Document:-
A/CN.4/SR.2121

Compte rendu analytique de la 2121e séance

sujet:
<plusieurs des sujets>

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
1989, vol. I

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

tendant à rendre le texte plus clair en remplaçant les mots « un Etat » et « un autre Etat » par « un Etat du for » et « un Etat étranger ». Il propose aussi de remanier l'article comme suit :

« Les présents articles s'appliquent à l'immunité d'un Etat et de ses biens (ci-après dénommé l'« Etat étranger ») de la juridiction des tribunaux d'un autre Etat (ci-après dénommé l'« Etat du for »).

En précisant d'emblée les choses à l'article 1^{er}, on éliminerait toutes les incertitudes et ambiguïtés dans les autres articles, par exemple les articles 6, 7 et 11.

70. La proposition du Rapporteur spécial de faire des articles 2 et 3 un seul nouvel article 2, intitulé « Expressions employées » (A/CN.4/415, par. 29), est acceptable. La définition du mot « tribunal », à l'alinéa *a* du paragraphe 1, est assez large pour englober tous les organes juridictionnels de l'Etat et définit très largement la compétence. Néanmoins, on pourrait l'interpréter comme visant la compétence civile et la compétence pénale. Le prince Ajibola propose donc d'en limiter la portée aux affaires civiles en ajoutant les mots « en matière civile » à la fin de l'alinéa. Cette proposition rejoint l'observation de la République démocratique allemande (A/CN.4/410 et Add.1 à 5), pour qui la définition du mot « tribunal » devrait comporter une explication précise de l'expression « fonctions judiciaires ».

71. Pour ce qui est de la définition du « contrat commercial », il n'y a pas eu d'observation sur le critère de la « nature » du contrat, mais celui du « but » a suscité des objections. Pour le prince Ajibola, il faut conserver les deux critères. Dans l'exemple des achats de ciment qu'il vient de donner, le but n'était pas commercial, mais était lié au bien de la nation, en d'autres termes à l'intérêt public. Il existe au Nigéria une entité qui achète des produits de base à l'étranger et obéit en partie à des motifs commerciaux : la Nigerian National Supply Company Limited. Le prince Ajibola souscrit donc aux observations de l'Espagne et du Mexique (*ibid.*) relatives à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 2 adopté et au paragraphe 2 de l'article 3, ainsi qu'à la recommandation du Rapporteur spécial tendant à conserver la disposition qui figure au paragraphe 3 du nouvel article 2. De même, la République fédérale d'Allemagne a raison de dire (*ibid.*) que le projet devrait contenir une disposition spéciale pour les Etats fédéraux.

72. Il est suggéré, notamment par le Royaume-Uni, de mentionner expressément, à l'article 4, la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques, la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires et d'autres traités relatifs au droit diplomatique. Sur ce point, le prince Ajibola fait observer que ces instruments n'ont pas tous été ratifiés par tous les Etats. En fait, les Conventions de 1961 et 1963, ainsi que la Convention de 1969 sur les missions spéciales et la Convention de Vienne de 1975 sur la représentation des Etats dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, prévoient expressément l'immunité juridictionnelle des missions diplomatiques, des postes consulaires, des missions spéciales, des organisations internationales et des conférences internationales. Néanmoins, généralement parlant, le

prince Ajibola est satisfait du texte proposé par le Rapporteur spécial (A/CN.4/415, par. 50).

73. En outre, le prince Ajibola approuve l'article 5, une disposition sur la non-rétroactivité qui est habituelle dans ce type de projet d'articles. Le Gouvernement mexicain a néanmoins fait observer que certains des articles devaient s'appliquer rétroactivement, parce qu'ils énoncent des principes de droit international en vigueur.

74. L'article 6 est une disposition clé du projet. Les mots « et des règles pertinentes du droit international général », placés entre crochets, devraient être supprimés. Le prince Ajibola est opposé à tout ce qui pourrait subordonner les projets d'articles aux « règles du droit international général », car on risquerait ainsi d'ouvrir la porte à des restrictions au principe de l'immunité des Etats. Aux termes de son mandat, la Commission doit travailler au développement progressif et à la codification du droit international. En l'occurrence, elle doit veiller à ne pas affaiblir les projets d'articles en les soumettant aux principes du droit international général.

75. La révision apportée par le Rapporteur spécial au paragraphe 1 de l'article 7 (*ibid.*, par. 79) lève toutes les ambiguïtés du texte adopté. Les paragraphes 2 et 3 devraient être placés dans l'article sur les expressions employées, de même que les dispositions de l'article 11. La troisième partie du projet devrait s'intituler « Exceptions à l'immunité des Etats », et non « Limitations de l'immunité des Etats ».

76. Enfin, pour les mêmes raisons que celles données par M. Al-Baharna (2118^e et 2119^e séances), le prince Ajibola n'a pas d'idée arrêtée sur le nouvel article 11 *bis* proposé (*ibid.*, par. 122).

77. Le PRÉSIDENT, répondant à une question de M. BARSEGOV, dit que les articles 12 à 28 seront examinés à la prochaine session.

La séance est levée à 13 h 5.

2121^e SÉANCE

Mardi 20 juin 1989, à 10 heures

Président : M. Bernhard GRAEFRATH

Présents : le prince Ajibola, M. Al-Baharna, M. Al-Khasawneh, M. Al-Qaysi, M. Arangio-Ruiz, M. Barboza, M. Barsegov, M. Beesley, M. Bennouna, M. Calero Rodrigues, M. Díaz González, M. Eiriksson, M. Francis, M. Hayes, M. Koroma, M. Mahiou, M. McCaffrey, M. Njenga, M. Ogiso, M. Pawlak, M. Sreenivasa Rao, M. Razafindralambo, M. Reuter, M. Roucouas, M. Shi, M. Solari Tudela, M. Thiam, M. Tomuschat, M. Yankov.

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (*fin) [A/CN.4/384¹, A/CN.4/413², A/CN.4/423³, A/CN.4/L.431, sect. B]⁴**

[Point 7 de l'ordre du jour]

CINQUIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

ARTICLES 1 à 17⁵ (*fin*)

1. M. BARBOZA (Rapporteur spécial), résumant le débat, dit, en réponse à la question posée par M. Reuter (2110^e séance) : « De quoi s'agit-il ? », qu'il s'agit, premièrement, de s'acquitter du mandat que l'Assemblée générale a confié à la Commission : élaborer des projets d'articles sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international. Deuxièmement, il s'agit de sortir de la situation que M. Ouchakov définissait en 1982 ainsi :

[...] il n'existe aucune règle générale de droit international qui impose à un Etat l'obligation de dédommager ses nationaux, un autre Etat ou les nationaux de cet autre Etat au titre de préjudices subis du fait d'une activité non interdite par le droit international qu'il a menée [...]⁶.

Cette observation reflétait peut-être l'état du droit et le sentiment des juristes à l'époque, mais aujourd'hui elle paraît dépassée.

2. S'agissant de la manière dont il conçoit la future convention et son rôle, le Rapporteur spécial fait observer qu'il existe toute une série de conventions et de règles s'appliquant à des activités particulières ou aux zones dans lesquelles ces activités ont lieu, notamment la Convention de Vienne de 1985 pour la protection de la couche d'ozone⁷, la Convention de 1979 sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance⁸ et la Convention de Bâle de 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination⁹. Les principes qui inspirent ces textes n'y sont jamais explicites et, de plus, la question de la responsabilité n'y est qu'effleurée. Par exemple, la Convention de Bâle prévoit la signature d'un protocole (art. 12) ; la Convention de 1988 sur la réglementation des activités relatives aux ressources minérales de l'Antarctique¹⁰ contient des règles de responsabilité pour l'exploitant (responsabilité objective) et, subsidiairement, pour l'Etat dont il est ressortissant, et prévoit également un protocole ; la Convention de Vienne de 1985 n'énonce aucun principe, et ses protocoles ne font

pas mention de la responsabilité ; quant à la Convention de 1979, elle écarte expressément la question de la responsabilité. Il importe donc de combler ces lacunes en envisageant l'élaboration d'une convention très générale, où seront énoncés des principes généraux et une procédure applicables à toutes les activités visées dans le projet d'article 1^{er}, dans la mesure où les dispositions de cet article ne seront pas incompatibles avec celles des conventions ou protocoles particuliers, soit que ces textes portent sur des activités spécifiques, soit que, visant les mêmes activités que l'article 1^{er}, ils contiennent des règles plus détaillées et aient une portée territoriale plus limitée. Ce sera le cas, par exemple, si cette convention comporte une liste d'activités auxquelles la convention-cadre à l'examen s'applique avec certitude. L'étape procédurale nécessaire à la détermination de la nature d'une activité sera alors éliminée : une activité figurant dans cette liste relèvera de l'article 1^{er}, et un régime particulier devra lui être appliqué.

