

ANNUAIRE
DE LA
COMMISSION
DU DROIT
INTERNATIONAL

1993

Volume II
Première partie

Documents de la quarante-cinquième session

NATIONS UNIES



ANNUAIRE
DE LA
COMMISSION
DU DROIT
INTERNATIONAL

1993

Volume II
Première partie

Documents de la quarante-cinquième session

NATIONS UNIES
New York et Genève, 1998



NOTE

Les cotes des documents de l'Organisation des Nations Unies se composent de lettres majuscules et de chiffres. La simple mention d'une cote dans un texte signifie qu'il s'agit d'un document de l'Organisation.

Le titre *Annuaire de la Commission du droit international* s'abrège en *Annuaire...*, suivi de la mention de l'année (par exemple *Annuaire... 1992*).

Pour chaque session de la Commission du droit international, l'*Annuaire* comprend deux volumes :

Volume I : comptes rendus analytiques des séances de la session;

Volume II (1^{re} partie) : rapports des rapporteurs spéciaux et autres documents examinés au cours de la session;

Volume II (2^e partie) : rapport de la Commission à l'Assemblée générale.

Les références à ces ouvrages et les extraits qui en sont donnés se rapportent au texte définitif des volumes de l'*Annuaire* paraissant sous forme de publications des Nations Unies.

*

* *

Les rapports des rapporteurs spéciaux et autres documents examinés par la Commission au cours de sa quarante-cinquième session, parus initialement sous forme reprographiée, sont reproduits dans le présent volume compte tenu des rectificatifs publiés par le Secrétariat et avec les modifications de forme qu'exige la présentation définitive des textes.

A/CN.4/SER.A/1993/Add.1 (Part 1)

PUBLICATION DES NATIONS UNIES

Numéro de vente : F.95.V.4 (Part 1)
ISBN 92-1-233278-1

Édition complète de deux volumes :
ISBN 92-1-233281-1

ISSN 0497-9877

TABLE DES MATIÈRES

| | <i>Pages</i> |
|--|--------------|
| Abréviations et sigles | iv |
| Note concernant les citations | v |
| Responsabilité des États (point 2 de l'ordre du jour) | |
| <i>Document A/CN.4/453 et Add.1 à 3.</i> — Cinquième rapport sur la responsabilité des États, par M. Gaetano Arangio-Ruiz, rapporteur spécial | 1 |
| Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (point 3 de l'ordre du jour) | |
| <i>Document A/CN.4/448 et Add.1.</i> — Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. — Commentaires et observations reçus des gouvernements | 63 |
| <i>Document A/CN.4/449.</i> — Onzième rapport sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, par M. Doudou Thiam, rapporteur spécial | 119 |
| <i>Document A/CN.4/452 et Add.1 à 3.</i> — Rapport du Groupe de travail sur la question de la création d'une juridiction pénale internationale. — Observations des gouvernements | 135 |
| Droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (point 4 de l'ordre du jour) | |
| <i>Document A/CN.4/447 et Add.1 à 3.</i> — Droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. — Commentaires et observations reçus des gouvernements | 155 |
| <i>Document A/CN.4/451.</i> — Premier rapport sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, par M. Robert Rosenstock, rapporteur spécial | 193 |
| Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (point 5 de l'ordre du jour) | |
| <i>Document A/CN.4/450.</i> — Neuvième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, par M. Julio Barboza, rapporteur spécial | 201 |
| Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission (point 6 de l'ordre du jour) | |
| <i>Document A/CN.4/454.</i> — Schémas établis par des membres de la Commission sur divers sujets de droit international | 219 |
| Répertoire des documents de la quarante-cinquième session | 269 |

ABRÉVIATIONS ET SIGLES

| | |
|------------|--|
| AIEA | Agence internationale pour l'énergie atomique |
| BIT | Bureau international du Travail |
| CDI | Commission du droit international |
| CEA | Commission économique pour l'Afrique |
| CEE | Commission économique pour l'Europe |
| CICR | Comité international de la Croix-Rouge |
| CIJ | Cour internationale de Justice |
| Communauté | Communauté européenne |
| CPJI | Cour permanente de justice internationale |
| CSCE | Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe |
| FAO | Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture |
| GATT | Accord sur les tarifs douaniers et le commerce (<i>General Agreement on Tariffs and Trade</i>) |
| ILA | Association de droit international |
| OACI | Organisation de l'aviation civile internationale |
| OCDE | Organisation de coopération et de développement économiques |
| OMI | Organisation maritime internationale |
| OMM | Organisation météorologique mondiale |
| OMS | Organisation mondiale de la santé |
| ONU | Organisation des Nations Unies |
| OUA | Organisation de l'unité africaine |
| PNUD | Programme des Nations Unies pour le développement |
| PNUE | Programme des Nations Unies pour l'environnement |
| SDN | Société des Nations |
| UNESCO | Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture |
| UNITAR | Institut des Nations Unies pour la formation et la recherche |
| UPU | Union postale universelle |

*

* *

| | |
|---|--|
| AFDI | <i>Annuaire français de droit international</i> (Paris) |
| AJIL | <i>American Journal of International Law</i> [Washington (D.C.)] |
| BFSP | <i>British Foreign State Papers</i> (Londres) |
| BYBIL | <i>British Year Book of International Law</i> (Oxford) |
| <i>C.I.J. Recueil</i> | CIJ, <i>Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances</i> |
| <i>C.P.J.I. série A</i> | CPJI, <i>Recueil des arrêts</i> (n ^{os} 1-24, jusqu'en 1930 incl.) |
| ILM | <i>International Legal Materials</i> [Washington (D.C.)] |
| Nations Unies, <i>Historique...</i> | Nations Unies, <i>Historique du problème de la juridiction criminelle internationale, memorandum du Secrétaire général</i> (numéro de vente : 1949.V.8) |
| Nations Unies, <i>Textes législatifs...</i> | Série législative des Nations Unies, <i>Textes législatifs et dispositions de traités concernant l'utilisation des fleuves internationaux à des fins autres que la navigation</i> (numéro de vente : 63.V.4) |

Recueil des cours...
RGDIP

*Recueil des cours de l'Académie de droit international de
La Haye
Revue générale de droit international public (Paris)*

*

* *

NOTE CONCERNANT LES CITATIONS

Dans les citations, les mots ou passages en italique suivis d'un astérisque ne figurent pas en italique dans le texte original.

