

Document:-
A/CN.4/SR.1367

Compte rendu analytique de la 1367e séance

sujet:
<plusieurs des sujets>

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
1976, vol. I

*Telechargé du site Internet de la Commission du Droit International
(<http://www.un.org/law/french/ilc/index.htm>)*

1367^e SÉANCE

Mercredi 12 mai 1976, à 10 h 10

Président : M. Abdullah EL-ERIAN

Présents : M. Ago, M. Bilge, M. Calle y Calle, M. Hambro, M. Kearney, M. Martínez Moreno, M. Ouchakov, M. Quentin-Baxter, M. Reuter, M. Rossides, M. Šahović, M. Sette Câmara, M. Tabibi, M. Tammes, M. Tsuruoka, M. Ustor, sir Francis Vallat, M. Yasseen.

Organisation des travaux (suite*)

1. Le PRÉSIDENT propose que le point 1 de l'ordre du jour (Nomination à des sièges devenus vacants [article 11 du statut]) soit examiné le jeudi 20 mai 1976. Le Secrétaire en informerait immédiatement les membres qui n'ont pas encore été en mesure de prendre part aux travaux de la session, y compris bien entendu les deux membres africains, pour qu'ils puissent prendre les dispositions qu'ils jugent nécessaires.

2. S'il n'y a pas d'objection, le Président considérera que la Commission décide de procéder ainsi.

Il en est ainsi décidé.

Responsabilité des Etats (suite)

[A/CN.4/291 et Add.1 et 2]

[Point 2 de l'ordre du jour]

PROJET D'ARTICLES

PRÉSENTÉ PAR LE RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

ARTICLE 17 (Vigueur de l'obligation internationale)

3. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à présenter son projet d'article 17, qui est ainsi libellé :

Article 17. — Vigueur de l'obligation internationale

1. Un fait de l'Etat en opposition avec ce qui est requis par une obligation internationale déterminée constitue une violation de cette obligation si le fait a été accompli au moment où l'obligation était en vigueur à l'égard de l'Etat mis en cause.

2. Toutefois, un fait de l'Etat qui, au moment de son accomplissement, était en opposition avec ce qui était requis par une obligation internationale en vigueur à l'égard de cet Etat n'est plus considéré comme la violation d'une obligation internationale de l'Etat et n'engage donc plus sa responsabilité internationale si, par la suite, un fait de la même nature est devenu un comportement dû en vertu d'une règle impérative du droit international.

3. Si le fait de l'Etat en opposition avec ce qui est requis par une obligation internationale déterminée

a) est un fait ayant un caractère de continuité, ce fait constitue une violation de l'obligation en question si celle-ci était en vigueur pendant une partie au moins de l'existence du fait continu et pour la durée de cette vigueur ;

b) est un fait composé d'une série de comportements distincts et relatifs à des situations distinctes, ce fait constitue une violation de l'obligation en question si celle-ci était en vigueur pendant que s'est

déroulée une partie au moins des comportements composant le fait en question, suffisant à elle seule à réaliser la violation ;

c) est un fait complexe comportant l'action ou omission initiale d'un organe donné et la confirmation ultérieure de cette action ou omission par d'autres organes de l'Etat, ce fait constitue une violation de l'obligation en question si celle-ci était en vigueur au moment de l'amorce du processus de réalisation du fait de l'Etat non conforme à ladite obligation.

4. M. AGO (Rapporteur spécial) rappelle que la source de l'obligation internationale violée n'en constitue pas le seul aspect formel susceptible d'entrer en ligne de compte aux fins qui intéressent la Commission dans le contexte de la responsabilité des Etats. La question se pose aussi de savoir si le fait que l'obligation ait été en vigueur au moment où l'Etat a adopté un comportement en contradiction avec ce qui est requis par cette obligation est ou non une condition indispensable pour pouvoir conclure à l'existence d'une violation de cette obligation. Le problème tient à ce que l'ordre juridique international n'est pas statique, et qu'il existe en plus de multiples manifestations possibles du comportement susceptible de constituer un manquement à une obligation internationale. Lorsqu'on cherche à établir si le comportement de l'Etat, qui se réalise à un moment donné, est conforme ou non à ce que requiert une obligation internationale, on peut imaginer plusieurs hypothèses, selon le moment où cette obligation est en vigueur par rapport audit Etat. En effet, les obligations internationales ne sont pas permanentes : de même que les obligations de droit interne, elles naissent et meurent.