3. Quant à la poursuite des travaux sur le sujet, le Rapporteur spécial se propose d'abord de rédiger un chapitre contenant des directives sur les négociations et développant la notion de réparation en tant que moyen de rétablir l'équilibre des intérêts, compte tenu de la théorie de la répartition des coûts. Il entend aussi, comme il l'a dit (2108^e séance) en présentant son cinquième rapport (A/CN.4/423), s'attaquer aux cas de risque ou de dommage à grande échelle, qui appellent une procédure différente, parce que la notification doit alors être faite à plusieurs Etats affectés, qui ne sont pas clairement identifiables, par des Etats d'origine qui ne le sont pas non plus, et parce qu'il faut penser ici au rôle des organisations internationales, aux intérêts éventuels de la communauté internationale et à d'autres questions similaires.

4. Enfin, le Rapporteur spécial a l'intention d'étudier la question de la responsabilité du fait des activités qui causent un dommage au patrimoine commun de l'humanité et de faire rapport à la Commission sur ce point. A l'évidence, cette question met en jeu des principes de responsabilité très similaires, et il faudra envisager des obligations de prévention, et peut-être de réparation. De leur côté, les mécanismes d'application devront peut-être être adaptés, vu qu'en tel cas c'est l'« ordre public » de la communauté internationale qui se trouve affecté, que le dommage est causé à des zones n'appartenant à aucun Etat en particulier et que, par conséquent, le rôle de « l'Etat affecté » doit être joué par une entité qui n'est pas, elle, directement affectée, par exemple une entité internationale, ou encore les Etats en leur qualité de gardiens de l'intérêt public de la communauté. A priori, cette question fait partie du sujet, car elle concerne la responsabilité pour les conséquences préjudiciables — dans le patrimoine commun de l'humanité — d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international : il ne s'agit pas seulement du « droit de l'environnement ».

5. Passant au débat proprement dit, le Rapporteur spécial estime que le texte révisé des projets d'articles 1 à 9, accompagné des commentaires figurant dans le rapport et des observations faites lors du débat, peut être renvoyé au Comité de rédaction. Par contre,

* Reprise des débats de la 2114^e séance.

¹ Reproduit dans *Annuaire... 1985*, vol. II (1^{re} partie)/Add.I.

² Reproduit dans *Annuaire... 1988*, vol. II (1^{re} partie).

³ Reproduit dans *Annuaire... 1989*, vol. II (1^{re} partie).

⁴ L'examen du sujet se fonde en partie sur l'ébauche de plan présentée par le précédent Rapporteur spécial, R. Q. Quentin-Baxter, à la trente-quatrième session de la Commission ; le texte figure dans *Annuaire... 1982*, vol. II (2^e partie), p. 86, par. 109, et les modifications qui lui ont été apportées sont indiquées dans *Annuaire... 1983*, vol. II (2^e partie), p. 90, par. 294.

⁵ Pour le texte, voir 2108^e séance, par. 1.

⁶ *Annuaire... 1982*, vol. I, p. 248, 1739^e séance, par. 47.

⁷ UNEP, Nairobi, 1985.

⁸ Voir 2109^e séance, note 12.

⁹ Voir 2112^e séance, note 6.

¹⁰ Voir 2111^e séance, note 14.

il ne demande pas que les nouveaux projets d'articles 10 à 17 soient soumis au Comité de rédaction, étant donné leur caractère provisoire. Sur ces deux séries d'articles, il se contentera de répondre à certaines des principales questions qui ont été soulevées, sans aborder les observations de pure forme, dont cependant il tiendra le plus grand compte.

6. Le Rapporteur spécial rappelle qu'il avait introduit la notion de risque dans son quatrième rapport (A/CN.4/413), parce qu'il fallait un critère pour limiter le champ d'application des projets d'articles : en d'autres termes, le dommage justifiait la réparation, mais celle-ci n'était due que si le dommage découlait d'une activité à risque ; quant à la prévention, elle était fondée sur la notion de « risque appréciable ». Cependant, de nombreux membres de la Commission et de nombreux représentants à la Sixième Commission de l'Assemblée générale ont vigoureusement réagi au rôle ainsi attribué à cette notion de risque, et le Rapporteur spécial, dans son cinquième rapport, a élargi le champ d'application du projet en y faisant entrer, en plus des activités pouvant causer un dommage, c'est-à-dire les activités à risque, les activités causant un dommage effectif. En d'autres termes, le dommage demeure l'élément qui justifie la réparation, mais il peut être la conséquence d'une activité à risque ou d'une activité ayant des effets nocifs effectifs. La prévention, quant à elle, est fondée sur la notion de « risque appréciable » pour les activités à risque et sur la certitude ou la prévisibilité du dommage pour les activités ayant des effets nocifs.

7. À la présente session, un seul membre de la Commission s'est déclaré en faveur de la notion de risque en tant que critère du champ d'application. La position contraire a été adoptée sans réserve par un grand nombre de membres et avec réserves par quelques-uns, qui voudraient, par exemple, que l'on se penche plus particulièrement sur certains aspects des activités visées à l'article 1^{er}, ou que l'on définisse mieux le champ d'application en le limitant par d'autres moyens, tels qu'une liste d'activités.

8. Parmi les membres qui n'acceptent pas de limiter le champ d'application par la notion de risque, certains préféreraient qu'il soit encore plus étendu et comprenne les actes isolés — actes qui ne sont liés à aucune activité. Un membre a émis le souhait que l'on vise aussi les actes périodiques. En fait, ils entrent déjà dans les deux types d'activité envisagés, puisqu'il n'est dit nulle part que les actes constitutifs d'une activité doivent être continus.

9. Le Rapporteur spécial croit comprendre que la Commission lui donne mandat de poursuivre ses travaux sur la base de la conception élargie du champ d'application, mais il pense que la position de M. Barsegov (2113^e séance) mérite qu'on s'y arrête.

10. D'après M. Barsegov, étendre les projets d'articles aux activités ayant des effets transfrontières effectivement dommageables serait contraire à la logique, parce que les activités de ce genre ne sauraient être considérées comme licites. Cela est vrai sur le plan des principes, et il est exact que les principes qui découlent

des affaires du *Détroit de Corfou*¹¹ et de la *Fonderie de Trail*¹² reposent sur l'hypothèse qu'un Etat n'a pas le droit, en connaissance de cause, d'utiliser son territoire ni de permettre qu'il soit utilisé pour causer un dommage sur le territoire d'un autre Etat. Mais, dans la réalité, on constate deux dérogations évidentes à ce principe. La première dérogation est que l'Etat affecté doit accepter le dommage si celui-ci n'est pas appréciable ni important : c'est la notion de seuil ; la seconde est que, dans le cas de certaines activités, une prohibition spéciale est nécessaire pour que le principe de base puisse s'appliquer normalement ; c'est le cas, par exemple, des activités des industries chimiques ou productrices d'énergie, des émissions de gaz dues à la circulation automobile ou des émanations des appareils de chauffage domestique. En l'absence d'une telle prohibition, il est douteux que le droit international accorde un droit d'action, ce qui revient à dire que, en pratique, il n'existe pas de prohibition générale. Peu à peu, les effets transfrontières de ce type ont fini par être considérés comme licites, et il serait aujourd'hui presque impensable de les déclarer illicites. Il faudra, pour résoudre le problème que posent ces activités, convenir pour chacune d'entre elles d'un régime spécial complétant le régime général établi par l'instrument qu'élabore la Commission.

11. En ce qui concerne la notion de « faute conditionnelle », dont M. McCaffrey (2109^e séance) et M. Al-Khasawneh (2114^e séance) ont critiqué la place qui lui est faite dans le rapport (A/CN.4/423, par. 5 à 7), et que M. Thiam (2113^e séance) considère comme un aveu que le sujet à l'examen relève de la responsabilité pour faute, le Rapporteur spécial dit que son intention n'était pas d'introduire une quelconque théorie de la faute dans le sujet à l'examen, et qu'il voulait seulement mettre en lumière l'opération intellectuelle qui, dans de nombreux systèmes juridiques, préside à la recherche du responsable chaque fois qu'il y a dommage. C'est précisément pour ne pas parler de « faute » qu'il a utilisé l'expression « péché originel ».