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

RESPONSABILITÉ DES ÉTATS

[Point 2 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/453 et Add.1 à 3*

Cinquième rapport sur la responsabilité des États, par M. Gaetano Arangio-Ruiz, rapporteur spécial

[Original : anglais]
[12 et 28 mai et 8 et 24 juin 1993]

TABLE DES MATIÈRES

| | | <i>Pages</i> |
|--|--------------------|--------------|
| Note | | 2 |
| Ouvrages cités dans le présent rapport | | 3 |
| | <i>Paragraphes</i> | |
| INTRODUCTION | 1-2 | 7 |
| <i>Chapitres</i> | | |
| I. TROISIÈME PARTIE DU PROJET D'ARTICLES SUR LA RESPONSABILITÉ DES ÉTATS : MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE ET RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS | 3-108 | 7 |
| A. Les projets d'articles sur le règlement des différends examinés par la Commission à ses trente-sixième et trente-septième sessions et par la Sixième Commission aux quarantième et quarante et unième sessions de l'Assemblée générale .. | 4-28 | 7 |
| 1. Les propositions de M. Riphagen | 4-9 | 7 |
| 2. Les débats de la Commission du droit international et de la Sixième Commission | 10-26 | 8 |
| a) Le problème général | 11-13 | 8 |
| b) Liens entre les procédures proposées et les systèmes de règlement des différends en vigueur entre les parties | 14 | 9 |
| c) Nature des procédures de règlement | 15-23 | 9 |
| d) Dispositions du projet auquel s'appliqueraient les procédures envisagées ... | 24 | 12 |
| e) La question des réserves | 25-26 | 12 |
| 3. Conclusion | 27-28 | 12 |
| B. Le règlement des différends dans la troisième partie du projet | 29-42 | 13 |
| 1. Les caractéristiques problématiques des réactions unilatérales | 29-31 | 13 |
| 2. Les débats de 1992 sur les contre-mesures à la Commission du droit international et à la Sixième Commission | 32-38 | 14 |
| 3. Les débats de 1984 et 1985 sur le sujet | 39-40 | 15 |
| 4. Conclusion | 41-42 | 16 |
| C. Les dispositions relatives au règlement des différends en tant qu'élément du projet d'articles sur la responsabilité des États | 43-61 | 16 |
| 1. Un système adéquat de règlement des différends, complément indispensable d'un régime réglementant les réactions unilatérales | 43-51 | 16 |
| 2. Autres raisons de prévoir dans le projet d'articles un système efficace de règlement des différends | 52-61 | 18 |
| D. Solutions recommandées | 62-85 | 19 |
| 1. Introduction | 62-69 | 19 |
| 2. Proposition : un système de règlement des différends en trois phases | 70-78 | 21 |
| a) Première phase : la conciliation | 71-72 | 21 |
| b) Deuxième phase : l'arbitrage | 73-74 | 22 |
| c) Troisième phase : le règlement judiciaire | 75-78 | 22 |

* Incorporant les documents A/CN.4/453/Add.1/Corr.1 à 3.

| Chapitres | Paragraphes | Pages |
|--|-------------|-------|
| 3. Principales caractéristiques de la solution proposée : les procédures de règlement par tierce partie en tant que moyen de remédier aux aspects négatifs du système de réaction unilatérale actuellement inéluctable | 79-85 | 22 |
| E. La Commission du droit international et le problème du règlement des différends .. | 86-105 | 23 |
| 1. La place des clauses compromissoires dans les projets de la Commission | 86-88 | 23 |
| 2. Une tendance nouvelle : les faits récents en matière de procédures de règlement des différends | 89-95 | 25 |
| 3. La troisième partie du projet d'articles sur la responsabilité des États, sujet de développement progressif du droit dans le domaine du règlement des différends | 96-105 | 27 |
| F. Projets d'articles et annexe | 106-108 | 29 |
| II. LES CONSÉQUENCES DES « CRIMES INTERNATIONAUX DES ÉTATS » (ARTICLE 19 DE LA PREMIÈRE PARTIE DU PROJET D'ARTICLES) | 109-269 | 32 |
| A. Les problèmes soulevés par le « régime spécial » des crimes dans les travaux de la CDI sur la responsabilité des États, tels qu'ils ont été recensés par la CDI, la Sixième Commission et la doctrine | 112-166 | 33 |
| 1. Introduction | 112-115 | 33 |
| 2. Les conséquences « spéciales » des crimes dans les travaux de la Commission .. | 116-139 | 33 |
| a) Les premières mentions de la question | 116-118 | 33 |
| b) Le commentaire de l'article 19 | 119 | 34 |
| c) Le débat sur le projet d'article 19 | 120-122 | 34 |
| d) Les commentaires des articles 30 et 34 | 123-126 | 35 |
| e) Récapitulation | 127 | 36 |
| f) Les propositions de 1984 et 1985 | 128-134 | 36 |
| g) Les débats de la Commission sur les propositions de 1984 et 1985 | 135-138 | 38 |
| h) Récapitulation des positions de la Commission | 139 | 38 |
| 3. Les réactions des États à la Sixième Commission | 140-147 | 39 |
| a) Le problème de la responsabilité pénale | 140-142 | 39 |
| b) Les conséquences « substantielles » des crimes | 143 | 40 |
| c) Faculté de réaction | 144 | 40 |
| d) Le rôle de la « communauté internationale organisée » | 145-146 | 40 |
| e) Récapitulation des positions à la Sixième Commission | 147 | 41 |
| 4. La doctrine | 148-166 | 41 |
| a) Introduction | 148 | 41 |
| b) La relation État auteur-État victime | 149-153 | 41 |
| c) La relation État auteur-États « non directement » lésés | 154-158 | 42 |
| d) Le rôle de la « communauté internationale organisée » | 159-166 | 44 |
| B. Les problèmes d'un éventuel « régime spécial » de responsabilité pour les crimes | 167-249 | 46 |
| 1. Introduction | 167-170 | 46 |
| 2. Conséquences substantielles | 171-187 | 46 |
| 3. Conséquences instrumentales : les mesures impliquant l'emploi de la force | 188-196 | 48 |
| 4. La question de la faculté de réaction : aspects « subjectifs-institutionnels » | 197-225 | 49 |
| 5. Mesures n'impliquant pas l'usage de la force. — Le problème des dérogations aux limites du recours aux contre-mesures | 226-240 | 54 |
| 6. Le problème de l'« obligation de réagir » des États lésés | 241-249 | 56 |
| C. La responsabilité pour crime international : étatique, individuelle ou les deux ? | 250-269 | 58 |