5. Il existe un principe général, dégagé en 1928 par l'arbitre Max Huber dans l'affaire de l'*Ile de Palmas*, selon lequel un fait juridique doit être apprécié à la lumière du droit de l'époque de ce fait, et non pas d'après le droit en vigueur au moment où surgit ou doit être réglé un différend relatif à ce fait¹. Cette prise de position concernait un fait licite, mais il est évident qu'elle s'applique aussi à un fait illicite. D'ailleurs, ce principe a été également consacré dans des affaires concernant des faits illicites, comme l'affaire *Pelletier*, pour laquelle il a été prévu, en 1884, que l'arbitre appliquerait les règles de droit international existant à l'époque des faits formant l'objet de la plainte². Il était donc exclu de prendre en considération une obligation qui aurait existé au moment de la décision, mais n'aurait pas été en vigueur au moment de l'accomplissement du fait non conforme à ce qu'exigeait cette obligation. Dans une autre affaire, soumise à l'arbitrage en 1900, le Gouvernement impérial russe était accusé par le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique d'avoir saisi des navires américains pratiquant la chasse du phoque en dehors des eaux territoriales russes. Au moment de ces saisies, aucune convention applicable en la matière ne liait les Etats intéressés. Par la suite, et avant que la sentence ne soit rendue, une convention avait été conclue entre eux, permettant de

¹ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1949.V.1), p. 845.

² Voir G. F. de Martens, éd., *Nouveau Recueil général de traités*, Gottingue, Dieterich, 1887, 2^e série, t. XI, p. 800 et 801. Pour une description détaillée de l'affaire, voir J. B. Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, Washington (D.C.), U.S. Government Printing Office, 1898, vol. II, p. 1749.

* Reprise des débats de la 1361^e séance.

saisir un navire en dehors des eaux territoriales. Dans la convention d'arbitrage, le principe général a été une fois de plus consacré : l'arbitre devait appliquer les principes du droit des gens et les traités internationaux qui étaient en vigueur et obligatoires pour les parties au moment où la saisie des navires avait eu lieu³.

6. Trois hypothèses peuvent être envisagées, selon le moment où l'obligation est en vigueur pour l'Etat. Premièrement, l'obligation a pris naissance et a cessé d'exister à la charge dudit Etat avant que le fait ait été accompli. En pareil cas, il ne fait aucun doute qu'il n'y a pas violation de cette obligation. Rien dans la pratique des Etats ou la jurisprudence internationale ne permettrait de conclure différemment.

7. Deuxièmement, l'obligation existe au moment de l'accomplissement du fait, mais cesse d'exister par la suite. On serait tenté d'en déduire que le comportement de l'Etat constitue sans conteste la violation de l'obligation internationale alors existant à la charge de cet Etat et, par conséquent, qu'il représente de sa part un fait internationalement illicite. Des doutes surgissent cependant si l'on fait une incursion dans le droit interne, et en particulier dans le droit civil et le droit pénal. En matière civile, la plupart des systèmes de droit permettent d'exiger la réparation du dommage causé par un fait que son auteur a commis en violant une obligation qui était alors à sa charge, même si cette obligation se trouve être éteinte au moment où le jugement intervient. En matière pénale, par contre, on ne peut généralement pas tenir pour responsable l'auteur d'un fait accompli en violation d'une obligation existant à sa charge au moment de l'accomplissement de ce fait mais ayant cessé d'exister au moment du jugement : c'est généralement la loi la plus favorable à l'inculpé qui est alors appliquée. Le Rapporteur spécial est néanmoins persuadé que l'application de ce principe ne se justifierait pas en droit international. En droit interne, la responsabilité pénale oppose l'auteur du fait incriminé à la société tout entière, tandis qu'en droit international l'Etat auteur d'une infraction se trouve normalement opposé à un autre Etat, victime de cette infraction. Appliquer au premier Etat la loi qui lui est la plus favorable reviendrait à appliquer par principe la loi la plus défavorable à l'Etat lésé par l'infraction. Il faut donc en conclure que, dans cette hypothèse, il suffit que l'obligation ait existé au moment de l'accomplissement du fait pour que celui-ci soit illicite et engage sa responsabilité. Cette conclusion est confirmée par la jurisprudence internationale.

8. C'est ainsi qu'au milieu du XIX^e siècle le surarbitre de la Commission mixte Etats-Unis d'Amérique/Grande-Bretagne, instituée par le traité du 8 février 1853, a eu à connaître d'un certain nombre d'affaires concernant la traite des esclaves. Le mauvais temps avait obligé des navires américains transportant des esclaves africains à se réfugier dans un port des Bermudes. Les autorités britanniques des Bermudes avaient alors libéré ces esclaves et séquestré les navires. A l'époque, la traite des esclaves n'était pas interdite, et le surarbitre estima que la Grande-Bretagne était donc tenue de respecter la propriété étran-