12. Certains membres, notamment M. McCaffrey, M. Hayes (2109^e séance), M. Shi (2110^e séance) et M. Njenga (2112^e séance), ont dit préférer le mot « activités » à « actes », et la grande majorité des membres ne semble pas s'opposer à ce qu'on retienne le mot « activités ». M. Calero Rodrigues (*ibid.*), M. Al-Khasawneh et, apparemment, M. Francis (2111^e séance) souhaiteraient que la responsabilité fût aussi engagée par des actes isolés.

13. Plusieurs suggestions ont été faites concernant les termes « juridiction » et « contrôle ». M. McCaffrey préfère l'expression « contrôle effectif », et M. Benouna (2112^e séance) n'est pas satisfait de la présence à l'article 1^{er} des mots « ou en l'absence d'une telle juridiction, sous son contrôle », parce que juridiction et contrôle peuvent se cumuler. M. Roucouas (*ibid.*) et M. Francis se contenteraient de l'expression « juridiction et contrôle », M. Razafindralambo (2113^e séance) est en faveur de « juridiction et contrôle effectif ». M. Graefrath (2111^e séance) voudrait donner de la

¹¹ Voir 2108^e séance, note 10.

¹² *Ibid.*, note 9.

notion de juridiction une définition plus large que celle qui se fonde exclusivement sur la territorialité. Le Rapporteur spécial répond à tous ces membres que la convention envisagée n'est pas une convention sur la juridiction, que l'utilisation de ces mots dans d'autres conventions n'a pas posé de difficulté, et que le Comité de rédaction dispose d'assez d'éléments pour trouver une formule satisfaisante.

14. En ce qui concerne la possibilité d'appliquer un régime de responsabilité objective à côté d'un régime de responsabilité pour faute, M. McCaffrey a raison de dire que la coexistence de ces deux types de régime dépendra de la façon dont sera formulée la règle primaire. Pour le Rapporteur spécial, cependant, les deux exemples qu'a donnés M. McCaffrey (2109^e séance, par. 21) relèvent de la responsabilité pour faute : que la règle primaire soit « l'Etat A fait preuve de diligence due pour empêcher que l'Etat B ne subisse un dommage » ou « l'Etat A veille à ce qu'aucun dommage ne soit causé à l'Etat B », il y a toujours interdiction de causer un dommage. En matière de responsabilité objective, la règle primaire devrait en fait être énoncée comme suit : « L'Etat A peut causer un certain dommage à l'Etat B, à condition de l'indemniser en conséquence ».

15. En réponse à une observation de M. Calero Rodrigues, le Rapporteur spécial indique que ses conclusions en la matière figurent dans son rapport (A/CN.4/423, par. 47) : si deux Etats sont parties à la future convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation et à la future convention sur la responsabilité internationale, et si l'article 16 [17] — sur la pollution — du projet d'articles sur les cours d'eau¹³ conserve sa forme actuelle, alors, conformément au projet d'article 4 à l'examen, « les présents articles s'appliquent [...] sous réserve des dispositions de cet autre accord international ». Ainsi, en cas de dommage appréciable causé par la pollution d'un cours d'eau, la prohibition prévue dans la convention sur les cours d'eau s'appliquera si ce dommage résulte de l'exercice normal de l'activité en cause ; s'il découle d'un accident, c'est la convention sur la responsabilité internationale qui s'appliquera.

16. A propos de la réparation, le Rapporteur spécial ne pense pas, comme M. Tomuschat (2110^e séance), que le projet d'article 9 énonce des règles secondaires. Les obligations en question ici sont des obligations primaires, la règle primaire pouvant être formulée à peu près comme suit : « Ton activité sera autorisée si le dommage qu'elle cause est réparé ». La règle secondaire ne prend effet qu'en l'absence de réparation, c'est-à-dire de manquement à l'obligation primaire de réparer.

17. M. McCaffrey, M. Reuter, M. Al-Qaysi, M. Eiriksson, M. Francis, M. Yankov, M. Díaz González et M. Al-Khasawneh préfèrent le mot « compensation » à « réparation ». Dans son quatrième rapport (A/CN.4/413), le mot « compensation » se référerait exclusivement ou presque au paiement monétaire, et c'est pourquoi le Rapporteur spécial a ensuite parlé de « réparation », celle-ci pouvant prendre en partie la

forme d'une aide apportée par l'Etat d'origine à l'Etat affecté pour faire disparaître ou pour réduire les conséquences du dommage — par exemple, si l'Etat d'origine possède des moyens techniques que ne possède pas l'Etat affecté. Les membres susmentionnés préfèrent cependant le mot « compensation » parce que, dans un domaine totalement différent de celui de la responsabilité pour faute, il convient d'utiliser des termes différents. Le Rapporteur spécial se réjouit de cet argument, car il montre que la majorité des membres considèrent aujourd'hui que la responsabilité causale est chose tout à fait différente de la responsabilité pour faute, ce qui n'était pas le cas il y a deux ans. M. Solari Tudela (2112^e séance) persiste à préférer le mot « réparation », qui, dit-il, a le mérite de rappeler que le sujet à l'examen est un rejet du sujet de la responsabilité des Etats.

18. Quant au fond, la notion de réparation ou de compensation, entendue comme étant le rétablissement de l'équilibre des intérêts en cause, n'a pas suscité d'objections fondamentales, bien au contraire. M. Bennouna voudrait que l'on mentionnât l'équité, mais c'est là un concept qui manque de formes propres. La notion d'équilibre des intérêts sera précisée ultérieurement, comme cela était déjà annoncé dans le quatrième rapport (A/CN.4/413, par. 49) et conformément aux sections 6 et 7 de l'ébauche de plan. La question de savoir s'il s'agit d'un « rétablissement » ou d'un « réajustement » de cet équilibre, évoquée par M. Bennouna et M. Al-Qaysi (2112^e séance), sera abordée en temps voulu.

19. Certains membres, notamment M. Hayes et M. Bennouna, considèrent que le projet d'article 2, « Expressions employées », est un texte provisoire, parce qu'il faudra peut-être redéfinir certains de ces termes ou en définir de nouveaux. D'autres membres — M. Yankov (2113^e séance), M. Roucounas et M. McCaffrey — trouvent inhabituels certains des termes employés, en particulier le mot « lieu ». Pourtant, ce mot est utilisé exactement dans le même sens à l'article 1^{er} du Traité de 1963 interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau¹⁴ : « en tout lieu relevant de sa juridiction ou de son contrôle ».

20. Certains membres, tels M. Barsegov et M. Reuter, s'opposent à utiliser l'expression « la victime innocente » ; d'autres membres — M. Hayes, M. Pawlak (2111^e séance) et M. Eiriksson (2112^e séance) — y sont favorables. Le Comité de rédaction trouvera sans doute une solution satisfaisante.

21. Pour ce qui est des obligations de prévention, certains membres — comme M. Shi, M. Bennouna et M. Solari Tudela — préféreraient que le manquement d'un Etat à ses obligations procédurales, et peut-être aussi à ses obligations de prévention, n'engageât pas sa responsabilité pour faute. M. Francis insiste pour qu'aucun mécanisme ne soit mis en route avant qu'il n'y ait eu violation de l'obligation de réparer, conformément à la solution que le précédent Rapporteur spécial avait retenue dans l'ébauche de plan. C'est précisément l'une des solutions qui étaient proposées à la Commission à la fois dans le quatrième et le cinquième rapport

¹³ *Annuaire... 1988*, vol. II (2^e partie), p. 28, note 73.

¹⁴ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 480, p. 43.

(A/CN.4/423, par. 48, 49 et 68), et qui n'a pas rencontré d'opposition expresse. On pourrait l'introduire dans le projet par le biais d'un article où il serait dit que le manquement aux obligations prévues dans les articles correspondants ne donne pas droit d'action à l'Etat affecté : seul le régime prévu dans les articles relatifs à la compensation serait alors applicable. Le Rapporteur spécial espère que cette solution satisfera M. Calero Rodrigues, qui est opposé à toute obligation rigoureuse en matière de prévention.

22. Les opinions sont partagées pour qualifier le dommage et le risque. De nombreux membres, tels M. Ogiso (2110^e séance), M. Njenga, M. Al-Qaysi, M. Barsegov, M. Pawlak et M. Graefrath, préfèrent plutôt le terme « important » qu'« appréciable » pour qualifier le dommage, et certains d'entre eux souhaitent aussi que l'on utilise le terme « important » pour qualifier le risque. Selon M. Njenga, le risque devrait être déterminé par un « examen raisonnable », alors que M. Al-Khasawneh préférerait l'expression « risque décelable ». Par contre, M. Hayes et, semble-t-il, M. McCaffrey sont favorables au mot « appréciable ». En fait, le choix des termes est de peu de conséquence : l'important est qu'aujourd'hui plus personne ne remet en question la nécessité d'un seuil pour définir le dommage et le risque.