NOTE

Instruments multilatéraux mentionnés dans le présent rapport

Sources

| | |
|--|---|
| Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux (La Haye, 29 juillet 1899 et 18 octobre 1907) | J. B. Scott, éd., <i>Les Conventions et Déclarations de La Haye de 1899 et 1907</i> , 3 ^e éd., New York, Oxford University Press, 1918, p. 41. |
| Traité américain de règlement pacifique (Pacte de Bogota) [Bogota, 30 avril 1948] | Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 30, p. 55. |
| Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (New York, 9 décembre 1948) | <i>Ibid.</i> , vol. 78, p. 277. |
| Convention européenne des droits de l'homme (Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales) [Rome, 4 novembre 1950] | <i>Ibid.</i> , vol. 213, p. 221. |
| Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969) | <i>Ibid.</i> , vol. 1155, p. 331. |

Sources

- Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (New York, 30 novembre 1973)
- Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (Vienne, 14 mars 1975)
- Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982)
- Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 10 décembre 1984)
- Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Vienne, 21 mars 1986)
- Ibid., vol. 1015, p. 243.
- Nations Unies, *Annuaire juridique*, 1975, p. 90.
- Documents officiels de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer*, vol. XVII (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.84.V.3), p. 157, doc. A/CONF.62/122.
- Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-neuvième session, Supplément n° 51*, résolution 39/46, annexe.
- Doc. A/CONF.129/15.

OUVRAGES CITÉS DANS LE PRÉSENT RAPPORT

ABI-SAAB, Georges

« The concept of "international crimes" and its place in contemporary international law », *International Crimes of State. — A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, série A, droit, n° 10, Institut universitaire européen, publié sous la direction de J. H. H. Weiler, A. Cassese et M. Spinedi, Berlin, New York, de Gruyter, 1989, p. 141 à 150.

ARANGIO-RUIZ, Gaetano

« The normative role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1972-III*, Leyde, Sijthoff, t. 137, 1974, p. 547 et suiv.

« State fault and the forms and degrees of international responsibility: Questions of attribution and relevance ». *Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement, Mélanges Michel Virally*, Paris, Pedone, 1991.

« Le domaine réservé. — L'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne : cours général de droit international public ». *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1990-VI*, Dordrecht, Boston, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, t. 225, 1993, p. 9 à 484.

ARCARI, Maurizio

« Le risoluzioni 731 e 748 e i poteri del Consiglio di sicurezza in materia di mantenimento della pace », *Rivista di diritto internazionale* (Rome), vol. LXXV, n° 3, 1992, p. 932 à 965.

BEDJAOUI, Mohammed

« Du contrôle de légalité des actes du Conseil de sécurité », *Nouveaux itinéraires en droit. — Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bibliothèque de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Bruylant, t. XXII, 1993, p. 69 à 110.

BEN SALAH, Ahmed

« Autodétermination des peuples : les deux niveaux », *Marxisme, démocratie et droit des peuples. — Hommage à Lelio Basso*, textes réunis par G. Amato et al., Milan, Franco Angeli Editore, 1979, p. 727 à 732.

BINDSCHEDLER, Rudolf L.

« La Conférence sur la sécurité en Europe et le règlement pacifique des différends », *Comunicazioni e Studi. — Il processo internazionale : Studi in onore di Gaetano Morelli*, Milan, Istituto di diritto internazionale e straniero della Università di Milano, Giuffrè, vol. 14, 1975, p. 101 à 118.

BOWETT, D. W.

« Contemporary developments in legal techniques in the settlement of disputes », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1983-II*, Boston, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, t. 180, 1984, p. 169 à 236.

BRIGGS, Herbert W.

The International Law Commission, Ithaca (New York), Cornell University Press, 1965.

CAFLISCH, Lucius

« La pratique suisse en matière de droit international public 1972 », *Annuaire suisse de droit international* (Zurich), vol. XXIX, 1973, p. 287 et suiv.

« La pratique suisse en matière de droit international public 1980 », *Annuaire suisse de droit international* (Zurich), vol. XXXVII, 1981, p. 181 à 278.

CARDONA LLORENS, Jorge

« La responsabilidad internacional por violación grave de obligaciones esenciales para la salvaguarda de intereses fundamentales de la comunidad internacional (el « crimen internacional ») », *Anuario de Derecho Internacional* (Facultad de Derecho, Universidad de Navarra), vol. VIII, 1985, p. 265 à 336.

CARELLA, Gabriella

La responsabilità dello Stato per crimini internazionali, Naples, Coll. Pubblicazioni della Facoltà giuridica dell'Università di Bari 82, Jovene, 1985.

