et reproduit les projets d'articles qu'elle a adoptés ou, le cas échéant, les conventions ou autres textes adoptés sur la base de ces projets d'articles. La cinquième édition de cet ouvrage est parue en 1996.

238. Des comptes rendus non officiels des travaux de la Commission paraissent dans les revues de droit international. Chaque année, par exemple, une étude de ses travaux est publiée dans l'American Journal of International Law et l'Annuaire français de droit international. La publication d'analyses similaires dans les autres langues de la Commission doit être encouragée.

7. Les relations de la Commission avec d'autres organes ou organismes (au sein ou en dehors du système des Nations Unies)

239. S'il est une relation importante pour la Commission, c'est celle qui la lie à l'Assemblée générale par l'intermédiaire du rapport qu'elle présente à

la Sixième Commission. Mais le statut de la Commission prévoit la possibilité de toute une série de relations avec d'autres organes ou organismes :

a) En vertu des articles 16 c), 17 2) b) et 21 2), la Commission doit adresser des questionnaires aux gouvernements ou solliciter leurs observations à propos de tout projet en cours d'examen.

b) En vertu de l'article 17, la Commission peut examiner "les plans et projets de conventions multilatérales émanant de Membres de l'Organisation des Nations Unies, d'organes principaux des Nations Unies autres que l'Assemblée générale, d'institutions spécialisées ou d'organisations officielles établies par accords intergouvernementaux en vue d'encourager le développement progressif du droit international et sa codification, que lui transmet à cet effet le Secrétaire général".

c) En vertu du chapitre III de son statut, la Commission est, de manière très générale, habilitée à consulter tout organe des Nations Unies sur tout sujet entrant dans la compétence de celui-ci, et toute organisation, nationale ou internationale, officielle ou non, sur tout sujet qui lui a été confié (voir art. 25 1) et 26 1)).

d) Dans un certain nombre de cas, la Commission a eu des consultations systématiques avec certaines institutions (avec la FAO, par exemple, sur la question des pêcheries situées au-delà des limites des eaux territoriales). Elle a aussi sollicité des avis d'expert (par exemple sur les questions de la délimitation des zones maritimes et du tracé des lignes de base).

240. La Commission a pour habitude à chaque session d'accueillir les représentants du Comité consultatif juridique afro-asiatique, du Comité européen de coopération juridique du Conseil de l'Europe et du Comité juridique interaméricain, qui font oralement rapport sur les activités desdits organismes. Ces visites sont certes utiles, mais elles prennent généralement la forme d'échanges formels et congratulatoires. La Commission se félicite de ces échanges, mais pense qu'ils gagneraient à ce qu'un bref rapport écrit sur les travaux des organismes respectifs, accompagné des documents pertinents, soit distribué à l'avance. Il pourrait y avoir un court échange de vues formel à consigner dans le compte rendu de séance, suivi d'une discussion moins formelle avec les membres de la Commission sur telle ou telle question intéressant les deux parties. Il faudrait aussi encourager ces organismes à renforcer leur coopération avec les rapporteurs spéciaux de la Commission,

selon les sujets traités, et stimuler la coopération entre le secrétariat de la Commission et les secrétariats de ces organismes et les échanges de documentation.

241. Il est en revanche une série de relations potentiellement importantes qui sont pour l'instant négligées, à savoir celles qui pourraient s'instaurer avec les organes spécialisés de l'ONU et autres qui ont des attributions juridiques ou dont les activités ont des incidences juridiques. Du moins est-il approprié d'inviter des organes ayant des responsabilités spécifiques dans un domaine donné à échanger des informations avec la Commission et à faire, le cas échéant, des observations sur ses travaux, mais à l'heure actuelle, les différentes composantes du système des Nations Unies opèrent dans une large mesure chacune de son côté. Une autre possibilité serait en fait d'envisager l'étude conjointe, sous la direction de la Commission, d'un sujet juridique donné avec l'organisme compétent dans le domaine considéré. Les commissions juridiques nationales mènent des études conjointes de ce type dans des domaines techniques comme le droit douanier ou l'insolvabilité. Il n'y a à priori aucune raison pour que cela soit impossible au niveau international.

8. La possibilité d'une révision du statut

242. Le statut de la Commission a été rédigé peu après la fin de la seconde guerre mondiale, et bien qu'il ait été modifié à plusieurs reprises, jamais il n'a fait l'objet d'un examen et d'une révision approfondis. Dans l'ensemble, il s'est révélé suffisamment souple pour se prêter à quelques modifications dans la pratique. Ainsi, il contient plus ou moins suffisamment de dispositions sur des questions telles que l'approbation d'un plan de travail sur un sujet 334/ et la nomination d'un groupe de membres chargés de collaborer avec le rapporteur spécial 335/. S'agissant d'autres questions examinées ici (par exemple les sessions qui se dérouleraient en deux temps), il n'empêche pas de modifier les modalités de fonctionnement de la Commission. Pour la plupart, les modifications évoquées dans le présent rapport peuvent être mises en oeuvre sans qu'il soit besoin d'aucun amendement au statut.

334/ Statut de la Commission, art. 16 b), art. 17 2) a) et art. 19 1).

335/ Statut de la Commission, art. 16 d) (encore que cette disposition ne vise que la période qui suit l'envoi d'un questionnaire aux gouvernements et qu'elle se termine par "en attendant les réponses à son questionnaire") : on pourrait reformuler cette disposition en termes plus généraux, afin de la rendre applicable à l'ensemble du processus d'examen d'un sujet, qu'il y ait ou non désignation d'un rapporteur spécial.

243. Il n'en demeure pas moins que certains aspects du statut méritent d'être examinés et révisés alors que la Commission approche de son cinquantième anniversaire. Quelques dispositions du statut sont anachroniques et pourraient être supprimées, par exemple l'article 26 3) où il est question des "relations avec l'Espagne franquiste" et "les organisations qui ont collaboré avec les nazis et les fascistes". L'on pourrait également, dans l'article 26 4), ajouter à l'Union panaméricaine, parmi les organes intergouvernementaux dont la tâche est la codification du droit international, des organismes tels que le Comité consultatif juridique afro-asiatique, la Conférence de La Haye de droit international privé et UNIDROIT. Plus fondamentalement, la distinction établie, dans les articles premier et 15 notamment, entre la codification et le développement progressif du droit international s'est révélée intenable, aussi pourrait-on explicitement fusionner les deux procédures. On pourrait en particulier étendre expressément à tous les travaux de la Commission la faculté "d'adopter pour chaque cas le plan de travail qui lui paraît approprié", qui lui est expressément reconnue dans le cas de la "codification" (art. 19 1) du statut). Un certain nombre d'autres problèmes de fond demanderont à être examinés.

244. La Commission devra réfléchir, à sa prochaine session, à la possibilité de recommander à l'Assemblée générale de réexaminer le statut de façon à ce que cet exercice coïncide avec le cinquantième anniversaire de la Commission en 1999.

2. Programme de travail à long terme

245. Considérant les progrès accomplis et les travaux qui ont été achevés au cours de la session, la Commission a à nouveau constitué un groupe de travail pour l'aider dans le choix des sujets à étudier dans l'avenir.

246. La Commission a adopté le rapport du Groupe de travail et décidé de le faire figurer en annexe à son rapport 336/.

247. La Commission a relevé que si, en ses 50 ans ou presque d'existence, elle avait entrepris et mené à bien l'étude de très nombreux sujets dans diverses matières du droit international public, il restait cependant encore beaucoup à faire. C'est ce qui ressortait aussi bien de la liste générale des matières du droit international que des diverses questions de droit évoquées à un

336/ Voir l'annexe II.

moment ou un autre au sein de la Commission comme sujets possibles de codification ou de développement progressif du droit international.

248. Pour donner un aperçu d'ensemble des principales matières du droit international public général, la Commission a établi un plan général des sujets en les classant en 13 grandes matières du droit international public (sources, compétences de l'Etat, droit international pénal, organisations internationales, espaces internationaux, et ainsi de suite) 337/. Cette liste, qui ne se voulait pas exhaustive, comprenait des sujets dont la Commission avait déjà achevé l'étude, des sujets qu'elle avait commencé à étudier mais, pour diverses raisons, "abandonnés", des sujets actuellement à l'étude et des sujets qu'elle pourrait étudier dans l'avenir.

249. Pour le programme en cours, trois sujets ont été jugés se prêter à la codification et au développement progressif : la protection diplomatique, la propriété et la protection des épaves au-delà des limites de la juridiction maritime nationale, et les actes unilatéraux des Etats. Un schéma préliminaire exposant les principaux problèmes juridiques que soulevait chacun de ces trois sujets était en outre joint à la liste. Dans chaque additif, des notes expliquaient pourquoi la question est d'actualité.

3. Durée de la prochaine session

250. Eu égard aux difficultés financières que l'Organisation connaît actuellement, la Commission a décidé de réduire, à titre exceptionnel, la durée de sa prochaine session, en la ramenant de 12 à 10 semaines.

251. La Commission tient à souligner cependant qu'elle a pleinement utilisé le temps et les services mis à sa disposition pendant sa présente session.

B. Coopération avec d'autres organismes

252. La Commission était représentée à la session de 1995 du Comité juridique interaméricain par M. John de Saram, à la session de 1996 du Comité consultatif africano-asiatique, tenue à Manille, par M. Kamil Idris, et à un certain nombre de réunions de ce comité tenues à New Delhi par M. P.S. Rao, son précédent président.

253. A la 2433^{ème} séance de la Commission, le 28 mai 1996, M. Tang Chengyuan, secrétaire général du Comité juridique consultatif africano-asiatique, a fait un exposé sur les questions auxquelles la Commission et le Comité portent un même intérêt.

337/ Ibid.

254. A la même séance, M. H. Schade, représentant du Comité européen de coopération juridique, a pris la parole devant la Commission et l'a informée des programmes de travail du Comité.

255. A la 2446^{ème} séance de la Commission, le 21 juin 1996, M. Miguel Angel Espeche Gil a pris la parole devant la Commission au nom du Comité juridique interaméricain.

C. Date et lieu de la quarante-neuvième session

256. La Commission a décidé de tenir sa prochaine session à l'Office des Nations Unies à Genève, du 12 mai au 18 juillet 1997.

D. Représentation à la cinquante et unième session de l'Assemblée générale

257. La Commission a décidé de se faire représenter à la cinquante et unième session de l'Assemblée générale par son Président, M. Ahmed Mahiou 338/.

E. Contribution à la Décennie du droit international

258. La Commission a réaffirmé sa décision de publier un recueil d'études signées par des membres à titre de contribution à la Décennie du droit international. Cette publication serait bilingue, les articles étant soit en anglais, soit en français. Le secrétariat s'efforcerait d'obtenir la traduction en anglais et en français des textes qui auraient été rédigés dans d'autres langues officielles. Il est prié à prendre les dispositions voulues, dans la limite des ressources existantes, pour assurer la publication des études. Les membres sont priés de faire parvenir leurs textes, le plus tôt possible, et en tout état de cause le 31 août 1996 au plus tard, au Président du Groupe de travail sur le sujet, M. Alain Pellet, par l'intermédiaire du secrétariat.

F. Séminaire de droit international

259. En application de la résolution 50/45 de l'Assemblée générale, la trente-deuxième session du Séminaire de droit international s'est tenue au Palais des Nations du 17 juin au 5 juillet 1996 durant la présente session de la Commission. Le Séminaire est destiné à des étudiants en droit international en cours de spécialisation et à de jeunes professeurs ou fonctionnaires

338/ A sa 2473^{ème} séance, le 26 juillet 1996, la Commission a demandé à M. Doudou Thiam, Rapporteur spécial pour le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, de participer à la cinquante et unième session de l'Assemblée générale conformément au paragraphe 5 de la résolution 44/35 de l'Assemblée générale.

nationaux se destinant à une carrière académique, diplomatique ou dans la fonction publique de leurs pays respectifs.

260. Vingt-quatre participants de nationalité différente, pour la plupart originaires de pays en développement, ont tous pu participer à cette session 339/. Les participants au Séminaire ont assisté aux séances de la Commission et entendu des conférences spécialement organisées à leur intention.

261. Le Séminaire a été ouvert par le Président de la Commission, M. Ahmed Mahiou. M. Ulrich von Blumenthal, Chef du Service juridique à l'Office des Nations Unies à Genève, était chargé de l'administration et de l'organisation du Séminaire.

262. Les conférences suivantes ont été données par des membres de la Commission : M. Ahmed Mahiou : "La Commission du droit international et son oeuvre"; M. Christian Tomuschat : "Pollution de l'environnement - Crime relevant du code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ?"; M. Mochtar Kusuma-Atmadja et M. Alexander Yankov : "Le droit de la mer - développements récents"; M. Julio Barboza : "Responsabilité pour les activités qui ne sont pas interdites par le droit international"; M. Igor Lukashuk : "Commission du droit international et nouvelles tendances du droit international coutumier"; M. Mohamed Bennouna : "La création d'une juridiction criminelle internationale et la souveraineté de l'Etat"; M. James Crawford : "Responsabilité des Etats"; M. Gudmundur Eiriksson : "Nouveaux développements du droit international en matière de pêcheries"; et M. Chusei Yamada : "Aspects juridiques du désarmement multilatéral".

339/ Ont participé à la trente-deuxième session du Séminaire de droit international : Mme Isabel Albornoz Garzon (Equateur); Mme Soraya Elena Alvarez Nuñez (Cuba) ; Mme Okia Ardanaz (Argentine); M. Charles Assamba Ongodo (Cameroun); M. Marc Arthur Asse (Haïti); Mme Sumudu Atapattu (Sri Lanka); M. Mohsen Baharvand (Iran); Mme Nino Burjanadze (Géorgie); M. Howard Calleja (Philippines); Mme Astrid Agerholm Danielsen (Danemark); M. Abdoulaye Diop (Mali); M. Shiva Kumar Giri (Népal); M. Khoti Kamanga (Malawi); Mme Päivi Kaukoranta (Finlande); Mme Mariko Kawano (Japon); M. Fadi Makki (Liban); Mme Suzanne Malmström (Suède); M. Phakiso Mochochoko (Lesotho); M. Souheil Nabil (Tunisie); M. Martin Ortega (Espagne); Mme Rosemary Rayfuse (Canada); Mme Sara Haydee Sotelo Aguilar (Pérou); M. Vincent Zakané (Burkina Faso) et Mme Ineta Siemele (Lettonie). Un comité de sélection, présidé par le professeur Nguyen-Huu Tru (Institut universitaire de hautes études internationales, Genève), s'est réuni le 1er avril 1996 et, après avoir examiné quelque 80 demandes de participation au Séminaire, a retenu 24 participants.

263. Des conférences ont également été données par : M. José Ayala Lasso, Haut Commissaire aux droits de l'homme des Nations Unies : "Le mandat du Haut Commissaire aux droits de l'homme : Faire des droits de l'homme une réalité"; M. Roy S. Lee, Directeur, Division de la codification, Bureau des affaires juridiques, et Secrétaire de la Commission du droit international : "Opérations de maintien de la paix des Nations Unies - Aspects juridiques"; M. François Miéville, Service juridique du Comité international de la Croix-Rouge : "Les activités du CICR en rapport avec le droit humanitaire international"; Mme Bruna Molina-Abram, Coordonnateur des différentes activités liées aux études opérationnelles en ex-Yougoslavie, Centre pour les droits de l'homme : "Tribunaux ad hoc - Rwanda et ex-Yougoslavie"; M. Jean Durieux, Chef de la Section de promotion du droit des réfugiés, Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés : "Protection des réfugiés et intervention humanitaire - la perspective du HCR".

264. Deux cours de droit international ont été donnés en vidéo aux participants qui ont été ensuite invités à présenter leurs commentaires.

265. La République et Canton de Genève a offert son hospitalité aux participants à l'issue d'une visite guidée des Salles de l'Alhambra et du Grand Conseil.

266. A la fin du Séminaire, M. Robert Rosenstock, Vice-Président de la Commission, au nom de la Commission, et M. Ulrich von Blumenthal, au nom de l'Office des Nations Unies à Genève, ont pris la parole devant les participants. Mme Sara Haydee Sotelo Aguilar a fait une déclaration à la Commission au nom des participants. Au cours de cette brève cérémonie, chacun d'entre eux s'est vu remettre un certificat attestant sa participation à la trente-deuxième session du Séminaire.

267. La Commission a noté avec une satisfaction particulière que les Gouvernements de Chypre, du Danemark, de la Finlande, de la Hongrie, de l'Islande, du Japon, de la Norvège et de la Suisse avaient versé des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale des Nations Unies pour le Séminaire de droit international. Celles-ci ont permis d'attribuer un nombre de bourses suffisant pour assurer une bonne répartition géographique des participants et faire venir de pays en développement des participants méritants qui, sans cela, n'auraient pas pu participer à la session. Cette année, des bourses intégrales (couvrant à la fois les frais de voyage et les

frais de subsistance) ont été accordées à 10 participants et des bourses partielles (couvrant seulement les frais de subsistance ou de voyage) à 6 participants.

268. Sur les 714 participants, représentant 140 nationalités, qui ont pris part au Séminaire depuis 1965, date de sa création, 389 ont bénéficié d'une bourse.

269. La Commission tient à souligner l'importance du Séminaire, qui donne à de jeunes juristes, et en particulier à ceux des pays en développement, la possibilité de se familiariser avec ses travaux et avec les activités des nombreuses organisations internationales qui ont siège à Genève. Comme tous les fonds disponibles sont épuisés, la Commission recommande à l'Assemblée générale de lancer un nouvel appel aux Etats, afin que ceux qui sont en mesure de le faire versent les contributions volontaires indispensables pour assurer au Séminaire de 1997 la plus large participation possible.

270. La Commission a noté avec satisfaction qu'en 1996 le Séminaire avait bénéficié d'un service d'interprétation intégral. Elle exprime l'espoir que la prochaine session du Séminaire bénéficiera du même service, malgré les contraintes financières.

G. Conférence commémorative Gilberto Amado

271. Afin d'honorer la mémoire de l'illustre juriste brésilien Gilberto Amado, ancien membre de la Commission, il avait été décidé, en 1971, que sa commémoration prendrait la forme d'une conférence à laquelle seraient conviés les membres de la Commission, les participants à la session du Séminaire de droit international et d'autres spécialistes du droit international.

272. La treizième Conférence commémorative, donnée le 18 juin 1996 par le professeur Celso Lafer, représentant permanent du Brésil auprès l'Office des Nations Unies à Genève, avait pour thème : "Le système de règlement des différends à l'Organisation mondiale du commerce". Elle a été suivie d'un dîner commémoratif.

273. Les conférences commémoratives Gilberto Amado ont été rendues possibles grâce aux généreuses contributions du Gouvernement brésilien. La Commission a exprimé sa gratitude au Gouvernement brésilien pour sa généreuse contribution. Elle a prié son Président de transmettre ses remerciements au Gouvernement brésilien.

ANNEXE I

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL SUR LE SUJET "RESPONSABILITE INTERNATIONALE POUR LES CONSEQUENCES PREJUDICIALES DECOULANT D'ACTIVITES QUI NE SONT PAS INTERDITES PAR LE DROIT INTERNATIONAL"

Note liminaire

1. Sous la présidence du Rapporteur spécial, M. Julio Barboza, un groupe de travail a été créé pour faire la synthèse des travaux déjà accomplis sur le sujet et voir s'il serait possible de trouver des solutions provisoires à certaines questions non résolues en vue de produire un texte unique à l'intention de l'Assemblée générale 1/. La Commission, à sa quarante-neuvième session, serait alors à même, espérait-on, de prendre en pleine connaissance de cause des décisions sur la manière dont le sujet pourrait être traité durant la prochaine période quinquennale.
2. Les travaux du Groupe de travail sont restés strictement dans le cadre du sujet de la "responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international". Aussi les projets d'articles présentés plus bas sont-ils d'une portée limitée et à caractère supplétif. Dans la mesure où des règles existantes ou futures du droit international, conventionnel ou coutumier à l'origine, interdisent un certain comportement ou certaines conséquences (par exemple dans le domaine de l'environnement), ces règles joueront dans le domaine de la responsabilité des Etats et ne s'appliqueront pas, par définition, aux présents projets d'articles 2/. Par ailleurs, le domaine de la responsabilité des Etats pour des faits illicites se distingue nettement du champ des présents articles par l'autorisation accordée à l'Etat d'origine de poursuivre l'activité "à ses propres risques" 3/.

1/ Ont fait partie du Groupe de travail : M. Julio Barboza (Rapporteur spécial, président du Groupe de travail); M. Husain Al-Baharna; M. Mohamed Bennouna; M. James Crawford; M. Gudmundur Eiriksson; M. Salifou Fomba; M. Peter Kabatsi; M. Igor I. Lukashuk; M. Patrick L. Robinson; M. Robert Rosenstock; M. Alberto Szekely et M. Francisco Villagran Kramer.

2/ Voir l'article 8 du projet d'articles et le commentaire y relatif.

3/ Voir l'article 11, in fine, et l'article 17.

3. Le présent sujet traite d'une question différente de celle de la responsabilité. Il consiste essentiellement en deux éléments : le premier élément est celui de la prévention du dommage transfrontière découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (en d'autres termes, la prévention de certaines conséquences préjudiciables hors du domaine de la responsabilité des Etats). Le deuxième élément concerne la répartition éventuelle des pertes découlant du dommage transfrontière causé dans le cadre de l'exécution de telles activités. Le premier élément du projet d'articles couvre la prévention au sens large, y compris la notification des risques de dommage, qu'ils soient inhérents à l'exercice de l'activité ou surviennent ou soient considérés comme survenant à quelque stade ultérieur 4/. Le deuxième élément procède des principes selon lesquels, d'une part, les Etats ne sont pas empêchés d'exercer des activités non interdites par le droit international, nonobstant le fait qu'elles pourraient comporter le risque de causer un dommage transfrontière mais, d'autre part, la liberté d'action des Etats à cet égard n'est pas illimitée, et une responsabilité pourrait, en particulier, en découler et donner lieu à indemnisation ou à une autre forme de réparation conformément aux articles, même si les activités en question sont qualifiées de façon persistante de licites 5/. Le principe selon lequel la victime du dommage transfrontière ne doit pas avoir à supporter la totalité du préjudice revêt un intérêt particulier 6/.

4. Vu les priorités qui ont été attribuées au cours de la quarante-huitième session de la Commission à l'achèvement des projets d'articles sur d'autres sujets, le présent projet d'articles n'a pas pu être examiné par le Comité de rédaction, non plus qu'il ne pourra faire l'objet d'un débat détaillé en commission plénière au cours de la présente session. Par contre, l'Assemblée générale a prié instamment la Commission, à l'alinéa c) du paragraphe 3 de sa résolution 50/45 du 11 décembre 1995, de reprendre ses travaux sur le présent sujet "en vue d'achever la première lecture des projets d'articles relatifs aux activités qui risquent de causer un dommage transfrontière". Le Groupe de travail estime qu'il serait opportun, dans ces conditions, que la Commission annexe à son rapport à l'Assemblée générale le présent rapport du Groupe

4/ Voir les articles 4 et 6 et les commentaires y relatifs.

5/ Voir les articles 3 et 5 et les commentaires y relatifs.

6/ Voir l'article 21 et le commentaire y relatif.

de travail, et le communique pour commentaire aux gouvernements comme pouvant servir de base aux travaux futurs de la Commission sur le sujet. Ce faisant, la Commission ne s'engagerait à prendre aucune décision spécifique sur le déroulement du sujet, ni à adopter telles ou telles formulations, encore qu'elle ait, pour l'essentiel, approuvé le fond du chapitre premier et le chapitre II tout entier à de précédentes sessions.

5. En formulant cette recommandation, le Groupe de travail est conscient de ce qu'en 1992 la Commission a adopté une procédure analogue à l'égard du rapport du Groupe de travail sur un projet de statut pour une cour criminelle internationale, qui a été annexé au rapport de la Commission et transmis, pour commentaire, à l'Assemblée générale et aux gouvernements sans que la Commission ait eu la possibilité en séance plénière d'en examiner intégralement le texte en première lecture 7/. C'est le recours à cette procédure qui a permis à la Commission d'expédier, en 1994, le projet de statut pour une cour criminelle internationale 8/. Dans le cas du présent sujet, le Groupe de travail est d'avis que la recommandation énoncée au paragraphe 4 ci-dessus autorise la Commission à soumettre pour commentaire un ensemble complet d'articles pouvant servir de base aux travaux futurs sur le sujet, de telle sorte que la Commission soit en mesure à sa prochaine session de prendre une décision en toute connaissance de cause sur la suite des travaux.

6. C'est sur la base de ces considérations que le Groupe de travail recommande à la Commission les projets d'articles et les commentaires y relatifs reproduits ci-après.

7/ Voir A/47/10, p. 32 et annexe.

8/ La Commission a achevé l'élaboration d'un projet final de statut pour une cour criminelle internationale en 1994. Voir A/49/10, p. 31 à 178.

Première partie

Texte des articles

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GENERALES

Article premier

Activités auxquelles s'appliquent les présents articles

Les présents articles s'appliquent :

a) aux activités non interdites par le droit international qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif [et

b) aux 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.

Article 2

Termes employés

Aux fins des présents articles :

a) l'expression "risque de causer un dommage transfrontière significatif" recouvre une faible probabilité de causer un dommage désastreux et une forte probabilité de causer d'autres dommages significatifs;

b) le terme "dommage transfrontière" désigne le dommage causé sur le territoire ou en d'autres lieux placés sous la juridiction ou le contrôle d'un Etat autre que l'Etat d'origine, que les Etats concernés partagent ou non une frontière commune;

c) le terme "Etat d'origine" désigne l'Etat sur le territoire ou sous la juridiction ou le contrôle duquel s'exercent les activités visées à l'article premier;

d) le terme "Etat affecté" désigne l'Etat sur le territoire duquel le dommage transfrontière significatif s'est produit ou qui exerce une juridiction ou un contrôle sur tout autre lieu où ce dommage s'est produit.

Article 3

La liberté d'action et ses limites

La liberté des Etats d'exercer ou de permettre que soient exercées des activités sur leur territoire ou en d'autres lieux placés sous leur juridiction ou leur contrôle n'est pas illimitée. Elle est soumise

à l'obligation générale de prévenir ou de réduire au minimum le risque de causer un dommage transfrontière significatif ainsi qu'aux obligations spécifiques dont ils peuvent être tenus à cet égard envers d'autres Etats.

Article 4

Prévention

Les Etats prennent toutes les mesures appropriées pour prévenir ou réduire au minimum le risque d'un dommage transfrontière significatif et, s'il est survenu un tel dommage, pour en réduire les effets au minimum.

Article 5

Responsabilité

Conformément aux présents articles, une responsabilité découle d'un dommage transfrontière significatif causé par une activité visée à l'article premier et donne lieu à indemnisation ou à une autre forme de réparation.

Article 6

Coopération

Les Etats intéressés coopèrent de bonne foi et au besoin cherchent à obtenir l'assistance d'une organisation internationale pour prévenir ou réduire au minimum le risque d'un dommage transfrontière significatif et, s'il est survenu un tel dommage, pour en réduire les effets au minimum, tant dans les Etats affectés que dans les Etats d'origine.

Article 7

Mise en oeuvre

Les Etats prennent les mesures législatives, administratives et autres nécessaires pour mettre en oeuvre les dispositions des présents articles.

Article 8

Relation avec d'autres règles du droit international

Le fait que les présents articles ne s'appliquent pas à un dommage transfrontière découlant d'un acte ou d'une omission illicite d'un Etat est sans préjudice de l'existence ou de l'application de toute autre règle du droit international se rapportant à cet acte ou à cette omission.

CHAPITRE II. PREVENTION

Article 9

Autorisation préalable

Les Etats veillent à ce que les activités visées à l'alinéa a) de l'article premier ne soient pas exercées sur leur territoire ou à un autre titre sous leur juridiction ou leur contrôle sans leur autorisation préalable. Cette autorisation est également requise dans le cas où il est envisagé d'introduire dans une activité une modification substantielle qui risque de la transformer en une activité du type visé à l'alinéa a) de l'article premier.

Article 10

Evaluation du risque

Avant de prendre la décision d'autoriser une activité visée à l'alinéa a) de l'article premier, un Etat veille à ce qu'il soit procédé à l'évaluation du risque que comporte cette activité. Cette évaluation porte notamment sur les éventuels effets de l'activité en question sur les personnes ou les biens ainsi que sur l'environnement des autres Etats.

Article 11

Activités non autorisées

Si un Etat, ayant souscrit aux obligations énoncées dans les présents articles, constate qu'une activité visée à l'alinéa a) de l'article premier est déjà exercée sur son territoire ou à un autre titre sous sa juridiction ou son contrôle sans l'autorisation requise par l'article 9, il ordonne aux responsables de l'exécution de ladite activité de solliciter ladite autorisation. En attendant l'autorisation, l'Etat peut autoriser la poursuite de l'activité en question à ses propres risques.

Article 12

Non-déplacement du risque

Lorsqu'ils prennent des mesures pour prévenir ou réduire au minimum un risque de dommage transfrontière significatif causé par une activité visée à l'alinéa a) de l'article premier, les Etats veillent à ne pas simplement déplacer, directement ou indirectement, ce risque ni le transformer en un risque d'un autre type.

Article 13

Notification et information

1. Si l'évaluation prévue à l'article 10 fait apparaître un risque de dommage transfrontière significatif, l'Etat d'origine en informe sans retard les Etats susceptibles d'être affectés et leur communique les informations techniques et autres informations pertinentes disponibles sur lesquelles l'évaluation est fondée, en leur fixant un délai de réponse raisonnable.
2. Si l'Etat d'origine apprend ultérieurement que d'autres Etats sont susceptibles d'être affectés, il les en informe sans retard.

Article 14

Echange d'informations

Pendant le déroulement de l'activité, les Etats intéressés échangent en temps voulu toutes informations utiles pour prévenir ou réduire au minimum le risque de dommage transfrontière significatif.

Article 15

Information du public

Les Etats, dans la mesure du possible et par les moyens appropriés, tiennent leur public susceptible d'être affecté par une activité visée à l'alinéa a) de l'article premier informé de ladite activité, du risque qu'elle comporte et du dommage qui pourrait en résulter, et ils s'informent eux-mêmes de son opinion.

Article 16

Sécurité nationale et secrets industriels

L'Etat d'origine n'est pas tenu de communiquer des données et informations qui sont vitales pour sa sécurité nationale ou pour la protection de ses secrets industriels, mais il coopère de bonne foi avec les autres Etats intéressés pour fournir autant d'informations que les circonstances le permettent.

Article 17

Consultations sur les mesures préventives

1. Les Etats intéressés engagent, à la demande de l'un quelconque d'entre eux et sans retard, des consultations en vue de parvenir à des solutions acceptables concernant les mesures à adopter pour prévenir ou réduire au minimum le risque de dommage transfrontière significatif et ils coopèrent en vue de l'application de ces mesures.
2. Les Etats recherchent des solutions fondées sur un juste équilibre des intérêts, à la lumière de l'article 19.

3. Si les consultations visées au paragraphe 1 ne permettent pas d'aboutir à une solution concertée, l'Etat d'origine tient néanmoins compte des intérêts des Etats susceptibles d'être affectés et peut poursuivre l'activité à ses propres risques, sans préjudice du droit qu'a tout Etat refusant son accord de se prévaloir des droits qui peuvent lui être reconnus en vertu des présents articles ou à un autre titre.

Article 18

Droits de l'Etat susceptible d'être affecté

1. Lorsqu'un Etat n'a pas donné notification d'une activité menée sur son territoire ou à un autre titre sous sa juridiction ou son contrôle, tout autre Etat qui a des raisons sérieuses de croire que cette activité crée pour lui un risque de dommage significatif peut demander l'ouverture de consultations en vertu de l'article 17.

2. L'Etat qui demande les consultations fournit une évaluation technique exposant les raisons sur lesquelles est fondée sa conviction. S'il apparaît que l'activité en question est une de celles que vise l'alinéa a) de l'article premier, ledit Etat peut réclamer à l'Etat d'origine une juste part du coût de l'évaluation.

Article 19

Facteurs d'un juste équilibre des intérêts

Pour parvenir à un juste équilibre des intérêts selon les termes du paragraphe 2 de l'article 17, les Etats concernés prennent en considération tous les facteurs et circonstances pertinents, notamment :

- a) le degré de risque d'un dommage transfrontière significatif et la mesure dans laquelle il existe des moyens de prévenir ce risque ou de le réduire au minimum, ou de réparer le dommage;
- b) l'importance de l'activité, compte tenu des avantages globaux d'ordre social, économique et technique qui en découlent pour l'Etat d'origine par rapport au dommage qui peut en résulter pour les Etats susceptibles d'être affectés;
- c) le risque de dommage significatif pour l'environnement et la mesure dans laquelle il existe des moyens de prévenir ce risque ou de le réduire au minimum, ou de rendre l'environnement à sa condition première;
- d) la viabilité économique de l'activité, une fois pris en compte le coût de la prévention exigée par les Etats susceptibles d'être affectés et la possibilité de mener l'activité ailleurs ou par d'autres moyens ou encore de la remplacer par une autre activité;
- e) la mesure dans laquelle les Etats susceptibles d'être affectés sont prêts à participer au coût de la prévention;

f) les normes de protection appliquées à la même activité ou à des activités comparables par les Etats susceptibles d'être affectés et celles qui sont appliquées dans la pratique comparable existant au niveau régional ou international.