23. Parlant du projet d'article 4, M. Reuter, M. Tomuschat et M. Bennouna ont insisté sur le caractère supplétif de l'ensemble des projets d'articles. Selon M. Bennouna, l'article 4 devrait affirmer clairement la prééminence de la *lex specialis* — le Rapporteur spécial ne voit pas comment on peut être plus clair sur ce point, mais, si M. Bennouna trouve une meilleure formule, le Comité de rédaction lui en sera reconnaissant. Toutefois, M. Al-Baharna (2113^e séance) trouve l'article 4 inutile, estimant que la question est déjà réglée au paragraphe 3 de l'article 30 (Application de traités successifs portant sur la même matière) de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités.

24. M. Graefrath estime que la Commission ne peut conserver sans de solides raisons la présomption énoncée au paragraphe 2 du projet d'article 3. Qu'elles soient solides ou non, le Rapporteur spécial donnait des raisons à l'appui de cette présomption dans son quatrième rapport (A/CN.4/413, par. 62 à 70). Il reconnaissait que le projet « [allait] plus loin que la règle du *Détroit de Corfou* », mais en ajoutant que « cela se justifiait » par la nature de la responsabilité causale, qui implique un assouplissement des mécanismes du projet » (*ibid.*, par. 68).

25. L'impératif des « moyens de savoir » apporte déjà à cette présomption une restriction qui a pour but de tenir compte de la situation des pays en développement. Cependant, il ne semble pas raisonnable de faire supporter la charge de la preuve à l'Etat affecté — qui peut fort bien être lui aussi un pays en développement —, surtout si l'on songe aux *dicta* qui figurent dans la sentence relative à l'*Ile de Palmas*¹⁵ et dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, à savoir que la souveraineté territo-

riale de l'Etat d'origine peut empêcher l'Etat affecté de pénétrer sur le territoire de l'Etat d'origine pour rassembler les preuves indispensables, qui sont nécessairement entre les mains de ce dernier. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, la CIJ a jugé que « 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 »¹⁶. Etant donné qu'il s'agissait d'une affaire relevant de la responsabilité pour faute, domaine où l'imputation de l'acte à l'Etat est nécessairement plus complexe, et que la responsabilité causale appelle une méthode simple d'attribution des obligations, il semble qu'il y ait là de bonnes raisons de conserver la présomption énoncée dans le projet d'article 3.

26. M. Yankov a insisté sur les aspects internationaux de la coopération et a proposé que l'on s'inspire de l'article 197 de la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer. Mais, tel qu'il est actuellement rédigé, le projet d'article 7 va dans le même sens que l'article 197. Peut-être faudrait-il parler de coopération « régionale », pour que les textes des deux articles correspondent plus étroitement.

27. M. Barsegov juge illogique de limiter le devoir de coopération de l'Etat lésé avec l'Etat d'origine aux « cas de dommage causé accidentellement » (art. 7), vu qu'à son avis l'Etat d'origine peut également être innocent en cas d'activités ayant des effets nocifs. Cependant, dans le second cas, l'Etat d'origine sait, par définition, que ses activités ont de tels effets. Son innocence ne peut donc pas être tenue pour allant de soi, et il serait exagéré de demander à l'Etat lésé de coopérer en raison du dommage que l'Etat d'origine a causé à sa propre population, sur son propre territoire.

28. Le rôle éventuel des institutions internationales a été en général bien accueilli par la Commission, et l'on a fait à ce propos des recommandations très utiles, dont le Rapporteur spécial a pris bonne note.

29. Les nouveaux projets d'articles 10 à 17 ont suscité de nombreuses remarques, dont il ressort surtout que la Commission souhaite des procédures plus souples et que la similitude sur ce point avec le régime proposé pour les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation est contestée. Le Rapporteur spécial proposera, dans son prochain rapport, de nouveaux textes pour remplacer les projet d'articles 10 à 17, mais on peut déjà répondre à quelques-unes de ces observations.

30. Trois solutions s'offrent en la matière : une procédure détaillée, comme celle que prévoient les projets d'articles 10 à 17, avec des obligations et des mesures bien définies ; une procédure souple, de caractère moins péremptoire ; et pas de procédure du tout. Cette dernière solution a sa logique, qui repose sur l'effet dissuasif du devoir de réparer. Elle semble avoir la faveur de M. Calero Rodrigues, qui souhaiterait éviter tout délai de notification, ce qui entraînerait en effet l'impossibilité de toute procédure plus ou moins obligatoire. Mais il y a un inconvénient majeur : ne pas exiger la participation de l'Etat lésé — ce qui serait une conséquence de

¹⁵ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 829 ; texte français dans *Revue générale de droit international public*, Paris, vol. 42, 1935, p. 156.

¹⁶ C.I.J. *Recueil 1949*, p. 18.

l'absence de toute procédure — irait à l'encontre de la prévention. Or, l'Assemblée générale et la Commission elle-même ont trop insisté sur la prévention pour qu'il paraisse possible de la négliger complètement. Dans ces conditions, la meilleure solution semble être celle d'une procédure plus souple que celle qu'il a proposée.

31. Certains membres ont aussi fait remarquer que les articles 10 à 17 ne faisaient pas de place au dommage extensif (par exemple, la pollution à grande distance), ni au risque d'un tel dommage, ni au dommage causé au patrimoine commun de l'humanité. Autant de possibilités qui seront étudiées dans le prochain rapport.

32. M. Al-Qaysi et M. Graefrath suggèrent que l'on traite à part des activités à risque et des activités causant un dommage effectif. Cette suggestion vaut d'être étudiée, mais diverses considérations, que le Rapporteur spécial ne présente qu'à titre préliminaire, inclinent plutôt à n'établir qu'une séparation partielle entre les articles qui traitent des unes et des autres. Premièrement, le dommage a la même source dans les deux cas : l'Etat d'origine. Deuxièmement, la détermination d'obligations (art. 3) s'applique dans l'un comme dans l'autre cas. Troisièmement, la disposition sur la prévention vise aussi les activités ayant des effets nocifs, puisqu'elle tend à maintenir ces effets au-dessous d'un seuil « appréciable ». Quatrièmement, c'est le dommage qui dans les deux hypothèses donne naissance au devoir de réparer. Cinquièmement, les Etats lésés le sont de la même manière, et s'il y a doute sur leur identité, la même incertitude se retrouve dans les deux situations. Sixièmement, les mêmes principes s'appliquent apparemment aux activités à risque et aux activités causant un dommage transfrontière effectif, à savoir la liberté d'action (art. 6) ; le devoir de coopérer (art. 7) ; la prévention (art. 8) et le devoir de réparer (art. 9). Septièmement enfin, les obligations procédurales ne semblent guère différer elles non plus. Pour ce qui est de l'évaluation (art. 10), les exigences sont les mêmes, sauf que pour les activités à risque il faut prévoir aussi une évaluation du risque ; quant à la notification et à l'information, ces mesures s'appliquent dans les deux cas.

33. Selon M. Al-Khasawneh, les activités visées à l'article 1^{er} ne devraient pas être entreprises tant que n'est pas réglée la question du régime applicable. Mais il semble que la majorité des membres accepte la solution proposée dans le cinquième rapport (A/CN.4/423, par. 114 à 116).

34. A propos de l'obligation de négocier, M. Graefrath a fait deux remarques : d'abord, que l'obligation, telle qu'elle est formulée dans le projet d'article 16, est en fait une obligation de conclure ; ensuite, que l'obligation de consultation serait plus conforme à la pratique internationale. M. Bennouna estime qu'il ne serait pas raisonnable d'obliger les Etats à négocier. La première remarque de M. Graefrath n'est pas corroborée par la pratique internationale : l'obligation de négocier, qui ne se confond pas avec l'obligation de conclure un accord, exige simplement que l'on délibère de bonne foi en vue de s'entendre. C'est ce qui se passe lorsqu'on négocie un tracé frontalier ou des droits de pêche. Si l'objet des négociations est ici un régime, c'est que, le conflit d'intérêts à résoudre étant permanent, les Etats

doivent s'accorder sur une solution qui s'étende dans le temps. Cela dit, il se peut que la voie des consultations soit préférable à celle des négociations lorsqu'il s'agit d'élaborer un régime : faute d'accord sur un régime particulier, le régime prévu dans les articles s'appliquerait. Il n'en reste pas moins que la procédure de réparation suppose nécessairement une procédure de négociation et, par voie de conséquence, impose le devoir de négocier. Pour sa part, le Rapporteur spécial reste persuadé que l'obligation de négocier est solidement fondée en droit international. On pourrait même se dispenser de se référer au droit international général si un article précis de la future convention énonçait cette obligation des parties, offrant ainsi une solution indépendante du point de vue que l'on peut avoir sur le problème théorique lui-même.