- CASSESE, Antonio
 « Political self-determination. — Old concepts and new developments », *UN Law/Fundamental Rights: Two Topics in International Law*, publié sous la direction de A. Cassese, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1979, p. 137 à 165.
- « Remarks on the present legal regulation of crimes of States », *Le droit international à l'heure de sa codification. — Études en l'honneur de Roberto Ago*, Milan, Giuffrè, t. III, 1987, p. 49 à 64.
- CONFORTI, Benedetto
 « Il tema di responsabilità degli Stati per crimini internazionali », *Le droit international à l'heure de sa codification. — Études en l'honneur de Roberto Ago*, Milan, Giuffrè, t. III, 1987, p. 99 à 111.
- COTTERAU, Gilles
 « De la responsabilité de l'Iraq selon la résolution 687 du Conseil de sécurité », *Annuaire français de droit international* (Paris), vol. XXXVII, 1991, p. 99 à 117.
- COUSSIRAT-COUSTÈRE, Vincent
 « Le règlement des différends dans l'œuvre de la Commission du droit international : vers une codification progressive ? », *Perspectives du droit international et européen. — Recueil d'études à la mémoire de Gilbert Apollis*, Paris, Pedone, 1992, p. 29 à 46.
- DAHM, Georg
Völkerrecht, Stuttgart, W. Kohlhammer Verlag, t. 3, 1961.
- DE HOOGH, A. J. J.
 « The relationship between *jus cogens*, obligations *erga omnes* and international crimes: Peremptory norms in perspective », *Austrian Journal of Public International Law* (Vienne, New York), vol. 42, n° 2, 1991, p. 183 à 214.
- DELBRÜCK, Jost
 « International economic sanctions and third States », *Archiv des Völkerrechts*, textes réunis par O. Kimminich, Ph. Kunig, I. von Münch et W. Rudolf, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), t. 30, n° 1, 1992, p. 86 à 100.
- The Future of International Law Enforcement: New Scenarios—New Law?, Proceedings of an International Symposium of the Kiel Institute of International Law, March 25 to 27, 1992*, publié sous la direction de J. Delbrück, Berlin, Duncker & Humblot, 1992.
- DELEAU, O.
 « Les positions françaises à la Conférence de Vienne sur le droit des traités », *Annuaire français de droit international* (Paris), vol. XV, 1969, p. 7 à 23.
- DINSTEIN, Yoram
 « The *erga omnes* applicability of human rights », *Archiv des Völkerrechts*, textes réunis par O. Kimminich, Ph. Kunig, I. von Münch et W. Rudolf, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), t. 30, n° 1, 1992, p. 16 à 21.
- DOEHRING, Karl
 « Die Selbstdurchsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Stuttgart), vol. 47, 1987, p. 44 à 55.
- DOMINICÉ, Ch.
 « Legal questions relating to the consequences of international crimes », *International Crimes of State.—A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, série A, droit, n° 10, Institut universitaire européen, publié sous la direction de J. H. H. Weiler, A. Cassese et M. Spinedi, Berlin, New York, de Gruyter, 1989, p. 261 à 263.
- « The need to abolish the concept of punishment », *International Crimes of State.—A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, série A, droit, n° 10, Institut universitaire européen, publié sous la direction de J. H. H. Weiler, A. Cassese et M. Spinedi, Berlin, New York, de Gruyter, 1989, p. 257 et 258.
- DROST, Pieter N.
The Crime of State: Penal Protection for Fundamental Freedoms of Persons and Peoples, Leyde, A. W. Sijthoff, 1959, livre 1, *Humanicide: International Governmental Crime against Individual Human Rights*.
- DUPUY, Pierre-Marie
 « Observations sur le « crime international de l'État », *Revue générale de droit international public* (Paris), t. 84/1980/2, 1980, p. 449 à 486.
- « Observations sur la pratique récente des « sanctions » de l'illicite », *Revue générale de droit international public* (Paris), t. 87/1983/3, 1983, p. 505 à 548.
- « Implications of the institutionalization of international crimes of States », *International Crimes of State.—A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, série A, droit, n° 10, Institut universitaire européen, publié sous la direction de J. H. H. Weiler, A. Cassese et M. Spinedi, Berlin, New York, de Gruyter, 1989, p. 170 à 185.
- DUPUY, R. J.
 « Codification et règlement des différends. — Les débats de Vienne sur les procédures de règlement », *Annuaire français de droit international* (Paris), vol. XV, 1969, p. 70 à 91.
- ELAGAB, Omer Yousif
The Legality of Non-Forcible Counter-Measures in International Law, Oxford, Clarendon Press, 1988.
- ELIAS, T. O.
 « Introduction to the debate », *International Crimes of State.—A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, série A, droit, n° 10, Institut universitaire européen, publié sous la direction de J. H. H. Weiler, A. Cassese et M. Spinedi, Berlin, New York, de Gruyter, 1989, p. 189 à 193.
- FORLATI PICCHIO, M. Laura
La sanzione nel diritto internazionale, pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza dell'Università di Padova, Padoue, CEDAM, vol. XLVII, 1974.
- FRANCK, T.
The Structure of Impartiality: Examining the Riddle of One Law in a Fragmented World, New York, Macmillan, 1968.
- FRANCK, Thomas M., et M. EL BARADEI
 « The codification and progressive development of international law: A UNITAR study of the role and use of the International Law Commission », *American Journal of International Law* [Washington (D.C.)], vol. 76, 1982, p. 630 à 639.
- PROWEIN, Jochen
 « Collective enforcement of international obligations », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Stuttgart), vol. 47, 1987, p. 67 à 79.
- GAJA, Giorgio
 « Réflexions sur le rôle du Conseil de sécurité dans le nouvel ordre mondial. — À propos des rapports entre maintien de la paix et crimes internationaux des États », *Revue générale de droit international public* (Paris), t. XCVII-1993, p. 297 à 320.
- GOODRICH, Leland M., E. HAMBRO et A. P. SIMONS
Charter of the United Nations: Commentary and Documents, New York, Londres, Columbia University Press, 3^e éd. révisée, 1969.