CHAPITRE III. INDEMNISATION OU AUTRE REPARATION

Article 20

Non-discrimination

1. Un Etat sur le territoire duquel s'exerce une activité visée à l'article premier n'opère pas de discrimination fondée sur la nationalité, la résidence ou le lieu du préjudice pour accorder aux personnes victimes d'un dommage transfrontière significatif, conformément à son système juridique, l'accès à des procédures judiciaires ou autres ou le droit de réclamer une indemnité ou autre forme de réparation.
2. Le paragraphe 1 est sans préjudice de tout accord entre les Etats intéressés qui prévoirait des arrangements spéciaux en vue de la protection des intérêts des personnes victimes d'un dommage transfrontière significatif.

Article 21

Nature et ampleur de l'indemnisation ou autre réparation

L'Etat d'origine et l'Etat affecté procéderont, à la demande de l'une ou l'autre partie, à des négociations sur la nature et l'ampleur de l'indemnisation ou autre réparation à accorder pour un dommage transfrontière significatif causé par une activité visée à l'article premier, eu égard aux facteurs énoncés à l'article 22 et conformément au principe selon lequel la victime du dommage ne doit pas avoir à supporter la totalité du préjudice.

Article 22

Facteurs à prendre en considération dans les négociations

Dans les négociations visées à l'article 21, les Etats intéressés tiennent compte notamment des facteurs suivants :

- a) dans le cas d'activités visées à l'alinéa a) de l'article premier, la mesure dans laquelle l'Etat d'origine s'est acquitté de ses obligations de prévention visées au chapitre II;
- b) dans le cas d'activités visées à l'alinéa a) de l'article premier, la mesure dans laquelle l'Etat d'origine a fait preuve de diligence raisonnable pour prévenir le dommage ou le réduire au minimum;
- c) la mesure dans laquelle l'Etat d'origine savait ou possédait les moyens de savoir qu'une activité visée à l'article premier s'exerçait ou était sur le point de s'exercer sur son territoire ou à un autre titre sous sa juridiction ou son contrôle;

d) la mesure dans laquelle l'Etat d'origine tire profit de l'activité;

e) la mesure dans laquelle l'Etat affecté a part au profit tiré de l'activité;

f) la mesure dans laquelle l'assistance d'Etats tiers ou d'organisations internationales est accessible ou a été fournie à l'un ou l'autre Etat;

g) la mesure dans laquelle une indemnité est raisonnablement accessible ou a été fournie aux personnes lésées, que ce soit à travers une action devant les tribunaux nationaux ou par une autre voie;

h) la mesure dans laquelle le droit de l'Etat lésé prévoit une indemnisation ou autre réparation pour le même dommage;

i) les normes de protection appliquées, pour une activité comparable, par l'Etat affecté et dans la pratique régionale et internationale;

j) la mesure dans laquelle l'Etat d'origine a pris des dispositions pour aider l'Etat affecté à réduire le dommage au minimum.

Deuxième partie

Texte des articles et commentaires y relatifs

RESPONSABILITE INTERNATIONALE POUR LES CONSEQUENCES PREJUDICIALES DECOULANT D'ACTIVITES QUI NE SONT PAS INTERDITES PAR LE DROIT INTERNATIONAL

Commentaire général

1) La civilisation actuelle, qui repose sur la science, est marquée par une utilisation de plus en plus intensive, sous des formes très diverses, des ressources de la planète à des fins économiques, industrielles ou scientifiques. Qui plus est, la rareté des ressources naturelles, la nécessité d'une utilisation plus rationnelle des ressources, la création de ressources de substitution et la capacité de manipuler les organismes et les micro-organismes ont débouché sur des méthodes de production novatrices, dont les conséquences sont parfois imprévisibles. Du fait de l'interdépendance de l'économique et de l'écologique, les activités comportant l'utilisation de ressources qui se déroulent sur le territoire ou sous la juridiction ou le contrôle d'un Etat peuvent avoir des effets préjudiciables sur d'autres Etats ou leurs nationaux. La réalité de l'interdépendance mondiale a été démontrée par des événements qui ont souvent entraîné des dommages s'étendant au-delà de la juridiction territoriale ou du contrôle de l'Etat où l'activité était menée. La fréquence avec laquelle sont entreprises des activités permises par le droit international mais qui ont des conséquences transfrontières préjudiciables, ainsi que les progrès de la science et une plus juste appréciation de l'ampleur des dommages que causent ces activités et des effets qu'elles ont sur l'environnement font qu'une certaine réglementation internationale s'impose en la matière.

2) La base juridique sur laquelle peut être fondée une réglementation internationale de ces activités a été définie par la pratique des Etats et par la jurisprudence, et notamment par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du Détroit de Corfou, où la Cour avait observé qu'il y avait des "principes généraux et bien reconnus" de droit international concernant "l'obligation, pour tout Etat, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats" 9/. Le tribunal saisi

9/ Affaire du Détroit de Corfou (Fond) (Royaume-Uni/Albanie),
C.I.J. Recueil 1949, p. 22.

de l'affaire de la Fonderie de Trail était parvenu à une conclusion analogue, à savoir que "selon les principes du droit international comme selon le droit des Etats-Unis, aucun Etat n'a le droit d'utiliser ni de permettre que soit utilisé son territoire d'une façon telle que des émissions de fumées puissent causer des dommages sur le territoire ou au territoire d'un autre Etat ou aux biens ou aux personnes qui s'y trouvent, quand il s'agit d'un cas grave et que l'existence des dommages a été établie de façon claire et convaincante" 10/.

3) Le Principe 21 de la Déclaration de Stockholm sur l'environnement corrobore le principe que "les Etats ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres Etats ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale" 11/. Le Principe 21 a été réaffirmé par l'Assemblée générale dans ses résolutions 2995 (XXVII), adoptée le 15 décembre 1972, sur la coopération entre les Etats dans le domaine de l'environnement 12/, 3129 (XXVIII), adoptée le 13 décembre 1973, sur la coopération dans le domaine de l'environnement en matière de ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs Etats 13/, 3281 (XXIX), du 12 décembre 1974, portant adoption de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats 14/, et par le Principe 2 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement 15/. De plus, le paragraphe 1 de la résolution 2995 (XXVII) de l'Assemblée générale a précisé encore le Principe 21 de la Déclaration

10/ Affaire de la Fonderie de Trail, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. III, p. 365.

11/ Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.II.A.14), chap. premier.

12/ Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-septième session, Supplément No 30 (A/8730), p. 47.

13/ Ibid., vingt-huitième session, Supplément No 30 (A/9030), p. 51.

14/ Ibid., vingt-neuvième session, Supplément No 30 (A/9631), p. 53; voir en particulier les articles 2, 30 et 32 2).

15/ Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992, document A/CONF.151/26/Rev.1 (vol. I), p. 3.

de Stockholm en indiquant que "dans l'exploration, l'exploitation et la mise en valeur de leurs ressources naturelles, les Etats ne doivent pas causer d'effets préjudiciables sensibles dans des zones situées au-delà des limites de leur juridiction nationale" 16/. Ce principe est encore corroboré par les Principes de conduite dans le domaine de l'environnement adoptés par le PNUE pour l'orientation des Etats en matière de conservation et d'utilisation harmonieuse des ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs Etats 17/ et dans un certain nombre de recommandations du Conseil de l'OCDE 18/. Les projets d'articles suivent le principe sic utere tuo ut alienum non laedas (user de son propre bien de manière à ne pas porter préjudice aux biens d'autrui) bien établi en droit international. Comme l'a dit Lauterpacht, cette maxime "n'est pas moins applicable aux relations entre Etats qu'aux relations entre particuliers; c'est l'un des principes généraux de droit que la Cour permanente est tenue d'appliquer en vertu de l'Article 38 de son Statut" 19/.

4) La jurisprudence et la doctrine comme les déclarations des organisations internationales et régionales, ainsi que la pratique extrajudiciaire des Etats, assurent une base suffisante aux articles ci-après, qui sont destinés à fixer une norme de comportement en ce qui concerne la conduite et l'effet d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international mais qui pourraient avoir des conséquences transfrontières préjudiciables. Ces articles définissent, plus en détail, les obligations spécifiques des Etats à cet égard. Ils reconnaissent la liberté des Etats d'utiliser leurs ressources à l'intérieur de leur propre territoire mais de manière à ne pas causer de dommage significatif à d'autres Etats.

16/ Supra note 12.

17/ Document UNEP/IG 12/2 (1978), reproduit dans International Legal Materials, vol. 17, p. 1097.

18/ Voir la Recommandation de 1974 du Conseil de l'OCDE C (74) 224, relative à la pollution transfrontière (Annexe, titre B), OCDE, L'OCDE et l'environnement, 1986, p. 142; la Recommandation de 1974 C (74) 220, sur la lutte contre l'eutrophisation des eaux, ibid., p. 51; et la Recommandation de 1974 C (74) 221, sur les stratégies de lutte contre les polluants spécifiques des eaux, ibid., p. 52.

19/ Oppenheim, International Law (8ème édition, par H. Lauterpacht, 1955), vol. 1, p. 346 et 347.

5) Les présents projets d'articles sont répartis en trois chapitres. Le chapitre premier (art. 1 à 8) délimite le champ d'application de l'ensemble du projet d'articles, définit les diverses expressions employées et énonce les principes généraux applicables aussi bien dans le contexte de la prévention du dommage transfrontière que dans celui de la responsabilité éventuelle de ce dommage. Le chapitre II (art. 9 à 19) est consacré à l'application du principe de prévention énoncé à l'article 4 du chapitre premier, y compris les questions de notification, consultation et ainsi de suite. Le chapitre III (art. 20 à 22) traite de l'indemnisation ou autre réparation au titre d'un dommage effectivement causé, y compris l'indemnité susceptible d'être accordée devant les tribunaux nationaux de l'Etat d'origine ou de découler d'arrangements conclus entre cet Etat et un ou plusieurs autres Etats affectés. Ce chapitre est ainsi consacré à l'application du principe général de responsabilité énoncé à l'article 5 du chapitre premier.

CHAPITRE PREMIER. DISPOSITIONS GENERALES

Article premier

Activités auxquelles s'appliquent les présents articles

Les présents articles s'appliquent :

a) aux activités non interdites par le droit international qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif [et

b) aux 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.

Commentaire

1) L'article premier définit le champ d'application des articles. Il établit une distinction entre deux catégories d'activités non interdites par le droit international : premièrement, celles qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif (alinéa a) de l'article premier); et deuxièmement, celles qui ne comportent pas un tel risque mais causent néanmoins un tel dommage (alinéa b) de l'article premier). Dans la suite du projet, les articles visent, en fonction de leur champ d'application particulier, selon qu'il convient, soit les activités mentionnées à

l'alinéa a) de l'article premier, soit celles mentionnées à l'alinéa b) de cet article, soit dans certains cas les deux catégories d'activités.

2) L'article premier limite le champ d'application des articles aux activités qui ne sont pas interdites par le droit international et qui comportent un risque de causer, ou causent effectivement, un dommage transfrontière significatif de par leurs conséquences physiques. L'alinéa c) de l'article 2 limite en outre le champ d'application des articles aux activités qui s'exercent sur le territoire ou à un autre titre sous la juridiction ou le contrôle d'un Etat. Etant donné que les articles sont à caractère général et supplétif, on ne s'est aucunement efforcé, à ce stade, d'indiquer avec précision les activités auxquelles ils s'appliquent. Les membres du Groupe de travail ont approuvé cette décision pour des raisons différentes. Selon certains membres, toute liste d'activités serait probablement très incomplète et devrait aussi être périodiquement modifiée pour tenir compte de l'évolution technologique. De plus - dès lors qu'on omet certaines activités extrêmement dangereuses qui sont la plupart du temps l'objet d'une réglementation particulière, par exemple dans le domaine nucléaire ou dans le contexte de l'espace extra-atmosphérique - le risque qui découle d'une activité est essentiellement fonction de l'application particulière qui en est faite ainsi que du contexte spécifique dans lequel et de la manière dont elle s'exerce. Une liste générale ne saurait capter ces éléments. D'autres membres du Groupe de travail ont été plus réceptifs à l'idée d'une liste d'activités. Ils ont cependant émis l'avis qu'il serait prématuré, à ce stade, de l'établir tant que la forme, le champ d'application et le contenu des articles n'auraient pas été définitivement arrêtés. De plus, à leur sens, l'établissement d'une telle liste relève davantage de la compétence de spécialistes dans le cadre d'une conférence diplomatique chargée d'envisager l'adoption des articles sous la forme d'une convention.

3) La définition de la portée des activités visées à l'alinéa a) contient maintenant quatre critères.

4) Le premier critère renvoie au titre du sujet, à savoir que les articles s'appliquent aux "activités qui ne sont pas interdites par le droit international". Il insiste sur la distinction à faire entre le champ de ce sujet et celui du sujet de la responsabilité des Etats, qui a trait aux "faits internationalement illicites". Voir en outre l'article 8 et le commentaire y relatif.

5) Le deuxième critère qu'on trouve dans la définition de l'Etat d'origine à l'alinéa c) de l'article 2 est que les activités auxquelles les mesures préventives s'appliquent s'exercent "sur le territoire ou sous la juridiction ou le contrôle" d'un Etat. Il fait appel à trois notions, "territoire", "juridiction" et "contrôle". Bien que la formule "la juridiction ou le contrôle d'un Etat" soit plus courante si l'on en juge par un certain nombre d'instruments 20/, la Commission juge utile de mentionner aussi la notion de "territoire" en vue d'insister sur l'importance du lien territorial, lorsqu'un tel lien existe, entre les activités visées par les présents articles et un Etat.

6) Aux fins de ces articles, le "territoire" s'entend des zones sur lesquelles un Etat exerce son autorité souveraine. La Commission s'inspire de la pratique antérieure des Etats, suivant laquelle un Etat est tenu pour responsable des activités se déroulant dans les limites de son territoire qui ont des effets extraterritoriaux préjudiciables. Dans l'affaire de l'Ile de Palmas, l'arbitre unique Max Huber avait affirmé que la "souveraineté" ne comportait pas que des avantages. La prétention d'un Etat à l'exclusivité de juridiction sur un certain territoire ou sur certains événements, doublée d'une exigence de reconnaissance de cette juridiction exclusive par tous les autres Etats, a un corollaire. Elle marque à tous les autres Etats que l'Etat souverain tiendra compte des intérêts raisonnables de tous les autres Etats quant aux événements intervenant dans les limites de sa juridiction en réduisant au minimum ou en prévenant les préjudices qui peuvent en découler à leur égard et qu'il en assumera la responsabilité s'il omet de le faire :

"La souveraineté, dans les relations entre Etats, signifie l'indépendance. L'indépendance, relativement à une partie du globe, est le droit d'y exercer, à l'exclusion de tout autre Etat, les fonctions étatiques. Le développement de l'organisation nationale des Etats durant les derniers siècles et, comme corollaire, le développement du droit international ont établi le principe de la compétence exclusive de l'Etat

20/ Voir par exemple le Principe 21 de la Déclaration de Stockholm, supra note 11; la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 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, art. 194, par. 2; le Principe 2 de la Déclaration de Rio, supra note 15; et l'article 3 de la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique du 5 juin 1992, doc. DPI/1307.

en ce qui concerne son propre territoire, de manière à en faire le point de départ du règlement de la plupart des questions qui touchent aux rapports internationaux." 21/

7) L'arbitre Huber poursuivait en soulignant l'obligation dont s'assortit le droit souverain d'un Etat :

"Comme on l'a déjà dit, la souveraineté territoriale implique le droit exclusif d'exercer les activités étatiques. Ce droit a pour corollaire un devoir : l'obligation de protéger à l'intérieur du territoire les droits des autres Etats, en particulier leur droit à l'intégrité et à l'inviolabilité en temps de paix et en temps de guerre, ainsi que les droits que chaque Etat peut réclamer pour ses nationaux en territoire étranger. L'Etat ne peut pas remplir ce devoir s'il ne manifeste pas sa souveraineté territoriale d'une manière adéquate aux circonstances. La souveraineté territoriale ne peut se limiter à son aspect négatif, c'est-à-dire au fait d'exclure les activités des autres Etats; car c'est elle qui sert à répartir entre les nations l'espace sur lequel se déploient les activités humaines, afin de leur assurer en tout lieu le minimum de protection que le droit international doit garantir." 22/

8) L'affaire du Détroit de Corfou est un autre exemple qui va dans le même sens. En l'espèce, la Cour internationale de Justice a tenu l'Albanie pour responsable, en vertu du droit international, des explosions qui s'étaient produites dans ses eaux et des dommages aux biens et aux personnes que ces explosions avaient provoqués sur les navires britanniques. La Cour, en l'espèce, a invoqué le droit international, par opposition à tout accord spécial aux termes duquel l'Albanie aurait pu être responsable. La Cour a déclaré :

"Les obligations qui incombaient aux autorités albanaises consistaient à faire connaître, dans l'intérêt de la navigation en général, l'existence d'un champ de mines dans les eaux territoriales albanaises et à avertir les navires de guerre britanniques, au moment où ils s'approchaient, du danger imminent auquel les exposait ce champ de mines. Ces obligations sont fondées non pas sur la Convention VIII de La Haye, de 1907, qui est applicable en temps de guerre, mais sur certains principes généraux bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre, le principe de la liberté des communications maritimes, et l'obligation, pour tout Etat, de ne pas laisser sciemment utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats" 23/.

21/ Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. II, p. 838 (traduction Ch. Rousseau).

22/ Ibid., p. 839.

23/ Supra note 9.

9) La Cour n'a pas précisé comment il fallait interpréter le terme "sciemment" s'agissant de la manière dont un Etat était censé exercer sa juridiction, mais elle a tiré certaines conclusions du fait que l'Etat exerçait un contrôle exclusif sur son territoire. La Cour a déclaré qu'il serait impossible pour la partie lésée d'établir que l'Etat avait connaissance de l'activité ou de l'événement qui allait causer des dommages aux autres Etats, en raison du contrôle territorial exclusif exercé par l'Etat. La Cour a déclaré :

"En revanche, le contrôle territorial exclusif exercé par l'Etat dans les limites de ses frontières n'est pas sans influence sur le choix des modes de preuve propres à démontrer cette connaissance. Du fait de ce contrôle exclusif, l'Etat victime d'une violation du droit international se trouve souvent dans l'impossibilité de faire la preuve directe des faits d'où découlerait la responsabilité. Il doit lui être permis de recourir plus largement aux présomptions de fait, aux indices ou preuves circonstanciennes (circumstantial evidence). Ces moyens de preuve indirecte sont admis dans tous les systèmes de droit et leur usage est sanctionné par la jurisprudence internationale. On doit les considérer comme particulièrement probants quand ils s'appuient sur une série de faits qui s'enchaînent et qui conduisent logiquement à une même conclusion." 24/

10) Dans l'affaire de la Fonderie de Trail, le tribunal s'est référé à l'obligation qui est le corollaire de la souveraineté territoriale. Dans cette affaire, bien que le tribunal ait à appliquer les obligations créées par un traité entre les Etats-Unis et le Dominion du Canada et qu'il ait examiné de nombreuses affaires des Etats-Unis, il a énoncé un principe général qu'il estimait être compatible avec les principes du droit international. Le tribunal a déclaré : "Selon les principes du droit international comme selon le droit des Etats-Unis aucun Etat n'a le droit d'utiliser ni de permettre que soit utilisé son territoire d'une façon telle que des émissions de fumée puissent causer des dommages sur le territoire ou au territoire d'un autre Etat ou aux biens ou aux personnes qui s'y trouvent, quand il s'agit d'un cas grave et que l'existence des dommages a été établie de façon claire et convaincante" 25/. Citant le professeur Eagleton, le tribunal a déclaré "qu'un Etat était en tout temps tenu du devoir de protéger les autres Etats

24/ Ibid., p. 18.

25/ Supra note 10.

contre des actes dommageables commis par des individus relevant de sa juridiction" et a noté que les décisions internationales, depuis l'affaire de l'Alabama, sont fondées sur le même principe général 26/.

11) Dans l'affaire du lac Lanoux, le tribunal arbitral a fait allusion dans sa sentence au principe qui interdit à l'Etat riverain d'amont d'altérer les eaux d'un cours d'eau si cela doit causer un dommage grave aux autres Etats riverains :

"Ainsi, en admettant qu'il existe un principe interdisant à l'Etat d'amont d'altérer les eaux d'un fleuve dans des conditions de nature à nuire gravement à l'Etat d'aval, un tel principe ne trouve pas son application à la présente espèce, puisqu'il a été admis par le Tribunal, à propos de la première question examinée plus haut, que le projet français n'altère pas les eaux du Carol." 27/

12) D'autres formes de la pratique des Etats appuient également le principe énoncé dans les décisions judiciaires mentionnées plus haut. Par exemple, en 1892, dans un incident de frontière entre la France et la Suisse, le Gouvernement français a décidé de mettre fin aux exercices de tirs militaires qui avaient lieu près de la frontière suisse jusqu'à ce que des mesures aient été prises pour éviter des dommages transfrontières accidentels 28/. Egalement à la suite d'un échange de notes, en 1961, entre les Etats-Unis et le Mexique au sujet de deux sociétés américaines, Payton Packing et Casuco, qui étaient situées à la frontière mexicaine et dont les activités portaient préjudice au Mexique, ces deux sociétés ont pris des mesures importantes pour que leurs opérations cessent de gêner les villes de la frontière mexicaine 29/. Ces mesures comprenaient l'élimination de certaines activités, la modification des horaires de travail et l'établissement de systèmes d'assainissement 30/. En 1972, le Canada a invoqué le principe énoncé dans l'affaire de la Fonderie de Trail contre

26/ Ibid., p. 1963; C. Eagleton, Responsibility of States in International Law, p. 80.

27/ Arbitrage dans l'affaire du lac Lanoux (Espagne/France), Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XII, p. 281.

28/ P. Guggenheim, "La pratique suisse (1956)", Annuaire suisse de droit international, 1957 (Zurich), vol. XIV, p. 168.

29/ M. Whiteman, éd., Digest of International Law (Washington, D.C.), vol. 6, p. 258 et 259.

30/ Ibid.

les Etats-Unis quand un déversement de pétrole à Cherry Point (Washington) a entraîné la pollution de plages de la Colombie britannique 31/.

La pratique des Etats offre nombre d'autres exemples allant dans le même sens 32/.

13) Le Principe 21 de la Déclaration de Stockholm sur l'environnement 33/ et le Principe 2 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement 34/ prescrivent des principes analogues à ceux énoncés dans l'affaire de la Fonderie de Trail et dans l'affaire du Détroit de Corfou.

31/ Voir Canadian Yearbook of International Law, vol. 11, p. 333 et 334, 1973. Le principe énoncé dans l'affaire de la Fonderie de Trail a été appliqué également par le tribunal de première instance de Rotterdam (Pays-Bas) dans l'affaire intentée contre les Mines domaniales de potasse d'Alsace. Voir J.G. Lammers, Pollution of International Watercourses, p. 198 (1984).

32/ A Dukovany, dans l'ex-Tchécoslovaquie, deux réacteurs de 440 MW produisant de l'énergie électrique, dont les plans avaient été établis par des Soviétiques, devaient entrer en service en 1980. En raison de leur proximité de la frontière autrichienne, le Ministre autrichien des affaires étrangères a demandé que l'Autriche soit placée sur un pied d'égalité avec la Tchécoslovaquie pour ce qui était de la sécurité des installations. Le gouvernement a fait droit à cette demande. Osterreichische Zeitschrift für Aussenpolitik, vol. 15, p. 1, cité dans G. Handl, "Conduct of abnormally dangerous activities in frontier areas: The case of nuclear power plant siting", Ecology Law Quarterly, vol. 7, 1978, p. 1. En 1973, le Gouvernement belge a annoncé son intention de construire une raffinerie à Lanaye, près de la frontière avec les Pays-Bas. Le Gouvernement néerlandais a exprimé la préoccupation que lui causait le fait que le projet menaçait non seulement le parc national néerlandais qui était à proximité, mais aussi d'autres pays voisins. Il a déclaré que c'était un principe bien établi en Europe que, avant d'entreprendre une activité qui risque de causer un dommage aux Etats voisins, l'Etat qui envisageait ces activités devait négocier avec ces Etats. Le Gouvernement des Pays-Bas paraît s'être référé à une norme de conduite régionale existante ou escomptée. Des préoccupations analogues ont été exprimées par le Parlement belge, qui a demandé au gouvernement comment il entendait résoudre ce problème. Le gouvernement a déclaré que le projet avait été différé et que la question était en cours de négociation avec le Gouvernement néerlandais. Le Gouvernement belge a en outre assuré le Parlement qu'il respectait les principes énoncés dans les accords du BENELUX, selon lesquels les parties devaient s'informer mutuellement de celles de leurs activités qui pouvaient avoir des conséquences préjudiciables pour les autres Etats membres. Parlement belge, Bulletin, Questions et réponses, 19 juillet 1973.

33/ Supra note 11.

34/ Supra note 15.

14) Le terme "territoire" a été employé à l'article premier en raison des craintes qui ont été exprimées au sujet de l'incertitude qui pourrait exister en droit international contemporain quant à la mesure dans laquelle un Etat peut exercer une juridiction extraterritoriale en ce qui concerne certaines activités. La Commission estime qu'aux fins des présents articles, la juridiction territoriale est le critère dominant. En conséquence, lorsqu'une activité s'exerce sur le territoire d'un Etat, cet Etat doit s'acquitter des obligations relatives aux mesures préventives. Le "territoire" est donc considéré comme une preuve déterminante de la juridiction. Ainsi, lorsque des juridictions sont en concurrence en ce qui concerne une activité entrant dans le champ d'application des présents articles, c'est la juridiction reposant sur le territoire qui l'emporte. Néanmoins, la Commission n'ignore pas que dans certaines situations un Etat peut devoir, en vertu du droit international, renoncer à sa juridiction au profit d'un autre Etat à l'intérieur de son territoire. Le meilleur exemple d'une telle situation est celui du passage innocent d'un navire étranger dans la mer territoriale ou les eaux territoriales. Dans de telles situations, si l'activité entraînant un dommage transfrontière significatif est imputable au navire étranger, c'est l'Etat du pavillon et non l'Etat du territoire qui doit se conformer aux dispositions des présents articles.

15) Aux fins des présents articles la notion de "territoire" est étroite et c'est pourquoi on a également utilisé les notions de "juridiction" et de "contrôle". Le terme "juridiction" d'un Etat englobe, outre les activités entreprises à l'intérieur du territoire de cet Etat, les activités sur lesquelles il est autorisé par le droit international à exercer sa compétence et son autorité. La Commission n'ignore pas que les questions impliquant la détermination de la juridiction sont complexes et sont parfois au coeur d'un différend. L'article premier ne prétend certainement pas résoudre toutes les questions de conflit de juridiction.

16) Parfois, en raison du lieu où l'activité s'exerce, il n'y a aucun lien territorial entre l'Etat et l'activité, comme c'est le cas par exemple pour les activités menées dans l'espace ou en haute mer. L'exemple le plus courant d'une telle situation est la juridiction de l'Etat du pavillon sur un navire. Les Conventions de Genève sur le droit de la mer de 1958 et la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer de 1982 envisagent bon nombre des pouvoirs juridictionnels de l'Etat du pavillon.

17) Les activités peuvent également s'exercer en des lieux où plusieurs Etats sont habilités, en droit international, à exercer des juridictions déterminées qui ne sont pas incompatibles. Les domaines les plus courants où il peut y avoir des juridictions fonctionnelles mixtes sont la navigation et la traversée de la mer territoriale, de la zone contiguë et des zones économiques exclusives. En pareils cas, l'Etat qui est habilité à exercer sa juridiction sur l'activité entrant dans le champ du présent sujet doit, bien entendu, se conformer aux dispositions des présents articles.

18) En cas de juridictions concurrentes de plusieurs Etats sur les activités visées par les présents articles, les Etats, individuellement, et, le cas échéant, collectivement, se conforment aux dispositions des présents articles.

19) La fonction de la notion de "contrôle" en droit international est d'assigner certaines conséquences juridiques à un Etat dont la juridiction sur certaines activités ou événements n'est pas reconnue en droit international; elle s'applique à des situations où un Etat exerce une juridiction de facto, même lorsqu'il n'a pas de juridiction de jure, à savoir, notamment, les situations d'intervention, d'occupation et d'annexion illégale qui n'ont pas été reconnues en droit international. On peut se référer, à cet égard, à l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice dans Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité 35/. Dans cette affaire, la Cour, après avoir déclaré l'Afrique du Sud responsable d'avoir créé et prolongé une situation que la Cour avait déclarée illégale et ayant conclu que l'Afrique du Sud était dans l'obligation de retirer son administration de la Namibie, a néanmoins assigné certaines conséquences juridiques au contrôle de facto de celle-ci par l'Afrique du Sud. La Cour a en effet conclu que :

"Le fait que l'Afrique du Sud n'a plus aucun titre juridique l'habilitant à administrer le territoire ne la libère pas des obligations et responsabilités que le droit international lui impose envers d'autres Etats et qui sont liées à l'exercice de ses pouvoirs dans ce territoire. C'est l'autorité effective sur un territoire, et non la souveraineté ou la légitimité du titre, qui constitue le fondement de la responsabilité de l'Etat en raison d'actes concernant d'autres Etats." 36/

35/ C.I.J. Recueil 1971, p. 14.

36/ Ibid., par. 118.

20) La notion de contrôle peut également servir dans des affaires d'intervention pour assigner certaines obligations à un Etat qui exerce un contrôle mais non une juridiction. L'on entend ici par intervention un contrôle effectif de courte durée exercé par un Etat sur des événements ou des activités qui relèvent de la juridiction d'un autre Etat. La Commission est d'avis qu'en pareil cas, si l'Etat ayant juridiction prouve qu'il a été dans les faits privé de l'exercice de sa juridiction sur les activités visées par les présents articles, l'Etat ayant contrôle serait tenu de se conformer aux obligations imposées par les présents articles.

21) Le troisième critère est que les activités visées par les présents articles doivent comporter un "risque de causer un dommage transfrontière significatif". Cette expression est définie à l'article 2 (voir commentaire de l'article 2). L'expression "dommage transfrontière" est censée exclure les activités qui ne causent un dommage qu'à l'Etat sur le territoire duquel elles s'exercent mais ne causent de dommage à aucun autre Etat. Pour l'examen de l'adjectif "significatif", voir le commentaire de l'article 2.

22) Quant à l'élément du "risque", il se rapporte par définition à des possibilités futures et implique, partant, quelque élément d'évaluation ou d'appréciation du risque. Le simple fait qu'un dommage résulte éventuellement d'une activité ne signifie pas que l'activité a comporté un risque dès lors qu'aucun observateur dûment informé n'a été ou n'aurait pu être conscient de ce risque au moment où l'activité s'est exercée. Par contre, une activité peut comporter un risque de causer un dommage transfrontière significatif même si ceux qui sont responsables de l'exercice de l'activité ont sous-estimé le risque voire n'en ont pas été conscients. Il faut par conséquent percevoir objectivement la notion de risque comme dénotant l'appréciation qu'un observateur dûment informé avait faite ou aurait dû faire du dommage pouvant résulter d'une activité.

23) Dans ce contexte, il faut souligner que l'ensemble de ces articles jouent de façon suivie et ont un effet continu : en d'autres termes, sauf dispositions contraires, ils s'appliquent à des activités qui s'exercent au moment considéré. Ainsi il est possible qu'une activité qui ne comportait initialement aucun risque (au sens indiqué au paragraphe 22)) puisse un jour en comporter un par suite de quelque événement ou évolution. Par exemple, un réservoir parfaitement sûr pourrait devenir dangereux à la suite d'un tremblement de terre, auquel cas le fonctionnement continu du réservoir constituerait une activité comportant un risque. Ou encore, le progrès des

connaissances scientifiques pourrait permettre de déceler dans un édifice ou des matériaux un vice propre comportant un risque de défaillance ou d'effondrement, auquel cas les présents articles pourraient en définitive s'appliquer à l'activité en cause, conformément à leurs dispositions.

24) Le quatrième critère est que le dommage transfrontière significatif doit avoir été causé par les "conséquences physiques" des activités. La Commission est convenue qu'afin de pouvoir maîtriser le champ d'application du sujet, il faut en exclure le dommage transfrontière qui pourrait être causé par les politiques de l'Etat dans les domaines monétaire, socio-économique ou assimilés. La Commission estime que le meilleur moyen de limiter le champ d'application des présents articles consiste à exiger que les activités en question aient des conséquences transfrontières physiques qui, elles-mêmes, se traduisent par un dommage significatif.

25) L'activité doit être reliée à ses effets transfrontières par un lien physique, ce qui suppose une connexion d'un type très particulier - une conséquence qui découle ou peut découler de la nature même de l'activité ou de la situation en question, sous l'influence d'une loi naturelle. Ceci suppose que les activités visées par les présents articles doivent elles-mêmes avoir une qualité physique, et les conséquences doivent découler de cette qualité, et non d'une décision d'intervention des pouvoirs publics. Ainsi, le stockage d'armements n'a pas pour conséquence obligée que les armes stockées seront utilisées à des fins de belligérance. Mais ce stockage peut être qualifié d'activité qui, en raison des propriétés explosives ou incendiaires des matériaux stockés, comporte un risque intrinsèque de mésaventure catastrophique.

26) Autres activités entraînant un dommage transfrontière. En outre, certains membres du Groupe de travail estiment que les projets d'articles devraient à certains égards s'appliquer à des activités non interdites par le droit international qui causent en fait un dommage transfrontière significatif même si au moment pertinent elles ne comportaient pas le risque de causer un tel dommage au sens indiqué plus haut. Tous les projets d'articles ne sont pas, tant s'en faut, susceptibles d'application aux activités visées à l'alinéa b) de l'article premier mais certains d'entre eux pourraient se prêter à une telle application. D'autres membres du Groupe de travail ont mis en doute que l'un quelconque des projets d'articles doive s'appliquer aux situations visées dans cet alinéa, encore qu'ils aient admis que c'était là une possibilité que la Commission ne saurait à priori exclure à ce stade de

ses travaux. En conséquence, l'alinéa b) de l'article premier a été mis entre crochets dans le texte, et les renvois ultérieurs aux activités visées dans cet alinéa doivent être considérés comme étant provisoires. En particulier, les gouvernements voudront bien se prononcer sur le point de savoir quelles activités visées à l'alinéa b) de l'article premier devraient, le cas échéant, être prises en considération dans le projet d'articles, et à quels égards.