35. M. FRANCIS est préoccupé par la question des rapports entre l'attribution de responsabilité et la négociation. Si, en effet, un Etat A refuse de négocier avec un Etat B, il s'ensuit nécessairement qu'il y aura violation d'une obligation internationale aux termes du projet d'articles. Sans doute la position du Rapporteur spécial sur ce point dépend-elle de ce qu'il pense de la non-attribution de responsabilité avant le moment où il y a déni de réparation.

36. La question du patrimoine commun de l'humanité reste en suspens. La Commission doit-elle la faire entrer dans le champ d'application du projet ? C'est là un problème brûlant, beaucoup plus pressant qu'en 1982. Sans préjuger de la décision finale, on pourrait se pencher sur cet aspect du sujet afin de se prononcer sur son sort. Pour sa part, M. Francis est d'avis d'ouvrir un débat pour faire le point sur ce que recouvre cette notion.

37. M. Barsegov (2113^e séance), se référant à M. Ouchakov, a rappelé que, dans la matière à l'examen, le droit était inexistant. Cette observation de M. Ouchakov reste vraie. Il conviendrait donc de reporter la question de la responsabilité à plus tard, en gardant à l'esprit que la notion d'illicéité n'entre pas en jeu ici. Il est vrai que, si un Etat cause un dommage transfrontière et poursuit délibérément l'activité qui en est l'origine, il se met en situation d'illicéité ; mais ce n'est pas le cas le plus courant.

38. M. BARSEGOV rappelle que, pour sa part, il n'a pas recommandé de renvoyer les projets d'articles au Comité de rédaction. S'il a donné son accord, c'est pour les anciens projets d'articles 1 à 10. Or, le Rapporteur spécial a proposé de nouveaux textes, qui reposent sur des bases totalement différentes. M. Barsegov lui a demandé quelle était sa position, et notamment si les dispositions antérieures, plus proches des idées de M. Ouchakov, étaient dépassées — et, dans l'affirmative, à quel point de vue. Le Rapporteur spécial a répondu qu'il s'agissait en l'espèce de développer le droit international, faute d'éléments de codification.

39. Puisque la Commission est saisie de textes inédits, fondés sur des notions tout à fait nouvelles, M. Barsegov proposera, au moment du débat sur le rapport, qu'il soit demandé à la Sixième Commission de l'Assemblée générale de s'interroger sur l'utilité de cette évolution et de la poursuite des travaux sur la base de

la responsabilité « objective » ou « absolue » pour chaque dommage transfrontière résultant d'une activité licite, sans tenir compte de la notion de risque.

40. Cela dit, on ne sait toujours pas de quelles activités il s'agit. Le Rapporteur spécial a parlé de la circulation automobile et du chauffage domestique. D'autres activités viennent à l'esprit : l'abattage des arbres en Sibérie et en Amazonie, l'agriculture africaine, qui entraîne la désertification, etc. Si c'est bien de cela que l'on parle, la Sixième Commission doit en être clairement informée.

41. M. FRANCIS regrette que le terme « situation » ait été éliminé du projet d'article 1^{er}. Le Rapporteur spécial pourrait-il s'expliquer davantage sur ce point ?

42. A propos du patrimoine commun de l'humanité, on constate qu'il est question, à l'article 1^{er}, de dommages transfrontières, sans qu'aucune limite soit précisée : c'est donc que le champ d'application du projet peut s'étendre à ce patrimoine. Dans ces conditions, M. Francis propose à la Commission, qui semble d'accord sur ce point, de décider en principe de se pencher sur le problème du patrimoine commun.

43. Comme l'a encore fait ressortir M. Barsegov, l'article 1^{er} n'est pas mûr pour être examiné au sein du Comité de rédaction. Puisque les activités à risque visées dans cet article peuvent causer un dommage, il n'est pas nécessaire d'y parler du risque : on pourrait très bien en traiter ailleurs, comme d'un autre aspect du sujet.

44. M. BEESLEY dit qu'il serait utile de distribuer le texte des commentaires du Rapporteur spécial résumant le débat. Il s'inquiète de voir la Commission rouvrir un débat ancien, au risque de reprendre des arguments déjà avancés, notamment sur le point de savoir s'il s'agit de codifier des règles existantes ou de travailler au développement progressif du droit international. En fait, il existe bel et bien des règles en la matière, et M. Beesley se dit las de citer décisions de justice, traités et conventions, sans compter le principe 21 de la Déclaration de Stockholm¹⁷, adopté par consensus il y a dix-sept ans déjà. De même pour la notion de patrimoine commun de l'humanité, à propos de laquelle la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer a développé des idées qui, bien que récentes, ne sont pas tout à fait neuves.

45. Plaçant ses espoirs dans l'esprit d'accommodement des membres de la Commission, M. Beesley a tenu à indiquer, à la 2111^e séance (par. 68), un ouvrage où l'on trouve une analyse très pertinente de ce qu'il faut entendre par responsabilité « objective » et responsabilité « absolue », dont il maintient qu'elles ne sont pas superposables.

46. Il existe beaucoup d'activités non illicites au regard du droit international, mais qui causent des dommages, et les tribunaux ont déjà eu à se prononcer à cet égard sur toute une série d'obligations, devoir de réparer compris. Il y a donc une pratique des Etats, et les divergences de vues entre les membres de la Commission ne doivent pas empêcher de faire des progrès en la

matière. La Commission s'est vu confier un mandat spécifique, qui lui permet d'apporter une contribution majeure à l'étude de la question du patrimoine commun et de l'ensemble du sujet.

47. Quant à savoir s'il faut renvoyer les projets d'articles au Comité de rédaction en dépit des réserves de certains, c'est un problème de méthode. Cela s'est déjà fait, par exemple, dans le cas du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Il ne faut pas espérer l'unanimité des membres de la Commission ; elle est si rare qu'on peut la dire miraculeuse.

48. Le PRÉSIDENT indique que, si la Commission veut reprendre le débat sur la portée du sujet, elle devra modifier le calendrier de ses travaux. Le Rapporteur spécial a effectivement présenté à la Commission un texte révisé des projets d'articles, donnant ainsi aux membres une occasion supplémentaire de discuter de la portée du sujet, mais il aurait tout aussi bien pu le faire devant le Comité de rédaction. De toute façon, le Comité sera confronté tôt ou tard au problème, même si la Commission, revenant sur la décision prise à sa précédente session, ne lui renvoie pas maintenant les projets d'articles révisés. Par ailleurs, il va de soi que la question pourra être à nouveau soulevée tant à la Sixième Commission de l'Assemblée générale qu'à la prochaine session de la Commission.

49. Le prince AJIBOLA partage le point de vue du Président, même s'il est naturel que les membres de la Commission aspirent tous à commenter le résumé du débat que vient de faire le Rapporteur spécial. Au cas cependant où la Commission déciderait de rouvrir le débat sur la portée du sujet, il se réserverait d'intervenir longuement sur la question.

50. M. AL-KHASAWNEH dit que, même si la Commission renvoie les projets d'articles au Comité de rédaction, rien ne l'empêche d'interroger la Sixième Commission de l'Assemblée générale sur les notions de responsabilité objective et de responsabilité absolue, pourvu qu'elle les situe dans leur contexte. Conformément à la devise latine *fatum nomen est*, ces deux notions souffrent du qualificatif — objective et absolue — qui leur a été donné. Du fait que M. Al-Khasawneh est le seul à avoir évoqué la question de l'ajournement d'une activité jusqu'à l'établissement d'un régime adéquat, c'est à tort que le Rapporteur spécial conclut (*supra* par. 33) qu'il s'est dégagé une sorte d'accord à la Commission sur ce point. En outre, à la 2114^e séance (par. 16), M. Al-Khasawneh ne s'est pas référé uniquement au droit islamique, mais aussi à certaines décisions de mesures conservatoires de la CIJ, et a puisé des exemples dans des articles récents parus dans le *Netherlands Yearbook of International Law*.

51. Le PRÉSIDENT suggère de consigner la question posée par M. Barsegov dans le rapport de la Commission, de façon à appeler l'attention de la Sixième Commission sur le sujet.