GRAEFRATH, Bernhard

« International crimes — A specific regime of international responsibility of States and its legal consequences », *International Crimes of State.—A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, série A, droit, n° 10, Institut universitaire européen, publié sous la direction de J. H. H. Weiler, A. Cassese et M. Spinedi, Berlin, New York, de Gruyter, 1989, p. 161 à 169.

« Leave to the Court what belongs to the Court: The Libyan case », *Journal européen de droit international*, vol. 4, n° 2, 1993, p. 184 et suiv.

GRAEFRATH, Bernhard, et M. MOHR

« Legal consequences of an act of aggression: The case of the Iraqi invasion and occupation of Kuwait », *Austrian Journal of Public International Law* (Vienne, New York), vol. 43, n° 2-3, 1992, p. 109 à 138.

GUARINO, Giancarlo

Autodeterminazione dei popoli e diritto internazionale, Naples, Jovene, 1984.

HABICHT, Max

Post-War Treaties for the Pacific Settlement of International Disputes, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1931.

HAILBRONNER, Kay

« Sanctions and third parties and the concept of international public order », *Archiv des Völkerrechts*, textes réunis par O. Kimminich, Ph. Kunig, I. von Münch et W. Rudolf, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), t. 30, n° 1, 1992, p. 2 à 15.

HIGGINS, Rosalyn

The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations, Londres, New York, Toronto, Oxford University Press, 1963.

HOFMANN, Rainer

« Zur Unterscheidung Verbrechen und Delikt im Bereich der Staatenverantwortlichkeit », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Stuttgart), vol. 45, 1985, p. 195 à 231.

HUTCHINSON, D. N.

« Solidarity and breaches of multilateral treaties », *The British Year Book of International Law 1988* (Oxford), 1989, vol. 59, p. 151 à 215.

JACOVIDES, Andreas J.

« Peaceful settlement of disputes in ocean conflicts: Does UNCLOS III point the way? », *Contemporary Issues in International Law, Essays in Honor of Louis B. Sohn*, publié sous la direction de T. Buergenthal, Kehl, Strasbourg, Arlington, Engel, 1984, p. 165 à 168.

JENNINGS, R. Y.

« The progressive development of international law and its codification », *The British Year Book of International Law 1947* (Londres, New York, Toronto), vol. 24, p. 301 à 329.

JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, E.

« Crimes of State, *ius standi*, and third States », *International Crimes of State.—A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, série A, droit, n° 10, Institut universitaire européen, publié sous la direction de J. H. H. Weiler, A. Cassese et M. Spinedi, Berlin, New York, de Gruyter, 1989, p. 255 et 256.

KEARNEY, R. D., et R. E. DALTON

« The treaty on treaties », *American Journal of International Law* [Washington (D.C.)], vol. 64, 1970, p. 495 et suiv.

KELSEN, Hans

« The legal status of Germany according to the Declaration of Berlin », *American Journal of International Law* [Washington (D.C.)], vol. 39, 1945, p. 518 et suiv.

Pure Theory of Law, Berkeley, Los Angeles, Londres, University of California Press, 1978.

KLEIN, Eckart

« Paralleles Tätigwerden von Sicherheitsrat und Internationalem Gerichtshof bei friedensbedrohenden Streitigkeiten », *Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte: Festschrift für Hermann Mosler*, textes réunis par R. Bernhardt et al., Berlin, Heidelberg, New York, Springer-Verlag, 1983, t. 81, p. 467 à 492.

« Sanctions by international Organizations and economic communities », *Archiv des Völkerrechts*, textes réunis par O. Kimminich, Ph. Kunig, I. von Münch et W. Rudolf, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), t. 30, n° 1, 1992, p. 102 à 106.

LATTANZI, Flavia

Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale, Milan, Giuffrè, n° 18, 1983.

LEBEN, Charles

« Les contre-mesures inter-étatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale », *Annuaire français de droit international* (Paris), vol. XXVIII, 1982, p. 27 à 31.

LEE, Roy S.

« A case for facilitation in the settlement of disputes », *German Yearbook of International Law* (Berlin), vol. 34, 1991, p. 138 à 174.

LILLICH, Richard B.

International Human Rights: Problems of Law, Policy and Practice, Boston, Toronto, Londres, Little, Brown and Company, 2^e éd., 1991.

LORIMER, James

The Institutes of the Law of Nations: a Treatise of the Jural Relations of Separate Political Communities, Edimbourg et Londres, William Blackwood and Sons, vol. I et II, 1884.

MARAUHN, Thilo

« The implementation of disarmament and arms control obligations imposed upon Irak by the Security Council », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Stuttgart), vol. 52, 1992, p. 781 à 803.

MAREK, Krystyna

« Criminalizing State responsibility », *Revue belge de droit international* (Bruxelles), vol. XIV, 1978-1979-2, p. 460 à 485.

MOHR, Manfred

« The ILC's distinction between "international crimes" and "international delicts" and its implications », *United Nations Codification of State Responsibility*, publié sous la direction de M. Spinedi et B. Simma, New York, Oceana Publications, 1987, p. 115 à 141.

NAHLIK, P.

« La Conférence de Vienne sur le droit des traités. — Une vue d'ensemble », *Annuaire français de droit international* (Paris), vol. XV, 1969, p. 24 à 53.

ODA, Shigeru

« Some reflections on the dispute settlement clauses in the United Nations Convention on the Law of the Sea », *Études de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, publié sous la direction de J. Makarczyk, Institut de l'État et de droit de l'Académie polonaise des sciences, La Haye, Boston, Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 645 à 656.