27) Comme dans le cas des activités visées à l'alinéa a), le champ des activités visées à l'alinéa b) est défini par les critères suivants : ces activités ne sont pas "interdites par le droit international"; elles s'exercent "sur le territoire ou à un autre titre sous la juridiction ou le contrôle" d'un Etat; et le dommage transfrontière significatif doit nécessairement avoir été causé par les "conséquences physiques" des activités.

Article 2

Termes employés

Aux fins des présents articles :

a) l'expression "risque de causer un dommage transfrontière significatif" recouvre une faible probabilité de causer un dommage désastreux et une forte probabilité de causer d'autres dommages significatifs;

b) le terme "dommage transfrontière" désigne le dommage causé sur le territoire ou en d'autres lieux placés sous la juridiction ou le contrôle d'un Etat autre que l'Etat d'origine, que les Etats concernés partagent ou non une frontière commune;

c) le terme "Etat d'origine" désigne l'Etat sur le territoire ou à un autre titre sous la juridiction ou le contrôle duquel s'exercent les activités visées à l'article premier;

d) le terme "Etat affecté" désigne l'Etat sur le territoire duquel le dommage transfrontière significatif s'est produit ou qui exerce une juridiction ou un contrôle sur tout autre lieu où ce dommage s'est produit.

Commentaire

1) L'alinéa a) définit la notion de "risque de causer un dommage transfrontière significatif" comme recouvrant une faible probabilité de causer un dommage désastreux et une forte probabilité de causer d'autres dommages significatifs. La Commission pense qu'au lieu de définir séparément la notion de "risque", puis celle de "dommage", il vaut mieux définir l'expression

"risque de causer un dommage transfrontière significatif" en raison du lien entre le "risque" et le "dommage" et du rapport de ces deux notions avec l'adjectif "significatif".

2) Aux fins des présents articles, l'expression "risque de causer un dommage transfrontière significatif" renvoie à l'effet combiné de la probabilité qu'un accident se produise et de l'ampleur de l'impact préjudiciable ainsi causé. Aussi est-ce l'effet combiné du "risque" et du "dommage" qui détermine le seuil. La Commission s'est inspirée à cet égard du Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières 37/, adopté par la Commission économique pour l'Europe en 1990. Aux termes de l'article I, alinéa f), du Code de conduite, "'risque' signifie l'effet combiné de la probabilité d'un événement non souhaité et de son ampleur;". La Commission est d'avis qu'une définition fondée sur l'effet combiné du "risque" et du "dommage" convient mieux à ces articles et que l'effet combiné devrait atteindre un niveau jugé significatif. Le point de vue qui a prévalu à la Commission, c'est que les obligations de prévention incombant aux Etats devraient être non seulement raisonnables, mais aussi suffisamment limitées pour ne pas s'imposer dans le cas de pratiquement n'importe quelle activité, puisque les activités considérées ne sont pas interdites par le droit international, l'idée étant d'établir un équilibre entre les intérêts des Etats concernés.

3) La définition donnée au paragraphe précédent admet tout un éventail de relations entre le "risque" et le "dommage", qui, toutes, atteindraient un niveau "significatif". La définition identifie deux pôles autour desquels s'articuleront les activités envisagées au titre des présents articles. On aurait dans le premier cas une faible probabilité de causer un dommage désastreux, comme c'est normalement le propre des activités extrêmement dangereuses. On trouverait dans le deuxième cas une forte probabilité de causer d'autres dommages significatifs. Cette catégorie englobe les activités qui présentent une forte probabilité de causer des dommages qui, tout en n'étant pas désastreux, n'en sont pas moins significatifs. En seraient exclues les activités qui présentent une très faible probabilité de causer un dommage transfrontière significatif. Le terme "recouvre" utilisé à la troisième ligne vise à souligner l'idée que la définition s'applique à l'éventail des activités visées par les présents articles.

37/ E/ECE/1225 - ECE/ENVWA/16.

4) Pour ce qui est du sens du terme "significatif", la Commission sait bien qu'il n'est pas sans ambiguïté et qu'il faut se prononcer dans chaque cas d'espèce. Il implique davantage des considérations d'ordre factuel qu'une prise de position juridique. Il doit être entendu que "significatif" est plus que "détectable", mais sans nécessairement atteindre le niveau de "grave" ou "substantiel". Le dommage doit se solder par un effet préjudiciable réel dans des choses telles que la santé de l'homme, l'industrie, les biens, l'environnement ou l'agriculture dans d'autres Etats, etc. Ces effets préjudiciables doivent pouvoir être mesurés à l'aide de critères factuels et objectifs.

5) L'unité écologique de la planète ne correspond pas aux frontières politiques. Lorsqu'ils exercent des activités licites sur leur territoire, les Etats produisent des effets les uns sur les autres. Tant que ces effets n'atteignent pas le niveau de "significatif", ils sont considérés comme tolérables. Etant donné que les obligations imposées aux Etats par les présents articles portent sur des activités qui ne sont pas interdites par le droit international, le seuil de l'intolérance au dommage ne peut être fixé à un niveau moindre que "significatif".

6) L'idée de seuil est présente dans la sentence rendue dans l'affaire de la Fonderie de Trail, où sont employés les mots "serious consequences" (conséquences graves) 38/. De même dans l'affaire du lac Lanoux, le tribunal s'est appuyé sur le concept rendu par "gravement" ("seriously") 39/. On a aussi utilisé les termes "important", "sensible" ou "significatif" (comme équivalents du mot "significant"), ainsi que les termes "grave" ou "substantiel", pour exprimer le seuil dans un certain nombre de conventions 40/. L'adjectif anglais "significant" a également

38/ Supra note 10.

39/ Supra note 27.

40/ Voir par exemple l'article 4, par. 2, de la Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique adoptée le 2 juin 1988, International Legal Materials, vol. 28, p. 868; l'article 2, par. 1 et 2, de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière adoptée le 25 février 1991 (E/ECE/1250), reproduit dans International Legal Materials, vol. 30, p. 800; l'article I, alinéa b), du Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières, supra note 37.

été employé dans d'autres instruments juridiques et dans des textes de loi nationaux 41/.

7) La Commission estime par ailleurs que l'adjectif "significatif", quoique défini par des critères concrets et objectifs, suppose aussi un jugement de valeur qui dépend des circonstances du cas considéré et du moment où ce jugement est porté. Il se peut par exemple qu'une perte donnée, à un moment donné, ne soit pas considérée comme "significative" parce qu'à ce moment précis les connaissances scientifiques ou l'appréciation portée par l'homme sur une ressource donnée ne sont pas telles qu'une grande valeur est attribuée à ladite ressource. Mais ultérieurement ce jugement peut changer et le même dommage peut alors être considéré comme "significatif".

8) L'alinéa b) définit "le dommage transfrontière" comme désignant le dommage causé sur le territoire ou en d'autres lieux placés sous la juridiction ou le contrôle d'un Etat autre que l'Etat d'origine, que les Etats concernés partagent ou non une frontière commune. Cette définition vise, outre le cas type d'une activité conduite à l'intérieur d'un Etat qui a des effets préjudiciables sur un autre Etat, les activités menées sous la juridiction

41/ Voir par exemple les paragraphes 1 et 2 de la résolution 2995 (XXVII) de l'Assemblée générale, du 15 décembre 1972, relative à la coopération entre les Etats dans le domaine de l'environnement, supra note 12; le paragraphe 6 de la recommandation du Conseil de l'Organisation de coopération et de développement économiques sur les principes concernant la pollution transfrontière, 1974, OCDE, Non-Discrimination in Relation to Transfrontier Pollution: Leading OECD Documents, p. 35, reproduit également dans International Legal Materials, vol. 14, p. 246; l'article 10 des Règles d'Helsinki relatives aux utilisations des eaux des fleuves internationaux, Association de droit international, Report of the fifty-second Conference (Helsinki, 1966), p. 496; et l'article 5 du projet de convention sur les utilisations industrielles et agricoles des fleuves et des lacs internationaux, élaboré par le Comité juridique interaméricain en 1965, OEA, Ríos y Lagos Internacionales, p. 132 (4ème éd. 1971).

Voir également le Mémoire d'intention de 1980 relatif à la pollution atmosphérique transfrontière entre les Etats-Unis d'Amérique et le Canada, 32 U.S.T., p. 2541, T.I.A.S. No 9856; et l'article 7 de l'Accord de coopération pour le règlement des problèmes d'environnement dans la zone frontalière conclu en 1983 entre le Mexique et les Etats-Unis d'Amérique, dans International Legal Materials, vol. 22, p. 1025 (1983).

Les Etats-Unis d'Amérique ont aussi utilisé l'adjectif "significant" dans leur droit interne à propos de questions d'environnement. Voir American Law Institute, Restatement of the Law, Section 601, Reporter's Note 3, p. 111 et 112.

ou le contrôle d'un Etat, par exemple, en haute mer, qui ont des effets sur le territoire d'un autre Etat ou en d'autres lieux placés sous sa juridiction ou son contrôle, par exemple des effets préjudiciables sur des navires ou des plates-formes d'autres Etats en haute mer aussi. La définition vise également les activités conduites sur le territoire d'un Etat qui ont des conséquences préjudiciables par exemple sur les navires ou les plates-formes d'un autre Etat en haute mer. La Commission ne peut pas prévoir toutes les formes possibles dans l'avenir du "dommage transfrontière". Elle tient cependant à préciser que le but est de pouvoir tracer une ligne de démarcation qui permette de distinguer nettement un Etat à qui peut être attribuée une activité visée dans les présents articles d'un Etat qui a subi des conséquences préjudiciables. Ces lignes de démarcation sont les lignes de démarcation du territoire, les lignes de démarcation de la juridiction et les lignes de démarcation du contrôle.

9) A l'alinéa c), l'expression "Etat d'origine" désigne l'Etat sur le territoire duquel ou à un autre titre sous la juridiction ou le contrôle duquel s'exercent les activités visées à l'article premier (voir le commentaire de l'article premier, par. 4) à 20)).

10) A l'alinéa d), l'expression "Etat affecté" désigne l'Etat sur le territoire duquel le dommage transfrontière significatif s'est produit ou qui exerce une juridiction ou un contrôle sur d'autres lieux où ce dommage s'est produit. Plusieurs Etats pourraient être des Etats affectés au regard d'une activité donnée.

Article 3

La liberté d'action et ses limites

La liberté des Etats d'exercer ou de permettre que soient exercées des activités sur leur territoire ou en d'autres lieux placés sous leur juridiction ou leur contrôle n'est pas illimitée. Elle est soumise à l'obligation générale de prévenir ou de réduire au minimum le risque de causer un dommage transfrontière significatif ainsi qu'aux obligations spécifiques dont ils peuvent être tenus à cet égard envers d'autres Etats.

Commentaire

- 1) Cet article énonce le principe qui est à la base de tout le sujet. Il s'inspire du Principe 21 de la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement 42/ et du Principe 2 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement 43/. Ces deux principes affirment le droit souverain des Etats d'exploiter leurs propres ressources, conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international.
- 2) La formulation adoptée confère à l'article 3 une portée plus générale que celle du Principe 21, puisque le champ d'application de cet article n'est pas limité aux activités liées à l'exploitation de ressources mais embrasse toutes les activités exercées sur le territoire d'un Etat ou en d'autres lieux placés sous sa juridiction ou son contrôle. D'autre part, cet article assigne à la liberté d'un Etat d'exercer ou d'autoriser de telles activités des limites

42/ Le Principe 21 de la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement s'énonce comme suit :

"Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les Etats ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres Etats ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale."

Supra note 11.

43/ Le Principe 2 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement s'énonce comme suit :

"Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les Etats ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et de développement, et ils ont le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres Etats ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale."

Supra note 15.

Ce principe est aussi énoncé à l'article 193 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Cet article se lit comme suit :

"Les Etats ont le droit souverain d'exploiter leurs ressources naturelles selon leur politique en matière d'environnement et conformément à leur obligation de protéger et de préserver le milieu marin."

Supra note 20.

plus spécifiques que le Principe 21, puisque ce sont celles qui résultent de l'obligation générale qu'a un Etat de prévenir ou de réduire au minimum le risque de causer un dommage transfrontière significatif et aussi des obligations spécifiques dont il peut être tenu à cet égard envers d'autres Etats.

3) Les activités auxquelles s'applique cet article sont définies à l'article premier. Le présent article parle du risque de causer un dommage transfrontière significatif, alors que les deux principes - le Principe 21 de la Déclaration de Stockholm et le Principe 2 de la Déclaration de Rio - parlent de causer un (ou des) dommage(s) à l'environnement. Dans la pratique, cependant, la première chose à faire pour prévenir un dommage est de prévenir ou de réduire au minimum le risque de causer le dommage.

4) En ce sens, le principe exprimé dans le présent article va plus loin dans la protection des droits et intérêts des Etats affectés, étant expressément applicable aux activités dangereuses, c'est-à-dire aux activités qui risquent de causer un dommage transfrontière.

5) L'obligation générale de prévenir les dommages transfrontières est bien établie en droit international 44/, mais l'article 3 met à la charge de l'Etat d'origine une obligation générale de prévenir ou de réduire au minimum le risque de causer un dommage transfrontière, ce qui signifie que cet Etat doit veiller à ce que l'exploitant d'une activité visée aux articles premier et 2 prenne toutes les précautions voulues pour que le dommage transfrontière ne se produise pas ou que, si cela est impossible en raison de la nature de l'activité, l'Etat d'origine doit prendre toutes les dispositions nécessaires pour obtenir que l'exploitant prenne les mesures nécessaires pour réduire le risque au minimum.

6) L'article 10 des "Legal Principles for Environmental Protection and Sustainable Development" élaborés par le Groupe d'experts du droit de l'environnement de la Commission mondiale de l'environnement et du développement va dans le même sens. Il dispose :

44/ Cette obligation générale des Etats a son fondement dans la pratique internationale. Voir supra Commentaire général, et aussi le commentaire de l'article premier.

"Sans préjudice des principes énoncés aux articles 11 et 12, les Etats préviennent ou atténuent toute perturbation ou tout risque important de perturbation de l'environnement transfrontière qui cause un dommage considérable - c'est-à-dire un dommage qui n'est pas mineur ni insignifiant" 45/.

7) Dans le commentaire relatif à cet article, il est indiqué :

"Sous réserve de certaines restrictions dont il sera question plus loin, l'article 10 énonce le principe fondamental bien établi régissant les intrusions transfrontières dans l'environnement qui causent, ou comportent un risque important de causer, un dommage considérable dans une zone relevant de la juridiction nationale d'un autre Etat ou dans une zone située au-delà des limites de la juridiction nationale" 46/.

8) Ce commentaire indique en outre que ce principe est une conséquence implicite de l'obligation de ne pas causer de dommage transfrontière :

"Il faut noter que le principe formulé ci-dessus n'énonce pas seulement l'obligation pour les Etats de prévenir ou d'atténuer les perturbations transfrontières de l'environnement qui causent effectivement un dommage considérable, mais aussi leur obligation de prévenir ou de réduire les activités qui comportent un risque important de causer un tel dommage par-delà leurs frontières. Cette seconde énonciation ne fait qu'explicitement ce qu'il faut considérer comme étant déjà compris implicitement dans l'obligation de prévenir les perturbations environnementales transfrontières causant effectivement un dommage considérable et a pour but d'exclure tout malentendu sur ce point" 47/.

9) Le fait de rendre explicite ce contenu implicite de l'obligation générale de prévention mentionnée plus haut représente déjà un important progrès du droit relatif aux dommages transfrontières, car il permet de fonder clairement toutes les autres obligations de prévention, en particulier celles de notification, d'échange d'information et de consultation, qui ont leur source

45/ Environmental Protection and Sustainable Development: Legal Principles and Recommendations, adopté par le Groupe d'experts du droit de l'environnement de la Commission mondiale de l'environnement et du développement. (Londres, Dordrecht et Boston, Graham et Trotham, Nijhoff), 1986, p. 75. Soulignement ajouté.

46/ Ibid., p. 75. Soulignement ajouté.

47/ Ibid., p. 78. Cependant, "si les activités qui comportent un risque important de causer un dommage considérable doivent en principe être prévenues ou réduites, on peut fort bien concevoir que, dans le cas de certaines activités dangereuses, l'illicéité disparaisse quand toutes les mesures de précaution possibles ont été prises pour empêcher la matérialisation du risque et que les avantages découlant de l'activité sont à considérer comme bien supérieurs à ceux qu'on obtiendrait en éliminant le risque, ce qui exigerait de mettre fin à l'activité elle-même" (p. 79).

dans le droit - correspondant à cette obligation générale de prévention - qu'à l'Etat susceptible d'être affecté de participer au processus général de prévention.

10) Le présent article comprend deux parties. La première affirme la liberté d'action des Etats, et la seconde traite des limites de cette liberté.

La première partie précise que la liberté des Etats d'exercer ou de permettre que soient exercées des activités sur leur territoire ou en d'autres lieux placés sous leur juridiction ou leur contrôle n'est pas illimitée. C'est une autre façon de dire que la liberté des Etats dans ce domaine est limitée. Mais la Commission a jugé préférable d'énoncer le principe sous sa forme actuelle, qui présuppose la liberté d'action des Etats, plutôt que sous une forme qui aurait mis l'accent sur la limitation de cette liberté.

11) La seconde partie de l'article assigne deux catégories de limites à cette liberté des Etats. Premièrement, leur liberté est soumise à l'obligation générale de prévenir ou de réduire au minimum le risque de causer un dommage transfrontière significatif. Deuxièmement, elle est soumise à toutes obligations spécifiques dont les Etats seraient tenus à cet égard envers d'autres Etats. Les mots "à cet égard" visent les mesures tendant à prévenir ou à réduire au minimum le risque de causer un dommage transfrontière significatif.

12) La première limitation de la liberté des Etats d'exercer ou de permettre que soient exercées les activités visées à l'article premier est celle qui résulte de l'obligation générale incombant aux Etats de prévenir ou de réduire au minimum le risque de causer un dommage transfrontière significatif.

L'obligation générale spécifiée dans le présent article doit s'entendre comme une obligation de moyens. Cet article n'exige pas d'un Etat qu'il garantisse l'absence de tout dommage transfrontière mais qu'il prenne toutes les dispositions voulues pour prévenir un tel dommage ou pour le réduire au minimum. Cette interprétation concorde d'ailleurs avec les obligations spécifiques énoncées dans les divers articles sur la prévention.

13) On trouvera aux paragraphes 4) à 13) du commentaire de l'article 4 des explications concernant le sens et la portée de cette obligation de due diligence.

Article 4

Prévention

Les Etats prennent toutes les mesures appropriées pour prévenir ou réduire au minimum le risque d'un dommage transfrontière significatif et, s'il est survenu un tel dommage, pour en réduire les effets au minimum.

Commentaire

- 1) Cet article, avec l'article 6, établit le fondement essentiel des articles sur la prévention, qui énoncent les obligations plus spécifiques dont sont tenus les Etats pour prévenir les dommages transfrontières significatifs ou les réduire au minimum. Le présent article est une affirmation de principe. Il dispose que les Etats prennent toutes les mesures appropriées pour prévenir ou réduire au minimum le risque d'un dommage transfrontière significatif. Le terme "mesures" vise toutes les actions et dispositions spécifiques prescrites dans les articles concernant la prévention des dommages transfrontières ou leur réduction au minimum.
- 2) En règle générale, l'obligation énoncée à l'article 4 de prévenir le risque ou de le réduire au minimum ne s'applique qu'aux activités qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif, du fait que ces termes sont définis à l'article 2. Le plus souvent, dans le cadre de la prévention, un Etat n'assume pas le risque de conséquences imprévisibles pour d'autres Etats que peuvent comporter les activités, qui ne sont pas interdites par le droit international, menées sur son territoire ou en d'autres lieux placés sous sa juridiction ou son contrôle. En revanche, l'obligation de "[prendre] toutes les mesures appropriées pour prévenir ou réduire au minimum" le risque de dommage ne saurait se limiter aux activités déjà considérées à juste titre comme porteuses de ce risque. Elle recouvre aussi celle de prendre toutes les mesures appropriées pour déceler les activités qui comportent un tel risque, qui est une obligation de caractère continu.
- 3) Le présent article pose donc le principe de la prévention, qui concerne tous les Etats, pour les activités visées à l'alinéa a) de l'article premier. L'article 14 précise les modalités selon lesquelles l'Etat d'origine peut s'acquitter des obligations de prévention découlant de ce principe. Ces modalités comprennent, par exemple, les mesures législatives, administratives ou autres nécessaires pour assurer l'exécution des lois,

des décisions administratives et des principes d'action adoptés par l'Etat. Voir l'article 7 et le commentaire y relatif.

4) L'obligation faite aux Etats de prendre des mesures pour prévenir ou réduire au minimum un risque de dommage transfrontière significatif est une obligation de due diligence, exigeant d'eux qu'ils adoptent à cet effet certaines mesures unilatérales. L'obligation imposée par le présent article n'est pas une obligation de résultat. C'est le comportement de l'Etat qui dira s'il s'est acquitté de l'obligation qui lui incombe en vertu des présents articles.

5) Le fait qu'une obligation de due diligence constitue la base normale de la protection de l'environnement contre les dommages peut être inféré d'un certain nombre de conventions internationales 48/ ainsi que des résolutions et rapports de conférences et d'organisations internationales 49/. L'obligation de due diligence a récemment été débattue dans un différend entre l'Allemagne et la Suisse concernant la pollution du Rhin par les laboratoires Sandoz; le Gouvernement suisse a reconnu sa responsabilité pour n'avoir pas fait preuve de la diligence voulue afin de prévenir l'accident en imposant une réglementation adéquate à ses entreprises pharmaceutiques 50/.

48/ Voir par exemple l'article 194, par. 1, de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, supra note 20; les articles premier, II et VII 2) de la Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets et autres matières, International Legal Materials, vol. 11, p. 1294; l'article 2 de la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone, ibid., vol. 26, p. 1529; l'article 7, par. 5, de la Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique, supra note 40; l'article 2, par. 1, de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, ibid.; et l'article 2, par. 1, de la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux, International Legal Materials, vol. 31, p. 1313.

49/ Voir le Principe 21 de la Charte mondiale de la nature, résolution 37/7 de l'Assemblée générale, adoptée le 28 octobre 1982; et le Principe VI du projet de principes relatifs à la modification des conditions atmosphériques établi par l'OMS et par le PNUE, Digest of United States Practice in International Law, 1978, p. 1205.

50/ Voir le New York Times des 11 novembre 1986, p. A 1, 12 novembre 1986, p. A 8, et 13 novembre 1986, p. A 3. Voir aussi Alexander Kiss, "Tchernobâle, ou la pollution accidentelle du Rhin par les produits chimiques", Annuaire français de droit international, vol. 33, 1987, p. 719 à 727.

6) Dans l'affaire de l'Alabama (Etats-Unis c. Royaume-Uni), le tribunal arbitral avait examiné deux définitions différentes soumises par les parties de la due diligence. Les Etats-Unis définissaient celle-ci comme :

"[Une] diligence proportionnée à l'importance du sujet et à la dignité et à la force du pouvoir qui l'exerce; - une diligence qui doit, grâce à l'emploi d'une vigilance active, à toutes les phases de l'affaire, empêcher par tous les moyens au pouvoir du neutre la violation du territoire; - une diligence qui doit, de toute manière, détourner ceux qui en auraient le dessein de commettre des actes de guerre sur le sol d'un neutre contre sa volonté, ..." 51/.

7) Le Royaume-Uni avait défini la due diligence comme le "soin que les gouvernements emploient ordinairement dans leurs affaires intérieures" 52/. Le tribunal s'était, semble-t-il, laissé convaincre par la définition plus large du critère de la due diligence présentée par les Etats-Unis et s'était déclaré préoccupé par la norme "nationale" présentée par le Royaume-Uni. Il avait dit que "[l]a thèse britannique paraissait aussi réduire les devoirs internationaux d'un gouvernement à l'exercice des pouvoirs de limitation qui lui sont conférés par le droit interne et négliger l'obligation du neutre de modifier ses lois lorsqu'elles sont insuffisantes" 53/.

8) L'étendue et le niveau de l'obligation de due diligence ont aussi été développés par lord Atkin dans l'affaire Donoghue v. Stevenson comme suit :

"The rule that you are to love your neighbour becomes, in law, you must not injure your neighbour; and the lawyer's question, 'who is my neighbour?' receives a restricted reply. You must take reasonable care to avoid acts or omissions which you can reasonably foresee would be likely to injure your neighbour. Who, then, in law, is my neighbour? The answer seems to be - persons who are so closely and directly affected by my act that I ought reasonably to have them in contemplation as being so affected when I am directing my mind to the acts and omissions which are called into question" 54/.

[La règle suivant laquelle il faut aimer son voisin devient, en droit, il est défendu de porter préjudice à son voisin; et la question du juriste, "qui est mon voisin ?" reçoit une réponse restreinte. Chacun est tenu de prendre raisonnablement soin d'éviter les actes ou omissions dont il peut raisonnablement prévoir qu'ils seraient susceptibles de porter

51/ Affaire de l'Alabama, sentence de 1872, R.A.I. (Lapradelle et Politis), Pédone, Paris, 1923, Tome deuxième, p. 814 et 815.

52/ Ibid., p. 803.

53/ Ibid.

54/ [1932] A.C., p. 580 (H.L. (Sc)).

préjudice à son voisin. Qui, en droit, est alors mon voisin ? Il semble que la réponse soit : les personnes qui sont de si près et si directement touchées par mon fait que ce sont elles que je devrais raisonnablement envisager comme étant ainsi touchées lorsque je songe aux actes et omissions qui sont mis en question.]

9) Dans le cadre des présents articles, la due diligence se manifeste par des efforts raisonnables de la part d'un Etat pour s'informer des éléments de fait et de droit dont on peut prévoir qu'ils seront liés à une ligne de conduite envisagée et pour prendre en temps utile les mesures appropriées en vue de les régler. Ainsi, les Etats sont tenus d'une obligation de prendre des mesures unilatérales pour prévenir ou réduire au minimum le risque de dommage transfrontière significatif que peuvent comporter des activités entrant dans le champ d'application de l'article premier. Ces mesures comprennent, en premier lieu, la définition de principes d'action destinés à prévenir ou à réduire au minimum le dommage transfrontière et, en second lieu, leur mise en application. Ces principes d'action trouvent leur expression dans la législation et les règlements administratifs et ils sont mis en oeuvre par divers mécanismes d'exécution.

10) La Commission estime que la norme de due diligence par rapport à laquelle la conduite d'un Etat doit être examinée est celle qui est généralement considérée comme appropriée et proportionnée au degré de risque de dommage transfrontière dans le cas dont il s'agit. Par exemple, les activités qui peuvent être considérées comme comportant un risque très élevé exigent que l'Etat emploie beaucoup plus de soin pour élaborer des principes d'action et beaucoup plus de vigueur pour les appliquer. Des questions telles que l'envergure des opérations, leur emplacement, les conditions climatiques particulières, les matériaux employés pour l'activité et le point de savoir si les conclusions tirées de l'application de ces facteurs dans un cas donné sont raisonnables sont au nombre des éléments à prendre en considération pour déterminer quelle est la due diligence dans chaque cas. La Commission estime également que ce qui peut être considéré comme une norme raisonnable de soin ou de due diligence peut changer avec le temps. Une procédure, une norme ou une règle qui peut être considérée comme appropriée et raisonnable à un certain moment pourra ne pas l'être à un autre moment dans l'avenir. Par conséquent, l'obligation de due diligence en matière de prévention oblige un Etat à suivre les changements technologiques et les progrès scientifiques.

11) La Commission prend note du Principe 11 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, qui est formulé comme suit :

"Les Etats doivent promulguer des mesures législatives efficaces en matière d'environnement. Les normes écologiques et les objectifs et priorités pour la gestion de l'environnement devraient être adaptés à la situation en matière d'environnement et de développement à laquelle ils s'appliquent. Les normes appliquées par certains pays peuvent ne pas convenir à d'autres pays, en particulier à des pays en développement, et leur imposer un coût économique et social injustifié" 55/.

12) On trouve une formulation analogue dans le Principe 23 de la Déclaration de Stockholm. Toutefois, ce Principe précise que ces normes internes sont "sans préjudice des critères qui pourront être retenus par la communauté internationale" 56/. La Commission est d'avis que le niveau économique des Etats est un des facteurs à prendre en considération pour déterminer si un Etat s'est acquitté de son obligation de due diligence. Mais le niveau économique d'un Etat ne peut être invoqué pour exonérer un Etat de l'obligation que lui imposent les présents articles.

13) La première obligation de l'Etat est de s'efforcer d'élaborer des principes d'action et de les mettre en oeuvre en vue de prévenir tout dommage transfrontière significatif. Si cela n'est pas possible, l'Etat doit alors s'efforcer de réduire au minimum le dommage. De l'avis de la Commission, les mots "réduire au minimum" doivent s'entendre dans ce contexte comme signifiant s'efforcer de réduire jusqu'au point le plus bas la possibilité de dommage.

Article 5

Responsabilité

Conformément aux présents articles, une responsabilité découle d'un dommage transfrontière significatif causé par une activité visée à l'article premier et donne lieu à indemnisation ou à une autre forme de réparation.

Commentaire

1) Les présents articles visent des activités qui ne sont pas interdites par le droit international, soit en elles-mêmes, soit pour les effets. Cela étant, il est absolument - par définition en quelque sorte - hors de doute que la survenance d'un dommage transfrontière significatif soulèverait une question de responsabilité des Etats, responsabilité dont relèvent les actes qui, à un

55/ Supra note 15.

56/ Supra note 11.

égard ou à un autre, sont interdits par le droit international, c'est-à-dire, des faits illicites. Voir aussi l'article 8 et le commentaire y relatif.

2) D'autre part, lorsqu'un Etat exerce des activités qui sont sujettes à causer et qui causent effectivement des dommages transfrontières significatifs - même si elles-mêmes ou leurs effets ne sont pas illicites -, la question de l'indemnisation du dommage se pose, et c'est cet élément avant tout qu'exprime le terme "responsabilité internationale". En dehors du domaine de la responsabilité des Etats, il ne s'agit pas d'une question de réparation (au sens de l'article 42 du projet d'articles sur la responsabilité des Etats). Mais l'indemnisation ou une autre forme de réparation (un changement, par exemple, dans l'exploitation de l'activité destiné à éviter ou à réduire au minimum les dommages dans l'avenir) devrait en principe être disponible. Sinon, les Etats seraient en mesure d'externaliser les coûts de leurs activités en en faisant retomber une partie, sans indemnité, sur des tierces parties qui ne tirent aucun profit de ces activités, qui n'ont aucune emprise sur leur survenance éventuelle mais qui subissent le dommage transfrontière significatif. C'est pourquoi le présent article pose un principe de base que l'obligation de fournir une indemnité ou d'assurer une autre réparation peut naître d'un dommage transfrontière significatif causé par des activités auxquelles s'applique l'article premier. Ce principe fondamental est toutefois tempéré par la formule "conformément aux présents articles". L'ampleur de l'indemnisation ou autre réparation à laquelle l'application des présents articles peut donner lieu est indiquée au chapitre III - sans préjudice, bien entendu, de toute obligation d'indemnisation ou autre réparation qui pourrait exister indépendamment des présents articles, en vertu, par exemple, d'une convention à laquelle les Etats intéressés seraient parties.

3) Il est à noter que dans sa formulation actuelle, le principe posé par le présent article s'applique tant aux activités comportant un risque (alinéa a) de l'article premier) qu'à celles qui causent un dommage alors même que le risque n'en avait pas été préalablement perçu (alinéa b) de l'article premier). Il est vrai que la base de la responsabilité exposée au paragraphe précédent vaut plus nettement pour les activités visées par l'alinéa a) de l'article premier que pour celles de l'alinéa b) du même article. Cela dit, même quand une activité ne comportait pas, au moment où elle a été exercée, de risque de causer un dommage transfrontière significatif, au sens de l'article 2, la possibilité d'une indemnisation ou autre réparation n'est pas à exclure. Limiter la responsabilité au seul cas de présence d'un risque

reviendrait, a contrario, à dire qu'il faut laisser les Etats tiers supporter toutes les pertes que pourraient entraîner par ailleurs les activités (non interdites par le droit international) des Etats d'origine, si sévères qu'aient été ces pertes ou quelles qu'aient été les autres circonstances. Comme règle d'application générale, la responsabilité sans faute pour toutes les pertes entraînées par les activités licites menées sur le territoire d'un Etat ou sous sa juridiction ou son contrôle serait difficile, sinon impossible, à tenir. Bien entendu, une telle règle pourrait trouver sa place dans une convention, mais cela n'indique pas nécessairement que la règle du droit international général serait séparée de la convention. Ce que l'on peut dire, en tout état de cause, c'est que dans le cas de survenance d'un dommage transfrontière significatif, quand bien même il résulterait d'une activité licite et quand bien même le risque n'en aurait pas été perçu avant sa survenance, la question de l'indemnisation ou autre réparation n'est pas pour autant à exclure. Il n'y a pas de règle en pareille circonstance qui exige que l'Etat tiers affecté supporte le préjudice. Partant, le principe énoncé dans le présent article peut à bon droit s'appliquer à toutes les activités visées par l'article premier, considérant que les articles du chapitre III consacrés à l'indemnisation ou autre réparation sont formulés avec beaucoup de souplesse et n'imposent pas d'obligations catégoriques. Cette position est cependant provisoire, pour les raisons exposées au paragraphe 26 du commentaire de l'article premier.