52. M. EIRIKSSON partage pour une bonne part le point de vue du Président et, le moment venu, la Commission pourra se pencher sur la question à poser dans son rapport. Le Rapporteur spécial avait déjà donné un aperçu de ses conclusions avant que l'ancien texte des projets d'articles 1 à 10 ne fût renvoyé au Comité de

¹⁷ Voir 2108^e séance, note 6.

rédaction. En 1988, la Sixième Commission de l'Assemblée générale a fait siennes ses conclusions, qui ont d'ailleurs reçu un très large appui à la Commission. Mais, comme M. Barsegov a évoqué la question de la responsabilité objective, peut-être faudrait-il en l'état actuel des choses parler d'une solution provisoire, puisqu'il reste à élaborer les directives à suivre pour les négociations sur la réparation ou la compensation. Le Rapporteur spécial devrait se préoccuper au plus tôt de ces questions.

53. M. BEESLEY, approuvant M. Eiriksson, rappelle que, lorsque la Commission a renvoyé les anciens projets d'articles 1 à 10 au Comité de rédaction, plusieurs membres de la Commission ont bien précisé que ces textes étaient transmis, étant entendu qu'ils seraient remaniés pour tenir compte des trois principes fondamentaux évoqués par le Rapporteur spécial¹⁸ et repris de l'étude de son prédécesseur. Ces mêmes membres ont souligné qu'il fallait tout particulièrement tenir compte du principe qui veut que la victime innocente ne soit pas tenue de supporter les dommages subis. M. Beesley se félicite de la façon dont le Rapporteur spécial a résumé le débat, mais l'idée de choisir un problème particulier à soumettre à la Sixième Commission suscite de sa part une réserve. Pour être bien accueillie, il faudrait en effet que la question soit accompagnée d'explications raisonnées et documentées sur la distinction à faire entre la responsabilité absolue — notion présente dans un large éventail de conventions internationales en vigueur — et la responsabilité objective, moins lourde, qui découle de la pratique des Etats. En définitive, mieux vaut ne pas poser la question. M. Beesley aurait, pour sa part, une dizaine de questions à poser à la Sixième Commission, mais il pense que les membres devraient se consulter au préalable avant d'opter pour telle question plutôt que pour telle autre, parmi toutes celles qui pourraient être adressées à la Sixième Commission.

54. Le PRÉSIDENT, ayant consulté plusieurs membres de la Commission, dit que, s'il n'y a pas d'objection, il considérera que la Commission accepte de renvoyer le texte révisé des projets d'articles 1 à 9 au Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

55. Le PRÉSIDENT propose d'inviter le Rapporteur spécial à rédiger des questions à l'intention de la Sixième Commission de l'Assemblée générale, afin d'appeler son attention sur certains des principaux problèmes à propos desquels son avis serait le bienvenu. La Commission se penchera sur ces questions lors de l'examen de son projet de rapport, dans lequel il sera aussi fait état des observations de M. Barsegov et de M. Francis.

Il en est ainsi décidé.

Immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (suite) [A/CN.4/410 et Add.1 à 5¹⁹, A/CN.4/415²⁰, A/CN.4/422 et Add.1²¹, A/CN.4/L.431, sect. F]

[Point 3 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

EXAMEN DU PROJET D'ARTICLES²² EN DEUXIÈME LECTURE (suite)

56. M. OGISO (Rapporteur spécial), résumant le débat sur ses deux premiers rapports, dit que, faute de disposer de tous les comptes rendus de séance sur le sujet, il risque, à son corps défendant, de passer sous silence certaines des questions soulevées au cours du débat. Par ailleurs, pour gagner du temps, il ne citera pas systématiquement par leur nom les intervenants sur tel ou tel point.

57. Le Rapporteur spécial a expliqué, dans son deuxième rapport (A/CN.4/422 et Add.1), la tendance récente, de la part de certains Etats qui adhéraient jusque-là au principe de l'immunité souveraine absolue, à revoir leur position en faveur d'une immunité restreinte, tendance qui ressort des décisions judiciaires ainsi que de nouveaux textes de lois internes et d'accords internationaux. Plusieurs membres se sont élevés contre le rappel fait à ce sujet de l'idée de sir Ian Sinclair que l'« on ne saurait plus affirmer que la doctrine de l'immunité absolue est une norme universellement obligatoire du droit international coutumier » (*ibid.*, par. 10). Pour le Rapporteur spécial, dont le point de vue ne s'écarte pas fondamentalement de celui de sir Ian Sinclair, « il n'existe [...] pas de consensus général en faveur de l'immunité absolue » (*ibid.*). Il veut dire par là que, en matière d'immunité des Etats, aucun consensus théorique ne s'est dégagé sur la question de savoir si la règle est celle de l'immunité absolue ou celle de l'immunité restreinte, et qu'il faut par conséquent s'efforcer de parvenir à un accord sur les domaines d'activité de l'Etat auxquels l'immunité ne s'applique pas.

58. Dans cette optique, le Rapporteur spécial constate avec plaisir que plusieurs membres ont affirmé la nécessité d'une approche pragmatique et que cette opinion ne s'est heurtée à aucune objection. Il semble donc, à ce stade du moins, que la méthode à suivre pour la suite de l'examen du sujet fasse l'objet d'un consensus général.

59. M. Koroma (2115^e séance) ayant relevé que l'analyse historique faite par le Rapporteur spécial se limitait à la pratique des pays développés occidentaux, ce dernier signale que son prédécesseur avait rencontré les mêmes critiques. Or, dans le cas des pays africains par exemple, il est très difficile de trouver des exemples de décisions judiciaires en la matière, et, exception faite de l'Afrique du Sud, il n'existe pas de lois nationales sur ce sujet. Etant donné, cependant, le caractère essentiellement juridique et technique du sujet, il lui a paru préférable de se fonder sur des décisions judiciaires ou des textes de lois, lorsqu'il en existait, plutôt que sur des déclarations de caractère politique. Le Rapporteur spécial attendait beaucoup des observations écrites des gouvernements. Malheureusement, parmi les pays

¹⁹ Reproduit dans *Annuaire... 1988*, vol. II (1^{re} partie).

²⁰ *Ibid.*

²¹ Reproduit dans *Annuaire... 1989*, vol. II (1^{re} partie).

²² Pour le texte, voir 2114^e séance, par. 31.

¹⁸ Voir *Annuaire... 1987*, vol. II (2^e partie), p. 51, par. 194, al. d.

africains, seul le Gouvernement camerounais a répondu à l'appel lancé par l'Assemblée générale. Le Rapporteur spécial a dûment tenu compte de son point de vue, mais ne saurait en déduire qu'il représente l'avis de la majorité des pays de cette partie du monde.

60. M. Njenga (2117^e séance) a formulé une critique du même ordre à propos de l'idée que le Comité juridique consultatif africano-asiatique serait partisan de la théorie restrictive de l'immunité des Etats. Pourtant, il ressort du paragraphe 32 du commentaire relatif à l'article 11 (ancien article 12), concernant les contrats commerciaux, que le Comité juridique consultatif africano-asiatique a adopté en 1960 le rapport final de son comité sur l'immunité des Etats relatif aux transactions commerciales et autres transactions de caractère privé, où il était indiqué qu'à l'exception de la délégation indonésienne toutes les délégations estimaient que « l'immunité ne devrait pas être accordée aux Etats étrangers pour celles de leurs activités qui peuvent être considérées comme commerciales ou de caractère privé »²³. De même, dans la déclaration qu'il a faite en qualité d'observateur à la trente-huitième session de la Commission, M. Sen, alors secrétaire général du Comité juridique consultatif africano-asiatique, a dit que : « Personnellement, il estime que, du fait de l'élargissement actuel du champ d'activité des autorités publiques, une doctrine restrictive s'impose peut-être. Reste la question de savoir sur quoi et jusqu'où devraient raisonnablement porter ces restrictions²⁴. » Cette déclaration, sans représenter pour autant l'avis officiel du Comité juridique consultatif africano-asiatique, ne saurait être interprétée comme étant en faveur d'une immunité absolue. Le Rapporteur spécial invite donc M. Njenga à lui communiquer les autres documents pertinents dont il pourrait avoir besoin.

61. Passant aux observations auxquelles ont donné lieu les projets d'articles eux-mêmes, le Rapporteur spécial note que l'article 1^{er} paraît généralement acceptable. On a dit que l'article 6, qui exprimait l'idée de base de l'ensemble du texte, devait suivre immédiatement l'article 1^{er}. On a même dit que l'article 6 devait faire partie intégrante de l'article 1^{er}. Il est disposé à soumettre ces suggestions au Comité de rédaction, mais il préférerait conserver l'ordre actuel des articles, de façon que le principe général consacré dans l'article 6 et les limitations et exceptions prévues dans les articles 11 à 19 ne soient pas trop éloignés les uns des autres.