gère, constituée en l'occurrence par les esclaves africains. Appelé ensuite à trancher un certain nombre d'affaires semblables, le surarbitre a indiqué qu'il fallait examiner, dans ces nouveaux cas, si la traite des esclaves était devenue contraire à la « loi des nations » au moment de l'accomplissement des faits incriminés. Il faut noter en passant que par « loi des nations », il n'entendait pas le droit des gens, mais le droit interne des nations intéressées. Ce n'est qu'au cas où la loi des nations n'aurait pas interdit le commerce des esclaves que la Grande-Bretagne aurait violé une obligation internationale à sa charge. Or, les cas plus récents s'étaient produits alors que la traite des esclaves se trouvait interdite par le droit des Etats-Unis et par celui de la Grande-Bretagne. Le surarbitre en a conclu que la libération des esclaves et le séquestre des navires étaient licites dans de tels cas. *Grosso modo*, cela revenait à dire que si l'obligation existait au moment de l'accomplissement du fait, celui-ci était illicite, tandis que si l'obligation avait cessé d'exister à ce moment-là, le fait était licite et la responsabilité de l'Etat n'était pas engagée.

9. Dans l'affaire du « *James Hamilton Lewis* », l'arbitre a décidé, en 1902, que le moment déterminant était celui où le fait avait été accompli ; peu importait, si le fait était alors illicite, qu'il soit devenu licite par la suite⁴. Le même principe a été consacré en 1937 dans l'affaire du « *Lisman* »⁵. Enfin, la CIJ a reconnu ce principe en 1963 dans l'affaire du *Cameroun septentrional*⁶. Elle a déclaré en substance que si l'autorité de tutelle avait accompli un fait contraire à des obligations découlant de l'accord de tutelle, alors que celui-ci était en vigueur, ce fait serait resté contraire à ces obligations, même en cas d'extinction de l'accord. Ainsi que le Rapporteur spécial l'a indiqué dans son rapport (A/CN.4/291 et Add.1 et 2, par. 48), la Commission elle-même s'est référée à cet arrêt dans son commentaire de l'article 56, paragraphe 2, du projet d'articles sur le droit des traités qu'elle a adopté en première lecture à sa seizième session.

10. Si la règle est donc bien ancrée dans la pratique et la jurisprudence internationales, on peut se demander cependant si elle est absolue ou si elle ne devrait pas souffrir des exceptions, par exemple pour des raisons humanitaires. On a pu voir que, dans les affaires relatives à la traite d'esclaves précédemment mentionnées, le surarbitre a adopté le critère d'après lequel la libération des esclaves et le séquestre des navires étaient à considérer comme des faits illicites si l'esclavage n'était pas interdit au moment de l'accomplissement de ces faits, et comme des faits licites si à ce même moment l'esclavage était interdit. Depuis lors, toutefois, des faits de ce genre ne sont plus seulement des faits licites : ils sont devenus des faits « obligatoires » — des comportements « dus » en vertu d'une règle humanitaire impérative du droit international. De nos jours, si un Etat séquestre un navire servant à la traite des esclaves et libérait les esclaves, il ferait quelque chose de plus qu'accomplir un fait licite : il exécuterait une obligation qui lui est imposée par le droit international. Maintenant qu'il existe une règle de *jus cogens* qui exige de l'Etat de tels

³ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IX (publication des Nations Unies, numéro de vente : 59.V.5), p. 58.

⁴ *Ibid.*, p. 69 et suiv.

⁵ *Ibid.*, vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1789.

⁶ *C.I.J. Recueil 1963*, p. 15.

comportements, verrait-on un tribunal condamner un Etat à verser une réparation à un autre Etat parce que dans le passé il a été l'auteur d'un fait qui pouvait être illicite au moment de son accomplissement mais qui, d'après les conceptions actuelles du droit international, est devenu un comportement dû en vertu d'une règle impérative ? On peut également envisager le cas où un Etat neutre qui se serait engagé par traité à livrer des armes à un autre Etat se serait refusé à exécuter son obligation, sachant que ces armes étaient destinées à la perpétration d'un génocide ou d'une agression, et cela avant que les normes de *ius cogens* proscrivant le génocide et l'agression eussent été adoptées. Si l'affaire était portée en justice après l'entrée en vigueur de ces normes, verrait-on un tribunal international condamner le pays neutre pour ce qu'il a fait à une époque passée, vu que le refus d'assistance à un Etat sur le point de commettre un acte de génocide ou d'agression est devenu aujourd'hui un comportement dû en vertu d'une règle impérative du droit international ? Bien que les cas de ce genre soient peu probables, on ne saurait les exclure. C'est pourquoi le Rapporteur spécial propose de prévoir une exception à la règle générale : une exception se référant spécialement au cas où l'obligation internationale violée au moment où le fait envisagé a été accompli n'a pas seulement cessé d'exister par la suite, mais a été remplacée par une autre obligation, exigeant de l'Etat exactement le contraire.