4) Le principe posé par le présent article n'est pas nouveau pour la Commission. A sa quarantième session, en 1988, celle-ci avait déclaré ce qui suit :

"Les membres de la Commission se sont accordés à reconnaître que les principes identifiés par le Rapporteur spécial au paragraphe 86 de son quatrième rapport étaient pertinents et acceptables dans leurs grandes lignes. Ces principes étaient les suivants : 1) les projets d'articles doivent garantir la liberté d'action de chaque Etat sur son territoire dans les limites compatibles avec les droits et intérêts des autres Etats; 2) la protection desdits droits et intérêts exige l'adoption de mesures de prévention et des mesures de réparation en cas de dommage; 3) dans la mesure où cela serait compatible avec les deux principes précédents, la victime innocente ne doit pas supporter exclusivement la charge du dommage qu'elle a subi" 57/.

57/ Annuaire ... 1988, vol. II (deuxième partie), doc. A/43/10, par. 82.

- 5) Le principe de la responsabilité et de la réparation est le corollaire et le complément nécessaires de l'article 4, qui oblige les Etats à prévenir ou à réduire au minimum le risque créé par des activités qui ne sont pas interdites par le droit international. L'article 5, quant à lui, établit l'obligation de réparer chaque fois que survient un dommage transfrontière significatif. Il exclut donc un régime qui permettrait que soient menées des activités dangereuses pour d'autres Etats sans qu'il y ait aucune forme de réparation en cas de dommage.
- 6) Le principe de la responsabilité est sans préjudice des questions de savoir a) quelle est l'entité responsable et tenue de réparer; b) quelles seront les formes et l'étendue de la réparation; c) quel est le dommage qui donne lieu à réparation; et d) quel est le fondement de la responsabilité.
- 7) Le chapitre III des présents articles prévoit diverses solutions à ces problèmes, qui peuvent être réglés selon la loi et par les tribunaux de l'Etat d'origine suivant le principe de la non-discrimination (voir l'article 20 et le commentaire y relatif), ou par voie de négociations entre l'Etat d'origine et l'Etat ou les Etats affectés suivant certains critères généraux définis dans ce chapitre (voir les articles 21 et 22 et les commentaires s'y rapportant).
- 8) En fait, la pratique internationale connaît plusieurs moyens de réparer le dommage transfrontière causé par une activité comportant des risques pour les personnes ou les biens, ou pour l'environnement. L'un est de poser une responsabilité objective de l'Etat, comme c'est le cas dans la Convention du 29 mars 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux 58/, seul exemple jusqu'ici de traité multilatéral prévoyant une telle responsabilité. Un autre moyen consiste à mettre la responsabilité à la charge de l'exploitant, en laissant l'Etat en dehors de l'affaire, comme c'est le cas dans la Convention du 9 mars 1993 sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement 59/. Un autre encore consiste à attribuer à l'Etat une certaine responsabilité subsidiaire, pour le montant de l'indemnité qui n'est pas assumé par l'exploitant, les exemples étant ici la Convention du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie

58/ Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 961, p. 187.

59/ Série des Traités européens, No 150.

nucléaire 60/ et la Convention de Vienne du 21 mai 1963 relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires 61/.

9) Dans d'autres contextes, l'Etat pourrait n'être responsable qu'en cas de violation de l'obligation de diligence raisonnable, de la même manière qu'à l'article 7 du projet sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation 62/, encore qu'une telle règle impose sans doute une obligation dans le cadre de la responsabilité des Etats (et sorte par conséquent du champ d'application des présents articles).

10) En faisant figurer le présent article dans l'ensemble des principes fondamentaux régissant le sujet, la Commission prend dûment note du Principe 22 de la Déclaration de Stockholm et du Principe 13 de la Déclaration de Rio, qui encouragent les Etats à coopérer pour développer encore le droit international en ce qui concerne la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages environnementaux que les activités menées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle causent à des régions situées au-delà des limites de leur juridiction nationale. Ces principes manifestent à l'évidence les aspirations et les préférences de la communauté internationale.

11) Il convient de noter que c'est l'expression "indemnisation ou [...] autre forme de réparation" qui est retenue ici. L'indemnisation, c'est-à-dire le versement d'une somme d'argent, peut difficilement s'appliquer à certaines situations où, pour réparer le dommage causé à l'environnement, la meilleure solution est la remise en état. Celle-ci, qui vise à rétablir le statu quo ante, peut être assimilée à une forme de restitutio naturalis. Par ailleurs, en matière de dommage écologique, l'introduction dans un écosystème endommagé de certains éléments équivalant à ceux qui ont été diminués ou détruits n'est pas une indemnisation pécuniaire, bien qu'elle puisse être considérée comme une forme de réparation. Cette solution est envisagée dans certains instruments 63/.

60/ Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 956, p. 251.

61/ Ibid., vol. 1063, p. 265.

62/ Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément No 10 (A/49/10), p. 256.

63/ Voir par exemple l'article 2 8) de la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, supra note 59.

12) La pratique des Etats en matière de traités a souvent consisté à identifier soit une activité soit des substances particulières ayant des conséquences transfrontières préjudiciables et d'établir un régime de responsabilité pour le dommage transfrontière correspondant. Ces traités visent au premier chef les activités faisant intervenir le transport d'hydrocarbures, la pollution par le pétrole et l'énergie ou les matières nucléaires 64/. Certaines conventions concernent la question de la responsabilité résultant d'activités autres que celles faisant intervenir les hydrocarbures ou l'énergie ou les matières nucléaires 65/. De nombreux autres traités mentionnent la question de la responsabilité, sans autre précision quant aux règles de fond ou de procédure régissant cette responsabilité. Ces traités reconnaissent la pertinence du principe de la responsabilité pour l'application du traité considéré, sans nécessairement

64/ Voir, en particulier, la Convention internationale du 29 novembre 1969 sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, OMI, Documents officiels de la Conférence juridique sur les dommages dus à la pollution des eaux de la mer, Londres, 1969; le Protocole de 1984 à la Convention de 1969, OMI, Conférence internationale sur la responsabilité et l'indemnisation pour les dommages liés au transport par mer de certaines substances, LEG/CONF.6/66 du 25 mai 1984; la Convention du 17 décembre 1976 sur la responsabilité civile pour les dommages de pollution par les hydrocarbures résultant de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales du sous-sol marin, PNUE, Recueil des Traités multilatéraux relatifs à la protection de l'environnement, p. 474; la Convention du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, supra note 61; la Convention du 25 mai 1962 relative à la responsabilité des exploitants de navires nucléaires, AIEA, Conventions internationales relatives à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires, Legal Series No 4, éd. rév. (Vienne, 1976), p. 93; la Convention de Vienne du 21 mai 1963 relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires, supra note 62; la Convention du 17 décembre 1971 relative à la responsabilité civile dans le domaine du transport maritime de matières nucléaires, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 974, p. 255; et la Convention du 10 décembre 1989 sur la responsabilité civile pour les dommages causés au cours du transport de marchandises dangereuses par route, rail et bateaux de navigation intérieure (CRTD), Revue de droit uniforme (UNIDROIT), 1989, p. 280.

65/ Voir la Convention de 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, supra note 26, et la Convention du 9 mars 1993 sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, supra note 59.

le définir avec précision 66/. D'autres traités envisagent l'élaboration par les parties d'un nouvel instrument portant sur les questions de responsabilité posées par leur application 67/.

13) La notion de responsabilité a aussi connu un développement limité dans la pratique des Etats. Dans l'affaire de la Fonderie de Trail, par exemple, ladite fonderie avait été autorisée à poursuivre ses activités, mais le tribunal avait établi un régime permanent qui prévoyait, sous certaines conditions, la réparation des dommages causés aux intérêts des Etats-Unis par des émissions de fumée, même si les activités de la fonderie étaient parfaitement conformes au régime permanent défini dans la sentence :

"Le tribunal est d'avis que le régime prescrit éliminera probablement les causes du présent litige et, comme il a déjà été dit, permettra probablement de prévenir la survenance, à l'avenir, de tout dommage matériel dans l'Etat de Washington. Cependant, vu que le résultat souhaité et escompté du régime ou des mesures de contrôle que, en vertu de la présente sentence, la fonderie doit adopter et maintenir, peut ne pas se matérialiser, et vu que, dans sa réponse à la question No 2, le tribunal a ordonné à la fonderie de s'abstenir de causer des dommages à l'avenir dans l'Etat de Washington, comme indiqué dans la présente sentence, le tribunal répond à la question No 4 et décide que,

66/ Voir dans ce contexte la Convention régionale de Koweït du 24 avril 1978 pour la coopération en vue de la protection du milieu marin contre la pollution, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1140, p. 133; la Convention du 20 décembre 1972 sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets, *ibid.*, vol. 1046, p. 120; la Convention du 16 février 1976 pour la protection de la mer Méditerranée contre la pollution, PNUE, Recueil des traités multilatéraux relatifs à la protection de l'environnement, p. 448; la Convention du 9 avril 1992 sur la protection de l'environnement marin de la zone de la mer Baltique, [OMI 1], LDC.2/Circ.303; la Convention du 21 avril 1992 relative à la protection de la mer Noire contre la pollution, *ibid.*, Circ.302; la Convention du 17 mars 1992 sur les effets transfrontières des accidents industriels, International Legal Materials, vol. 31, p. 1330; et la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux, supra note 48.

67/ Voir par exemple la Convention du 2 juin 1988 sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique, qui fait de l'élaboration de règles sur la responsabilité une condition préalable à la prospection et l'exploitation des ressources minérales de l'Antarctique, supra note 40. La Convention de Bâle du 22 mars 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination stipule en son article 12 que les Etats parties élaborent un protocole sur la responsabilité et l'indemnisation, *ibid.*, vol. 28, p. 657. La Convention de Bamako du 29 janvier 1991 sur l'interdiction d'importer des déchets dangereux et le contrôle de leurs mouvements transfrontières en Afrique prévoit aussi que les Etats parties à la Convention élaborent un protocole sur la responsabilité et l'indemnisation, *ibid.*, vol. 30, p. 773.

sur la base des décisions qu'il a rendues dans ses réponses aux questions No 2 ... : a) si un dommage, tel que celui-ci est défini dans la réponse à la question No 2, s'est produit depuis le 1er octobre 1940, ou survient à l'avenir, soit parce que la fonderie ne s'est pas conformée aux réglementations prescrites dans la présente sentence, soit en dépit de l'application du régime, il sera versé une indemnisation au titre de ce dommage, mais uniquement si les deux gouvernements adoptent des dispositions concernant le règlement des demandes d'indemnisation ..." 68/.

14) En revanche, dans l'affaire du lac Lanoux, le tribunal arbitral, en réponse à l'allégation de l'Espagne selon laquelle les projets français entraîneraient un risque anormal pour les intérêts espagnols, a déclaré de manière générale qu'une responsabilité ne serait engagée que si toutes les précautions possibles pour se prémunir contre la survenance de dommages n'avaient pas été prises 69/. Le tribunal a brièvement abordé la question des activités dangereuses, en indiquant qu'il n'avait pas "été affirmé clairement que les ouvrages prévus [par la France] entraîneraient un risque anormal dans les relations de voisinage ou dans l'utilisation des eaux". Ce passage peut être interprété comme signifiant que le tribunal était d'avis que des activités anormalement dangereuses constituent un problème spécial et que, si l'Espagne avait établi que le projet français entraînerait un risque anormal de dommages transfrontières pour l'Espagne, la décision du tribunal aurait pu être différente.

68/ Supra note 10, p. 1980 et 1981. Non souligné dans le texte.

69/ Le tribunal a affirmé :

"La question a été effleurée dans le contre-mémoire espagnol, qui a souligné 'l'extraordinaire complexité' des procédés de contrôle, leur caractère 'très onéreux' et les 'risques d'avaries ou de négligence, dans le manèment de la vanne, et d'obstruction dans le tunnel'. Mais il n'a jamais été allégué que les ouvrages envisagés présentent d'autres caractères ou entraînent d'autres risques que les ouvrages du même genre qui sont aujourd'hui répandus dans le monde entier. Il n'a pas été affirmé clairement que les ouvrages prévus entraîneraient un risque anormal dans les relations de voisinage ou dans l'utilisation des eaux. Comme on l'a vu plus haut, les garanties techniques de restitution des eaux sont aussi satisfaisantes que possible. Si, malgré les précautions prises, la restitution des eaux souffrait d'un accident, celui-ci n'aurait qu'un caractère occasionnel et, selon les deux parties, ne constituerait pas une violation de l'article 9."

Supra note 27, p. 303, par. 6, de la sentence.

15) Dans l'affaire des Essais nucléaires, la Cour internationale de Justice a dûment exposé les allégations de l'Australie, à savoir

"que les explosions nucléaires en atmosphère réalisées par la France dans le Pacifique avaient provoqué des retombées radioactives sur une grande partie du territoire australien et ailleurs dans l'hémisphère Sud, avaient suscité des concentrations mesurables de radioéléments dans les produits alimentaires et chez l'homme et avaient augmenté la dose d'irradiation des habitants de cet hémisphère, notamment en Australie; que tout dépôt de substances radioactives en territoire australien constituait un danger virtuel pour l'Australie et ses habitants et que tout dommage qu'il pourrait causer serait irréparable; que les expériences nucléaires françaises dans l'atmosphère étaient une source d'inquiétude et d'anxiété pour les Australiens; que les conséquences que les essais nucléaires français pourraient avoir en ce qui concernait les ressources de la mer et l'environnement seraient ineffaçables et qu'aucun versement d'indemnité ne pourrait remettre les choses en état; et que rien ne saurait changer le fait qu'une entrave aurait été apportée par la France aux droits de l'Australie et de ses habitants à bénéficier de la liberté de mouvement en haute mer et dans l'espace aérien surjacent" 70/.

16) Dans son opinion dissidente, le juge Ignacio-Pinto, tout en exprimant l'avis que la Cour n'était pas compétente pour connaître de l'affaire, a indiqué :

"adopter la thèse de la demande de l'Australie nous amènerait à une nouvelle conception en droit international, qui consisterait à interdire aux Etats l'exercice dans le cadre de leur souveraineté territoriale de toute activité créatrice de risque; mais cela aboutirait à l'octroi du droit à tout Etat d'intervenir à titre préventif dans les affaires nationales des autres Etats" 71/.

17) Il a ajouté : "Dans l'état actuel du droit international, 'l'appréhension' d'un Etat ou 'l'angoisse', 'le risque de radiations atomiques' ne suffisent pas, à mon avis, pour constituer la justification d'un droit supérieur qui s'impose à tous les Etats et limite leur souveraineté en matière d'essais nucléaires dans l'atmosphère" 72/. Selon lui, "[c]eux qui sont d'une opinion opposée font peut-être figure de proue ou d'avant-garde dans un système de développement progressif du droit international,

70/ Affaire des Essais nucléaires (Australie c. France), ordonnance du 22 juin 1973, C.I.J. Recueil 1973, p. 104. La Cour ne s'est pas prononcée sur le fond de l'affaire.

71/ Ibid., p. 132.

72/ Ibid.

mais leur désir ne saurait être pris en considération pour modifier l'état actuel du droit" 73/.

18) Il y a eu un certain nombre d'incidents à la suite desquels des Etats, sans admettre la moindre responsabilité, ont versé une indemnité aux victimes d'un dommage transfrontière significatif. Dans ce contexte, il convient de rappeler les cas suivants.

19) La série d'essais nucléaires à laquelle les Etats-Unis avaient procédé le 1er mars 1954 dans l'atoll d'Eniwetok provoqua des dommages dépassant de très loin la zone de danger, en atteignant des pêcheurs japonais en haute mer et en contaminant une grande partie de l'atmosphère et une quantité considérable de poissons, d'où une grave désorganisation du marché du poisson au Japon. Le Japon exigea une réparation. Dans une note du 4 janvier 1955, le Gouvernement des Etats-Unis, évitant complètement la moindre référence à une responsabilité juridique, acceptait de verser des indemnités au Japon pour les dommages causés par les essais 74/.

20) Dans le cas des préjudices subis en 1954 par les habitants des Iles Marshall, qui étaient alors un territoire sous tutelle administré par eux, les Etats-Unis ont accepté de payer une indemnisation. Il était indiqué dans le rapport de la Committee on Interior and Insular Affairs du Sénat que,

73/ Ibid.

74/ Le Gouvernement des Etats-Unis s'exprimait ainsi :

"Le Gouvernement des Etats-Unis a clairement indiqué qu'il est prêt à verser des indemnités, expression supplémentaire de sa préoccupation et de ses regrets au sujet des dommages causés. [...] Le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique offre par les présentes au Gouvernement japonais, ex gratia et sans considération de la question de la responsabilité juridique, la somme de deux millions de dollars à titre de réparation des préjudices ou dommages subis par suite des essais nucléaires faits dans les Iles Marshall en 1954.

[...]

Il est entendu pour le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique que le Gouvernement japonais, en acceptant la somme offerte de deux millions de dollars, le fait à titre de règlement intégral de toutes réclamations aux Etats-Unis d'Amérique ou à ses agents, ressortissants ou institutions judiciaires à raison de tous préjudices, pertes ou dommages découlant desdits essais nucléaires."

Voir The Department of State Bulletin, Washington, D.C., vol. 32, No 812, 17 janvier 1955, p. 90 et 91.

par suite d'un déplacement imprévu du vent, sous l'effet de la déflagration d'une bombe atomique, les 82 habitants de l'atoll de Rongelap avaient été soumis à de fortes retombées radioactives. Décrivant les préjudices corporels et les dommages matériels subis par les habitants et l'assistance médicale étendue immédiatement fournie par les Etats-Unis, le rapport notait en conclusion : "Toutefois, on ne peut pas dire que les mesures de réparation prises jusqu'à présent soient parfaitement suffisantes". Le rapport révélait qu'en février 1960, une plainte avait été déposée contre les Etats-Unis devant la Haute Cour du Territoire sous tutelle en vue d'obtenir 8,5 millions de dollars d'indemnisation des dommages matériels, du mal des rayons, des brûlures, des souffrances corporelles, du préjudice moral, de la rupture de la vie communautaire et des dépenses médicales. L'affaire avait été classée, la Cour s'étant déclarée incompétente. Toutefois, le rapport indiquait que le projet de loi 1988 (sur le paiement d'indemnités) déposé à la Chambre des représentants était "nécessaire pour permettre aux Etats-Unis de rendre justice à ces personnes". Le 22 août 1964, le président Johnson promulguait une loi aux termes de laquelle les Etats-Unis assumaient "la responsabilité humanitaire d'indemniser les habitants de l'atoll de Rongelap, dans le Territoire sous tutelle des îles du Pacifique, pour avoir été exposés aux rayonnements produits par l'explosion thermonucléaire déclenchée dans l'atoll de Bikini, dans les Iles Marshall, le 1er mars 1954", et autorisait le paiement de 950 000 dollars, à répartir également entre les habitants touchés de Rongelap 75/. Selon un autre rapport, le gouvernement du président Reagan aurait été prêt, en juin 1982, à verser 100 millions de dollars au Gouvernement des Iles Marshall en règlement de toutes les réclamations contre les Etats-Unis des habitants des îles dont la santé et les biens avaient été affectés par les essais d'armes nucléaires effectués par les Etats-Unis dans le Pacifique entre 1946 et 1963 76/.

21) En 1948, une fabrique de munitions située à Arcisate, localité italienne proche de la frontière suisse, avait explosé, causant des dommages plus ou moins graves dans plusieurs communes suisses. Le Gouvernement suisse, en demandant au Gouvernement italien réparation des dommages subis, invoqua le principe de bon voisinage et soutint que l'Italie était responsable, car elle avait toléré l'existence d'une fabrique d'explosifs, avec les

75/ Supra note 29, vol. 4, p. 567.

76/ International Herald Tribune du 15 juin 1982, p. 5, col. 2.

risques que cela comportait, au voisinage immédiat d'une frontière internationale 77/.

22) En 1971, le pétrolier libérien Juliana s'est échoué et brisé en deux au large de Niiagata, sur la côte ouest de l'île japonaise de Honshu. La cargaison de pétrole s'est répandue sur le rivage, endommageant gravement les pêcheries locales. Le Gouvernement du Libéria (Etat du pavillon) a offert à titre de réparation une somme de 200 millions de yen aux pêcheurs qui l'ont acceptée 78/. Dans cette affaire, le Gouvernement libérien a accepté les demandes de dommages-intérêts pour fait d'un particulier. Il semble qu'aucun fait illicite de la part du Libéria n'ait été allégué au niveau diplomatique.

23) A la suite du déversement accidentel de 45 000 litres de pétrole brut dans la mer à Cherry Point, dans l'Etat de Washington, et de la pollution consécutive des plages canadiennes, le Gouvernement canadien adressa au Département d'Etat une note dans laquelle il exprimait sa grave inquiétude devant cet incident lourd de conséquences et indiquait qu'il "souhait[ait] obtenir la ferme assurance que ceux qui en [étaient] juridiquement responsables réparer[aient] tous les dommages et rembourser[aient] le coût des opérations de nettoyage" 79/. Le Secrétaire d'Etat canadien aux affaires étrangères, exposant au Parlement canadien les conséquences juridiques de cet incident, déclara ce qui suit :

"Nous tenons particulièrement à assurer l'observation du principe établi dans la sentence arbitrale de 1938 relative à l'affaire de la Fonderie de Trail, entre le Canada et les Etats-Unis. Selon ce principe, un pays ne peut admettre que son territoire soit utilisé d'une façon qui puisse causer des préjudices au territoire d'un autre Etat, et il est pécuniairement responsable de tout dommage ainsi causé. Le Canada a accepté cette responsabilité dans l'affaire de la Fonderie de Trail, et nous escomptons que le même principe sera appliqué dans la présente affaire. En fait, ce principe a déjà été accepté par un nombre considérable d'Etats, et il faut espérer qu'il sera adopté par la Conférence de Stockholm en tant que règle fondamentale du droit international de l'environnement" 80/.

77/ P. Guggenheim, supra note 28, p. 169.

78/ The Times (Londres) du 1er octobre 1974; Revue générale de droit international public, Paris, vol. 80, 1975, p. 842.

79/ Annuaire canadien de droit international, 1973, Vancouver, vol. XI, p. 333 et 334.

80/ Ibid., p. 334.

24) Le Canada, invoquant le précédent de l'affaire de la Fonderie de Trail, a soutenu que les Etats-Unis étaient responsables des dommages transfrontières causés par des actes accomplis dans les limites de sa juridiction territoriale, indépendamment de la question de savoir s'ils étaient ou non fautifs. Le règlement final du différend n'a pas fait intervenir le principe juridique invoqué par le Canada; la société privée responsable de la pollution a offert de payer le coût des opérations de nettoyage.

25) En 1973, un cas grave de contamination est survenu dans le canton suisse de Bâle-Ville du fait de la fabrication d'insecticides par une usine française de produits chimiques de l'autre côté de la frontière. Cette contamination a causé des dommages à l'agriculture et à l'environnement dans ce canton et rendu impropre à la consommation une production d'environ 10 000 litres de lait par mois 81/. Apparemment, le Gouvernement suisse est intervenu et a négocié avec les autorités françaises pour qu'il soit mis un terme à cette pollution et pour obtenir l'indemnisation des dommages.

26) Dans les négociations entre les Etats-Unis et le Canada au sujet d'un projet de prospection pétrolière dans la mer de Beaufort, près de la frontière avec l'Alaska, le Gouvernement canadien s'est engagé à garantir l'indemnisation de tout dommage qui pourrait être causé aux Etats-Unis du fait des activités de la société privée qui devait être chargée de cette opération 82/. Bien que celle-ci dût, avant la mise en oeuvre du projet, fournir un cautionnement couvrant l'indemnisation des victimes potentielles aux Etats-Unis, le Gouvernement canadien a assumé, à titre subsidiaire, la responsabilité de la réparation pécuniaire des dommages transfrontières au cas où ce cautionnement se révélerait insuffisant 83/.

27) A l'occasion de la construction d'une route au Mexique, à proximité de la frontière des Etats-Unis, le Gouvernement américain, estimant qu'en dépit des modifications techniques apportées à sa demande au plan de construction, la route n'offrait pas de garanties de sécurité suffisantes pour les biens situés sur le territoire américain, a réservé ses droits au cas où des dommages résulteraient de la construction de cette route. Dans la note

81/ Voir Annuaire suisse de droit international, 1974, Zurich, vol. 30, p. 147. Les faits entourant cette affaire et les négociations diplomatiques qui ont suivi sont difficiles à établir avec certitude.

82/ International Canada, Toronto, vol 7, 1976, p. 84 et 85.

83/ Ibid.

qu'il avait adressée le 29 juillet 1959 au Ministre mexicain des relations extérieures, l'ambassadeur des Etats-Unis à Mexico concluait comme suit :

"Vu ce qui précède, j'ai reçu pour instructions de réserver tous les droits que les Etats-Unis peuvent avoir en vertu du droit international pour le cas où la construction de la route entraînerait des dommages aux Etats-Unis" 84/.

28) Dans l'affaire du canal de Rose Street, tant les Etats-Unis que le Mexique se sont réservé le droit d'invoquer la responsabilité de l'Etat dont les travaux de construction pourraient causer des dommages dans le territoire de l'autre Etat 85/.

29) Dans la correspondance échangée entre le Canada et les Etats-Unis au sujet des essais nucléaires souterrains américains menés à Amchitka dans le cadre du plan Cannikin, le Canada a réservé ses droits à indemnisation en cas de dommages 86/.

30) La pratique conventionnelle indique une nette tendance à imposer aux exploitants ou à leurs assureurs une responsabilité sans faute (sine delicto) pour les dommages extraterritoriaux 87/. C'est la pratique courante dans

84/ Whiteman, supra note 29, vol. 6, p. 262.

85/ Ibid., p. 264.

86/ International Canada, Toronto, vol. 2, 1971, p. 97 et 185.

87/ Voir par exemple en matière de pollution par les hydrocarbures, la Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, supra note 64, et son Protocole de 1984, ibid.; la Convention internationale portant création d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures, du 18 décembre 1971, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1110, p. 57; la Convention sur la responsabilité civile pour les dommages de pollution par les hydrocarbures résultant de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales du sous-sol marin, supra note 64. Dans le domaine de l'énergie et des matières nucléaires, la Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, supra note 60; la Convention complémentaire à la Convention de Paris du 29 juillet 1960 sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1041, p. 374; la Convention relative à la responsabilité des exploitants de navires nucléaires, supra note 64; la Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires, supra note 62; la Convention relative à la responsabilité civile dans le domaine du transport maritime de matières nucléaires, supra note 64. En ce qui concerne les autres activités, la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, supra note 26; et la Convention sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement,

les traités portant principalement sur des activités commerciales. Certaines conventions réglementant des activités exercées le plus souvent par des exploitants privés imposent certaines obligations à l'Etat pour faire respecter par les exploitants les règles ainsi fixées. Si l'Etat manque à ces obligations, il est tenu de réparer les dommages causés par l'exploitant, soit pour leur totalité, soit pour la partie non couverte par l'exploitant 88/.

31) En revanche, la Convention de 1972 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux 89/ impute à l'Etat de lancement une responsabilité inconditionnelle pour les dommages transfrontières. Cette convention est en quelque sorte unique parce que, à l'époque où elle a été conclue, on prévoyait que les activités qu'elle visait à réglementer seraient, en raison de leur nature, menées uniquement par des Etats. Autre singularité, elle laisse le choix à la partie lésée d'engager une action en indemnisation devant les tribunaux nationaux ou de présenter directement une réclamation à l'Etat par la voie diplomatique.

32) Il faut noter que la tendance à réclamer une indemnisation est d'ordre pragmatique, au lieu d'être fondée sur une théorie cohérente de la responsabilité. La responsabilité des exploitants privés, de leurs assureurs, et éventuellement des Etats, revêt des formes nombreuses. Néanmoins, on peut légitimement induire de la pratique assez variée évoquée plus haut la reconnaissance - de lege ferenda, il est vrai, dans quelques cas - d'un principe suivant lequel la survenance d'un dommage transfrontière significatif résultant d'activités telles que celles visées à l'article premier devrait entraîner une responsabilité, nonobstant le fait que ces activités ne sont pas interdites en droit international - et ne sont donc pas soumises aux obligations de cessation ou de restitutio in integrum. Par contre, ce principe ne saurait, en l'état actuel de la pratique internationale, être affirmé sans nuance, d'où la nécessité de s'en rapporter à la mise en oeuvre du principe général à travers les dispositions prévues ailleurs dans les présents articles.

supra note 59.

88/ Voir par exemple l'article III de la Convention de 1962 relative à la responsabilité des exploitants de navires nucléaires, supra note 64, et l'article 8 de la Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique, supra note 40.

89/ Supra note 58.

Article 6

Coopération

Les Etats intéressés coopèrent de bonne foi et au besoin cherchent à obtenir l'assistance d'une organisation internationale pour prévenir ou réduire au minimum le risque d'un dommage transfrontière significatif et, s'il est survenu un tel dommage, pour en réduire les effets au minimum, tant dans les Etats affectés que dans les Etats d'origine.

Commentaire

1) Le principe de la coopération entre les Etats est essentiel tant pour définir que pour mettre en oeuvre des moyens efficaces de prévenir ou de réduire au minimum le risque de causer un dommage transfrontière significatif. Cette coopération entre les Etats est requise à tous les stades de la planification et de la mise en oeuvre. Dans le Principe 24 de la Déclaration de Stockholm et le Principe 7 de la Déclaration de Rio, il est reconnu que la coopération est indispensable pour pouvoir planifier efficacement des mesures de protection de l'environnement. Des formes de coopération plus spécifiques sont prévues dans les articles du chapitre II, et en particulier les articles 13 à 18. Ces articles prévoient la participation de l'Etat affecté, qui est indispensable pour renforcer l'efficacité de toute action préventive. L'Etat affecté peut savoir mieux que quiconque quels sont les aspects de l'activité considérée qui risquent d'être le plus dommageables pour lui ou quelles sont les zones de son territoire proches de la frontière qui risquent d'être le plus affectées par les effets transfrontières de l'activité, par exemple un écosystème particulièrement vulnérable.

2) Le présent article fait obligation aux Etats intéressés de coopérer de bonne foi. Le paragraphe 2 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies prévoit que tous les Membres "doivent remplir de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées aux termes de la présente Charte". La Convention de Vienne sur le droit des traités et la Convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités affirment toutes deux dans leur préambule que le principe de la bonne foi est universellement reconnu. En outre, l'article 26 et le paragraphe 1 de l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités reconnaissent la place essentielle que ce principe occupe dans l'économie des traités. La décision de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des Essais nucléaires touche au champ d'application du principe de la bonne foi. Dans cette affaire, la Cour a déclaré que "l'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques,

quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi" 90/. Il découle de ce dictum de la Cour que le principe de la bonne foi vaut aussi pour les actes unilatéraux 91/. En fait, c'est "toute la structure des relations internationales" 92/ qui est empreinte de ce principe.

3) Le tribunal arbitral établi en 1985 pour trancher le différend entre le Canada et la France sur le filetage à l'intérieur du Golfe de Saint-Laurent reproché au chalutier français La Bretagne a estimé que le principe de la bonne foi était parmi les éléments qui assuraient une garantie suffisante contre tout risque d'exercice abusif de ses droits par une partie 93/.

4) Les mots "Les Etats intéressés" désignent l'Etat d'origine et l'Etat ou les Etats affecté(s). Si d'autres Etats sont en mesure de contribuer à la réalisation des objectifs visés par les présents articles, ils sont encouragés à coopérer mais n'ont aucune obligation juridique de le faire.

5) Le présent article prévoit que les Etats cherchent au besoin à obtenir l'assistance d'une organisation internationale pour s'acquitter de leurs obligations de prévention énoncées dans les présents articles. Cela signifie que les Etats ne doivent le faire que lorsqu'ils le jugent nécessaire. Les mots au besoin visent à tenir compte d'un certain nombre de possibilités, à savoir :

6) Premièrement, l'assistance des organisations internationales peut ne pas être appropriée ou nécessaire chaque fois qu'il s'agit de prévenir ou de réduire au minimum un dommage transfrontière. Il peut se trouver, par exemple, que l'Etat d'origine ou l'Etat affecté soient eux-mêmes avancés sur le plan technologique et possèdent autant ou même plus de capacités techniques que les organisations internationales de prévenir un dommage transfrontière significatif ou de le réduire au minimum. En pareil cas, il n'y a évidemment aucune obligation de rechercher l'assistance des organisations internationales.

90/ Supra note 70, p. 268.

91/ Voir M. Virally, critique de l'ouvrage de E. Zoller, La bonne foi en droit international public, 1977, dans American Journal of International Law, vol. 77, p. 130.

92/ Voir R. Rosenstock, "The Declaration of Principles of International Law Concerning Friendly Relations: A Survey", dans American Journal of International Law, vol. 65, p. 734.

93/ International Law Reports, vol. 82, p. 614.

7) Deuxièmement, les termes "organisation internationale" renvoie ici aux organisations qui sont compétentes et en mesure de fournir une assistance dans ces domaines. Même s'il y a de plus en plus d'organisations internationales, on ne peut pas présumer qu'il y aura nécessairement une organisation internationale ayant les capacités voulues pour intervenir dans un cas particulier.