OELLERS-FRAHM, Karin

« Comment: The *erga omnes* applicability of human rights », *Archiv des Völkerrechts*, textes réunis par O. Kimminich, Ph. Kunig, I. von Münch et W. Rudolf, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), t. 30, n° 1, 1992, p. 28 à 37.

OPPENHEIM, L.

International Law: A Treatise, 7^e éd., publié sous la direction de H. Lauterpacht, Londres, New York, Toronto, Longmans, Green and Co., vol. II, 1952, *Disputes, War and Neutrality*.

QUIGLEY, John

« The International Law Commission's crime-delict distinction: A toothless tiger? », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques* (Genève), vol. 66, n° 2, avril-juin 1988, p. 117 à 151.

REISMAN, W. Michael

« The constitutional crisis of the United Nations », *American Journal of International Law* [Washington (D.C.)], vol. 87, 1993, p. 83 et suiv.

RICHARDSON, Elliot L.

« Dispute settlement under the Convention on the Law of the Sea: A flexible and comprehensive extension of the rule of law to ocean space », *Contemporary Issues in International Law, Essays in Honor of Louis B. Sohn*, publié sous la direction de T. Buergenthal, Kehl, Strasbourg, Arlington, Engel, 1984, p. 149 à 164.

RONZITTI, Natalino

Le guerre di liberazione nazionale e il diritto internazionale, Pise, Pacini, 1974.

Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity, Dordrecht, Boston, Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers, 1985.

ROSENNE, Shabtai

« The International Law Commission, 1949-59 », *The British Year Book of International Law 1960* (Londres, New York, Toronto), vol. 36, 1961, p. 104 à 173.

SACHARIEV, K.

« State responsibility for multilateral treaty violations: Identifying the "injured State" and its legal status », *Netherlands International Law Review* (Dordrecht), vol. XXXV, n° 3, 1988, p. 273 à 289.

SCHWARZENBERGER, Georg

« The problem of an international criminal law », *International Criminal Law*, publications of the Comparative Criminal Law Project, New York University, publié sous la direction de G. O. W. Mueller et Wise, South Hackensack (New Jersey), Rothman & Co, Londres, Sweet & Maxwell Limited, vol. 2, 1965, p. 3 à 40.

SCISO, E.

« Può la Corte internazionale di giustizia rilevare l'invalidità di una decisione del Consiglio di sicurezza? », *Rivista di diritto internazionale* (Rome), vol. LXXV, n° 3, 1992, p. 369 à 374.

SICILIANOS, Linos-Alexandre

Les réactions décentralisées à l'illicite. — Des contre-mesures à la légitime défense, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1990.

SIMMA, Bruno

« Grundfragen der Staatenverantwortlichkeit in der Arbeit der International Law Commission », *Archiv des Völkerrechts*, textes réunis par H.-J. Schlochauer, I. von Münch, O. Kimminich et W. Rudolf, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), t. 24, 1986, p. 401 à 403.

« International crimes: Injury and countermeasures. Comments on Part 2 of the ILC Work on State responsibility », *International Crimes of State.—A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, série A, droit, n° 10, Institut universitaire européen, publié sous la direction de J. H. H. Weiler, A. Cassese et M. Spinedi, Berlin, New York, de Gruyter, 1989, p. 283 à 315.

Charta der Vereinten Nationen: Kommentar, publié sous la direction de B. Simma, Munich, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1991.

SINCLAIR, sir Ian

The International Law Commission.—Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, University of Cambridge Research Centre for International Law, Cambridge, Grotius, 1987.

« State crimes implementation problems: Who reacts? », *International Crimes of State.—A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, série A, droit, n° 10, Institut universitaire européen, publié sous la direction de J. H. H. Weiler, A. Cassese et M. Spinedi, Berlin, New York, de Gruyter, 1989, p. 256 et 257.

SPINEDI, Marina

« Contribution à l'étude de la distinction entre crimes et délits internationaux », *Quaderni de la Comunità Internazionale*, 1984, n° 2.

« International crimes of State: The legislative history », *International Crimes of State.—A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, série A, droit, n° 10, Institut universitaire européen, publié sous la direction de J. H. H. Weiler, A. Cassese et M. Spinedi, Berlin, New York, de Gruyter, 1989, p. 7 à 138.

STARACE, Vincenzo

« La responsabilité résultant de la violation des obligations à l'égard de la communauté internationale », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1976-V*, Boston, Londres, Martinus Nijhoff Publishers, t. 153, 1983, p. 265 à 313.

TEN NAPEL, H. M.

« The concept of international crimes of States: Walking the thin line between progressive development and disintegration of the international legal order », *Leiden Journal of International Law*, vol. 1, n° 2, novembre 1988, p. 149 à 169.

TOMUSCHAT, Christian

« The Lockerbie case before the International Court of Justice », *The Review* (Commission internationale de juristes), n° 48, juin 1992, p. 38 à 48.

TORRES BERNARDEZ, S.

« Problems and issues raised by crimes of States: An overview », *International Crimes of State.—A Critical Analysis of the ILC's Draft Article 19 on State Responsibility*, série A, droit, n° 10, Institut universitaire européen, publié sous la direction de J. H. H. Weiler, A. Cassese et M. Spinedi, Berlin, New York, de Gruyter, 1989, p. 271 à 279.

WELLER, Mark

« The Lockerbie case: A premature end to the "New World Order"? », *Revue africaine de droit international et comparé* (Londres), t. 4, 1992, p. 302 à 324.

WHITE, Robin C. A.

« Self-determination: Time for a re-assessment », *Netherlands International Law Review* (Alphen aan den Rijn, Rockville [Maryland]), vol. XXVIII, n° 2, 1981, p. 147 à 170.

ZEMANEK, Karl

« The unilateral enforcement of international obligations », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (Stuttgart), vol. 47, 1987, p. 32 à 43.