11. Dans la dernière des trois hypothèses que l'on peut envisager, l'Etat adopte un comportement à un moment où ce comportement n'est contraire à aucune obligation internationale existant à sa charge, mais une obligation nouvelle est ensuite imposée à cet Etat. Si l'on admettait la rétroactivité de cette obligation, ce comportement serait alors illicite. Toutefois, le principe de la non-rétroactivité paraît bien établi en droit international général. Ce principe ne connaît pas d'exception, quoique certains traités disposent que les obligations qu'ils mettent à la charge des parties concernent aussi des périodes antérieures à la date de conclusion de ces traités. En réalité, de telles dispositions ne signifient aucunement que les parties ont entendu considérer comme illicite le comportement adopté par l'une d'elles avant l'entrée en vigueur du traité. Sur ce point, le Rapporteur spécial s'est référé, dans son rapport, à la Convention du 17 octobre 1951 entre la Suisse et l'Italie, relative aux assurances sociales (A/CN.4/291 et Add.1 et 2, par. 58). Il signale que l'hypothèse à l'étude a été examinée dans la doctrine, et que les conclusions auxquelles celle-ci a abouti correspondent à celles que le Rapporteur spécial a indiquées. Sur un plan plus général, l'Institut de droit international a adopté en 1975 une résolution sur « Le problème intertemporel en droit international public », dans laquelle il est reconnu, en dérogation à la règle générale, que les Etats ou autres sujets de droit international ont la faculté de déterminer d'un commun accord le domaine d'application des normes dans le temps, sous réserve d'une norme impérative de droit international limitant cette faculté.

12. La situation se complique parfois du fait que les comportements des Etats ne sont pas toujours instantanés ; ils peuvent se prolonger dans le temps et constituer ce que la doctrine appelle des « faits continus ». Ainsi, lorsqu'une convention internationale oblige un Etat à adopter une loi

d'un certain contenu ou à abroger une loi et que celui-ci s'en abstient, le fait de l'Etat s'étale dans le temps. Il en va de même de l'occupation indue du territoire d'autrui, du blocus d'une côte, d'une loi ou d'une pratique apportant des entraves au passage inoffensif des navires étrangers dans un détroit. Dans tous ces cas, il y a violation de l'obligation internationale avec laquelle le comportement de l'Etat est en opposition, pour autant que, pendant une certaine période au moins, il y ait simultanéité entre le fait de l'Etat et l'existence à la charge de cet Etat de l'obligation en question.

13. Le fait de l'Etat peut aussi ne pas consister en un comportement unique et continu, mais être un fait composé d'une succession de comportements plus ou moins identiques adoptés dans une série de cas distincts. Ainsi, un Etat peut être libre d'adopter les règles qu'il estime opportunes en matière de séjour des étrangers, et notamment en matière d'exercice d'une activité lucrative ou d'une profession déterminée par un étranger, mais il peut avoir à sa charge une obligation internationale qui consiste à s'abstenir d'adopter dans de telles matières des pratiques discriminatoires à l'égard d'étrangers d'une nationalité déterminée. Le fait illicite est alors représenté par la pratique en tant que telle. Pour qu'il y ait violation d'une obligation internationale de ce genre, il faut qu'un certain nombre de comportements, constituant dans leur ensemble une pratique, soient accomplis. Ces comportements concernent nécessairement des cas concrets distincts. Or, l'obligation internationale en question peut prendre naissance avant, pendant ou après qu'une pratique est appliquée. Il paraît évident que dans ces cas il n'y a de fait internationalement illicite que si une série de comportements, suffisants à eux seuls pour constituer une « pratique », se sont produits pendant que l'obligation était en vigueur pour l'Etat.

14. Enfin, le fait de l'Etat peut être un fait « complexe ». Pour s'en rendre compte, il faut considérer qu'il existe des obligations dites « de résultat ». Ces obligations n'imposent pas à l'Etat d'adopter un comportement spécifiquement déterminé, mais d'assurer un certain résultat par des moyens de son choix. Il y a donc violation de son obligation si ce résultat n'est pas atteint. Le Rapporteur spécial imagine que le gouvernement d'un pays s'est engagé envers un autre Etat à permettre aux ressortissants de ce dernier d'exercer dans son pays une certaine profession. Si l'un de ces étrangers se voyait refuser l'autorisation nécessaire par une autorité locale, il n'y aurait qu'amorce d'une violation de l'obligation en question, car l'intéressé pourrait s'adresser aux autorités centrales, qui pourraient annuler la décision locale. Au cas où les autorités administratives centrales ne feraient pas droit à la demande de l'intéressé, celui-ci pourrait encore saisir l'autorité judiciaire. Ce n'est que si l'instance suprême déboutait l'intéressé de sa demande que la violation de l'obligation internationale serait complète. Or, il se peut, ici aussi, que l'obligation prenne naissance pendant que s'accomplissent les divers comportements qui constituent le fait complexe, ou, au contraire, qu'elle cesse d'exister dans ce laps de temps — ce qui se produit par exemple lorsque l'Etat dénonce le traité qui lui impose l'obligation en question avant que la dernière instance se prononce.