8) Troisièmement, même s'il existe des organisations internationales compétentes, leur constitution peut les empêcher de répondre à de telles demandes des Etats : elle peut, par exemple, obliger (ou autoriser) certaines organisations à ne répondre qu'aux demandes d'assistance de leurs Etats membres ou les soumettre à d'autres contraintes. A l'évidence, le présent article ne vise pas à créer une quelconque obligation pour les organisations internationales de répondre aux demandes d'assistance qui leur sont adressées au titre de ses dispositions.

9) Quatrièmement, des demandes d'assistance peuvent être adressées aux organisations internationales par un ou plusieurs Etats intéressés. En vertu du principe de la coopération, il est préférable que ces demandes soient faites par tous les Etats intéressés. Toutefois, le fait qu'ils ne cherchent pas tous à obtenir l'assistance nécessaire ne lève pas l'obligation faite à chaque Etat de la demander. Bien entendu, la réponse et le type de concours apportés par une organisation internationale dans les cas où elle aura été sollicitée par un seul Etat dépendront de la nature de la demande, du type d'assistance qu'elle comporte, du lieu où l'organisation internationale devra la fournir, et ainsi de suite.

10) La dernière partie du présent article parle de "réduire les effets au minimum tant dans les Etats affectés que dans les Etats d'origine". Elle anticipe ainsi les situations dans lesquelles, à la suite d'un accident, il se produit, outre le dommage transfrontière significatif, un dommage massif dans l'Etat d'origine lui-même. Il s'agit d'exprimer l'idée que, de bien des façons, le dommage significatif risque fort de nuire à tous les Etats intéressés, en frappant l'Etat d'origine aussi bien que les autres Etats. Le dommage transfrontière devrait, dans toute la mesure possible, être considéré comme un problème exigeant des efforts communs et une coopération mutuelle pour en réduire les conséquences négatives au minimum. Cela ne veut évidemment pas dire qu'il s'agisse d'imposer une quelconque charge financière à l'Etat affecté pour réduire le dommage au minimum ou mener une opération de nettoyage dans l'Etat d'origine.

Article 7

Mise en oeuvre

Les Etats prennent les mesures législatives, administratives et autres nécessaires pour mettre en oeuvre les dispositions des présents articles.

Commentaire

1) Le présent article affirme ce qui pourrait être considéré comme une évidence, à savoir qu'en devenant parties aux présents articles, les Etats se trouveraient tenus de prendre les mesures de mise en oeuvre nécessaires, qu'elles soient de nature législative, administrative ou autre. Il a été placé ici à la fois pour souligner le caractère continu des présents articles, qui exigent que des mesures soient prises de temps à autre pour prévenir ou réduire au minimum les dommages transfrontières résultant d'activités auxquelles ils s'appliquent et pour prévoir, dans certaines circonstances, la responsabilité des dommages transfrontières significatifs qui surviendraient néanmoins 94/.

2) Dire que les Etats sont tenus de prendre les mesures nécessaires ne signifie pas qu'ils doivent obligatoirement se mêler eux-mêmes des problèmes d'exploitation concernant les activités auxquelles s'applique l'article premier. Lorsque ces activités sont exercées par des particuliers ou des entreprises, la seule obligation faite à l'Etat est d'instituer le cadre réglementaire approprié et de l'appliquer conformément aux présents articles. Cette application dans la situation considérée relèvera ensuite de l'administration courante ou, en cas de différend, des tribunaux judiciaires ou arbitraux, qui s'appuieront sur le principe de non-discrimination énoncé à l'article 21.

94/ Le libellé du présent article est calqué sur le début du paragraphe 2 de l'article 2 de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, ainsi conçu : "Chaque Partie prend les mesures juridiques, administratives ou autres nécessaires pour mettre en oeuvre les dispositions de la présente Convention, y compris, en ce qui concerne les activités proposées inscrites sur la liste figurant à l'Appendice I qui sont susceptibles d'avoir un impact transfrontière préjudiciable important, l'établissement d'une procédure d'évaluation de l'impact sur l'environnement permettant la participation du public et la constitution du dossier d'évaluation de l'impact sur l'environnement décrit dans l'Appendice II." Supra note 40.

Article 8

Relation avec d'autres règles du droit international

Le fait que les présents articles ne s'appliquent pas à un dommage transfrontière découlant d'un acte ou d'une omission illicite d'un Etat est sans préjudice de l'existence ou de l'application de toute autre règle du droit international se rapportant à cet acte ou à cette omission.

Commentaire

- 1) Il a déjà été souligné que les présents articles ne s'appliquent qu'aux activités qui ne sont pas interdites par le droit international, que l'interdiction vise l'exercice même de l'activité ou ses effets. Les présents articles ne jouent qu'à titre subsidiaire. Ils ne s'appliquent que dans les situations qui ne sont pas régies par une règle ou un régime internationaux plus spécifiques.
- 2) Ainsi, l'article 8 vise à préciser avec toute la clarté possible que les présents articles sont sans préjudice de l'existence, de l'application ou de l'effet de toute autre règle du droit international se rapportant à un acte ou une omission auxquels autrement - c'est-à-dire en l'absence de cette règle - ils pourraient être jugés applicables. Il s'ensuit qu'il ne faut rien induire du fait qu'une activité entre apparemment dans leur champ d'application quant à l'existence ou l'inexistence de toute autre règle du droit international, y compris toute autre règle primaire jouant dans le domaine du droit de la responsabilité des Etats en ce qui concerne l'activité considérée ou ses effets transfrontières, effectifs ou potentiels. La mention dans le présent article de "toute autre règle du droit international" s'entend aussi bien des règles conventionnelles que de celles du droit international coutumier. Elle est également censée recouvrir aussi bien les règles d'application particulière - que ce soit à une région déterminée ou à une activité spécifiée - que les règles de portée universelle ou générale. Cela ne fait que souligner encore le caractère secondaire des présents articles.

CHAPITRE II. PREVENTION

Article 9

Autorisation préalable

Les Etats veillent à ce que les activités visées à l'alinéa a) de l'article premier ne soient pas exercées sur leur territoire ou à un

autre titre sous leur juridiction ou leur contrôle sans leur autorisation préalable. Cette autorisation est également requise dans le cas où il est envisagé d'introduire dans une activité une modification substantielle qui risque de la transformer en une activité du type visé à l'alinéa a) de l'article premier.

Commentaire

1) Cet article impose aux Etats l'obligation de veiller à ce que des activités qui risquent de causer un dommage transfrontière significatif ne soient pas entreprises sur leur territoire ou à un autre titre sous leur juridiction ou leur contrôle sans leur autorisation préalable. Le terme "autorisation" désigne l'octroi par les autorités gouvernementales de la permission de mener une activité visée par les présents articles. Les Etats sont libres de choisir la forme de cette autorisation. Cet article sert d'introduction au chapitre sur la prévention, qui se rapporte à la mise en oeuvre du principe de prévention énoncé à l'article 4.

2) La Commission considère que le fait qu'une autorisation soit exigée oblige un Etat à vérifier si des activités comportant un risque éventuel de causer un dommage transfrontière significatif sont exercées sur son territoire ou à un autre titre sous sa juridiction ou son contrôle, et que l'Etat doit prendre les mesures indiquées dans ces articles. Cet article exige que l'Etat assume un rôle responsable et actif en réglementant les activités exercées sur son territoire ou sous sa juridiction ou son contrôle qui sont susceptibles de causer un dommage transfrontière significatif. La Commission note, à cet égard, que dans l'affaire de la Fonderie de Trail, le tribunal arbitral a jugé que le Canada avait "le devoir ... de veiller à ce que ce comportement [le comportement de la Fonderie de Trail] soit conforme à l'obligation qui incombait au dominion en vertu du droit international tel qu'il était interprété en l'espèce" 95/. Le tribunal a déclaré qu'en particulier, "la Fonderie de Trail sera tenue de s'abstenir de causer tout dommage par des émanations dans l'Etat de Washington" 96/. De l'avis de la Commission, l'article 9 est compatible avec cette exigence.

95/ Supra note 10, p. 1965 et 1966.

96/ Ibid., p. 1966.

- 3) Dans l'affaire du Détroit de Corfou, la Cour internationale de Justice a jugé que tout Etat avait l'obligation "de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats" 97/. La Commission considère que l'obligation d'autorisation préalable crée la présomption que les activités visées par les présents articles ont lieu sur le territoire d'un Etat ou à un autre titre sous sa juridiction ou son contrôle au su de cet Etat.
- 4) Les mots "sur leur territoire ou à un autre titre sous leur juridiction ou leur contrôle" ont été repris de l'article 2. L'expression "activités visées à l'alinéa a) de l'article premier" rappelle toutes les conditions que prévoit cet article pour qu'une activité rentre dans le champ d'application des présents articles.
- 5) La deuxième phrase de l'article 9 vise les cas dans lesquels il est envisagé d'introduire dans une activité autrement sans danger une modification importante, susceptible de la transformer en une activité qui risque de causer un dommage transfrontière significatif. L'introduction d'une telle modification exigerait aussi l'autorisation de l'Etat. Il est évident que l'autorisation préalable de l'Etat est également requise lorsqu'il est envisagé d'introduire un changement important dans une activité qui entre déjà dans le champ d'application de l'alinéa a) de l'article premier et que ce changement pourrait accroître le risque lié à cette activité ou modifier la nature ou l'étendue de ce risque.

Article 10

Evaluation du risque

Avant de prendre la décision d'autoriser une activité visée à l'alinéa a) de l'article premier, un Etat veille à ce qu'il soit procédé à l'évaluation du risque que comporte cette activité. Cette évaluation porte notamment sur les éventuels effets de l'activité en question sur les personnes ou les biens ainsi que sur l'environnement des autres Etats.

Commentaire

- 1) Aux termes de l'article 10, avant d'autoriser des exploitants à entreprendre des activités visées à l'alinéa a) de l'article premier, un Etat doit veiller à ce qu'il soit procédé à l'évaluation du risque que comporte l'activité de causer un dommage transfrontière significatif. Cette évaluation

97/ Supra note 9, p. 22.

permet à l'Etat de déterminer l'étendue et la nature du risque que présente une activité et, par conséquent, le type de mesures préventives qu'il doit prendre. La Commission estime que, dans la mesure où ces articles sont destinés à s'appliquer sur le plan mondial, ils ne peuvent pas être trop détaillés et doivent contenir uniquement ce qui est nécessaire à la clarté du texte.

2) Bien que l'évaluation des effets dans l'affaire de la Fonderie de Trail ne se rapporte peut-être pas directement à la responsabilité pour risque, elle a néanmoins fait ressortir la nécessité d'une évaluation des conséquences d'une activité comportant un risque important. Dans cette affaire, le tribunal a indiqué que l'étude effectuée par des spécialistes connus à la réputation bien établie était "probablement l'étude la plus approfondie jamais faite sur une région soumise à une pollution atmosphérique causée par de la fumée industrielle" 98/.

3) L'obligation énoncée à l'article 10 est compatible avec le Principe 17 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, qui prévoit aussi une étude d'impact des activités qui risquent d'avoir des effets nocifs importants sur l'environnement. Ce principe est ainsi énoncé :

"Une étude d'impact sur l'environnement, en tant qu'instrument national, doit être entreprise dans le cas des activités envisagées qui risquent d'avoir des effets nocifs importants sur l'environnement et dépendent de la décision d'une autorité nationale compétente" 99/.

L'obligation d'évaluer les effets nocifs de certaines activités est énoncée sous différentes formes dans de nombreux accords internationaux 100/.

98/ Supra note 10, p. 1973 et 1974.

99/ Supra note 15.

100/ Voir par exemple les articles 205 et 206 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, supra note 20; l'article 4 de la Convention sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique, supra note 40; l'article 8 du Protocole sur la protection de l'environnement (Traité sur l'Antarctique), du 4 octobre 1991, International Legal Materials, vol. 30, p. 1461; l'article 14 1) a) et b) de la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique, du 5 juin 1992 (doc. DPI/1307); l'article 14 de l'Accord de l'ANASE sur la conservation de la nature et des ressources naturelles, du 9 juillet 1985, PNUE, Selected Multilateral Treaties in the Field of Environment, vol. 2, p. 343; la Convention de Nouméa sur la protection des ressources naturelles et de l'environnement du Pacifique Sud, du 24 novembre 1986, International Legal Materials, vol. 26, p. 38; l'article XI de la Convention régionale de Koweït pour la coopération en vue de la protection du milieu marin contre la

L'exemple le plus notable est la Convention pour la protection du milieu marin dans la zone de la mer Baltique du 25 février 1991, qui est entièrement consacrée à la procédure à suivre pour effectuer une étude d'impact et au contenu d'une telle étude 101/.

4) Le soin de trancher la question de savoir qui doit procéder à l'évaluation est laissé aux Etats. Cette évaluation est normalement effectuée par des agents qui observent certains principes directeurs établis par les Etats. Il appartiendrait aux Etats eux-mêmes de régler ces questions dans leur législation interne ou des instruments internationaux applicables. Il est toutefois présumé qu'un Etat désignera une autorité, gouvernementale ou non, qui sera chargée d'apprécier l'évaluation au nom du gouvernement, et que celui-ci acceptera d'assumer la responsabilité des conclusions auxquelles cette autorité sera parvenue.

5) L'article ne précise pas quel devrait être le contenu de l'évaluation du risque. A l'évidence, l'évaluation du risque que comporte une activité ne peut être valablement effectuée que si cette évaluation établit une relation entre le risque et le dommage éventuel que celui-ci pourrait entraîner. La plupart des conventions et des instruments juridiques internationaux existants ne précisent pas quel doit être le contenu de l'évaluation. Il est cependant des exceptions comme la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, qui prévoit de façon

pollution, du 24 avril 1978, supra note 66; et la Convention régionale de Jeddah pour la conservation du milieu marin de la mer Rouge et du golfe d'Aden, du 14 février 1982, PNUE, Selected Multilateral Treaties in the Field of Environment, vol. 2, p. 144. Dans certains traités, l'obligation d'effectuer une étude d'impact est implicite. Par exemple, les deux traités multilatéraux concernant les systèmes de communication exigent que leurs signataires utilisent leurs systèmes de communication de manière à éviter des interférences avec ceux des autres Etats parties. Le paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention radiotélégraphique internationale de 1927 exige que les parties à la Convention exploitent leurs stations de manière à ne pas troubler les communications radioélectriques des autres gouvernements contractants et des particuliers autorisés par ces gouvernements. Société des Nations, Recueil des Traités, vol. LXXXIV, p. 106. La Convention internationale de 1936 concernant l'emploi de la radiodiffusion dans l'intérêt de la paix interdit toute émission qui serait de nature à inciter la population d'un autre Etat à agir d'une manière contraire à l'ordre intérieur ou à la sécurité de cet Etat (ibid., vol. CLXXXVI, p. 308).

101/ Pour le texte de la Convention, voir doc. E/ECE/1250, reproduit dans International Legal Materials, vol. 30, p. 800.

détaillée le contenu d'une telle évaluation 102/. Dans la conclusion No 8 de sa résolution 37/217 du 24 mars 1983 sur la coopération internationale dans le domaine de l'environnement, l'Assemblée générale prévoit également de façon détaillée le contenu de l'évaluation pour l'exploitation minière et le forage en mer 103/.

6) Dans leur majorité les membres de la Commission sont d'avis de laisser à la législation interne de l'Etat qui procède à l'évaluation le soin de déterminer quel devrait être, plus précisément, le contenu de celle-ci.

102/ L'article 4 de cette convention prévoit que l'évaluation de l'impact sur l'environnement d'un Etat partie doit contenir, au moins, les renseignements visés à l'appendice II de la Convention. L'appendice II énumère les neuf rubriques suivantes :

Contenu du dossier d'évaluation de l'impact sur l'environnement

Renseignements minimums devant figurer dans le dossier d'évaluation de l'impact sur l'environnement, en vertu de l'article 4 :

- a) Description de l'activité proposée et de son objet;
- b) Description, s'il y a lieu, des solutions de remplacement (par exemple en ce qui concerne le lieu d'implantation ou la technologie) qui peuvent être raisonnablement envisagées, sans omettre l'option "zéro";
- c) Description de l'environnement sur lequel l'activité proposée et les solutions de remplacement sont susceptibles d'avoir un impact important;
- d) Description de l'impact que l'activité proposée et les solutions de remplacement peuvent avoir sur l'environnement et estimation de son importance;
- e) Description des mesures correctives visant à réduire autant que possible l'impact préjudiciable sur l'environnement;
- f) Indication précise des méthodes de prévision et des hypothèses de base retenues ainsi que des données environnementales pertinentes utilisées;
- g) Inventaire des lacunes dans les connaissances et des incertitudes constatées en rassemblant les données requises;
- h) S'il y a lieu, aperçu des programmes de surveillance et de gestion et des plans éventuels pour l'analyse à posteriori;
- i) Résumé non technique avec, au besoin, une présentation visuelle (cartes, graphiques, etc.).

103/ Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-septième session, Supplément No 51 (A/37/51).

Une telle évaluation devrait porter, au moins, sur les effets dommageables éventuels que l'activité en cause pourrait avoir sur les personnes ou les biens ainsi que sur l'environnement d'autres Etats. Cette exigence, qui est formulée dans la seconde phrase de l'article 10, est censée éclaircir plus avant la référence faite, dans la première phrase, à l'évaluation du "risque que comporte cette activité" de causer un dommage transfrontière significatif. La Commission estime que ces éclaircissements supplémentaires s'imposent pour la simple raison que l'Etat d'origine sera tenu de communiquer l'évaluation du risque aux Etats qui pourraient pâtir du dommage causé par cette activité. Pour que ces Etats puissent évaluer le risque auquel ils pourraient être exposés, il leur faut savoir quels effets dommageables éventuels cette activité pourrait avoir sur eux et connaître aussi les probabilités qu'un dommage soit causé.

7) L'évaluation doit porter aussi sur les effets que l'activité pourrait avoir non seulement sur les personnes et les biens mais aussi sur l'environnement d'autres Etats. La Commission est convaincue de la nécessité de protéger l'environnement, ainsi que de l'importance que cette protection revêt, indépendamment de tout dommage susceptible d'être causé à tels ou tels êtres humains ou biens.

8) L'article 10 ne fait pas obligation aux Etats d'exiger une évaluation du risque pour toute activité qui est entreprise sur leur territoire ou à un autre titre sous leur juridiction ou leur contrôle. Les activités qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif présentent un certain nombre de caractéristiques générales, identifiables et susceptibles de fournir aux Etats quelque indication qui leur permettra de déterminer quelles activités pourraient relever des dispositions de ces articles. Par exemple, le type de source d'énergie utilisé pour la fabrication, l'emplacement de l'activité et sa proximité de la zone frontrière, etc., sont autant d'éléments susceptibles de fournir des indications sur le point de savoir si cette activité pourrait relever du champ d'application des présents articles. Il y a des substances qui sont énumérées dans certaines conventions comme étant dangereuses ou à risque, et le seul fait qu'elles soient utilisées dans le cadre d'une activité quelconque peut être une indication que ces activités pourraient causer un dommage

transfrontière significatif 104/. Il y a aussi certaines conventions qui énumèrent les activités présumées dommageables et qui pourraient indiquer que ces activités sont susceptibles de relever du champ d'application des présents articles 105/.

Article 11

Activités non autorisées

Si un Etat, ayant souscrit aux obligations énoncées dans les présents articles, constate qu'une activité visée à l'alinéa a) de l'article premier est déjà exercée sur son territoire ou à un autre titre sous sa juridiction ou son contrôle sans l'autorisation requise par l'article 9, il ordonne aux responsables de l'exécution de ladite activité de solliciter ladite autorisation. En attendant l'autorisation, l'Etat peut autoriser la poursuite de l'activité en question à ses propres risques.

104/ Par exemple, la Convention de 1974 pour la prévention de la pollution marine d'origine tellurique prévoit, en son article 4, l'obligation, pour les parties, d'éliminer ou de limiter la pollution de l'environnement par certaines substances, et la liste de ces substances figure à l'annexe de la Convention, PNUE, Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment, Ref. Series 3, 1983, p. 430. De même, la Convention de 1974 pour la protection du milieu marin dans la zone de la mer Baltique offre à l'annexe I une liste de substances dangereuses et à l'annexe II une liste de substances et de matières nuisibles, dont les dépôts sont soit interdits, soit strictement limités, *ibid.*, p. 405. Voir également le Protocole à la Convention de 1976 pour la protection de la mer Méditerranée contre la pollution, *ibid.*, p. 448; et la Convention de 1976 relative à la protection du Rhin contre la pollution chimique, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1124, p. 375.

105/ Voir par exemple l'appendice I de la Convention de 1991 sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, où un certain nombre d'activités telles que celles des raffineries de pétrole, centrales thermiques, installations destinées à la production ou à l'enrichissement de combustibles nucléaires, etc. sont identifiées comme pouvant être dangereuses pour l'environnement et exigeant une évaluation de l'impact sur l'environnement en vertu de la Convention, supra note 102. A l'annexe II de la Convention de 1993 sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, des activités telles que celles d'installations ou de sites destinés à l'élimination totale ou partielle de déchets solides, liquides ou gazeux par incinération au sol ou en mer, d'installations ou de sites destinés à la dégradation thermique de déchets solides, gazeux ou liquides au moyen d'une alimentation réduite en oxygène, etc. ont été identifiées comme étant des activités dangereuses. L'annexe I de cette dernière convention contient aussi une liste des substances dangereuses. Supra note 59.

Commentaire

- 1) L'article 11 est censé s'appliquer aux activités relevant du champ d'application de l'alinéa a) de l'article premier qui étaient menées dans un Etat avant que celui-ci ne souscrive aux obligations énoncées dans les présents articles. Le membre de phrase "ayant souscrit aux obligations énoncées dans les présents articles" est sans préjudice de la forme définitive que revêtiront les présents articles.
- 2) Conformément à cet article, lorsqu'un Etat "constate" qu'une activité de ce type est menée sur son territoire ou à un autre titre sous sa juridiction ou son contrôle au moment où il assume les obligations énoncées dans les présents articles, il doit "ordonner" aux responsables de l'exécution de l'activité de solliciter l'autorisation requise. Les mots "ladite autorisation" s'entendent ici des autorisations requises en vertu du droit interne de l'Etat aux fins de l'exécution des obligations découlant des présents articles.
- 3) La Commission sait bien qu'il serait peut-être déraisonnable de demander aux Etats, quand ils souscrivent aux obligations qu'imposent les présents articles, d'appliquer immédiatement ces derniers aux activités existantes. Exiger une application immédiate pourrait avoir pour effet de mettre un Etat en situation d'infraction à l'article au moment où il souscrit aux obligations énoncées dans les articles. De plus, il se pourrait qu'au moment où il souscrit aux obligations prévues par les présents articles, un Etat ne connaisse pas l'existence de toutes les activités du type visé qui sont exercées sur son territoire ou sous sa juridiction ou son contrôle. C'est pourquoi il est prévu dans l'article que lorsqu'un Etat "constate" l'existence d'une activité de ce type, il doit se conformer aux obligations prévues. Le mot "constater", tel qu'il est employé dans l'article, ne devrait cependant pas être interprété de manière à autoriser les Etats à attendre simplement que ces informations soient portées à leur connaissance par d'autres Etats ou des entités privées. Le mot "constater" devrait être entendu dans le contexte de l'obligation de due diligence, en vertu de laquelle les Etats doivent déployer de bonne foi des efforts raisonnables pour recenser les activités de ce type.
- 4) Il faudra peut-être un certain temps à l'exploitant de l'activité pour s'acquitter des obligations concernant l'autorisation à obtenir. La Commission considère que le choix entre l'interruption de l'activité en attendant l'autorisation ou la poursuite de l'activité pendant que l'exploitant sollicite l'autorisation devrait être laissé à l'Etat d'origine. Si cet Etat

choisit d'autoriser la poursuite de l'activité, il le fait à ses propres risques. La Commission pense que, en l'absence d'éléments dans l'article indiquant les conséquences possibles de ce choix, l'Etat d'origine ne sera pas incité à exécuter les obligations imposées par les présents articles, et à le faire rapidement. Par conséquent, l'expression "à ses propres risques" répond à l'intention : a) d'établir un lien, au cas où un dommage serait causé, avec les dispositions du chapitre III prévoyant des négociations sur la nature et l'ampleur de l'indemnisation ou autre forme de réparation; et b) de laisser ouverte la possibilité d'appliquer toute règle de droit international sur la responsabilité (responsibility) dans les circonstances envisagées.

5) Certains membres de la Commission se sont déclarés partisans de la suppression des mots "à ses propres risques". A leur avis, cette expression laissait supposer que l'Etat d'origine pouvait être tenu pour responsable de tout dommage causé par les activités visées avant que l'autorisation ne soit accordée. Les réserves émises par ces membres s'appliquaient aussi à l'emploi de cette expression au paragraphe 3 de l'article 17. En revanche, d'autres membres de la Commission se sont déclarés favorables au maintien de l'expression. Ils ont estimé qu'elle ne sous-entendait pas que l'Etat d'origine était responsable de tout dommage causé : elle ne faisait que maintenir ouverte cette éventualité, qui pourrait donner lieu aux négociations prévues au chapitre III. Ils ont estimé également que la suppression de cette expression modifierait l'équilibre délicat établi par l'article entre les intérêts de l'Etat d'origine et ceux des Etats susceptibles d'être affectés.

6) On présume que s'il refuse l'autorisation, l'Etat d'origine mettra fin à l'activité. S'il ne le fait pas, on présumera que l'activité est exercée au su de cet Etat et avec son assentiment et, si un dommage survient, la situation constituera l'un des facteurs qui, aux termes de l'article 22, et notamment de son alinéa a), sont à prendre en considération dans les négociations sur une indemnisation ou autre forme de réparation.

Article 12

Non-déplacement du risque

Lorsqu'ils prennent des mesures pour prévenir ou réduire au minimum un risque de dommage transfrontière significatif causé par une activité visée à l'alinéa a) de l'article premier, les Etats veillent à ne pas simplement déplacer, directement ou indirectement, ce risque ni le transformer en un risque d'un autre type.

Commentaire

1) Cet article énonce le principe général de non-déplacement du risque. Il exige que, lorsqu'ils prennent des mesures pour prévenir ou réduire au minimum un risque de causer un dommage transfrontière significatif, les Etats veillent à ne pas "simplement" déplacer, directement ou indirectement, ce risque, ou le transformer en un risque d'un autre type. Cet article s'inspire de la nouvelle tendance qui s'est fait jour dans le droit de l'environnement et qu'a entérinée d'abord la Conférence de Stockholm sur l'environnement selon laquelle il convient d'élaborer une politique d'ensemble pour la protection de l'environnement. Le Principe 13 des Principes généraux pour évaluer et combattre la pollution des mers suggérés par le Groupe de travail intergouvernemental sur la pollution des mers et approuvés par la Conférence des Nations Unies sur l'environnement dispose :

"Il y a lieu de veiller à ce que les mesures prises pour prévenir la pollution des mers et lutter contre cette pollution (en particulier les interdictions directes et les limites expresses de rejet) ne se traduisent pas tout simplement par un transfert des dommages ou des risques d'une partie de l'environnement à une autre" 106/.

2) Ce Principe a été incorporé dans l'article 195 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer qui dispose :

"Lorsqu'ils prennent des mesures pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin, les Etats agissent de manière à ne pas déplacer, directement ou indirectement, le préjudice ou les risques d'une zone dans une autre et à ne pas remplacer un type de pollution par un autre" 107/.

L'article II, paragraphe 2, du Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières énonce également un principe analogue :

"En prenant des mesures pour contrôler et réglementer les activités et les matières dangereuses, prévenir et maîtriser la pollution accidentelle, et atténuer les effets des dommages causés par une pollution accidentelle, les pays devraient tout faire pour ne pas transférer directement ou indirectement des dommages ou des risques d'un type d'environnement à un autre et ne pas transformer un type de pollution en un autre type" 108/.

106/ Supra note 11.

107/ Supra note 43.

108/ Supra note 37.

3) La Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement décourage les Etats, dans son Principe 14, de transférer dans d'autres Etats des activités et des substances dangereuses pour l'environnement et la santé de l'homme. Même s'il vise essentiellement un problème différent, ce Principe est plutôt plus limité que le Principe 13 des Principes généraux pour évaluer et combattre la pollution des mers, le droit de la mer et le Code de conduite mentionnés plus haut. Le Principe 14 se lit comme suit :

"Les Etats doivent concerter efficacement leurs efforts pour décourager ou prévenir les déplacements et les transferts dans d'autres Etats de toutes activités et substances qui provoquent une grave détérioration de l'environnement ou dont on a constaté qu'elles étaient nocives pour la santé humaine de l'homme" 109/.

4) Le membre de phrase "simplement déplacer ... transformer" vise à exclure les mesures qui sont censées prévenir ou réduire au minimum le risque mais qui en fait ne font que l'externaliser en le transférant à un autre stade ou à une autre activité sans le réduire de manière significative (voir Principe 13 des Principes généraux pour évaluer et combattre la pollution des mers adoptés par la Conférence de Stockholm). La Commission n'ignore pas que, dans le contexte de ce sujet, le choix d'une activité, le lieu où elle doit se dérouler et l'emploi de mesures visant à prévenir ou à réduire le risque de dommage transfrontière sont, en général, des questions qui doivent être résolues par un processus de recherche d'un équilibre équitable des intérêts des parties concernées. C'est évidemment dans ce contexte que doit être comprise l'obligation qu'impose cet article. Toutefois, la Commission est d'avis que dans le processus de recherche d'un équilibre équitable des intérêts, les parties doivent tenir compte du principe général énoncé dans cet article.

5) Le terme "déplacer" vise un mouvement physique d'un endroit à un autre. Le mot "transformer" est employé à l'article 195 de la Convention sur le droit de la mer et se réfère à la qualité ou à la nature du risque. Les mots "directement ou indirectement" sont employés dans l'article 195 de la Convention sur le droit de la mer et visent à imposer aux Etats un degré de soin beaucoup plus élevé dans l'exécution des obligations que leur impose cet article.

109/ Supra note 15.

Article 13

Notification et information

1. Si l'évaluation prévue à l'article 10 fait apparaître un risque de dommage transfrontière significatif, l'Etat d'origine en informe sans retard les Etats susceptibles d'être affectés et leur communique les informations techniques et autres informations pertinentes disponibles sur lesquelles l'évaluation est fondée, en leur fixant un délai de réponse raisonnable.

2. Si l'Etat d'origine apprend ultérieurement que d'autres Etats sont susceptibles d'être affectés, il les en informe sans retard.

Commentaire

1) L'article 13 envisage les cas où l'évaluation à laquelle un Etat procède en application de l'article 10 indique que l'activité envisagée comporte effectivement un risque de causer un dommage transfrontière significatif.

Cet article définit, avec les articles 14, 15, 17 et 18, une série de procédures essentielles pour équilibrer les intérêts de tous les Etats concernés en leur donnant une possibilité raisonnable de déterminer comment entreprendre l'activité tout en prenant des mesures raisonnables et satisfaisantes pour prévenir le dommage transfrontière ou le réduire au minimum.

2) L'article 13 oblige l'Etat d'origine à adresser une notification aux Etats susceptibles d'être affectés par l'activité envisagée. Il s'agit en l'occurrence des activités projetées tant par l'Etat lui-même que par des entités privées. L'obligation de notifier est un élément indispensable de tout système visant à prévenir le dommage transfrontière ou à le réduire au minimum.

3) L'obligation d'informer les autres Etats des risques de dommage significatif auquel ils sont exposés est consacrée dans l'arrêt rendu dans l'affaire du détroit de Corfou, dans lequel la Cour internationale de Justice a jugé que l'obligation d'avertir était fondée sur "des considérations élémentaires d'humanité" 110/. Ce principe est reconnu dans le contexte de l'utilisation des cours d'eau internationaux et il est dans ce même contexte consacré dans un certain nombre d'accords internationaux, de décisions de tribunaux internationaux, de déclarations et de résolutions adoptées par des organisations, conférences et réunions intergouvernementales et d'études

110/ Supra note 9, p. 22.

établies par des organisations intergouvernementales et non gouvernementales internationales 111/.

4) L'utilisation des cours d'eau internationaux mise à part, le principe de notification a été reconnu en ce qui concerne d'autres activités ayant des effets transfrontières. Par exemple, l'article 3 de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière 112/ et les articles 3 et 10 de la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels 113/. Dans le Principe 19 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, il est précisé que la notification doit être faite suffisamment à l'avance :

"Les Etats doivent prévenir suffisamment à l'avance les Etats susceptibles d'être affectés et leur communiquer toutes informations pertinentes sur les activités qui peuvent avoir des effets transfrontières sérieusement nocifs sur l'environnement et mener des consultations avec ces Etats rapidement et de bonne foi" 114/.

5) La procédure de notification a été établie par un certain nombre de résolutions de l'OCDE. Par exemple, en ce qui concerne certaines substances chimiques, la résolution C(71)73 de l'OCDE, en date du 18 mai 1971, dispose que tout Etat membre doit recevoir notification préalable des mesures envisagées par un autre Etat membre en ce qui concerne les substances ayant une incidence sur l'homme ou son environnement, dans les cas où ces mesures peuvent avoir des effets importants sur l'économie et le commerce d'autres Etats 115/. La résolution C(74)224 de l'OCDE, en date du 14 novembre 1974, intitulée "Principes relatifs à la pollution transfrontière", exige dans son "Principe d'information et de consultation" une notification et des

111/ Pour des traités prévoyant une notification préalable et un échange d'informations en ce qui concerne les cours d'eau, voir le commentaire de l'article 12, "Notification des mesures projetées pouvant avoir des effets négatifs", du projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, supra note 62.

112/ L'article 3 de la Convention prévoit un système de notification élaboré, supra note 101.