Introduction

1. Le présent rapport comprend deux chapitres : le chapitre I, qui porte sur les questions faisant l'objet de la troisième partie du projet d'articles sur la responsabilité des États (Mise en œuvre), et le chapitre II, qui traite des conséquences des délits qualifiés de « crimes » des États à l'article 19 de la première partie dudit projet d'articles¹. Le chapitre I contient aussi le texte des projets d'articles proposés, ainsi qu'une annexe consacrée au règlement des différends. Le chapitre II ne contient pas de projets d'articles, pour les raisons qui y sont indiquées dans les premières lignes.

2. Bien que le sujet du chapitre I et le sujet du chapitre II soient abordés séparément, on verra que le problème des possibilités de règlement des différends et les problèmes que posent les conséquences des crimes ont, entre eux, des liens plus étroits qu'on ne pourrait le croire à première vue.

CHAPITRE PREMIER

Troisième partie du projet d'articles sur la responsabilité des États : mise en œuvre de la responsabilité internationale et règlement des différends

3. On trouvera dans la section A, ci-dessous, un résumé des propositions faites par le Rapporteur spécial précédent, M. Willem Riphagen, en 1985 et 1986, au sujet du règlement des différends, notamment les projets d'articles 3 à 5 de la troisième partie², ainsi qu'un résumé des débats de la Commission du droit international et de la Sixième Commission sur cette question³. La section B est consacrée à une analyse des contre-mesures en tant que moyen indispensable de la mise en œuvre de la responsabilité des États, à la lumière des importants débats auxquels la Commission du droit international et la Sixième Commission ont procédé sur cette question de 1984 à 1986⁴ et en 1991⁵ et 1992⁶. La section C indique

les conséquences à tirer de la nature des contre-mesures, et résume les déclarations qui ont été faites à ce propos au cours des débats quant au choix que la Commission devra faire à propos des dispositions de la troisième partie du projet d'articles, qui concerne le règlement des différends. La section D expose les solutions recommandées, compte tenu de l'effet positif qu'elles pourraient avoir sur le régime des contre-mesures et sur la bonne application du droit de la responsabilité des États en général. La section E évoque la pratique de la Commission pour ce qui concerne les dispositions relatives au règlement des différends, qui devraient être incluses dans le projet d'articles, à la lumière des nécessités du développement progressif du droit dans le domaine de la responsabilité des États. La section F contient les projets d'articles proposés pour la troisième partie du projet et s'accompagne d'une annexe sur la même question.

¹ Pour le texte des articles 1 à 35 de la première partie, adoptée provisoirement en première lecture, voir *Annuaire... 1980*, vol. II (2^e partie), p. 29 et suiv.

² Pour les commentaires du Rapporteur spécial sur la troisième partie du projet d'articles, voir son sixième rapport (*Annuaire... 1985*, vol. II [1^{re} partie], p. 16 à 20, doc. A/CN.4/389); pour le texte des projets d'articles 1 à 5 et l'annexe à la troisième partie, voir *Annuaire... 1986*, vol. II (2^e partie), p. 37 et 38, note 86. L'annexe est également reproduite dans la note 166 *infra*.

³ Pour le résumé des débats de la CDI, voir *Annuaire... 1985*, vol. II (2^e partie), par. 108 à 163, et *Annuaire... 1986*, vol. II (2^e partie), par. 40 à 65. Pour un rappel détaillé de ses travaux sur ce sujet, voir *Annuaire... 1985*, vol. I, 1890^e à 1902^e séances, et *Annuaire... 1986*, vol. I, 1952^e à 1956^e séances. Pour les débats à la Sixième Commission, voir les résumés thématiques correspondants (A/CN.4/L.382 et A/CN.4/L.389, sect. G et C, respectivement).

⁴ Pour le résumé des débats de la CDI en 1984, voir *Annuaire... 1984*, vol. II (2^e partie), par. 344 à 380. Pour un rappel détaillé de ses travaux, voir *Annuaire... 1984*, vol. I, 1858^e, 1860^e, 1861^e, et 1865^e à 1867^e séances. Pour les débats à la Sixième Commission, voir le résumé thématique correspondant (A/CN.4/L.369, sect. D). Pour 1985 et 1986, voir note 2 *supra*.

⁵ Pour le résumé des débats de la CDI, voir *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), par. 302 à 322. Pour un rappel détaillé de ses travaux, voir *Annuaire... 1991*, vol. I, 2238^e séance. Pour les débats à la Sixième Commission, voir le résumé thématique correspondant (A/CN.4/L.456, sect. E).

⁶ Pour le résumé des débats de la CDI, voir *Annuaire... 1992*, vol. II (2^e partie), par. 105 à 276. Pour un rappel détaillé de ses tra-

A. — Les projets d'articles sur le règlement des différends examinés par la Commission à ses trente-sixième et trente-septième sessions et par la Sixième Commission aux quarantième et quarante et unième sessions de l'Assemblée générale

1. LES PROPOSITIONS DE M. RIPHAGEN

4. Les procédures de règlement des différends proposées par l'ancien Rapporteur spécial⁷ étaient censées s'appliquer au stade où, pour reprendre les termes de son projet d'article 3 de la troisième partie, des objections étaient soulevées contre les mesures prises ou envisagées en vertu des articles de la deuxième partie, prévoyant le droit d'un État se prétendant lésé de recourir à des

vau, voir *Annuaire... 1992*, vol. I, 2265^e à 2267^e, 2273^e à 2280^e, 2283^e, 2288^e et 2289^e séances. Pour les débats à la Sixième Commission, voir le résumé thématique correspondant (A/CN.4/L.469, sect. F).

⁷ Voir *supra* note 2.

contre-mesures (projets d'articles 8 et 9 de la deuxième partie⁸).