15. Lorsque, donc, le fait de l'Etat est un fait complexe auquel peuvent concourir plusieurs organes de l'Etat, c'est en quelque sorte le moment où s'amorce la violation qui est décisif. Si l'obligation n'est pas en vigueur au moment où l'autorité locale refuse d'accorder à un étranger l'autorisation à l'exercice d'une profession, ce refus est licite. Si l'intéressé s'adresse plus tard à une autorité centrale, alors que cette obligation est entrée en vigueur, celle-ci n'a pas à annuler une décision qui était licite à l'origine ; mais si, à son tour, elle répond négativement à une nouvelle demande qui lui serait adressée, la violation débute à ce moment. En revanche, si l'action ou l'omission initiale d'un organe de l'Etat était en contradiction avec une obligation internationale découlant d'un traité dénoncé par la suite, l'Etat en cause ne peut refuser de rétablir la situation qui aurait dû exister au moment de l'amorce du processus de réalisation du fait de l'Etat : le fait illicite complexe peut être complété même après que l'obligation a cessé d'exister.

16. Les distinctions faites par le Rapporteur spécial l'ont conduit à proposer un projet d'article divisé en trois paragraphes. Le premier formule le principe général, le deuxième énonce l'exception, tandis que le troisième vise les trois hypothèses distinctes dans lesquelles le fait de l'Etat se prolonge dans le temps.

17. M. OUCHAKOV souscrit sans réserve au principe énoncé au paragraphe 1 de l'article 17, selon lequel il n'y a violation d'une obligation internationale que lorsque l'obligation était en vigueur au moment où a été accompli le fait non conforme à cette obligation. Mais il n'est pas tout à fait satisfait de la manière dont ce principe est énoncé. La répétition, dans les trois paragraphes, de la périphrase « fait de l'Etat en opposition avec ce qui est requis par une obligation internationale déterminée » est due, à son avis, à l'absence d'une définition du terme « violation ». Si ce terme était défini dans le projet, on pourrait éviter cette périphrase en parlant tout simplement de « violation d'une obligation internationale ». M. Ouchakov rappelle qu'il a déjà proposé de définir la notion de violation d'une obligation internationale à l'article 16 ou dans un article distinct⁷. Pour lui, il y a violation par un Etat d'une obligation internationale lorsqu'il est établi que le fait de cet Etat est contraire à l'obligation en question. Or, c'est précisément le terme « établi » qui manque, à son avis, au paragraphe 1 de l'article 17. Si la notion de violation était définie de cette manière, ce paragraphe pourrait être ainsi libellé :

« La violation par un Etat d'une obligation internationale n'est établie que par rapport à l'obligation en vigueur pour cet Etat au moment de l'accomplissement du fait illicite. »

18. En affirmant qu'il n'y a plus violation par l'Etat d'une obligation internationale si, par la suite, cette obligation a été annulée par une nouvelle règle impérative du droit international, le paragraphe 2 pose la question de la rétroactivité de la nullité d'une obligation internationale de l'Etat. Dans l'hypothèse prévue par ce paragraphe, en effet, le comportement de l'Etat n'est plus considéré comme une violation d'une obligation internationale parce

que la règle qui imposait à l'Etat cette obligation a été annulée par une nouvelle règle du droit international et que l'obligation est devenue nulle rétroactivement par le jeu de cette nouvelle règle impérative du droit international général.

19. Cette disposition est-elle toujours valable ? Elle se justifie sans aucun doute dans le cas des navires se livrant à la traite des esclaves, cité par le Rapporteur spécial. Mais il y a des cas où la nullité de l'obligation n'est pas rétroactive. Par exemple, si un Etat établit unilatéralement une zone économique et saisit les bateaux de pêche étrangers se trouvant dans cette zone, il viole une règle internationale. Si, par la suite, la Conférence sur le droit de la mer adopte une règle prévoyant l'établissement de zones économiques, l'Etat en question peut-il se prévaloir de cette règle impérative du droit international pour affirmer que son comportement n'était pas illicite et qu'il n'est pas, par conséquent, tenu de réparer les dommages causés ? M. Ouchakov estime que, dans ce cas, il n'y a pas rétroactivité de la nullité de l'obligation. La disposition du paragraphe 2 ne peut donc pas être énoncée comme une règle générale, car elle n'est valable que dans certains cas.