62. Pour ce qui concerne le nouvel article 2 proposé (A/CN.4/415, par. 29), le Rapporteur spécial constate que la plupart des membres de la Commission sont favorables à la fusion des anciens articles 2 et 3, et que le nouveau texte n'a pas soulevé d'objection. Rappelant à propos de l'alinéa *a* du paragraphe 1 que, dans ses observations écrites, le Gouvernement de la République démocratique allemande indiquait que la définition du terme « tribunal » devrait comporter une explication précise de l'expression « fonctions judiciaires », et que M. Njenga a proposé à cet égard de s'inspirer de l'article 3 du *Foreign States Immunities Act 1985* de l'Australie, il dit qu'il lui paraît difficile de donner, dans le texte même de l'article, une définition de cette expression, d'abord parce qu'elle serait tautologique, et

ensuite en raison des différences entre les systèmes nationaux. Il préférerait donc expliquer cette expression dans le commentaire, étant entendu que de toute manière la question devra être soumise au Comité de rédaction.

63. A propos de l'alinéa *b*, ii, du paragraphe 1, qui inclut, au nombre des organismes d'Etat pouvant bénéficier de l'immunité, les subdivisions politiques de l'Etat qui sont habilitées à exercer les prérogatives de la puissance publique de l'Etat, le Rapporteur spécial relève que, selon M. Tomuschat (2115^e séance) et certains autres membres, les Etats constitutifs d'un Etat fédéral devraient bénéficier de l'immunité, même s'ils n'agissent pas au nom ou pour le compte du gouvernement central, et que, selon eux, l'équivalent en anglais de l'expression « prérogatives de la puissance publique » devrait donc être *governmental authority*. Le Rapporteur spécial renvoie sur ce point au paragraphe 3 du commentaire relatif à l'article 3, où il est dit que les subdivisions politiques de l'Etat englobent « dans le cas des Etats fédéraux ou des Etats possédant des régions autonomes, les subdivisions politiques qui sont habilitées à exercer les prérogatives de la puissance publique de l'Etat », et que l'équivalent anglais le plus rapproché de l'expression « prérogatives de la puissance publique » est l'expression *sovereign authority*²⁵. Il renvoie aussi au paragraphe 12 du commentaire relatif à l'article 7, où il est indiqué qu'il

n'est pas impossible que ces entités autonomes [subdivisions politiques d'un Etat] soient érigées en organes du gouvernement central, ou agissent en tant que tels, ou en organismes d'Etat accomplissant des actes souverains de l'Etat étranger. Un Etat membre d'une union fédérale ne bénéficie normalement d'aucune immunité en tant qu'Etat souverain, à moins qu'il ne puisse établir que l'action intentée contre lui met en fait en cause l'Etat étranger²⁶. [...]

Etant donné que, aux termes du paragraphe 3 du commentaire relatif à l'article 3, « les subdivisions administratives à l'échelon local ou municipal n'exercent pas habituellement les prérogatives de la souveraineté de l'Etat et, à ce titre, ne jouissent pas des immunités d'Etat » (par. 3 du commentaire), le Rapporteur spécial estime que la modification de forme proposée par ces membres équivaudrait à une modification de fond. Le Comité de rédaction devra y réfléchir lorsqu'il se penchera sur ce texte.

64. M. Thiam et M. Bennouna (2117^e séance) suggèrent de supprimer l'alinéa *b*, iv, du paragraphe 1 du nouvel article 2. Comme, cependant, une action intentée contre un ambassadeur, un agent diplomatique ou consulaire ou un autre mandataire du gouvernement risque de mettre en cause l'Etat étranger, et que ces personnes ne sont pas visées aux alinéas *b*, i à iii, du paragraphe 1, il paraît nécessaire de les faire figurer parmi les personnes bénéficiaires des immunités de l'Etat sous l'appellation « représentants de l'Etat ». Quant à la corrélation entre le projet d'articles à l'étude et les Conventions de Vienne pertinentes, elle est régie par l'article 4.

65. A propos de la définition de l'expression « contrat commercial », à l'alinéa *c* du paragraphe 1 du nouvel article 2, le Rapporteur spécial considère qu'il appartiendra au Comité de rédaction de se prononcer sur les deux modifications de forme proposées. Cependant, il serait souhaitable de garder à l'alinéa *c*, iii, du même

²³ *Annuaire... 1983*, vol. II (2^e partie), p. 35, par. 32.

²⁴ *Annuaire... 1986*, vol. I, p. 105, 1958^e séance, par. 37.

²⁵ *Annuaire... 1986*, vol. II (2^e partie), p. 14.

²⁶ *Annuaire... 1982*, vol. II (2^e partie), p. 108.

paragraphe, le mot « commercial », qui vise des contrats ou des accords portant sur un large éventail d'activités, comme les activités extractives ou les investissements, à l'exclusion des contrats de travail, qui sont souvent cités comme étant le type même de contrat non commercial devant être soumis à la juridiction de l'Etat du for. M. McCaffrey (*ibid.*) et M. Tomuschat ont proposé de remplacer l'expression « contrat commercial » par « activité commerciale ». Le Rapporteur spécial rappelle que, à cet égard, son prédécesseur avait utilisé l'expression « transactions commerciales » dans son rapport préliminaire²⁷, dans ses deuxième et quatrième rapports²⁸ l'expression « activités commerciales » et que la disposition adoptée en 1983 comme article 12 (à présent l'article 11) a pour titre « Contrats commerciaux ». Le Rapporteur spécial suppose que cette modification a été décidée au cours des délibérations du Comité de rédaction à la trente-cinquième session, mais il ne saurait dire pourquoi ni comment. Si, malgré tout, la majorité des membres de la Commission préfère reconsidérer le titre « Contrats commerciaux », il est prêt à accéder à ce souhait.

66. Pour ce qui est du texte qu'il a proposé pour le paragraphe 3 du nouvel article 2, le Rapporteur spécial note que 11 membres de la Commission ont déclaré accepter cette proposition, que 3 autres se sont déclarés neutres, tout en se disant d'accord pour tenir compte et de la nature et du but du contrat, et que 4 autres encore ont formulé des critiques, tenant essentiellement à l'extrême rigidité de ce libellé, qui ne permettrait pas, selon eux, de tenir compte des circonstances imprévues. Cette critique mérite que l'on s'y arrête. Tout en estimant que c'est au Comité de rédaction qu'il reviendra de mettre au point le texte, le Rapporteur spécial pense qu'il serait souhaitable d'ajouter, à la fin du paragraphe, le membre de phrase suivant : « étant entendu que le tribunal de l'Etat du for peut, dans des situations imprévues, décider que le contrat est un contrat d'intérêt public ». Il propose aussi, compte tenu de l'observation faite par M. McCaffrey, de modifier comme suit le début du paragraphe : « Pour déterminer si un contrat au sens de l'alinéa c du paragraphe 1 ci-dessus est un contrat commercial ». Mais c'est là encore un point qui relève du Comité de rédaction.

67. Le Rapporteur spécial constate que l'article 4 a soulevé peu de critiques, et que la plupart des membres de la Commission qui se sont exprimés sur ce texte acceptent sa proposition tendant à insérer au paragraphe 1 l'expression « en vertu du droit international ». Il relève aussi que certains, tout en se déclarant d'accord en général avec cet article, ont demandé des précisions sur le lien juridique entre les immunités prévues dans les articles à l'examen et les immunités conférées par les Conventions de Vienne pertinentes, tandis que d'autres membres faisaient valoir que ces conventions et les articles étaient de nature tout à fait différente, M. Thiam allant jusqu'à dire que cette différence entre les deux régimes était évidente au point de rendre inutile l'article 4. Bien que ne partageant pas cette der-

nière observation, le Rapporteur spécial convient que, de façon générale, les deux régimes peuvent être appliqués séparément. Certains membres ont aussi proposé d'étendre les privilèges et immunités reconnus aux chefs d'Etat *ratione personae* à d'autres personnalités, telles que les chefs de gouvernement, les ministres des affaires étrangères et autres personnalités de haut rang. A cet égard, il souligne que les privilèges et immunités des agents diplomatiques et personnels assimilés relèvent du régime spécial des Conventions de Vienne, alors que ceux des chefs d'Etat *ratione personae* relèvent des règles du droit international coutumier ; quant aux privilèges et immunités des familles des chefs d'Etat et autres personnalités de haut rang, ils sont accordés à titre de courtoisie. Tout en n'y étant pas particulièrement favorable, le Rapporteur spécial ne s'opposera pas à ce que mention soit faite au paragraphe 2 de ces catégories de personnes dont les privilèges et immunités ne sont pas à strictement parler prévus par le droit international ; mais il est convaincu que le Comité de rédaction tiendra compte en temps voulu de la différence subtile qui existe en la matière entre le droit international et la courtoisie.