113/ International Legal Materials, vol. 31, p. 1333.

114/ Supra note 15.

115/ OCDE, L'OCDE et l'environnement, 1986, p. 105, par. 4, de l'annexe.

consultations avant le début de toute activité susceptible de créer un risque sensible de pollution transfrontière 116/.

6) Le principe de notification est bien établi en cas d'urgence écologique. Le Principe 18 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement 117/, l'article 198 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer 118/, l'article 2 de la Convention sur la notification rapide d'un accident nucléaire 119/, l'article 14 1) d) et 3) de la Convention sur la diversité biologique 120/ et l'article 5 1) c) de la Convention internationale sur la préparation, l'intervention et la coopération en cas de pollution par les hydrocarbures 121/ exigent tous une notification.

7) Si l'évaluation fait apparaître un risque de dommage transfrontière significatif, l'Etat qui projette d'entreprendre l'activité en question est tenu, en application du paragraphe 1, d'en informer les Etats susceptibles d'être affectés. Cette notification est accompagnée des informations techniques disponibles sur lesquelles l'évaluation est fondée. S'il est question des informations techniques et autres informations pertinentes "disponibles", c'est pour indiquer que l'obligation de l'Etat d'origine se limite à la communication des informations techniques et autres qui ont été réunies en ce qui concerne l'activité. Ces informations sont généralement obtenues à l'occasion de l'évaluation effectuée en application de l'article 10. Le paragraphe 1 part du principe que les informations techniques résultant de l'évaluation comprennent non seulement ce qu'on pourrait appeler les données brutes, à savoir les fiches techniques, statistiques, etc., mais aussi l'analyse des informations utilisée par l'Etat d'origine lui-même pour évaluer le risque de dommage transfrontière.

116/ Ibid., p. 167.

117/ Supra note 15.

118/ Supra note 20.

119/ International Legal Materials, vol. 25, p. 1369.

120/ Supra note 100.

121/ International Legal Materials, vol. 30, p. 735.

8) Les Etats sont libres de décider comment informer les Etats susceptibles d'être affectés. En règle générale, ils se mettront directement en rapport avec ceux-ci par la voie diplomatique. En l'absence de relations diplomatiques, ils pourront les informer par l'intermédiaire d'un Etat tiers.

9) Le paragraphe 2 concerne les cas où l'Etat d'origine, malgré tous ses efforts et sa diligence, ne peut identifier avant d'autoriser l'activité tous les Etats susceptibles d'être affectés et n'en est informé qu'après que l'activité a commencé. En application de ce paragraphe, dans un tel cas l'Etat d'origine doit procéder à la notification sans retard. L'expression sans retard oblige l'Etat d'origine à procéder à la notification dès que l'information parvient à sa connaissance et qu'il a eu la possibilité, dans un délai raisonnable, de déterminer que certains autres Etats sont susceptibles d'être affectés par l'activité.

Article 14

Echange d'informations

Pendant le déroulement de l'activité, les Etats intéressés échangent en temps voulu toutes informations utiles pour prévenir ou réduire au minimum le risque de dommage transfrontière significatif.

Commentaire

1) L'article 14 traite des mesures à prendre après qu'une activité a été entreprise. Le but de toutes ces mesures est le même que dans les articles précédents, à savoir prévenir ou réduire au minimum le risque de causer un dommage transfrontière significatif.

2) L'article 14 exige de l'Etat d'origine et des Etats susceptibles d'être affectés qu'ils échangent des informations concernant l'activité, après le lancement de celle-ci. De l'avis de la Commission, l'action de prévenir et réduire au minimum le risque de dommage transfrontière en se fondant sur la notion de due diligence n'est pas une action ponctuelle et définitive; elle exige des efforts continus. Il en résulte que l'obligation de due diligence ne prend pas fin après l'octroi de l'autorisation pour l'activité considérée et la mise en route de celle-ci; elle continue d'exister sur le plan du contrôle de la mise en oeuvre de l'activité aussi longtemps que celle-ci se poursuit.

3) Les informations qui doivent être échangées, en vertu de l'article 14, sont toutes celles qui seraient utiles, dans le cas d'espèce, aux fins de la prévention du risque de dommage significatif. Normalement, c'est l'Etat d'origine qui a connaissance de ces informations mais, lorsque l'Etat qui est

susceptible d'être affecté dispose d'informations pouvant être utiles aux fins de la prévention, il doit les communiquer à l'Etat d'origine.

4) La prescription relative à l'échange d'informations est assez courante dans les conventions destinées à prévenir ou réduire les dommages écologiques et transfrontières. Ces conventions prévoient divers modes de collecte et d'échange d'informations, soit que l'échange ait lieu entre les parties, soit que les informations soient communiquées à une organisation internationale qui les met à la disposition des autres Etats 122/. Dans le contexte des présents articles, où les activités risquent fort de ne concerner que quelques Etats, l'échange d'informations s'effectue directement entre les Etats intéressés. Lorsque les informations sont susceptibles d'affecter un grand nombre d'Etats, les informations pertinentes peuvent être échangées par d'autres moyens, par l'entremise d'organisations internationales compétentes, par exemple.

5) L'article 14 exige que ces informations soient échangées en temps voulu, ce qui signifie que lorsque l'Etat a connaissance de ces informations, il doit en informer rapidement les autres Etats afin que les Etats intéressés aient le temps de se consulter sur les mesures préventives appropriées ou que les Etats susceptibles d'être affectés aient le temps de prendre les mesures qui s'imposent.

122/ Par exemple, l'article 10 de la Convention pour la prévention de la pollution marine d'origine tellurique, International Legal Materials, vol. 13, p. 352; l'article 4 de la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone, ibid., vol. 26, p. 1529; et l'article 200 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer; supra note 20, parlent de recherches individuelles ou collectives par les Etats parties touchant la prévention ou la réduction de la pollution et de la transmission de l'information ainsi obtenue, directement entre Etats ou par l'entremise d'une organisation internationale compétente. La Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance prévoit des travaux de recherche et l'échange d'informations concernant l'impact des activités entreprises par les Etats parties à la Convention, International Legal Materials, vol. 18, p. 1442. L'on peut trouver aussi des exemples dans d'autres conventions, notamment l'article VI, par. 1 iii), du Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières, supra note 37; l'article 17 de la Convention sur la diversité biologique, supra note 100; et l'article 13 de la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux, supra note 48.

6) L'article 14 ne contient aucune prescription quant à la fréquence des échanges d'informations. L'obligation posée par l'article 14 ne joue qu'à partir du moment où les Etats disposent d'une information pertinente pour la prévention ou la réduction au minimum du dommage transfrontière.

Article 15

Information du public

Les Etats, dans la mesure du possible et par les moyens appropriés, tiennent leur public susceptible d'être affecté par une activité visée à l'alinéa a) de l'article premier informé de ladite activité, du risque qu'elle comporte et du dommage qui pourrait en résulter, et ils s'informent eux-mêmes de son opinion.

Commentaire

1) L'article 15 exige des Etats qu'ils informent leur public, dans la mesure du possible et par les moyens appropriés, du risque que comporte une activité sujette à autorisation et du dommage qui pourrait en résulter, et qu'ils s'informent eux-mêmes de son opinion sur la question. Cet article exige donc des Etats deux choses : a) qu'ils informent leur public de l'activité considérée, du risque qu'elle comporte et du dommage qui pourrait en résulter, et b) qu'ils s'informent eux-mêmes de l'opinion du public. Il est évident que l'information du public vise à permettre à ses membres de s'informer eux-mêmes, et ensuite à l'Etat de s'informer de l'opinion du public. Omettre cette deuxième étape serait aller à l'encontre du but de l'article.

2) Les informations à fournir au public sont des informations sur l'activité elle-même ainsi que sur la nature et l'ampleur du risque qu'elle comporte et du dommage qui pourrait en résulter. Ces informations se trouvent dans les documents qui accompagnent la notification effectuée conformément à l'article 13 ou dans l'évaluation à laquelle l'Etat susceptible d'être affecté peut procéder conformément à l'article 18.

3) Cet article s'inspire des nouvelles tendances qui se font jour en droit international en général et dans le droit de l'environnement en particulier, visant à associer aux processus de prise de décisions les individus dont la vie, la santé, les biens et l'environnement sont susceptibles d'être affectés, en leur donnant la possibilité de faire connaître leur point de vue et de se faire entendre de ceux qui statuent en dernier ressort.

4) Le Principe 10 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement prévoit la participation du public aux processus de prise de décisions dans les termes suivants :

"La meilleure façon de traiter les questions d'environnement est d'assurer la participation de tous les citoyens concernés, au niveau qui convient. Au niveau national, chaque individu doit avoir dûment accès aux informations relatives à l'environnement que détiennent les autorités publiques, y compris aux informations relatives aux substances et activités dangereuses dans leurs collectivités, et avoir la possibilité de participer aux processus de prise de décisions. Les Etats doivent faciliter et encourager la sensibilisation et la participation du public en mettant les informations à la disposition de celui-ci. Un accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours, doit être assuré" 123/.

5) Un certain nombre d'autres accords internationaux récents traitant de questions d'environnement prévoient que les Etats doivent informer le public et lui donner la possibilité de participer aux processus de prise de décisions. Les paragraphes 1 et 2 de l'article VII du Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières sont intéressants à cet égard :

"1. Pour promouvoir une prise de décisions en connaissance de cause par les autorités centrales, régionales ou locales dans les délibérations relatives à une pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières, les pays devraient faciliter la participation du public qui pourrait subir un préjudice aux auditions et enquêtes préliminaires et la présentation d'objections concernant les décisions proposées, ainsi que le recours et la représentation dans les instances administratives et judiciaires.

2. Les pays dans lesquels se produit un incident devraient prendre toutes les mesures appropriées pour fournir aux personnes physiques et morales exposées à un risque important de pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières des renseignements suffisants pour leur permettre d'exercer les droits qui leur sont accordés en droit interne conformément aux objectifs du présent Code" 124/.

L'article 16 de la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux 125/, l'article 3, paragraphe 8, de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière 126/, l'article 17 de la Convention pour la protection du milieu marin dans la zone de la mer

123/ Supra note 15.

124/ Supra note 37.

125/ Supra note 48.

126/ Supra note 40.

Baltique 127/ et l'article 6 de la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques 128/ prévoient tous que le public doit être tenu informé.

6) Les modalités de participation aux processus de prise de décisions sont nombreuses. Examiner les données et les informations sur la base desquelles les décisions seront prises et pouvoir confirmer ou contester l'exactitude des faits, l'analyse et les considérations de politique, que ce soit en saisissant les tribunaux administratifs ou d'autres juridictions ou par le biais de groupements de citoyens intéressés, est un moyen de participer à la prise des décisions. De l'avis de la Commission, ce mode de participation contribue aux efforts déployés pour prévenir les dommages transfrontières et à l'environnement.

7) L'obligation énoncée à l'article 15 est circonscrite par le membre de phrase "dans la mesure du possible et par les moyens appropriés". Les mots "dans la mesure du possible", qui ont ici une connotation plus normative que factuelle, visent à ce que soient prises en considération les éventuelles contraintes constitutionnelles et autres auxquelles les pays sont sujets - certains pays peuvent ne pas connaître la pratique du débat public par exemple. Les termes "par les moyens appropriés" visent à laisser aux Etats le soin de choisir les moyens par lesquels cette information peut être diffusée, en fonction des exigences de leur droit interne et de leur politique en ce qui concerne par exemple la question de savoir si cette information devrait être fournie par les médias, des organisations non gouvernementales, des organismes gouvernementaux, les autorités locales, etc.

8) L'article 15 limite l'obligation de chaque Etat à l'information de son propre public. Les termes "Les Etats ... tiennent leur public" ne font pas obligation aux Etats d'informer le public d'un autre Etat. Ainsi, l'Etat susceptible d'être affecté, après avoir reçu la notification et les informations qui lui ont été adressées par l'Etat d'origine, doit, dans la mesure du possible et par les moyens appropriés, informer la partie de son propre public susceptible d'être affectée avant de répondre à la notification.

127/ Supra note 66.

128/ International Legal Materials, vol. 31, p. 851.

Article 16

Sécurité nationale et secrets industriels

L'Etat d'origine n'est pas tenu de communiquer des données et informations qui sont vitales pour sa sécurité nationale ou pour la protection de ses secrets industriels, mais il coopère de bonne foi avec les autres Etats intéressés pour fournir autant d'informations que les circonstances le permettent.

Commentaire

1) L'article 16 a pour objet d'assortir d'une exception limitée l'obligation qu'ont les Etats de fournir des informations en application des articles 13, 14 et 15. De l'avis de la Commission, les Etats ne devraient pas être tenus de divulguer des informations qui sont vitales pour leur sécurité nationale ou qui sont réputées être des secrets industriels. Ce type de disposition n'est pas rare dans les instruments qui imposent l'échange d'informations. C'est ainsi que l'article 31 du projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation 129/ prévoit lui aussi une exception analogue à l'obligation de divulguer les informations.

2) L'article 16 vise, outre la sécurité nationale, les secrets industriels. Dans le cadre des présents articles, il est fort probable que certaines des activités relevant du champ d'application de l'article premier mettent en jeu des techniques de pointe faisant intervenir certains types d'informations qui sont protégés même par le droit interne. Normalement, le droit interne des Etats détermine les informations réputées constituer un secret industriel et prévoit leur protection. Ce type de clause de sauvegarde n'est pas exceptionnel dans les instruments juridiques traitant de l'échange d'informations liées aux activités industrielles. Par exemple, l'article 8 de la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux 130/ et le paragraphe 8 de l'article 2 de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière 131/ prévoient une protection analogue pour les secrets industriels et commerciaux.

129/ Supra note 62.

130/ Supra note 48.

131/ Supra note 40.

3) L'article 16 reconnaît la nécessité d'établir un équilibre entre les intérêts légitimes de l'Etat d'origine et ceux des Etats susceptibles d'être affectés. Il impose donc à l'Etat d'origine qui ne communique pas les informations en arguant de la sécurité nationale ou du secret industriel l'obligation de coopérer de bonne foi avec les autres Etats pour fournir autant d'informations que les circonstances le permettent. Les mots "autant d'informations" visent notamment, par exemple, la description générale du risque et le type et l'ampleur du dommage auquel un Etat peut être exposé. Les mots "les circonstances" renvoient aux conditions mises en avant pour ne pas communiquer l'information. L'article 16 repose sur la coopération de bonne foi des parties.

Article 17

Consultations sur les mesures préventives

1. Les Etats intéressés engagent, à la demande de l'un quelconque d'entre eux et sans retard, des consultations en vue de parvenir à des solutions acceptables concernant les mesures à adopter pour prévenir ou réduire au minimum le risque de dommage transfrontière significatif et ils coopèrent en vue de l'application de ces mesures.
2. Les Etats recherchent des solutions fondées sur un juste équilibre des intérêts, à la lumière de l'article 19.
3. Si les consultations visées au paragraphe 1 ne permettent pas d'aboutir à une solution concertée, l'Etat d'origine tient néanmoins compte des intérêts des Etats susceptibles d'être affectés et peut poursuivre l'activité à ses propres risques, sans préjudice du droit qu'a tout Etat refusant son accord de se prévaloir des droits qui peuvent lui être reconnus en vertu des présents articles ou à un autre titre.

Commentaire

- 1) L'article 17 impose aux Etats concernés, c'est-à-dire l'Etat d'origine et les Etats susceptibles d'être affectés, l'obligation d'engager des consultations en vue de convenir des mesures à prendre pour prévenir ou réduire au minimum le risque de dommage transfrontière significatif. Selon le moment où l'article 17 est invoqué, les consultations peuvent avoir lieu avant l'autorisation et le démarrage de l'activité, ou au cours de l'exécution de l'activité.
- 2) La Commission a essayé de maintenir dans cet article un équilibre entre deux considérations également importantes. Premièrement, l'article vise les activités qui ne sont pas interdites par le droit international et qui, généralement, revêtent une importance pour le développement économique de

l'Etat d'origine. Mais, deuxièmement, il serait injuste à l'égard d'autres Etats de permettre que ces activités soient conduites sans qu'ils soient consultés et sans que les mesures préventives appropriées soient prises. C'est pourquoi l'article ne prévoit ni une simple formalité que l'Etat d'origine doit accomplir sans vraiment avoir l'intention de parvenir à une solution acceptable pour les autres Etats, ni un droit de veto au bénéfice des Etats susceptibles d'être affectés. Pour maintenir un équilibre, l'article s'appuie sur les modalités et la finalité des consultations engagées par les parties. Les parties doivent engager des consultations de bonne foi et doivent tenir compte des intérêts légitimes de chacune d'elles. Les parties se consultent pour arriver à une solution acceptable concernant les mesures à adopter pour prévenir ou réduire au minimum le risque de dommage transfrontière significatif.

3) De l'avis de la Commission, le principe de bonne foi fait partie intégrante de toute obligation de conduire des consultations et des négociations. Dans la sentence qu'il a rendue dans l'affaire du lac Lanoux, le Tribunal a consacré comme suit l'obligation des parties d'engager des consultations et de négocier sincèrement et de bonne foi :

"Les consultations et les négociations entre les deux Etats doivent être sincères, doivent être conformes aux règles de la bonne foi et ne doivent pas se réduire à de simples formalités. Les règles de la raison et de la bonne foi sont applicables aux droits et devoirs procéduraux relatifs au partage de l'utilisation des cours d'eau internationaux" 132/.

4) S'agissant de ce point particulier de la bonne foi, la Commission s'appuie aussi sur l'arrêt que la Cour internationale de Justice a rendu dans l'affaire de la Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande). La Cour a dit ce qui suit : "Leur tâche [des parties] sera de conduire leurs négociations dans un esprit tel que chacune doive, de bonne foi, tenir raisonnablement compte des droits de l'autre" 133/. La Commission juge aussi intéressante en l'espèce la décision rendue par la Cour internationale de Justice dans les affaires du Plateau continental de la mer du Nord

132/ Supra note 27.

133/ Affaire de la Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), fond, arrêt du 25 juillet 1974, C.I.J. Recueil 1974, par. 78.

(République fédérale d'Allemagne c. Danemark et République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas) 134/, à propos de la manière dont les

négociations devraient être conduites. Dans ces affaires, la Cour a dit que :

"a) les parties sont tenues d'engager une négociation en vue de réaliser un accord et non pas simplement de procéder à une négociation formelle comme une sorte de condition préalable à l'application automatique d'une certaine méthode de délimitation faite d'accord; les parties ont l'obligation de se comporter de telle manière que la négociation ait un sens, ce qui n'est pas le cas lorsque l'une d'elles insiste sur sa propre position sans envisager aucune modification" 135/.

Même si dans cet arrêt la Cour parle de "négociation", la Commission considère que l'obligation de bonne foi requise des parties vaut aussi bien dans le cas des consultations que dans celui des négociations.

5) En vertu du paragraphe 1, les Etats intéressés engagent des consultations à la demande de l'un quelconque d'entre eux, c'est-à-dire soit l'Etat d'origine, soit l'un quelconque des Etats susceptibles d'être affectés. Les parties engagent des consultations sans retard. Cette expression vise à éviter les situations où un Etat, après avoir été invité à engager des consultations, trouverait des excuses déraisonnables à des fins dilatoires.

6) Le but des consultations, pour les parties, est a) de trouver des solutions acceptables concernant les mesures à adopter afin de prévenir ou de réduire au minimum le risque de dommage transfrontière significatif, et b) de coopérer à l'application de ces mesures. Les termes "solutions acceptables", concernant l'adoption de mesures préventives, renvoient aux mesures qui sont acceptées par les parties dans le cadre des directives énoncées au paragraphe 2. De façon générale, le consentement des parties aux mesures préventives s'exprimera par la voie d'un accord sous une forme ou une autre.

7) Les parties devraient de toute évidence chercher d'abord à identifier les mesures qui peuvent éviter tout risque de dommage transfrontière significatif ou, si cela n'est pas possible, qui réduisent au minimum le risque d'un tel dommage. Une fois ces mesures identifiées, les parties sont tenues, en vertu du dernier membre de phrase du paragraphe 1, de coopérer à leur application.

134/ Affaires du Plateau continental de la mer du Nord (République fédérale d'Allemagne c. Danemark; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas), arrêt du 20 février 1969, C.I.J. Recueil 1969, en particulier par. 85 et 87.

135/ Ibid., par. 85.

Cette exigence, là encore, s'explique par l'idée que l'obligation de diligence, au coeur des dispositions tendant à prévenir ou réduire au minimum le dommage transfrontière significatif, est de caractère permanent et s'applique à chacune des étapes liées à la conduite de l'activité.

8) L'article 17 peut être invoqué chaque fois que la question se pose de savoir s'il convient de prendre des mesures préventives. Cette question peut naturellement découler de la mise en oeuvre de l'article 13, parce que l'Etat d'origine a notifié à d'autres Etats qu'une activité qu'il se propose d'entreprendre risque de causer un dommage transfrontière significatif, de l'échange d'informations en vertu de l'article 14 ou encore de l'application de l'article 18 sur les droits de l'Etat susceptible d'être affecté.

9) L'article 17 a un vaste champ d'application. Il doit s'appliquer à toutes les questions liées aux mesures préventives. Ainsi, lorsque les parties procèdent à la notification prévue à l'article 13 ou échangent des informations au titre de l'article 14 et que ces communications comportent des ambiguïtés, des consultations peuvent être demandées simplement pour faire la lumière sur les points qui manquent de clarté.

10) Le paragraphe 2 donne des orientations aux Etats quand ils se consultent sur les mesures préventives. Les parties rechercheront des solutions fondées sur un juste équilibre des intérêts, à la lumière de l'article 19. Ni le paragraphe 2 de cet article, ni l'article 19 n'empêchent les parties de prendre en considération d'autres facteurs qu'ils jugent pertinents pour parvenir à un juste équilibre des intérêts.

11) Le paragraphe 3 traite de la possibilité que, en dépit des efforts des parties, celles-ci ne parviennent pas à un accord sur des mesures préventives acceptables. Comme il est expliqué au paragraphe 3) ci-dessus, cet article établit un équilibre entre deux considérations, dont l'une consiste à refuser le droit de veto aux Etats susceptibles d'être affectés. La Commission rappelle à ce sujet la sentence arbitrale rendue dans l'affaire du lac Lanoux, où le Tribunal a fait observer que, dans certaines situations, il se pouvait que la partie susceptible d'être affectée en arrive, en violation du principe de la bonne foi, à paralyser d'authentiques efforts de négociation 136/. Pour tenir compte de cette possibilité, l'article prévoit que l'Etat d'origine est autorisé à aller de l'avant dans l'exercice de l'activité considérée, faute de quoi les Etats susceptibles d'être affectés se trouveraient en fait

136/ Supra note 27, p. 128.

dotés d'un droit de veto. L'Etat d'origine, tout en étant autorisé à lancer l'activité envisagée, demeure tenu de prendre en considération les intérêts des Etats susceptibles d'être affectés. Du fait des consultations, il connaît les préoccupations de ces derniers et se trouve même dans une meilleure position pour les prendre sérieusement en considération dans la conduite de l'activité en cause. De plus, l'Etat d'origine mène cette activité "à ses propres risques". Cette expression est également utilisée dans l'article 11 consacré aux activités non autorisées. Les explications données au paragraphe 4) du commentaire de l'article 11 à propos de cette expression sont également valables ici.

12) La dernière partie du paragraphe 3 protège également les intérêts des Etats susceptibles d'être affectés en leur permettant de faire valoir tous droits qui leur seraient reconnus en vertu des présents articles ou à un autre titre. L'expression "à un autre titre" est censée avoir une large portée et englober tous droits dont lesdits Etats pourraient se prévaloir en vertu d'une règle quelconque du droit international, des principes généraux du droit, du droit interne, etc.

Article 18

Droits de l'Etat susceptible d'être affecté

1. Lorsqu'un Etat n'a pas donné notification d'une activité menée sur son territoire ou à un autre titre sous sa juridiction ou son contrôle, tout autre Etat qui a des raisons sérieuses de croire que cette activité crée pour lui un risque de dommage significatif peut demander l'ouverture de consultations en vertu de l'article 17.

2. L'Etat qui demande les consultations fournit une évaluation technique exposant les raisons sur lesquelles est fondée sa conviction. S'il apparaît que l'activité en question est une de celles que vise l'alinéa a) de l'article premier, ledit Etat peut réclamer à l'Etat d'origine une juste part du coût de l'évaluation.

Commentaire

1) Cet article vise le cas où un Etat, bien que n'ayant pas reçu de notification d'une activité conformément à l'article 13, apprend qu'une activité est menée dans un autre Etat, soit par l'Etat lui-même, soit par une entité privée, et estime que l'activité en question comporte le risque de causer un dommage significatif.

2) Cet article vise à protéger les droits et les intérêts légitimes des Etats qui ont des raisons de penser qu'ils sont susceptibles d'être affectés par une activité. L'article 18 leur permet de demander des consultations et

impose à l'Etat d'origine l'obligation corollaire d'accéder à cette demande. En l'absence de l'article 18, les Etats susceptibles d'être affectés ne pourraient contraindre l'Etat d'origine à engager des consultations. Des dispositions du même ordre ont été incluses dans d'autres instruments juridiques. L'article 18 du projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation 137/ et le paragraphe 7 de l'article 3 de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière 138/ envisagent également une procédure par laquelle un Etat susceptible d'être affecté par une activité peut engager des consultations avec l'Etat d'origine.

3) Le paragraphe 1 permet à un Etat qui a des raisons sérieuses de croire qu'une activité menée sur le territoire ou à un autre titre sous la juridiction ou le contrôle d'un autre Etat comporte le risque de causer un dommage significatif de demander des consultations au titre de l'article 17. Les termes "raisons sérieuses" visent à empêcher d'autres Etats de créer des difficultés inutiles à l'Etat d'origine en demandant des consultations sur la base de simples soupçons ou conjectures. De toute évidence, l'Etat qui prétend avoir été exposé à un risque significatif de dommage transfrontière sera mieux en mesure de faire valoir ses droits s'il peut montrer qu'il a déjà subi un préjudice du fait de l'activité considérée.

4) Une fois les consultations engagées, soit les Etats intéressés conviennent que l'activité est une de celles que vise l'alinéa a) de l'article premier, et que l'Etat d'origine doit en conséquence prendre des mesures de prévention, soit ils ne parviennent pas à s'entendre et l'Etat d'origine continue à estimer que l'activité n'entre pas dans le champ d'application de l'alinéa a) de l'article premier. Dans le premier cas, les parties doivent mener leurs consultations conformément à l'article 17 et trouver des solutions acceptables fondées sur un juste équilibre des intérêts. Dans le second cas, celui d'un désaccord quant à la nature même de l'activité, le paragraphe ne prévoit rien.

5) Ce paragraphe ne s'applique pas aux cas où l'Etat d'origine en est encore au stade d'un projet d'activité, car on suppose qu'il peut encore donner notification aux Etats susceptibles d'être affectés. Toutefois, s'il

137/ Supra note 62.

138/ Supra note 40.

n'effectue pas cette notification, les Etats susceptibles d'être affectés peuvent demander des consultations dès le début de l'activité.

Une consultation peut aussi être demandée aux tout premiers stades de l'activité, par exemple à celui de la construction.

6) La première phrase du paragraphe 2 vise à établir un juste équilibre entre les intérêts de l'Etat d'origine qui a fait l'objet d'une demande de consultations et ceux de l'Etat qui estime qu'il a été affecté ou qu'il est susceptible de l'être, en prévoyant que ce dernier fournit les raisons qui justifient sa conviction, étayées par des documents et sa propre évaluation technique du risque allégué. L'Etat qui demande des consultations doit, comme il est indiqué plus haut, avoir des "raisons sérieuses" de croire qu'il existe un risque propre à lui causer un préjudice. Etant donné que cet Etat n'a reçu aucune information de l'Etat d'origine concernant l'activité et qu'en conséquence, il ne peut avoir accès à toutes les données techniques pertinentes, il n'est pas nécessaire que les pièces justificatives et l'évaluation qui lui sont demandées soient complètes, mais elles doivent être suffisantes pour fonder raisonnablement ses affirmations. Il faut interpréter l'expression "raisons sérieuses" dans ce contexte.

7) La deuxième phrase du paragraphe 2 traite des conséquences financières, s'il est avéré que l'activité en question est une de celles que vise l'alinéa a) de l'article premier. Dans ce cas, il peut être demandé à l'Etat d'origine de payer une part équitable du coût de l'évaluation technique. La Commission est d'avis qu'un tel partage du coût de l'évaluation est raisonnable pour les motifs suivants : 1) l'Etat d'origine aurait dû, en tout état de cause, procéder à une telle évaluation en application de l'article 10; 2) il serait injuste de prévoir que le coût de l'évaluation est à la charge de l'Etat qui risque d'être lésé par une activité menée dans un autre Etat et dont il ne retire aucun avantage; 3) on risquerait, en dispensant l'Etat d'origine de contribuer aux frais de l'évaluation entreprise par l'Etat susceptible d'être affecté, de l'encourager à ne pas procéder à l'évaluation des effets de l'activité à laquelle il est lui-même tenu en application de l'article 10, et à en éluder le coût en laissant le soin aux Etats susceptibles d'être affectés de procéder à l'évaluation.

8) La Commission, toutefois, envisage aussi la situation dans laquelle l'Etat d'origine s'est abstenu de faire la notification requise en toute innocence. L'Etat d'origine peut avoir cru honnêtement que l'activité ne comportait aucun risque de dommage transfrontière significatif. C'est la

raison pour laquelle l'Etat susceptible d'être affecté peut réclamer à cet Etat "une juste part du coût de l'évaluation". Cela signifie que, si après discussion, il apparaît que l'évaluation ne permet pas de conclure à l'existence d'un risque de dommage significatif, l'affaire est close et la question du partage des frais ne se pose même plus. Mais si, au contraire, un risque est mis en évidence, il est alors raisonnable de demander à l'Etat d'origine de supporter une part équitable du coût de l'évaluation. Cela peut ne pas représenter l'intégralité du coût car l'Etat susceptible d'être affecté aurait de toute façon dû entreprendre une évaluation de son côté. La part mise à la charge de l'Etat d'origine serait uniquement la part des frais résultant directement du fait qu'il n'a pas effectué la notification prévue à l'article 13 ni fourni d'informations techniques.

Article 19

Facteurs d'un juste équilibre des intérêts

Pour parvenir à un juste équilibre des intérêts selon les termes du paragraphe 2 de l'article 17, les Etats concernés prennent en considération tous les facteurs et circonstances pertinents, notamment :

- a) le degré de risque d'un dommage transfrontière significatif et la mesure dans laquelle il existe des moyens de prévenir ce risque ou de le réduire au minimum, ou de réparer le dommage;
- b) l'importance de l'activité, compte tenu des avantages globaux d'ordre social, économique et technique qui en découlent pour l'Etat d'origine par rapport au dommage qui peut en résulter pour les Etats susceptibles d'être affectés;
- c) le risque de dommage significatif pour l'environnement et la mesure dans laquelle il existe des moyens de prévenir ce risque ou de le réduire au minimum, ou de rendre l'environnement à sa condition première;
- d) la viabilité économique de l'activité, une fois pris en compte le coût de la prévention exigée par les Etats susceptibles d'être affectés et la possibilité de mener l'activité ailleurs ou par d'autres moyens ou encore de la remplacer par une autre activité;
- e) la mesure dans laquelle les Etats susceptibles d'être affectés sont prêts à participer au coût de la prévention;
- f) les normes de protection appliquées à la même activité ou à des activités comparables par les Etats susceptibles d'être affectés et celles qui sont appliquées dans la pratique comparable existant au niveau régional ou international.

Commentaire

- 1) Le but de cet article est de guider les Etats qui ont engagé des consultations pour essayer de parvenir à un juste équilibre des intérêts. A cette fin, il faut établir les faits et peser soigneusement tous les facteurs et circonstances pertinents.
- 2) La clause principale de l'article dispose que "pour parvenir à un juste équilibre des intérêts selon les termes du paragraphe 2 de l'article 17, les Etats concernés prennent en considération tous les facteurs et circonstances pertinents". Et l'article de dresser une liste non exhaustive de ces facteurs et circonstances. La grande diversité des types d'activités visés par ces articles, et les différentes situations et circonstances dans lesquelles celles-ci seront exercées, rendent impossible l'établissement d'une liste exhaustive de facteurs pertinents dans tous les cas d'espèce. Certains des facteurs seront peut-être pertinents dans un cas donné alors que d'autres ne le seront pas et que d'autres facteurs encore, non mentionnés dans la liste, pourront se révéler pertinents. Aucune priorité ni aucun poids n'est attribué aux facteurs et circonstances énumérés car certains d'entre eux peuvent être plus importants dans certains cas, et d'autres mériter de se voir attribuer un poids plus grand dans d'autres cas. D'une manière générale, les facteurs et circonstances indiqués permettront aux parties de comparer les coûts et avantages qui pourraient être en jeu dans un cas donné.
- 3) L'alinéa a) établit une comparaison entre le degré de risque d'un dommage transfrontière significatif et la mesure dans laquelle il existe des moyens de prévenir ce risque ou de le réduire au minimum, et des possibilités de réparer le dommage. Par exemple, le degré de risque d'un dommage pourrait être élevé mais il pourrait exister des mesures susceptibles de prévenir ou de réduire ce risque, ou des possibilités de réparer le dommage. Les comparaisons en la matière se situent aussi bien au plan quantitatif qu'au plan qualitatif.
- 4) L'alinéa b) compare l'importance de l'activité, du point de vue des avantages sociaux, économiques et techniques qui en découlent pour l'Etat d'origine, et le dommage qui peut en résulter pour les Etats susceptibles d'être affectés. La Commission rappelle, dans ce contexte, la décision qui a été adoptée dans l'affaire de la Donauversinkung où le tribunal a déclaré :

"Les intérêts des Etats en cause doivent être évalués équitablement les uns par rapport aux autres. Il faut prendre en considération non seulement le préjudice absolu causé à l'Etat voisin mais aussi le rapport entre l'avantage acquis par l'un et le préjudice causé à l'autre" 139/.