20. M. Ouchakov souscrit, dans l'ensemble, aux dispositions du paragraphe 3. Mais il s'interroge sur l'utilité du principe énoncé à l'alinéa *a*, qui lui paraît déjà contenu dans le principe exprimé au paragraphe 1. En effet, si l'on admet que la violation d'une obligation internationale n'est établie que par rapport à l'obligation en vigueur au moment où le fait illicite est accompli, il est évident, dans l'hypothèse envisagée à l'alinéa *a*, qu'un fait continu ne constitue une violation d'une obligation internationale que dans la mesure où cette obligation était en vigueur pendant une partie au moins de l'existence de ce fait, puisque la violation n'existe plus dès que l'obligation cesse d'être en vigueur. M. Ouchakov estime donc que l'alinéa *a* du paragraphe 3 n'ajoute rien à ce qui est dit au paragraphe 1. Par contre, les principes énoncés aux alinéas *b* et *c* lui paraissent très utiles.

21. A propos de l'article 16, M. Ouchakov tient à souligner qu'une obligation internationale a toujours pour source une règle de droit international. C'est l'origine de la règle qui varie, ce n'est pas la source de l'obligation. Il est donc inexact de parler d'une obligation née d'un traité ou d'une autre source de droit international, car, en fait, l'obligation est toujours née d'une règle, qui est elle-même née d'un traité ou d'une autre source de droit international.

22. L'illicéité d'un fait international et ses conséquences juridiques ne dépendent pas de l'origine de la règle dont découle l'obligation. Ainsi, il existe dans la vie internationale contemporaine des obligations identiques dont les sources sont différentes. Par exemple, si un Etat partie aux conventions de Genève de 1958 sur le droit de la mer viole une règle relative à la liberté de navigation en haute mer, il viole une règle conventionnelle, tandis qu'un Etat non partie à ces conventions qui commet le même acte internationalement illicite viole, lui, une règle coutumière. Dans les deux cas, la violation et ses conséquences juridiques sont les mêmes, mais, dans le premier cas, c'est une règle conventionnelle qui a été violée tandis que, dans le second, c'est une règle coutumière. L'obligation imposée

⁷ 1365^e séance, par. 2.

aux Etats est la même, mais sa source diffère : pour les Etats parties, c'est une règle conventionnelle, pour les Etats non parties, c'est une règle coutumière, car les conventions de Genève sur le droit de la mer ont codifié les règles du droit coutumier. La responsabilité de l'Etat ne dépend donc pas de la source de l'obligation violée. Ainsi, tous les membres de la communauté internationale sont soumis aux mêmes obligations — les uns au titre des conventions de codification auxquelles ils sont parties, les autres au titre des règles coutumières du droit international. Mais leur responsabilité en cas de violation de ces obligations reste la même.

23. Il en est de même pour la Charte des Nations Unies, dont certains principes de base sont valables aussi bien pour les Etats Membres que pour les autres Etats, et cela en vertu du droit coutumier, qui impose aux Etats les mêmes obligations que la Charte — car la Charte énonce des règles établies de la vie internationale contemporaine. De même, en matière de droit diplomatique, les Etats parties à la Convention de 1961 sur les relations diplomatiques sont soumis aux mêmes règles que les Etats qui ne sont pas parties à cette convention, mais il s'agit, pour les uns de règles conventionnelles, et pour les autres de règles du droit coutumier.

24. M. YASSEEN note qu'avec l'article 17 la Commission aborde un problème très important, qu'il est indispensable de résoudre pour établir les règles de la responsabilité. Max Huber a pris nettement position sur ce problème dans la sentence qu'il a rendue le 4 avril 1928 dans l'affaire de l'*Ile de Palmas*, lorsqu'il a affirmé qu'un fait juridique doit être apprécié à la lumière du droit de l'époque et non pas d'après le droit en vigueur au moment où surgit ou doit être réglé un différend relatif à ce fait⁸. Il s'agit là d'un principe général du droit international qui n'est pas contesté. Toutefois, M. Yasseen souligne que ce principe n'est pas un principe de *jus cogens*. Les Etats peuvent, par accord, y déroger. Dans sa résolution intitulée « Le problème intertemporel en droit international public », déjà mentionnée par le Rapporteur spécial, l'Institut de droit international a reconnu aux Etats et autres sujets de droit international la faculté de déterminer d'un commun accord le domaine d'application des normes dans le temps, en dérogation de ce principe, sous réserve d'une norme de *jus cogens* limitant cette faculté. C'est néanmoins à la lumière de ce principe qu'il faut résoudre les problèmes évoqués dans les trois hypothèses que présente le Rapporteur spécial au paragraphe 38 de son rapport (A/CN.4/291 et Add.1 et 2).