68. L'article 5 n'a fait l'objet d'aucune observation particulière. Au sujet de l'article 6, le Rapporteur spécial note que de nombreux membres ont appuyé sa proposition de supprimer le membre de phrase entre crochets « et des règles pertinentes du droit international général », que 10 gouvernements se sont prononcés pour cette suppression, et 10 autres contre. Il précise que, s'il a proposé de supprimer ces mots, c'est essentiellement par crainte que les tribunaux de l'Etat du for ne s'en prévalent pour interpréter les articles de façon unilatérale, notamment ceux qui concernent les limitations ou exceptions, mais il remarque que certains membres ont avancé d'autres raisons. Il relève, par ailleurs, que seul M. McCaffrey s'est catégoriquement opposé à la suppression en question, tandis que deux autres membres faisaient part de leurs hésitations. Cela étant, il lui paraît possible d'autoriser le Comité de rédaction à travailler à partir du texte adopté en première lecture, en prenant pour hypothèse que le membre de phrase placé entre crochets pourra être en fin de compte supprimé. Le Rapporteur spécial rappelle en effet que, les gouvernements étant divisés sur ce point et la suppression du membre de phrase entre crochets étant un gros sacrifice à demander aux Etats partisans de l'immunité restreinte, il avait proposé à la Commission deux autres solutions possibles — en partie pour compenser ce sacrifice, et en partie pour tenir compte de la situation des pays qui ont adopté des lois sur l'immunité des Etats, mais aussi du fait que certaines des limitations ou exceptions prévues dans ces textes n'apparaissent pas dans le projet d'articles.

69. La première solution consistait à ajouter, dans le préambule de la future convention, le paragraphe suggéré par l'Espagne (A/CN.4/410 et Add.1 à 5). Quelques membres se sont dits prêts à accepter cette démarche, mais plus nombreux sont ceux qui s'y sont déclarés hostiles. D'ailleurs, la tradition veut que le texte du préambule soit confié à la conférence diplomatique. La seconde solution était d'inclure le nouvel article 6 *bis* proposé (A/CN.4/422 et Add.1, par. 17),

²⁷ *Annuaire... 1979*, vol. II (1^{re} partie), p. 243, doc. A/CN.4/323.

²⁸ *Annuaire... 1980*, vol. II (1^{re} partie), p. 195, doc. A/CN.4/331 et Add.1 ; et *Annuaire... 1982*, vol. II (1^{re} partie), p. 243, doc. A/CN.4/357.

dont le texte était conçu de manière à viser les exceptions qui pourraient naître, à l'avenir, des modifications ou de l'évolution du droit international coutumier, et aussi à tenir compte des écarts éventuels entre les articles à l'examen et le droit interne. La seconde solution n'a été acceptée par personne. Aucune des deux solutions proposées ne peut donc servir de base de travail. Le Rapporteur spécial n'a pas retenu la proposition de l'Australie de reformuler la phrase entre crochets à l'article 6 (A/CN.4/410 et Add.1 à 5), parce que, quant au fond, elle semblait peu différente de la phrase elle-même. Il espère que le Comité de rédaction s'attachera à trouver une formule qui comblera, ne fût-ce que pour le moment, les écarts entre le projet d'articles et les législations nationales, en utilisant, par exemple, un protocole additionnel.

70. La plupart des membres qui ont pris la parole sur l'article 7 approuvent le nouveau texte proposé (A/CN.4/415, par. 79), mises à part certaines réserves de forme ou la suppression éventuelle du paragraphe 3. Ce paragraphe a déjà été simplifié par rapport au texte adopté, mais le Rapporteur spécial ne voit pas d'inconvénient à ce que le Comité de rédaction le simplifie encore.

71. Le Rapporteur spécial note, à propos de l'article 8, que plusieurs membres appuient sa proposition relative à l'alinéa *c* (*ibid.*, par. 93), mais d'autres proposent de le remanier, par exemple en assouplissant la procédure envisagée de manière à admettre le consentement exprès par la voie diplomatique. Bien que l'alinéa *a* lui paraisse suffisant à cet égard, il ne s'oppose pas à ce que la question soit soumise au Comité de rédaction. M. Koroma (2118^e séance) n'a pas accepté les explications concernant l'alinéa *b* données dans le rapport préliminaire (A/CN.4/415, par. 89) et a dit qu'il fallait prévoir les changements fondamentaux de circonstances en cas de force majeure. Le Rapporteur spécial n'est pas très favorable à cette théorie, parce qu'elle fait beaucoup dépendre de l'appréciation unilatérale d'une partie et parce que historiquement elle a été invoquée de façon abusive avant ou pendant la seconde guerre mondiale — dans un contexte différent, il est vrai. Il s'en tient donc à ce qu'il disait sur ce point dans son rapport préliminaire.

72. En ce qui concerne, enfin, l'article 9, le Rapporteur spécial précise que la réserve qu'il recommandait d'ajouter au paragraphe 1 (*ibid.*, par. 100), à savoir « Cependan, si l'Etat prouve au tribunal [...] à condition de le faire sans retard », ne vise que l'alinéa *b* dudit paragraphe, et il note qu'elle a été acceptée par plusieurs membres. Plusieurs membres ont également accepté le nouveau paragraphe 3 proposé, relatif à l'effet de la comparution comme témoin d'un représentant d'un Etat devant le tribunal d'un autre Etat. Quelques membres s'y sont déclarés opposés, mais sans que les motifs de cette opposition apparaissent clairement. Pour sa part, il persiste à trouver nécessaire ce nouveau paragraphe. Quant aux modifications de forme qui ont été faites à propos de cet article, elles pourront être examinées par le Comité de rédaction.

La séance est levée à 13 heures.

2122^e SÉANCE

Mercredi 21 juin 1989, à 10 heures

Président : M. Bernhard GRAEFRATH

Présents : le prince Ajibola, M. Al-Baharna, M. Al-Khasawneh, M. Al-Qaysi, M. Arangio-Ruiz, M. Barboza, M. Barsegov, M. Beesley, M. Bennouna, M. Calero Rodrigues, M. Díaz González, M. Eiriksson, M. Francis, M. Hayes, M. Koroma, M. Mahiou, M. McCaffrey, M. Njenga, M. Ogiso, M. Pawlak, M. Sreenivasa Rao, M. Razafindralambo, M. Reuter, M. Roucounas, M. Shi, M. Solari Tudela, M. Thiam, M. Tomuschat, M. Yankov.

Immunités juridictionnelles des Etats et de leurs biens (*fin*) [A/CN.4/410 et Add.1 à 5¹, A/CN.4/415², A/CN.4/422 et Add.1³, A/CN.4/L.431, sect. F]

[Point 3 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

EXAMEN DU PROJET D'ARTICLES⁴ EN DEUXIÈME LECTURE (*fin*)

1. M. OGISO (Rapporteur spécial), poursuivant le résumé du débat, note qu'un membre a appuyé la suggestion de l'Australie (A/CN.4/410 et Add.1 à 5) de combiner les paragraphes 1 et 2 de l'article 10. Cette question est d'ordre rédactionnel et le mieux est de la renvoyer au Comité de rédaction.

2. Certains membres ont exprimé des doutes quant à l'applicabilité du nouveau paragraphe 4 (A/CN.4/415, par. 107) que le Rapporteur spécial recommande d'ajouter pour tenir compte d'une suggestion du Gouvernement thaïlandais. Ce paragraphe a pour objet de limiter l'effet d'une demande reconventionnelle formée contre un Etat étranger. L'article 10 tel qu'adopté s'applique aux demandes reconventionnelles formées contre un Etat étranger qui a intenté une action devant un tribunal d'un autre Etat ou est intervenu dans cette action. Les paragraphes 1 et 2 disposent que, si un Etat étranger, qui est lui-même en droit d'invoquer l'immunité, engage une procédure dans l'Etat du for ou y intervient, et qu'une demande reconventionnelle est formée contre lui, cet Etat ne jouira pas de l'immunité à l'égard de cette demande reconventionnelle si celle-ci est fondée sur le même rapport de droit ou sur les mêmes faits que la demande principale. En vertu du paragraphe 4 proposé, la demande reconventionnelle formée contre un Etat étranger n'aura d'effet juridique que pour autant qu'elle aura un objet dont le quantum ne dépassera pas celui de la demande principale. Si le quantum de l'objet visé par la demande reconvention-

¹ Reproduit dans *Annuaire... 1988*, vol. II (1^{re} partie).

² *Ibid.*

³ Reproduit dans *Annuaire... 1989*, vol. II (1^{re} partie).

⁴ Pour le texte, voir 2114^e séance, par. 31.