5) L'alinéa c) établit, de la même manière que l'alinéa a), une comparaison entre le risque de dommage significatif pour l'environnement et la mesure dans laquelle il existe des moyens de prévenir ce risque ou de le réduire au minimum, et des possibilités de rendre l'environnement à sa condition première. La Commission souligne l'importance particulière que revêt la protection de l'environnement. De l'avis de la Commission, le principe 15 de la Déclaration de Rio est pertinent au regard de cet alinéa lorsqu'il déclare : "En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement" 140/.

6) La Commission est consciente du fait que la notion de dommage transfrontière, telle qu'elle est employée à l'alinéa a), pourrait être interprétée de façon large et englober le dommage causé à l'environnement. La Commission établit toutefois, aux fins de cet article, une distinction entre, d'une part, le dommage causé à une certaine partie de l'environnement qui pourrait se traduire par une perte de valeur pour les individus et se prêter à une évaluation par des moyens économiques classiques et, d'autre part, le dommage causé à l'environnement qui ne se prêterait pas à une telle évaluation. Le premier dommage est censé être pris en considération à l'alinéa a) et le deuxième dans le présent alinéa.

7) L'alinéa d) introduit un certain nombre de facteurs qu'il faut comparer et dont il faut tenir compte. Il faut comparer la viabilité économique de l'activité au coût de la prévention exigée par les Etats susceptibles d'être affectés. Le coût des mesures préventives ne doit pas être élevé au point de rendre l'activité non viable du point de vue économique. La viabilité

139/ Wurtemberg et Prusse c. Bade (affaire de la Donauversinkung) (1927), dans Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Berlin, de Gruyter), vol. 116, annexe, p. 18 à 45 (1927), cité dans Annual Digest of Public International Law Cases (1927-1928) (Londres, 1931), p. 131; voir également Kansas c. Colorado (1907), 206 US 100, et Washington c. Oregon (1936), 297 US 517.

140/ Supra note 15.

économique de l'activité doit également être évaluée du point de vue de la possibilité de l'exercer en un autre lieu, ou par d'autres moyens, ou de lui substituer une autre activité. Le membre de phrase "mener l'activité ... par d'autres moyens" entend tenir compte, par exemple, d'une situation dans laquelle un certain type de substance chimique utilisé dans le cadre de l'activité, et source éventuelle d'un dommage transfrontière, pourrait être remplacé par une autre substance chimique; ou d'une situation où l'outillage d'installations industrielles ou d'une usine pourrait être remplacé par un matériel différent. Le membre de phrase "remplacer [l'activité] par une autre activité" est censé tenir compte de la possibilité d'atteindre les mêmes résultats ou des résultats comparables par le moyen d'une autre activité ne comportant aucun risque, ou un risque bien moindre, de dommage transfrontière.

8) L'alinéa e) dispose que l'un des éléments qui déterminent le choix des mesures préventives est la volonté des Etats susceptibles d'être affectés de participer au coût de la prévention. Par exemple, si les Etats susceptibles d'être affectés sont disposés à contribuer aux frais encourus au titre des mesures préventives, on peut normalement s'attendre, compte tenu d'autres facteurs, à ce que l'Etat d'origine adopte des mesures préventives plus coûteuses mais plus efficaces.

9) L'alinéa f) compare la norme de prévention dont l'application est exigée de l'Etat d'origine à la norme qui est appliquée à la même activité ou à une activité comparable dans l'Etat susceptible d'être affecté. La raison d'être de cette disposition est que, d'une manière générale, il pourrait être déraisonnable d'exiger que l'Etat d'origine se conforme à une norme de prévention beaucoup plus rigoureuse que les normes en vigueur dans les Etats susceptibles d'être affectés. Mais ce facteur n'est pas déterminant en lui-même. Des situations peuvent se présenter dans lesquelles l'Etat d'origine sera appelé à appliquer à l'activité des normes de prévention plus strictes que celles des Etats susceptibles d'être affectés, par exemple si l'Etat d'origine est un Etat hautement développé appliquant une réglementation de l'environnement édictée dans le cadre de sa législation interne. Cette réglementation sera sans doute plus rigoureuse que celle qu'appliquerait un Etat d'origine qui, vu son niveau de développement, n'aurait, en matière de normes de prévention, qu'une réglementation très restreinte (suffisant d'ailleurs à ses besoins), si tant est qu'il en ait une. Compte tenu d'autres facteurs, l'Etat d'origine pourrait avoir à appliquer ses propres normes de prévention, plus strictes que celles des Etats susceptibles d'être affectés.

10) Les Etats devraient également tenir compte des normes de prévention appliquées aux mêmes activités ou à des activités comparables dans d'autres régions ou, s'il en existe, des normes internationales de prévention applicables à des activités similaires. Cette observation s'applique tout particulièrement lorsque, par exemple, les Etats concernés ne disposent d'aucune norme de prévention pour ces activités, ou lorsqu'ils tiennent à améliorer leurs normes existantes.

CHAPITRE III. INDEMNISATION OU AUTRE REPARATION

Commentaire général

1) Comme il est expliqué dans le commentaire relatif à l'article 5, les articles consacrés au présent sujet ne suivent pas le principe de la responsabilité "objective" ou "absolue" telle qu'elle est couramment dénommée. Ils reconnaissent que si ces notions sont familières et ont pris consistance dans le droit interne de nombreux Etats et par rapport à certaines activités en droit international, elles n'ont pas encore été pleinement développées en droit international s'agissant d'un groupe d'activités plus important telles que celles visées par l'article premier 141/. Comme en droit interne, le principe de la justice et de l'équité ainsi que d'autres règles d'intérêt social veulent que quiconque a subi un dommage causé par les activités d'autrui soit indemnisé. (Voir également le commentaire relatif à l'article 5 du chapitre premier.) Ainsi, le chapitre III prévoit deux procédures permettant aux parties lésées de demander réparation : celles-ci peuvent faire valoir leurs droits soit devant les tribunaux de l'Etat d'origine, soit par la voie de négociations entre l'Etat d'origine et l'Etat ou les Etats affectés. Ces deux procédures sont naturellement sans préjudice de tout autre arrangement dont les parties pourraient avoir convenu ou de l'exercice de leur compétence par les tribunaux des Etats où le préjudice s'est produit. Cette compétence peut découler des principes applicables du droit international privé : si tel est le cas, elle n'est pas touchée par les présents articles.

141/ Pour le développement de la notion de "responsabilité objective ou absolue" née des délits et quasi-délits en droit interne et également en droit international, voir "Etude des régimes de responsabilité ayant trait au sujet 'responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international'", établie par le Secrétariat, doc. A/CN.4/471, 1995, par. 16 à 60.

2) Si une réparation est demandée devant les tribunaux de l'Etat d'origine, la démarche obéit au droit applicable de cet Etat. Par contre, l'article 22 énonce un certain nombre de facteurs qui devraient guider les parties, lorsqu'elle est demandée par voie de négociations, pour leur permettre de parvenir à un règlement amiable.

3) La détermination de la nature et de l'ampleur de l'indemnisation dépend de toute évidence d'une constatation initiale qu'il s'est produit un dommage transfrontière significatif causé par une activité visée à l'article premier. Cette constatation factuelle sera effectuée par les tribunaux nationaux lorsqu'ils seront saisis par les parties lésées ou par les Etats eux-mêmes lorsque les négociations ont été retenues comme moyen d'obtenir réparation.

4) Il ressort de l'examen de la pratique des Etats que dans les cas où une indemnisation a été versée pour un dommage transfrontière significatif découlant des types d'activités visés à l'article premier, l'indemnisation a pris différentes formes, versement d'une somme forfaitaire à l'Etat lésé pour lui permettre de régler les réclamations individuelles (normalement en appliquant le droit interne) ou versement direct aux requérants individuels. Les formes d'indemnisation les plus courantes dans les relations entre Etats sont dans l'ensemble similaires à celles qui existent en droit interne. De fait, certaines conventions prévoient que la législation nationale régit la question de l'indemnisation. Lorsque les dommages sont d'ordre pécuniaire, les Etats ont généralement fait leur possible pour sélectionner des devises facilement convertibles 142/.

5) L'article 7 du chapitre premier sur la mise en oeuvre de ces articles, qui exige des Etats qu'ils prennent des mesures législatives, administratives et autres pour mettre en oeuvre les dispositions des présents articles, devrait être interprété, par rapport au chapitre III, comme comportant l'obligation de donner aux Etats victimes de dommages transfrontières causés par des activités conduites sur leur territoire ou en d'autres lieux placés sous leur juridiction ou leur contrôle des droits à réparation quant au fond et quant à la procédure.

142/ Ibid., par. 272 à 280.

Article 20

Non-discrimination

1. Un Etat sur le territoire duquel s'exerce une activité visée à l'article premier n'opère pas de discrimination fondée sur la nationalité, la résidence ou le lieu du préjudice pour accorder aux personnes victimes d'un dommage transfrontière significatif, conformément à son système juridique, l'accès à des procédures judiciaires ou autres ou le droit de réclamer une indemnité ou autre forme de réparation.

2. Le paragraphe 1 est sans préjudice de tout accord entre les Etats intéressés qui prévoirait des arrangements spéciaux en vue de la protection des intérêts des personnes victimes d'un dommage transfrontière significatif.

Commentaire

1) Cet article énonce un principe fondamental selon lequel l'Etat d'origine doit accorder l'accès à ses procédures judiciaires et autres sans discrimination fondée sur la nationalité, la résidence ou le lieu du préjudice.

2) Le paragraphe 1 contient deux éléments fondamentaux, à savoir la non-discrimination fondée sur la nationalité ou la résidence et la non-discrimination fondée sur le lieu du dommage. Cette règle oblige les Etats à s'assurer que toute personne, quels que soient sa nationalité ou son lieu de résidence, qui a subi un dommage transfrontière significatif à cause d'activités visées à l'article premier devrait, quel que soit le lieu où le dommage s'est produit ou a pu se produire, recevoir le même traitement que celui accordé par l'Etat d'origine à ses nationaux en cas de dommage survenu sur son propre territoire. Cette obligation n'est pas censée porter atteinte à la pratique existant dans certains Etats qui veut que les non-résidents ou les étrangers doivent déposer une caution pour pouvoir accéder au système judiciaire de façon à couvrir les frais de justice et autres. Une telle pratique n'est pas "discriminatoire" au sens de cet article; elle est prise en considération dans l'expression "conformément à son système juridique".

3) Le paragraphe 1 prévoit par ailleurs que l'Etat d'origine ne peut pas exercer de discrimination en fonction du lieu où le dommage s'est produit. En d'autres termes, s'il a été causé un dommage significatif dans un Etat A du fait d'une activité visée à l'article premier dans l'Etat B, ce dernier ne peut pas empêcher qu'une action soit ouverte au motif que le dommage s'est produit en dehors de sa juridiction.

4) Aux termes du paragraphe 2, il s'agit d'une règle supplétive. En conséquence, les Etats intéressés peuvent convenir des meilleurs moyens d'accorder réparation aux personnes qui ont subi un dommage significatif, par exemple par la voie d'un accord bilatéral. Le chapitre II des articles encourage les Etats intéressés à convenir d'un régime spécial applicable aux activités qui comportent un risque de dommage transfrontière significatif. Dans de tels arrangements, les Etats peuvent aussi prévoir des moyens de protéger les intérêts des personnes intéressées en cas de dommage transfrontière significatif. Le membre de phrase "en vue de la protection des intérêts des personnes victimes" a pour objet de bien préciser que ce paragraphe n'est pas censé donner à entendre que les Etats peuvent décider par accord mutuel de pratiquer une discrimination pour ce qui est d'accorder accès à leurs procédures judiciaires ou autres ou un droit d'indemnisation. Le but de l'accord interétatique devrait toujours être de protéger les intérêts des victimes du dommage.

5) On peut trouver des précédents à l'obligation énoncée dans cet article dans des accords internationaux et des recommandations d'organisations internationales. Ainsi, la Convention relative à la protection de l'environnement conclue entre le Danemark, la Finlande, la Norvège et la Suède le 19 février 1974 prévoit ce qui suit :

"Toute personne lésée ou pouvant être lésée par une nuisance causée par des activités nuisibles à l'environnement effectuées dans un autre Etat aura le droit de saisir le tribunal ou l'autorité administrative compétents de cet Etat pour qu'ils statuent sur la question de savoir si lesdites activités sont autorisées, y compris sur les mesures à prendre pour prévenir des dommages, ainsi que d'en appeler de la décision du tribunal ou de l'autorité administrative dans la même mesure et dans les mêmes conditions qu'une entité dotée de la personnalité juridique de l'Etat où lesdites activités sont réalisées.

Les dispositions du premier alinéa du présent article seront également applicables dans le cas de procédures concernant la réparation de dommages causés par des activités écologiquement nocives. La question de la réparation ne sera pas jugée selon des règles moins favorables à la partie lésée que celles qui sont applicables en la matière dans l'Etat où lesdites activités sont effectuées" 143/.

143/ Voir article 3 de la Convention relative à la protection de l'environnement conclue entre le Danemark, la Finlande, la Norvège et la Suède le 19 février 1974, Nations Unies, Recueil des Traités, vol. 1092, p. 301, reproduit dans International Legal Materials, vol. XIII, 1974, p. 591. On peut trouver des dispositions similaires dans le paragraphe 6 de l'article 2 de la Convention de la CEE sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, du 25 février 1991, doc. E/ECE/1250; dans la

Le Conseil de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a adopté une Recommandation sur la mise en oeuvre d'un régime d'égalité d'accès et de non-discrimination en matière de pollution transfrontière, dont le paragraphe 4 a) est ainsi conçu :

"Les pays d'origine devraient veiller à ce que toute personne qui a subi un dommage par pollution transfrontière ou qui est exposée à un risque sensible de pollution transfrontière dans un pays exposé, se voit appliquer, pour le moins, un traitement équivalant à celui dont bénéficient dans le pays d'origine, en cas de pollution interne et dans des circonstances similaires, des personnes de conditions ou de statut équivalent..." 144/.

Article 21

Nature et ampleur de l'indemnisation ou autre réparation

L'Etat d'origine et l'Etat affecté procéderont, à la demande de l'une ou l'autre partie, à des négociations sur la nature et l'ampleur de l'indemnisation ou autre réparation à accorder pour un dommage transfrontière significatif causé par une activité visée à l'article premier, eu égard aux facteurs énoncés à l'article 22 et conformément au principe selon lequel la victime du dommage ne doit pas avoir à supporter la totalité du préjudice.

Commentaire

1) Tandis que l'article 20 garantit l'accès aux tribunaux de l'Etat d'origine, l'article 21 prévoit une autre procédure permettant de déterminer la nature et l'ampleur de l'indemnisation : les négociations entre l'Etat lésé et l'Etat d'origine. Il ne faut pas déduire de cet article que cette procédure

partie II.B.8 des Principes directeurs sur la responsabilité et l'obligation de réparer en cas de pollution des eaux transfrontières, établis par l'Equipe spéciale de la CEE sur la responsabilité et l'obligation de réparer en cas de pollution des eaux transfrontières, doc. ENVWA/R.45, du 20 novembre 1990; et dans le paragraphe 6 du projet de charte de la CEE sur les droits et obligations en matière d'environnement, établi par une réunion d'experts du droit de l'environnement, tenue du 25 février au 1er mars 1991, doc. ENVWA/R.38, annexe I.

144/ Document de l'OCDE C(77)28 (Final), annexe, dans OCDE, L'OCDE et l'environnement, 1986, p. 150. Le principe 14 des Principes de conduite dans le domaine de l'environnement pour l'orientation des Etats en matière de conservation et d'utilisation harmonieuse des ressources naturelles partagées entre deux ou plusieurs Etats, approuvés par la décision 6/14 du Conseil d'administration du Programme des Nations Unies pour l'environnement (PNUE) le 19 mai 1978, va dans le même sens. On trouvera une analyse du principe de l'égalité d'accès dans Van Hoogstraten, Environmental Policy and Law, vol. 2, 1976, 77.

est nécessairement à préférer au recours aux tribunaux nationaux. Il reconnaît simplement qu'il peut y avoir des circonstances où les négociations peuvent s'avérer être le seul moyen d'obtenir une indemnisation ou réparation ou que compte tenu des circonstances, il s'agit là du moyen le plus approprié sur le plan diplomatique. Par exemple, dans un incident particulier de dommage transfrontière, l'Etat affecté lui-même, outre ses nationaux ou résidents, peut avoir subi un dommage significatif et les Etats intéressés peuvent alors préférer régler la question par voie de négociations. Il peut aussi arriver qu'il soit impossible, y compris sur le plan pratique, aux nationaux ou aux résidents lésés de l'Etat lésé de déposer plainte auprès des tribunaux de l'Etat d'origine, soit en raison du nombre important de personnes lésées, d'obstacles de procédure ou de la distance qui sépare l'Etat d'origine de l'Etat lésé, soit parce que les personnes lésées ne disposent pas des ressources nécessaires pour faire valoir leurs droits devant les tribunaux de l'Etat d'origine, soit encore parce que le droit de l'Etat d'origine ne prévoit aucune voie de recours.

2) Cet article a pour objet cependant de permettre aux personnes lésées d'engager des actions devant les tribunaux de l'Etat d'origine, étant entendu que tant que l'affaire est en instance, elles ne peuvent pas demander l'ouverture de négociations. De la même manière, si les Etats intéressés décident de régler l'affaire par la voie de négociations, le dépôt de plaintes auprès des tribunaux de l'Etat d'origine devrait être reporté en attendant l'issue des négociations. Il va de soi que ces négociations devraient offrir une réparation effective aux particuliers lésés. L'article 21 n'est pas censé s'appliquer aux négociations où, en raison d'autres accords bilatéraux, les Etats privent, par consentement mutuel, les parties lésées d'une réparation effective.

3) L'article 21 énonce deux critères à suivre pour déterminer la nature et l'ampleur de l'indemnisation ou autre réparation, à savoir premièrement, une série de facteurs énumérés à l'article 22, et deuxièmement, les principes qui veulent que toute personne qui se livre à une activité de la nature visée au paragraphe a) de l'article premier assume le risque de conséquences préjudiciables au même titre qu'elle tire profit de l'entreprise et, s'agissant des activités visées au paragraphe b) de l'article premier, que "la victime du dommage ne doive pas avoir à supporter la totalité du préjudice". Le deuxième critère repose sur le principe humanitaire fondamental selon lequel les individus qui ont subi un dommage ou un préjudice du fait

des activités d'autrui doivent se voir accorder réparation. Cette notion trouve son pendant dans les principes modernes des droits de l'homme.

4) Le principe selon lequel la victime du dommage ne doit pas avoir à supporter la totalité du préjudice suppose que l'indemnisation ou autre réparation peut ne pas être toujours intégrale. Il peut arriver que la victime d'un dommage transfrontière significatif ait à supporter une partie du préjudice. Les critères énoncés à l'article 22 doivent guider les parties aux négociations lorsqu'elles traitent de cette question.

5) Les termes "nature et ampleur de l'indemnisation ou autre réparation" visent à indiquer que la réparation d'un dommage transfrontière peut prendre d'autres formes qu'une indemnisation. Dans la pratique des Etats, outre l'indemnisation pécuniaire, l'indemnisation s'est parfois traduite par la suppression du danger ou par la restitutio in integrum. Dans certains cas, la réparation d'un dommage transfrontière significatif peut consister dans le rétablissement en l'état de l'environnement. C'est ce qui s'est passé par exemple à Palomares en 1966, lorsque des bombes à ogive nucléaire sont tombées sur le territoire espagnol et à proximité des côtes d'Espagne à la suite d'une collision entre un bombardier nucléaire des Etats-Unis et un avion de ravitaillement. Les Etats-Unis ont éliminé les causes du danger en Espagne en récupérant les bombes et en retirant les terres espagnoles contaminées pour les ensevelir dans leur propre sol 145/. Une opération de nettoyage ne constitue pas une restitution, mais l'intention et la politique qui la sous-tendent peuvent en faire une réparation.

6) Les négociations peuvent être déclenchées à la demande soit de l'Etat d'origine, soit de l'Etat affecté. L'article 21 cependant ne vise pas à empêcher les négociations entre l'Etat d'origine et les particuliers lésés ni celles entre les parties lésées et l'exploitant de l'activité qui a causé le dommage transfrontière significatif.

7) C'est un principe général du droit que les négociations doivent se dérouler "de bonne foi". Voir les paragraphes 2) et 3) du commentaire relatif à l'article 6.

145/ The New York Times, 12 avril 1966, p. 28, col. 3. De même, suite aux essais nucléaires auxquels il avait été procédé dans les Iles Marshall, les Etats-Unis auraient consacré près de 110 millions de dollars pour nettoyer plusieurs des îles de l'atoll Eniwetok pour les rendre à nouveau habitables. Voir International Herald Tribune, 15 juin 1982, p. 5, col. 2.

8) Certains membres du Groupe de travail ont estimé que les particuliers lésés devraient avoir le choix de la procédure à suivre. A leur avis, dans certains cas, les négociations peuvent ne pas fournir une réparation aussi satisfaisante que celle que les tribunaux de l'Etat d'origine auraient pu offrir, attendu qu'un certain nombre de considérations bilatérales d'un autre ordre peuvent peser sur le point de vue en l'espèce des deux Etats parties aux négociations.

Article 22

Facteurs à prendre en considération dans les négociations

Dans les négociations visées à l'article 21, les Etats intéressés tiennent compte notamment des facteurs suivants :

- a) dans le cas d'activités visées à l'alinéa a) de l'article premier, la mesure dans laquelle l'Etat d'origine s'est acquitté de ses obligations de prévention visées au chapitre II;
- b) dans le cas d'activités visées à l'alinéa a) de l'article premier, la mesure dans laquelle l'Etat d'origine a fait preuve de diligence raisonnable pour prévenir le dommage ou le réduire au minimum;
- c) la mesure dans laquelle l'Etat d'origine savait ou possédait les moyens de savoir qu'une activité visée à l'article premier s'exerçait ou était sur le point de s'exercer sur son territoire ou à un autre titre sous sa juridiction ou son contrôle;
- d) la mesure dans laquelle l'Etat d'origine tire profit de l'activité;
- e) la mesure dans laquelle l'Etat affecté a part au profit tiré de l'activité;
- f) la mesure dans laquelle l'assistance d'Etats tiers ou d'organisations internationales est accessible ou a été fournie à l'un ou l'autre Etat;
- g) la mesure dans laquelle une indemnité est raisonnablement accessible ou a été fournie aux personnes lésées, que ce soit à travers une action devant les tribunaux nationaux ou par une autre voie;
- h) la mesure dans laquelle le droit de l'Etat lésé prévoit une indemnisation ou autre réparation pour le même dommage;
- i) les normes de protection appliquées, pour une activité comparable, par l'Etat affecté et dans la pratique régionale et internationale;
- j) la mesure dans laquelle l'Etat d'origine a pris des dispositions pour aider l'Etat affecté à réduire le dommage au minimum.

Commentaire

1) Le présent article vise à fournir aux Etats des éléments pour les guider dans leurs négociations sur la nature et l'ampleur de l'indemnisation ou autre réparation. Pour parvenir à un résultat juste et équitable, il faut peser tous les facteurs et circonstances qui entrent en jeu. Le mot "notamment" sert à indiquer que cet article ne prétend pas offrir une liste exhaustive de ces facteurs.

2) L'alinéa a) relie la relation entre le chapitre II et le problème de la responsabilité donnant lieu à indemnisation, d'une part, à la nature et l'ampleur de cette indemnisation ou autre réparation, d'autre part. Il établit clairement que si les obligations de prévention prévues au chapitre II pour les activités comportant un risque de causer un dommage transfrontière significatif ne sont pas conçues comme des obligations que l'on pourrait qualifier de dures, en ce sens que leur inexécution ne mettrait pas en jeu la responsabilité des Etats, elles influenceront cependant certainement sur l'étendue de la responsabilité donnant lieu à indemnisation et sur le montant de l'indemnité ou l'ampleur d'une autre réparation. Le manque flagrant de soin et de souci de la sécurité et de l'intérêt des autres Etats est contraire au principe des relations de bon voisinage. Le fait d'exposer d'autres Etats à un risque laisserait déjà escompter dans une large mesure qui devrait assumer la responsabilité donnant lieu à indemnisation et jusqu'à quel point. S'il devient manifeste que dans le cas où l'Etat d'origine aurait respecté les normes prescrites pour les mesures de prévention au chapitre II, le dommage transfrontière significatif ne se serait pas produit, ou, tout au moins, n'aurait pas revêtu la même ampleur, cette constatation pourrait modifier l'étendue de la responsabilité et le montant de l'indemnité, sans parler de la conclusion que l'Etat d'origine devrait aussi fournir une indemnité. Si, en revanche, l'inexécution par l'Etat d'origine des mesures préventives se révèle n'avoir eu aucun effet sur la survenance du dommage transfrontière ou sur son ampleur, ce facteur ne jouera sans doute pas. Cette situation est analogue à celle que prévoit l'alinéa c) du paragraphe 2 de l'article 45 du projet d'articles sur la "Responsabilité des Etats", suivant lequel, pour que la réparation soit intégrale, l'Etat lésé peut être en droit d'obtenir satisfaction de l'Etat auteur du fait illicite, y compris, "en cas d'atteinte grave aux droits de l'Etat lésé, des dommages-intérêts correspondant à la gravité de l'atteinte".

3) Aux termes de l'alinéa b), il est tenu compte de la mesure dans laquelle l'Etat d'origine a fait preuve de diligence raisonnable pour prévenir le dommage ou le réduire au minimum. Ce facteur est encore un autre élément permettant d'établir la bonne foi de l'Etat d'origine, s'il s'est conduit en bon voisin et a fait preuve de diligence raisonnable en manifestant du souci pour les intérêts des autres Etats qui ont subi les conséquences négatives du dommage transfrontière. Il joue davantage lorsque l'Etat d'origine a pris de telles mesures supplémentaires, après s'être déjà conformé aux mesures préventives prévues au chapitre II.

4) L'alinéa c) énonce un élément d'information qui compte beaucoup - le fait que l'Etat d'origine savait ou avait les moyens de savoir qu'une activité visée à l'article premier s'exerçait sur son territoire et qu'il n'a pourtant pris aucune mesure. Ce facteur intervient, à l'évidence, lorsque l'Etat d'origine n'a pas respecté les dispositions du chapitre II concernant les mesures préventives à prendre et qu'il invoque, pour sa défense, l'ignorance où il était de cette activité.

5) Certes, un Etat ne peut prendre les mesures de prévention prescrites que s'il est au fait des activités menées sur son territoire ou à un autre titre sous sa juridiction ou son contrôle. Il n'est pas censé en prendre pour une activité exercée clandestinement sur son territoire, dont il n'a aucun moyen d'être informé, malgré toutes les mesures raisonnables qu'il a pu prendre pour faire preuve de la diligence voulue.

6) Ce facteur est emprunté au dictum de la Cour internationale de Justice dans l'affaire du Détroit de Corfou (Fond), suivant lequel l'Albanie était tenue de notifier l'existence de mines dans ses eaux territoriales, non seulement en vertu de la Convention VIII de La Haye de 1907, mais aussi en vertu de "certaines principes généraux et bien reconnus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre, ... et l'obligation, pour tout Etat, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats" 146/. Si l'Etat d'origine ne prouve pas qu'il n'avait pas connaissance de l'activité ou qu'il n'avait aucun moyen de savoir qu'elle était exercée sur son territoire, ou à un autre titre sous sa juridiction ou

146/ Voir C.I.J. Recueil 1949, p. 22.

son contrôle, c'est là la preuve qu'il n'a pas manifesté la diligence raisonnable exigée aux alinéas a) et b) 147/.

7) L'alinéa d) et l'alinéa e) indiquent dans quelle mesure l'Etat d'origine et l'Etat affecté sont censés partager entre eux la charge de l'indemnisation ou autre réparation selon le profit que chacun tire de l'activité génératrice du dommage transfrontière.

8) L'alinéa e) renvoie à l'un des éléments qui justifient la responsabilité donnant lieu à indemnisation en cas de dommage transfrontière significatif, à savoir que les Etats ne doivent pas externaliser les coûts de leur progrès et de leur développement en exposant d'autres Etats aux risques que comportent des activités dont ils sont seuls à tirer directement profit. Si l'Etat affecté profite lui aussi de l'activité qui a causé le dommage transfrontière significatif, et compte tenu d'autres facteurs, dont ceux, en particulier, qui font intervenir la diligence raisonnable, il peut s'attendre à devoir partager aussi certains des coûts. Ce facteur n'est pas censé influencer négativement sur l'ampleur de l'indemnisation ou autre réparation revenant aux particuliers lésés.

9) L'alinéa f) fait entrer en jeu deux éléments : l'assistance accessible à l'Etat d'origine auprès soit d'un Etat tiers, soit d'une organisation internationale; et l'assistance accessible à l'Etat affecté auprès d'un Etat tiers ou d'une organisation internationale. Si, dans le premier cas, l'Etat d'origine s'est vu offrir par un Etat tiers une assistance pour prévenir ou réduire au minimum un dommage transfrontière significatif ou pouvait disposer d'une telle assistance par l'intermédiaire d'une organisation internationale et que, par simple négligence ou par absence de souci des intérêts de l'Etat affecté, il n'a pas tiré parti de ces possibilités, cela indique qu'il n'a pas fait preuve de diligence raisonnable. Dans le second cas, l'Etat affecté est lui aussi censé faire preuve de vigilance pour réduire au minimum le dommage découlant pour lui d'une activité, même lorsqu'elle est menée en dehors de son territoire. Par conséquent, lorsque des possibilités d'atténuer les dommages sont accessibles à l'Etat affecté du fait d'une offre d'un Etat tiers ou par l'intermédiaire d'une organisation internationale et que l'Etat affecté ne les met pas à profit, lui non plus ne satisfait pas aux normes de

147/ Dans l'affaire du Détroit de Corfou, la Cour internationale de Justice a constaté que l'Albanie n'avait rien fait pour tenter de prévenir le désastre et l'a donc tenue "responsable, selon le droit international, des explosions ... et des dommages et pertes humaines...". Ibid., p. 36.

diligence. Si, en revanche, l'Etat affecté reçoit une telle assistance, l'étendue de cette aide pourrait intervenir dans la détermination de l'étendue et du montant de l'indemnisation ou autre forme de réparation.

10) L'alinéa g) tient compte de deux possibilités : d'une part, il se peut que des négociations aient lieu avant que les particuliers lésés ne demandent réparation devant les tribunaux de l'Etat d'origine ou à l'exploitant dont l'activité a causé le dommage transfrontière; d'autre part, de telles négociations peuvent aussi avoir lieu dans le cours ou à l'issue de l'action en justice. Dans un cas comme dans l'autre, ce facteur est à prendre en considération pour déterminer si les parties lésées se sont vu ou se verront accorder une juste indemnisation ou autre réparation.

11) L'alinéa h) vise l'un des éléments à retenir pour établir la validité des attentes des parties intéressées concernant l'indemnisation ou autre réparation du dommage transfrontière. La mesure dans laquelle le droit de l'Etat affecté prévoit l'indemnisation pour certains types précis de dommages doit être prise en considération pour apprécier la validité des attentes en la matière pour un dommage particulier. Du fait qu'une personne lésée dans l'Etat affecté n'aurait eu aucune possibilité d'agir en justice dans le cadre du droit de cet Etat on ne saurait conclure que l'Etat affecté considère ce dommage comme non indemnisable. Une analyse contextuelle de ce droit s'impose pour déterminer si d'autres procédures, administratives, assurent un équivalent fonctionnel. L'essentiel, c'est que le dommage doit donner lieu à indemnisation. Il ne doit pas se traduire par des avantages inespérés. D'autre part, le droit de l'Etat affecté peut aussi prévoir une indemnisation pour une catégorie de dommages beaucoup plus vaste et/ou à un niveau nettement plus élevé que le droit de l'Etat d'origine. Ces questions de comparaison doivent être prises en considération dans les négociations entre les Etats.

12) L'alinéa i) concerne aussi les attentes partagées des parties intéressées dans le cas d'un dommage transfrontière significatif, ainsi que leur comportement au regard des principes de diligence raisonnable et de bon voisinage. Si, malgré les mesures préventives visées au chapitre II, la norme de protection appliquée par l'Etat lésé dans la conduite des mêmes activités ou d'activités analogues est très sensiblement inférieure à celle que l'Etat d'origine a appliquée en ce qui concerne l'activité qui a causé le dommage transfrontière, l'Etat affecté ne sera pas convaincant s'il se plaint que l'Etat d'origine n'ait pas satisfait à la norme appropriée de diligence raisonnable. De même, si l'Etat d'origine peut démontrer que ses normes

de protection sont comparables à celles qui s'appliquent au niveau régional ou international, il sera mieux armé pour se défendre contre les accusations de manquement à l'obligation de diligence raisonnable.

13) L'alinéa j) est utile pour déterminer dans quelle mesure l'Etat d'origine a agi avec une diligence raisonnable et en bon voisin. Dans certaines circonstances, l'Etat d'origine pourrait se trouver en meilleure position pour aider l'Etat affecté à atténuer le dommage transfrontière du fait qu'il en connaît la source et la cause. Pareille assistance devrait donc être encouragée, puisque l'objectif primordial est de prévenir les dommages ou de les réduire au minimum 148/.