25. Il est bien évident que, dans la première hypothèse, l'Etat n'a pas violé une obligation internationale, puisque cette obligation avait déjà pris fin lorsque l'acte a été commis. La deuxième hypothèse, par contre, peut poser un problème, car l'obligation était encore en vigueur au moment où l'acte a été commis, mais elle a pris fin par la suite. On peut être tenté de dire, par analogie avec le droit pénal interne, que l'Etat ne peut pas être tenu pour responsable du moment que l'obligation violée n'existe plus. Mais le Rapporteur spécial a bien montré la différence

qui se manifeste, à cet égard, entre le droit international et le droit interne, et il a affirmé, avec raison, qu'un fait de l'Etat constitue une violation d'une obligation internationale du moment qu'il a été accompli pendant que l'obligation était en vigueur.

26. Cependant, il faut également tenir compte du contenu de la règle qui a annulé l'obligation. On peut, en effet, imaginer des cas où la communauté internationale ne pourrait pas admettre qu'on tienne pour responsable un Etat qui aurait violé une obligation internationale qui, depuis, a cessé d'exister pour des raisons tenant aux intérêts vitaux de cette communauté internationale. On pourrait considérer à juste titre que le fait de tenir pour responsable un Etat qui a violé une obligation qui a cessé d'exister en raison de la survenance d'une nouvelle règle de *jus cogens* serait lui-même contraire à cette nouvelle règle impérative du droit international général.

27. Le Rapporteur spécial a donc eu raison de tenir compte des règles de *jus cogens* en affirmant, au paragraphe 2 de l'article 17, que la responsabilité de l'Etat n'est plus engagée lorsque l'obligation violée n'existe plus en raison de la survenance d'une règle impérative du droit international. M. Yasseen pense toutefois que le libellé de ce paragraphe n'est pas entièrement satisfaisant, et qu'on pourrait l'améliorer en s'inspirant de l'article 71 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, intitulé « Conséquences de la nullité d'un traité en conflit avec une norme impérative du droit international général ». Il est dit, au paragraphe 2 de cet article, que la fin d'un traité « libère les parties de l'obligation de continuer d'exécuter le traité » et « ne porte atteinte à aucun droit, aucune obligation, ni aucune situation juridique des parties créés par l'exécution du traité avant qu'il ait pris fin », et encore que « ces droits, obligations ou situations ne peuvent être maintenus par la suite que dans la mesure où leur maintien n'est pas en soi en conflit avec la nouvelle norme impérative du droit international général »⁹. Ainsi, si un Etat a violé une obligation internationale avant l'entrée en vigueur de la règle de *jus cogens* qui a annulé cette obligation et si l'Etat lésé a obtenu réparation, il n'est pas possible de revenir sur la décision arbitrale ou judiciaire qui a été prise.

28. M. Yasseen propose donc de dire, au paragraphe 2 de l'article 17 :

« Toutefois, un fait de l'Etat [...] n'engage donc plus sa responsabilité internationale si l'obligation que l'Etat a violée n'existe plus en raison de la survenance d'une règle impérative du droit international général et si le fait de tenir l'Etat pour responsable est en conflit avec cette règle. »

29. Dans la troisième hypothèse envisagée par le Rapporteur spécial, l'obligation est née après le comportement de l'Etat. Le Rapporteur spécial prévoit alors trois formes de comportement. Dans le cas d'un comportement continu, il y a violation d'une obligation si celle-ci était en vigueur pendant une partie au moins de l'existence de ce comportement.

⁸ Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Documents de la Conférence (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.70.V.5), p. 321.

⁹ Voir ci-dessus note 1.

30. Dans le cas d'un comportement composé, la responsabilité de l'Etat est engagée si la répétition des actes composant le comportement a été suffisante, pendant la durée de l'obligation, pour constituer une pratique contraire à cette obligation. On peut penser à cet égard au « délit d'habitude » en droit interne, qui se caractérise par l'accomplissement de plusieurs faits.

31. Dans le cas d'un comportement complexe, le Rapporteur spécial a estimé que la responsabilité de l'Etat était engagée si l'obligation était en vigueur au moment où le comportement a commencé. Mais on pourrait considérer que la responsabilité de l'Etat est également engagée lorsque l'obligation intervient après le début du comportement, si les organes chargés de décider en dernier recours refusent de réparer le défaut commis, avant la naissance de l'obligation, par d'autres organes de l'Etat. On pourrait considérer en effet que cette décision finale constitue une violation de l'obligation, puisqu'elle a été prise par un organe de l'Etat au moment où l'obligation était en vigueur.

La séance est levée à 13 h 5.