148/ En 1972, par exemple, dans l'incident de Cherry Point, le World Bond, navire-citerne immatriculé sous pavillon libérien, avait répandu quelque 45 000 litres de brut dans la mer en déchargeant à la raffinerie de l'Atlantic Richfield Corporation à Cherry Point, dans l'Etat de Washington. Le pétrole avait gagné les eaux canadiennes et souillé près de 10 km de plage en Colombie britannique. Tant la raffinerie que les autorités des deux côtés de la frontière avaient agi sans retard pour contenir et limiter le dommage, ce qui avait permis de réduire au minimum les dégâts causés aux eaux et aux rivages canadiens. Voir Annuaire canadien de droit international, 1973, vol. XI, p. 333 et 334.

RAPPORT SUR LE PROGRAMME DE TRAVAIL A LONG TERME

1. Au cours des 50 années ou presque de son existence, la Commission a entrepris et mené à bien l'étude de nombreux sujets dans divers domaines du droit international public 1/. Mais si l'on considère l'oeuvre accomplie par rapport à l'ensemble du droit international, et même par rapport à la liste des matières proposées à un moment ou un autre comme pouvant éventuellement se prêter à la codification et au développement progressif du droit international par la Commission 2/, on se rend compte que beaucoup reste à faire.

2. Le présent document ne prétend pas donner un aperçu complet des sujets possibles (en particulier, les suggestions pour "les sujets que la Commission pourrait étudier dans l'avenir" reflètent des propositions faites à différents moments par certains de ses membres). En fait, certains sujets proposés dans le document font déjà l'objet d'études de la part d'autres organismes.

Le rapport, dans son ensemble, vise :

- a) A sérier quelques domaines très généraux du droit international public principalement régis par les règles du droit international coutumier;
- b) A énumérer, sous chacun de ces titres très généraux, diverses matières qui ont déjà, à un moment ou un autre, été proposées par la Commission ou par tels ou tels de ses membres comme sujets possibles pour la CDI (les dates auxquelles les propositions initiales ont été formulées sont indiquées plus loin entre crochets);
- c) A ajouter quelques autres sujets possibles dont la Commission n'entend pas affirmer catégoriquement qu'ils se prêteraient à des travaux dans l'avenir;
- d) A indiquer les sujets dont l'étude a déjà été menée à bien en tout ou en partie; et
- e) A exposer dans leurs grandes lignes les principaux problèmes juridiques soulevés par trois des sujets que la Commission pourrait étudier dans l'avenir et qui, de l'avis de [la Commission], se prêtent à la codification et au développement progressif. Ces sujets sont les suivants :
 - i) protection diplomatique (Additif 1);

1/ Pour plus de détails, voir ci-après, Plan général.

2/ Ibid.

- ii) propriété et protection des épaves au-delà des limites de la juridiction maritime nationale (Additif 2); et
- iii) actes unilatéraux des Etats (Additif 3).

Ces trois sujets ont été indiqués en caractères gras dans le plan général ci-après.

3. Le plan général exposé ci-après illustre une approche générale qui, de l'avis de la Commission, permettrait de réserver, dans un examen global des principaux domaines du droit international public général, une place à un certain nombre de sujets que la Commission pourrait étudier dans l'avenir. La Commission se rend parfaitement compte que certains sujets mentionnés relèvent du champ d'action d'autres organismes; s'ils ont été mentionnés c'est pour donner une idée de l'étendue du droit international. La Commission n'entend pas empiéter sur la compétence des institutions concernées.

4. Si cette approche paraît intéressante à la Commission et à la Sixième Commission, la Commission pourrait peut-être, à sa prochaine session, étudier plus avant la possibilité d'ajouter d'autres sujets à ceux proposés dans les additifs 1 à 3.

PLAN GENERAL 3/

I. LES SOURCES DU DROIT INTERNATIONAL

- 1. Sujets dont l'étude a déjà été menée à bien :
 - a) Droit des traités
 - i) Convention de Vienne sur le droit des traités, 1969
 - ii) Convention de Vienne sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales, 1986
 - iii) Projet d'articles sur la clause de la nation la plus favorisée, 1978
- 2. Sujets à l'étude à la Commission :
 - Réserves aux traités

3/ Cette liste est purement indicative; ni les formulations ni la teneur n'engageront la Commission dans ses entreprises futures.

3. Sujets que la Commission pourrait étudier dans l'avenir :
- a) Droit des traités
 - Processus d'établissement des traités multilatéraux [1979]
 - b) Droit des actes unilatéraux [1971]
 - i) Actes unilatéraux des Etats (voir le schéma général - additif 3)
 - ii) Droit applicable aux résolutions des organisations internationales
 - iii) Contrôle de la validité des résolutions des organisations internationales.
 - c) Droit coutumier international
 - i) Formation des règles coutumières
 - ii) Effets juridiques des règles coutumières
 - d) Jus cogens (et notions connexes) [1992]
 - e) Instruments non obligatoires.

II. LES SUJETS DU DROIT INTERNATIONAL

1. Sujets abordés mais abandonnés :
- i) Droits et devoirs fondamentaux des Etats [1949]
 - ii) "Succession" de gouvernements [1949]
2. Sujets que la Commission pourrait étudier dans l'avenir :
- a) Sujets du droit international [1949]
 - b) La qualité d'Etat
 - i) Situation des Etats en droit international [1971]
 - ii) Critères de reconnaissance [1949]
 - iii) Indépendance et souveraineté des Etats [1962]
 - c) Gouvernement
 - i) Reconnaissance des gouvernements [1949]
 - ii) Gouvernements représentatifs

III. SUCCESSION D'ETATS ET AUTRES PERSONNES MORALES

1. Sujets dont l'étude a déjà été menée à bien :
 - a) Convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de traités, 1978
 - b) Convention de Vienne sur la succession d'Etats en matière de biens, archives et dettes d'Etat, 1986
2. Sujets à l'étude à la Commission :

Succession d'Etats en matière de nationalité
3. Sujets que la Commission pourrait étudier dans l'avenir :
 - a) Succession d'Etats en ce qui concerne la qualité de membre des organisations internationales et les obligations envers elles
 - b) "Droits acquis" au regard de la succession d'Etats
 - c) Succession d'organisations internationales

IV. JURIDICTION/IMMUNITE DE JURIDICTION DES ETATS

1. Sujets dont l'étude a déjà été menée à bien :

Immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens, 1991
2. Sujets que la Commission pourrait étudier dans l'avenir :
 - a) Immunités d'exécution
 - b) Compétence extraterritoriale
 - i) Reconnaissance des actes des Etats étrangers [1949]
 - ii) Juridiction à l'égard des Etats étrangers [1949]
 - iii) Juridiction pénale en matière d'infractions commises en dehors du territoire national [1949]
 - iv) Application extraterritoriale de la législation nationale [1992]
 - c) Compétence territoriale
Domaine territorial des Etats [1949]
 - d) Compétences relatives aux services publics

V. DROIT DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

1. Sujets dont l'étude a déjà été menée à bien :
Convention de Vienne sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, 1975
2. Sujets abordés mais dont l'étude n'a pas été poursuivie :
Statut, privilèges et immunités des organisations internationales, de leurs fonctionnaires, experts, etc.
3. Sujets que la Commission pourrait étudier dans l'avenir :
 - a) Principes généraux du droit de la fonction publique internationale
 - b) Personnalité morale internationale des organisations internationales
 - c) Compétences des organisations internationales
 - i) Pouvoirs implicites
 - ii) Compétence personnelle
 - iii) Compétence territoriale.

VI. SITUATION DE L'INDIVIDU DANS LE DROIT INTERNATIONAL

1. Sujets dont l'étude a déjà été menée à bien :
Convention sur la réduction des cas d'apatridie, 1961
2. Sujets que la Commission pourrait étudier dans l'avenir :
 - a) Droit international relatif aux individus [1971]
L'individu dans le droit international
 - b) Traitement des étrangers [1949]
 - i) Droit de refuge politique [1949]
 - ii) Extradition [1949]
 - c) Droit relatif aux migrations internationales [1992]
 - d) Droits de l'homme et défense de la démocratie [1962]

VII. DROIT INTERNATIONAL PENAL

1. Sujets dont l'étude a déjà été menée à bien :
 - a) Projet de statut d'une cour criminelle internationale, 1994
 - b) Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, 1996

2. Sujets que la Commission pourrait étudier dans l'avenir :
- a) Le principe "Aut dedere aut iudicare"
 - b) Les crimes internationaux autres que ceux mentionnés dans le Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité

VIII. DROIT DES ESPACES INTERNATIONAUX

1. Sujets dont l'étude a déjà été menée à bien :
- a) Droit de la mer
 - Les quatre Conventions de Genève de 1958
 - b) Régime juridique des cours d'eau internationaux
 - Projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, 1994
2. Sujets abordés et abandonnés :
- Régime juridique des eaux historiques, 1962
3. Sujets que la Commission pourrait étudier dans l'avenir :
- a) Droit de la mer
 - Propriété et protection des épaves au-delà des limites de la juridiction maritime nationale (voir le schéma général - Additif 2)
 - b) Régime juridique des fleuves internationaux et questions connexes
 - Navigation sur les cours d'eau internationaux
 - c) Droit aérien [1971]
 - d) Droit de l'espace [1962]
 - e) Ressources naturelles partagées
 - i) L'indivis mondial [1992]
 - ii) Le patrimoine commun de l'humanité
 - iii) Les ressources transfrontières
 - iv) Le droit des eaux souterraines captives internationales
 - v) L'intérêt commun de l'humanité

IX. DROIT DES RELATIONS/DE LA RESPONSABILITE INTERNATIONALES

1. Sujets dont l'étude a déjà été menée à bien :
 - a) Relations diplomatiques et consulaires
 - i) Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, 1961
 - ii) Convention de Vienne sur les relations consulaires, 1963
 - iii) Convention de Vienne sur les missions spéciales, 1969
 - iv) Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, 1973
 - v) Statut du courrier diplomatique et de la valise diplomatique non accompagnée par un courrier diplomatique, 1989
2. Sujets à l'étude à la Commission
 - a) Responsabilité des Etats
 - b) Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international
3. Sujet que la Commission pourrait étudier dans l'avenir
 - a) Responsabilité internationale
 - i) Protection diplomatique (voir le schéma général - Additif 1)
 - ii) Responsabilité internationale des organisations internationales
 - iii) Protection fonctionnelle
 - b) Représentation internationale des organisations internationales

X. DROIT DE L'ENVIRONNEMENT

Sujets que la Commission pourrait étudier dans l'avenir :

Droit de l'environnement

Droits et devoirs des Etats en matière de protection de l'environnement [1992]

XI. DROIT DES RELATIONS ECONOMIQUES

- i) Relations économiques et commerciales [1971]
- ii) La condition juridique des investissements en capital et les accords y relatifs [1993]
- iii) Problèmes juridiques internationaux liés à la privatisation de biens d'Etat
- iv) Principes juridiques généraux applicables à l'aide au développement

XII. DROIT DES CONFLITS ARMES/DU DESARMEMENT

Sujets que la Commission pourrait étudier dans l'avenir :

- a) Mécanismes juridiques nécessaires à l'enregistrement des ventes ou autres transferts d'armements, armes et matériels militaires entre Etats [1992]
- b) Principes juridiques généraux applicables aux zones démilitarisées et/ou neutres
- c) Principes juridiques généraux applicables aux sanctions armées en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies

XIII. REGLEMENT DES DIFFERENDS

1. Sujets dont l'étude a déjà été menée à bien :

Modèle de règles sur la procédure arbitrale, 1958

2. Sujets que la Commission pourrait étudier dans l'avenir :

- a) Règlement pacifique des différends internationaux [1949]
- b) Clauses types pour le règlement des différends relatifs à l'application ou l'interprétation de futures conventions de codification
- c) Procédures de médiation et de conciliation par les organes des Nations Unies

Additif 1

PROTECTION DIPLOMATIQUE

Schéma général

1. En proposant que ce sujet soit retenu pour une étude ultérieure, la Commission n'a pas établi dans son cas de schéma comparable à ceux qui ont été publiés dans le document A/CN.4/454 du 9 novembre 1993. En 1996, à sa quarante-huitième session, le Groupe de planification a décidé qu'un bref schéma aiderait sans doute les gouvernements à décider s'ils approuvent la poursuite de travaux sur ce sujet.
2. Le schéma présenté ci-après est, bien entendu, provisoire. Le Rapporteur spécial, de même que les gouvernements à la Sixième Commission, auraient toute latitude de recommander des modifications. L'étude de ce sujet offrirait au demeurant l'intérêt d'être le pendant des travaux de la Commission sur la responsabilité des Etats. Elle pourrait suivre le modèle traditionnel de la série d'articles accompagnés de commentaires, sans que cela préjuge pour autant de sa forme définitive, qui serait décidée ultérieurement. La Commission ne considère pas que cette étude-là doive nécessairement aboutir à une convention : elle pourrait fort bien prendre la forme d'un guide, utile le cas échéant aux gouvernements pour le traitement de réclamations internationales.
3. Quelques-unes des sections de ce schéma sont complétées par de brèves notes explicatives précisant pourquoi la question est d'actualité.
 1. Base et raison d'être de la protection diplomatique
 2. Personnes invoquant la protection diplomatique
 - A. Personnes physiques
 - i) Nationaux : preuve de la nationalité et "rattachement effectif"
 - ii) Personnes possédant une double ou plusieurs nationalités : rôle de la "nationalité effective"
 - a) vis-à-vis des Etats tiers
 - b) vis-à-vis de l'un des Etats de la nationalité.

Note

4. Lorsque le particulier qui invoque la protection diplomatique possède deux nationalités, il est normalement admis que, vis-à-vis d'un Etat tiers, l'Etat qui a lieu de présenter la réclamation est celui de sa nationalité "effective". Néanmoins, il peut y avoir des situations où l'Etat de la nationalité "effective" se trouve dans l'incapacité d'accorder sa protection

et où c'est à l'Etat de la seconde nationalité de réclamer. Il n'en va pas très différemment dans les cas exceptionnels où l'Etat de "rattachement effectif" n'est pas en mesure d'agir. Et il se pose un problème encore plus difficile lorsque l'Etat de l'une des nationalités de l'intéressé la fait valoir contre l'Etat de son autre nationalité. Ce cas a suscité une controverse au sein de la Commission de réclamations Etats-Unis/Iran (voir l'affaire A.18), et celle-ci a dû examiner les circonstances dans lesquelles les réclamations pour le compte de doubles nationaux devaient, ou ne devaient pas, être permises.

- iii) Personnes au service de l'Etat (étrangers servant dans les forces armées, sur les navires, dans les ambassades)
- iv) Apatrides
- v) Non-nationaux constituant une minorité dans un groupe de nationaux

Note

5. Il peut arriver, lorsque, par exemple, un aéronef est abattu ou un navire coulé, que les passagers et les particuliers invoquant la protection diplomatique soient pour un grand nombre de la même nationalité, mais qu'une petite minorité soient d'une nationalité différente. La question se pose alors de savoir s'il faut qu'il y ait multiplicité de réclamations (c'est-à-dire d'Etats réclamants) ou s'il peut y avoir un seul Etat réclamant qui agisse aussi en qualité de représentant.

B. Personnes morales

- i) Sociétés, associations et ainsi de suite
- ii) Partenariats
- iii) Assureurs

Note

6. Le droit applicable aux partenariats manque de clarté, surtout lorsque les partenaires sont de nationalité différente, mais aussi lorsque des divergences surgissent sur le point de savoir s'il s'agit d'une demande "du partenariat" ou d'une demande individuelle.

7. Le droit concernant les assureurs est encore moins développé. Dans les cas de destruction ou d'endommagement de biens assurés, il arrive souvent que la perte réelle retombe sur l'assureur. Il n'est nullement évident que la "subrogation" dans les demandes soit acceptable, afin que l'Etat de la nationalité de l'assureur assume légitimement le rôle de réclamant.

3. Protection incidente seulement de certains types de biens d'Etat et de certaines personnes

- a) Ambassades
- b) Navires, aéronefs et vaisseaux spatiaux appartenant à l'Etat
- c) Bases militaires

Note

8. Au stade actuel, la Commission ne prend pas fermement position sur le point de savoir si la protection des biens d'Etat devrait faire partie de l'étude envisagée. Elle estime cependant que cet aspect du problème mérite une étude préliminaire. Les questions en jeu ne sont pas les mêmes que les immunités qui s'attachent à ces biens, elles ont trait davantage aux moyens de protection dont l'Etat dispose, avant la présentation de toute réclamation en bonne et due forme.

4. Les conditions préalables de la protection

- a) Formes de protection autres que les réclamations
- b) La présentation d'une réclamation internationale
 - i) La pertinence du dommage comme demande incidente
 - ii) Rapport entre la protection diplomatique assurée par l'Etat de la nationalité et la protection "fonctionnelle" exercée par une organisation internationale à l'égard de ses agents
 - iii) La règle de la nationalité des réclamations
 - rattachement effectif et condition de "continuité"
 - exceptions
 - iv) La règle de l'épuisement des voies de recours internes
 - portée et signification
 - recours judiciaires et administratifs, gracieux et contentieux
 - obligation d'épuiser les possibilités d'appel, de réexamen, etc.
 - v) L'incidence des recours internationaux subsidiaires
 - saisine des organismes de défense des droits de l'homme
 - commissions internationales de réclamations

Note

9. Lorsque les particuliers disposent d'un droit de saisine de ces organismes, les formes traditionnelles de la protection diplomatique se trouvent-elles suspendues ou éteintes ? Les constatations de ces organismes s'imposent-elles pour de futures réclamations diplomatiques ?

5. Les mécanismes de la protection diplomatique en l'absence de relations diplomatiques

6. Les conditions de forme attachées à une demande de protection

- a) Preuves - de la nationalité, de la suffisance de cause de la demande, etc.
- b) Délai - effet du retard en l'absence de règles de prescription

7. Le caractère définitif du règlement d'une réclamation

- a) Effet sur le particulier intéressé de l'acceptation par l'Etat réclamant d'une offre de règlement
- b) Règlement par l'entremise de commissions internationales de réclamations, par voie d'arbitrage, etc.
- c) Règlements sous forme de montants forfaitaires et indemnités accordées par les commissions nationales de réclamations
- d) Effets sur le règlement d'une réclamation de la découverte ultérieure de :
 - i) dol
 - ii) faits nouveaux

Additif 2

PROPRIETE ET PROTECTION DES EPAVES AU-DELA DES LIMITES DE LA JURIDICTION MARITIME NATIONALE

Schéma général

1. Le Groupe de travail est d'avis que ce sujet, qui figurait déjà parmi ceux qui ont été publiés dans le document A/CN.4/454 du 9 novembre 1993, revêt un intérêt particulier. En effet, il est bien délimité, n'a jamais encore été étudié et a une valeur surtout pratique. En outre, le Groupe de travail a estimé que son étude pourrait être achevée dans un laps de temps relativement court, ce qui lui confère un avantage supplémentaire.
2. Le schéma ci-après est provisoire. La Commission et le Rapporteur spécial auront toute latitude de l'affiner et de recommander des modifications.
3. Les progrès de la science et de la technologie de l'exploration sous-marine facilitent la découverte et la récupération d'épaves et de leurs cargaisons.
4. Les intérêts en présence sont les suivants :
 - a) sport et loisirs (les "amateurs");
 - b) intérêt économique (cargaisons de valeur);
 - c) intérêts étatiques (sécurité, patrimoine national, etc.);
 - d) intérêt scientifique (recherche océanographique).

1. Définition de l'"épave"

Note

5. Les définitions juridiques établies aux fins du droit de l'assistance et du sauvetage en mer sont centrées sur la notion de navire "en péril", étant présumé qu'il y a un propriétaire et que le sauveteur a droit de la part de celui-ci à une récompense pour son intervention. Mais il règne une incertitude considérable sur le point de savoir si une "épave" peut être considérée comme étant "en péril" et faire à ce titre l'objet d'une opération de sauvetage.

6. Sont particulièrement pertinentes à cet égard quelques affaires portées devant les tribunaux fédéraux des Etats-Unis, la Convention de Bruxelles de 1910 pour l'unification de certaines règles en matière d'assistance et de sauvetage maritimes, le Protocole de 1967 portant modification de la Convention de Bruxelles et la Convention internationale de 1989 sur l'assistance de l'Organisation maritime internationale. (Ces conventions ne règlent pas la question et renvoient au droit interne.)

2. Juridiction de l'Etat côtier

- a) Pouvoir de faire enlever les épaves dans l'intérêt de la sécurité de la navigation
- b) Compétence pour connaître des demandes relatives à des opérations d'assistance et de sauvetage
- c) Compétence pour assurer la "protection" de l'épave et réglementer l'accès au site où elle se trouve
- d) Compétence pour connaître des demandes portant sur la propriété de l'épave et/ou de sa cargaison

Note

7. En principe, les compétences mentionnées aux points a), b) et c) ne peuvent s'exercer que dans les eaux intérieures et les eaux territoriales.
8. Toutefois, s'agissant d'objets archéologiques et historiques découverts en mer, le paragraphe 2 de l'article 303 de la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer prévoit une compétence additionnelle s'exerçant dans la zone contiguë.
9. Une grande incertitude continue de régner sur ce point en ce qui concerne le plateau continental et la zone économique exclusive, ainsi que la haute mer au-delà des limites de la juridiction nationale, et il est évident que la Convention de 1982 n'a pas établi de régime général qui englobe les épaves.
10. Malgré les efforts de quelques Etats pour étendre la juridiction de l'Etat côtier aux épaves présentant un intérêt archéologique ou historique qui se trouvent dans la limite des 200 milles, la majorité a résisté à ces tentatives d'extension de la juridiction de l'Etat côtier à des ressources autres que les ressources "naturelles". Toutefois, il existe une certaine pratique des Etats dans ce sens, et l'obligation plus limitée de protéger les objets de caractère archéologique et historique (art. 303, par. 1) s'applique incontestablement dans ces zones.
11. Dans le cas de la haute mer au-delà des limites de la juridiction nationale, il n'existe pas non plus de régime général, mais l'article 149 de la Convention de 1982 contient une disposition visant spécialement les objets archéologiques et historiques.

3. La question de la propriété ou du titre

- a) Navires de guerre, aéronefs militaires et autres navires appartenant à l'Etat exploités à des fins non commerciales
- b) Epaves présentant un intérêt archéologique ou historique

Note

12. Y a-t-il des critères convenus selon lesquels déterminer si le bien considéré a conservé un propriétaire ou s'il y a eu à son égard abandon de propriété, ce qui en fait une res derelicta ? Quelle est la loi applicable pour décider de ces critères ?
13. Suivant la loi de certains Etats, les épaves peuvent, au bout d'un certain temps, perdre leur immatriculation sous le pavillon de l'Etat, et donc leur nationalité, et elles sont rayées du registre des immatriculations, mais cela n'a pas d'incidence sur la propriété.
14. Le droit de la succession d'Etats règle-t-il de façon satisfaisante les problèmes posés par les navires qui appartenaient à un Etat dans les cas où cet Etat a disparu ?
15. La pratique actuelle donne à penser qu'il existe une présomption de non-abandon de la propriété des navires de guerre ou autres appartenant à un Etat et qu'un acte exprès de cession ou d'abandon est requis. Cette position s'explique à la fois par les incidences à craindre sur le plan de la sécurité au cas où le navire ou l'aéronef tomberait entre les mains de personnes non autorisées et par le désir de conserver l'épave intacte en tant que "sépulture de guerre".
16. Les tentatives en vue d'instituer un régime spécial pour ce type d'épaves dans le cadre de la Convention de 1982 ont échoué, mais certaines dispositions de portée limitée comme l'article 149 et les paragraphes 1 et 3 de l'article 303 leur sont effectivement consacrées.
17. Il est difficile d'en déduire une obligation générale pour l'Etat de protéger les objets en question, en usant de ses pouvoirs législatifs, administratifs et judiciaires, au-delà de la zone contiguë. Par conséquent, au-delà de cette zone, la principale question qui se pose est celle-ci : qui protège ces épaves ? Et il en découle d'autres questions concernant la propriété de l'épave et de sa cargaison et leur disposition. Certains Etats ont défendu l'idée que l'Etat au patrimoine culturel duquel le navire appartient serait investi d'un droit de propriété latent.
18. Qui plus est, un certain nombre de conventions conclues sous les auspices de l'UNESCO sont consacrées au patrimoine culturel, mais aucune ne vise expressément les épaves, et l'on peut présumer que les obligations qu'elles imposent aux Etats ne s'appliquent pas au-delà des limites de la mer territoriale.
19. Il y a encore la Convention européenne sur les infractions visant des biens culturels (1985) du Conseil de l'Europe (qui ne s'applique pas non plus au-delà des limites de la mer territoriale) et, surtout, un projet de convention sur le patrimoine culturel sous-marin, élaboré à la suite du rapport Prott.

20. Toutefois, il n'existe guère dans ce domaine de législation spécifique, en dehors de quelques rares exceptions (Australie : The Historic Shipwrecks Act de 1976; Etats-Unis d'Amérique : The RMS Titanic Maritime Memorial Act de 1986 et l'Abandoned Shipwrecks Act de 1987), auxquelles il faut ajouter une poignée de traités bilatéraux comme l'Accord entre l'Australie et les Pays-Bas concernant les épaves d'anciens navires hollandais et un accord de 1978 entre l'Australie et la Papouasie-Nouvelle-Guinée relatif à la délimitation des frontières maritimes.

4. Disposition des navires récupérés et des objets qui y sont découverts

Note

21. En admettant la licéité de l'accès au site, il faut se demander si l'"inventeur" acquiert un titre sur les objets qu'il a trouvés, ce qui soulève diverses questions :

- a) Quels sont les tribunaux compétents pour connaître des contestations sur la propriété ? (Si l'on conférait cette compétence aux Etats côtiers jusqu'à la limite des 200 milles, la plupart des cas se trouveraient couverts. En effet, les épaves sont le plus souvent découvertes dans ce périmètre puisque, historiquement, les routes commerciales longeaient les côtes, et les naufrages se produisaient quand, par suite de mauvais temps ou d'erreurs, les navires étaient obligés de trop s'en approcher.)
- b) Faudrait-il conférer à certains Etats des droits prioritaires ou préférentiels soit d'interdire la vente, soit d'acquérir l'épave ou son contenu ?

Additif 3

ACTES UNILATERAUX DES ETATS

Schéma général

1. L'une des principales réalisations de la Commission a été la codification du droit des traités, qui s'est traduite par l'adoption de deux grandes conventions, les Conventions de Vienne de 1969, sur le droit des traités, et de 1986, sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales, et qui se poursuit actuellement par une étude sur les réserves aux traités, laquelle devrait, en principe, aboutir à l'adoption de principes directeurs à l'intention des Etats et des organisations internationales.

2. Cependant, le droit des traités est loin d'épuiser la matière beaucoup plus générale des "sources du droit international" qui était envisagée comme sujet de codification d'ensemble dans l'Etude du Secrétariat de 1949. Cette matière elle-même ne se prête d'ailleurs pas à une codification complète; mais certains sujets plus précis semblent être arrivés à maturité et devraient pouvoir être étudiés avec fruit et faire l'objet de projets d'articles.

3. Parmi les sujets qui ont été proposés, le Groupe de travail est d'avis que celui des "actes unilatéraux des Etats" pourrait se prêter à un examen immédiat. En effet :

- c'est un sujet assez bien délimité auquel plusieurs auteurs ont consacré d'importants travaux doctrinaux, mais sur lequel aucun organisme officiel international ne s'est encore penché;
- plusieurs arrêts de la Cour internationale de Justice, notamment dans les Affaires des essais nucléaires, y font référence, mais ces célèbres dicta laissent subsister des incertitudes et des interrogations;
- les Etats recourent d'abondance à des actes unilatéraux et l'on pourrait certainement étudier leur pratique pour en tirer des principes juridiques généraux;
- même si le droit des traités et le droit applicable aux actes unilatéraux des Etats diffèrent à bien des égards, le droit des traités existant offre certainement un utile point de départ et un cadre de référence pour aborder l'examen des règles se rapportant aux actes unilatéraux.

4. Le schéma général esquissé ci-après n'a qu'un caractère préliminaire et demandera à être affiné et examiné plus en détail avant d'être adopté de façon effective par la Commission aux fins d'étude.

1. Définition et typologie

a) Définition

Distinction par rapport :

- i) Aux instruments unilatéraux non obligatoires
- ii) Aux traités (possibilité d'"actes plurilatéraux" ("actes unilatéraux collectifs") ?)

Note

5. Il conviendra naturellement de voir s'il y a lieu de procéder à ces comparaisons au début ou à la suite de la définition.

- iii) Critère fondamental : la volonté de se lier
- iv) Grande variété de formes (cf. Affaire des essais nucléaires); possibilité d'actes unilatéraux verbaux (cf. Groenland oriental); le silence ?

Note

6. La question de savoir si le silence équivaut ou non à un acte unilatéral est difficile à trancher. La Commission souhaitera peut-être décider à un stade précoce si elle a l'intention d'inclure cette question dans son étude.

- v) Soumission au droit international
- vi) L'auteur : attribution à l'Etat
 - . Non-pertinence des fonctions de l'organe étatique en cause (exécutif ou législatif; judiciaire ?)
 - . Nécessité de la capacité de lier l'Etat sur le plan international
 - . Problèmes relatifs au démembrement de l'Etat et à la succession aux actes unilatéraux.

Note

7. Selon toute probabilité, le droit des traités offre des principes directeurs utiles pour ce qui est de cette dernière question; cependant, cela ne signifie pas que les règles du droit des traités concernant la capacité puissent être purement et simplement transposées aux actes unilatéraux.

b) Typologie

- i) "bilatéral" (s'adressant à un autre Etat déterminé);
"plurilatéral" (s'adressant à l'ensemble de la communauté internationale)
- ii) actes "autonomes" (notification, reconnaissance, acquiescement, protestation, renonciation, promesse...) liés à des traités (par exemple : déclarations facultatives en vertu de l'Article 36, par. 2, du Statut de la C.I.J., notifications en application d'une disposition conventionnelle)

Note

8. Là encore, la typologie très approximative proposée ci-dessus doit être considérée avec circonspection; elle ne figure ici que pour illustrer les problèmes que soulève le sujet ainsi que leur complexité, et en aucune façon à titre de classification définitive. Par ailleurs, il est vraisemblable que les principes des sections 2 à 4 ci-après ne sont pas applicables uniformément à toutes les variétés d'actes unilatéraux et demandent à être différenciés.

2. Effets juridiques et application

a) Caractère obligatoire des actes unilatéraux pour l'"Etat auteur"

- i) Le principe des "Essais nucléaires"
- ii) Conséquences juridiques
 - . application de bonne foi ("acta sunt servanda")
 - . création de droits pour les autres Etats ("acta tertiis prosunt")
 - . conditions auxquelles est soumise la possibilité pour les autres Etats d'invoquer des actes unilatéraux

Note

9. Ces conditions diffèrent des "conditions de validité" dont il est question dans la section 3 ci-après; ici, le problème consiste à déterminer QUAND un Etat (et QUEL Etat - ou autre sujet du droit international) peut invoquer un acte unilatéral.

b) Non-opposabilité aux autres Etats

- i) le principe : un Etat ne peut pas imposer d'obligations à d'autres Etats ("acta tertiis non nocent")
- ii) exceptions :
- iii) acceptation formelle ou implicite par "l'Etat [les Etats] destinataire[s]"

- iv) actes unilatéraux adoptés en application de règles générales du droit international.

Note

10. Un exemple de ce dernier type d'actes pourrait être la délimitation unilatérale de la mer territoriale ou de la zone économique exclusive en l'absence d'autre Etat côtier voisin.

c) Interprétation

Note

11. Là encore, voir les règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités; mais, comme la Cour l'a déclaré, la transposition ne peut se faire qu'avec prudence.

3. Conditions de validité

a) Vices dans l'expression de la volonté de l'Etat

- i) Vices entachant la capacité juridique de l'organe auteur de l'acte
- ii) Erreur
- iii) Vices liés au comportement de l'Etat [des Etats]
"destinataire[s]"
 - . Dol ?
 - . Corruption
 - . Contrainte exercée sur l'Etat auteur de l'acte
- iv) Actes contraires à une norme impérative du droit international général (jus cogens)

Note

12. Le droit des traités offre un point de départ indispensable mais n'est sans doute pas purement et simplement transposable.

b) Conséquences juridiques des vices entachant l'expression de la volonté

- i) Procédure en cas de vices entachant l'expression de la volonté de l'Etat
- ii) Nullité de l'acte et conséquences de celle-ci (conséquences variables selon le type de vice et aussi, sans doute, selon le type d'acte).

4. Durée de validité, modification et extinction

Note

13. C'est certainement là le problème le plus important qui se pose dans la pratique, et l'élément central de l'étude : nul ne peut sérieusement douter qu'un Etat soit lié par ses actes unilatéraux (voir les arrêts de la C.I.J. dans les Affaires des essais nucléaires); mais il serait absurde de poser en principe que l'Etat qui a exprimé sa volonté ne peut jamais se rétracter. Toutefois, la jurisprudence internationale ne semble pas être d'une grande aide à cet égard, et la Commission devra sans doute faire oeuvre de développement progressif.

- a) Extinction ou modification du fait de l'"Etat auteur"
 - i) Limitation expresse ou implicite de la durée
 - ii) Limitation générale du droit de l'Etat auteur de l'acte de mettre fin à celui-ci ou de le modifier
- b) Extinction ou modification du fait de circonstances extérieures
 - i) Changement fondamental de circonstances
 - ii) Impossibilité d'application
 - iii) Conflit armé ?
 - iv) Succession d'Etats ?