1368^e SÉANCE

Jeudi 13 mai 1976, à 10 h 10

Président : M. Abdullah EL-ERIAN

puis : M. Paul REUTER

Présents : M. Ago, M. Bilge, M. Calle y Calle, M. Hambro, M. Kearney, M. Martínez Moreno, M. Ouchakov, M. Quentin-Baxter, M. Rossides, M. Šahović, M. Sette Câmara, M. Tabibi, M. Tammes, M. Tsuruoka, M. Ustor, sir Francis Vallat, M. Yasseen.

Responsabilité des Etats (*suite*)

[A/CN.4/291 et Add.1 et 2]

[Point 2 de l'ordre du jour]

PROJET D'ARTICLES

PRÉSENTÉ PAR LE RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

ARTICLE 17 (Vigueur de l'obligation internationale)¹ [*suite*]

1. M. AGO (Rapporteur spécial) précise qu'il n'a jamais eu l'intention de dire, au paragraphe 2 de l'article 17, que lorsqu'une obligation internationale disparaissait le fait illicite commis alors que l'obligation était en vigueur cessait rétroactivement d'être illicite. Il a pris soin, au contraire, de souligner qu'en droit international les conséquences d'un fait doivent être établies sur la base de l'illicéité qui pouvait exister au moment où le fait a été accompli, et que tous les droits acquis par un autre Etat en raison de l'illicéité d'un fait restent acquis, même si l'obligation n'existe plus au moment où l'on fait valoir l'illicéité de ce fait. Même si une obligation cesse d'exister en raison de la survenance d'une règle de *jus cogens*, le

fait auparavant commis en violation de cette obligation ne cesse pas automatiquement d'être illicite, car l'illicéité d'un fait doit être appréciée sur la base du droit en vigueur au moment où ce fait a été commis. A son avis, il existe une seule exception à cette règle : dans le cas où la règle de *jus cogens* qui annule l'obligation précédente rend non seulement licite, mais obligatoire, le comportement de l'Etat qui était précédemment illicite. C'est l'exception qui est énoncée au paragraphe 2.

2. Comme l'a dit justement M. Ouchakov à la séance précédente, si un Etat saisit un chalutier au-delà des limites de sa mer territoriale et dans une limite de 200 milles, alors que cette dernière limite n'a pas encore été reconnue par le droit international, il accomplit un fait illicite, et ce fait restera illicite même si, plus tard, la limite de la zone « patrimoniale » est portée à 200 milles par une règle de droit international. En effet, après l'adoption de cette règle, le pays en question sera autorisé à saisir un bateau de pêche dans une zone de 200 milles, mais il ne sera certainement pas obligé de le faire. Son acte sera devenu licite, mais ne sera pas pour autant devenu obligatoire.

3. Il en va tout autrement dans les cas, déjà envisagés, de la traite des esclaves ou de la livraison d'armes à un pays qui a l'intention de commettre une agression ou un génocide. Dans ces deux cas, la confiscation du bateau et la libération des esclaves ainsi que le refus de fournir des armes ne sont pas seulement devenus des actes licites : ils sont devenus des actes dus. Lorsque les autorités britanniques ont saisi le navire *Enterprize*, qui avait dû faire escale dans un port des Bermudes, et ont libéré les esclaves se trouvant à bord, elles ont accompli un acte qui était alors illicite, mais qui, par la suite, est devenu un comportement internationalement dû. Il n'est donc fait exception à la règle énoncée au paragraphe 1 que lorsque le fait de l'Etat qui, au moment de son accomplissement, était illicite est devenu « un comportement dû en vertu d'une règle impérative du droit international ».

4. M. OUCHAKOV dit qu'à son avis l'obligation de l'Etat subsiste, car une règle juridique entraîne toujours un droit pour un Etat et une obligation pour l'autre.

5. M. AGO (Rapporteur spécial) dit que, dans le cas de l'*Enterprize*, le Gouvernement britannique avait en effet l'obligation de respecter la propriété étrangère. Mais la conscience des Etats a ensuite évolué de telle manière qu'il est devenu impossible de considérer des êtres humains comme la propriété d'un gouvernement, et que l'Etat s'est vu imposer le devoir, si un cargo transportant des esclaves tombait en ses mains, de libérer ceux-ci. Lorsque l'obligation a simplement cessé d'exister et que le fait illicite est seulement devenu licite, comme dans le cas des bateaux de pêche cité par M. Ouchakov, l'Etat qui a commis un fait illicite au moment où l'obligation existait continue à être responsable lorsque l'obligation a pris fin. Mais, dans l'hypothèse envisagée au paragraphe 2, le fait illicite est devenu non seulement licite, mais obligatoire, et il est inconcevable qu'il puisse encore engager la responsabilité de l'Etat.

6. M. KEARNEY dit que l'article 17, en particulier dans la version anglaise, pose plusieurs problèmes de rédaction. Le paragraphe 1 énonce une règle souhaitable

¹ Pour texte, voir 1367^e séance, par. 3.