5. Aux termes du paragraphe 1 du projet d'article 3 proposé par M. Riphagen :

1. Si contre des mesures prises ou envisagées en vertu de l'article 8 ou de l'article 9 de la deuxième partie des présents articles, une objection a été soulevée par l'État dont il est allégué qu'il a commis le fait internationalement illicite ou par un autre État qui se considère lésé du fait de la suspension de l'exécution des obligations considérées, les États intéressés devront rechercher une solution par les moyens indiqués à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies.

Cependant, en vertu du paragraphe 2 :

2. Rien dans le paragraphe qui précède ne porte atteinte aux droits et obligations des États découlant de toute disposition en vigueur entre eux concernant le règlement des différends.

S'il ne peut être trouvé de solution sur la base de ces procédures, évoquées dans le projet d'article 3, trois autres types de procédure sont envisagés dans les alinéas *a*, *b* et *c* du projet d'article 4.

6. D'après l'alinéa *a* du projet d'article 4, les différends sur l'application ou l'interprétation de la disposition de la deuxième partie, interdisant les contre-mesures contraires à une obligation découlant d'une « règle impérative du droit international général » (projet d'article 12)⁹, peuvent être soumis unilatéralement par toute partie à la décision de la Cour internationale de Justice.

7. L'alinéa *b* du projet d'article 4 prévoit la même possibilité pour les différends concernant les « droits et obligations supplémentaires » considérés comme des conséquences des crimes internationaux des États dans la disposition pertinente de la deuxième partie (projet d'article 14).

8. L'alinéa *c* du projet d'article 4 est consacré à la catégorie plus générale des différends portant sur l'application ou l'interprétation des dispositions de la deuxième partie, relatives au régime des contre-mesures (projets d'articles 9 à 13). Dans ce cas, aux termes de l'alinéa *c* du paragraphe 4, toute partie au différend est autorisée à mettre en œuvre une procédure de conciliation — prévue dans une annexe aux projets d'articles — par voie de requête adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

9. Vu que le Rapporteur spécial n'est pas encore prêt, pour les raisons qu'il a exposées à plusieurs reprises, à présenter à la Commission des propositions précises au sujet de ce que M. Riphagen appelait, à l'alinéa *b* de son projet d'article 4, les « droits et obligations supplémentaires » naissant des actes internationalement illicites envisagés au projet d'article 19 de la première partie du projet d'articles, le présent rapport laissera de côté, pour le moment, les dispositions dudit alinéa *b*.

⁸ Pour le texte des projets d'articles 6 à 16, voir *Annuaire... 1985*, vol. II (2^e partie), p. 20 et 21, note 66.

⁹ Ibid.

2. LES DÉBATS DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL ET DE LA SIXIÈME COMMISSION

10. Les réactions que ces propositions ont inspirées aux membres de la Commission du droit international et de la Sixième Commission peuvent être réparties en cinq catégories, selon qu'elles portent sur les questions suivantes :

a) Le problème général et préliminaire consistant à savoir si le projet doit comporter des dispositions sur le règlement des différends;

b) Les liens entre les procédures de règlement des différends à inscrire dans le projet et les systèmes de règlement des différends en vigueur entre les parties;

c) La nature des procédures de règlement des différends, considérée sous l'angle :

i) Du stade de mise en œuvre du lien de responsabilité, auquel ces procédures interviendraient;

ii) Du caractère plus ou moins obligatoire qu'auraient ces procédures;

iii) Du caractère exécutoire ou non de leurs conclusions;

d) Les dispositions du projet (de fond ou de forme) auxquelles s'appliqueraient les procédures envisagées;

e) La question des réserves.

a) Le problème général

11. La question générale et préliminaire de savoir s'il faut inscrire, dans le projet, des dispositions relatives au règlement des différends a reçu certaines réponses affirmatives¹⁰.

12. Selon plusieurs membres de la Commission, une convention sur la responsabilité des États serait incomplète et privée d'efficacité si elle ne comportait pas une procédure obligatoire pour le règlement de certains différends¹¹. D'autres pensaient que l'absence d'une telle procédure paraîtrait inacceptable aux yeux des gouvernements¹². D'une façon ou d'une autre, il fallait manifestement respecter un certain équilibre entre deux nécessités :

d'une part, éviter que l'objet et l'efficacité de la future convention ne soient réduits à néant ou amoindris faute de procédures effectives de règlement des différends et, d'autre part, éviter qu'un régime par trop rigide de règlement des différends ne rende la convention difficilement acceptable¹³.

¹⁰ M. McCaffrey (*Annuaire... 1985*, vol. I, 1892^e séance); M. Al-Qaysi (ibid., 1899^e séance); M. Yankov (ibid.); et M. El Rasheed Mohamed Ahmed (ibid., 1900^e séance).

¹¹ M. Calero Rodrigues (ibid., 1892^e séance); M. Huang (ibid., 1894^e séance); et M. Mahiou (ibid., 1897^e séance).

¹² Sir Ian Sinclair (ibid., 1895^e séance). M. Arangio-Ruiz (ibid., 1900^e séance) a fait remarquer que, si certains États soutiendraient un projet ne comportant pas de procédure obligatoire de règlement des différends, d'autres « hésiteront à accepter la moindre codification ou le moindre développement progressif du droit dans un domaine aussi délicat s'il n'y a pas un système adéquat de mise en œuvre et de règlement pacifique ». Il considère par conséquent que le Rapporteur spécial doit élaborer les projets d'articles en se fondant sur la section B de son sixième rapport.

¹³ M. Huang (ibid., 1894^e séance). Dans le même sens, M. Calero Rodrigues (ibid., 1892^e séance).

D'autres membres de la Commission, cependant, affirmaient que les propositions du Rapporteur spécial intéressant la troisième partie seraient source de désaccords inévitables au sein de la Commission, et rappelaient que, dans le cas de la Convention de Vienne sur le droit des traités, la Commission avait laissé à la conférence pléni-potentielle le soin de résoudre le délicat problème de la présence, dans ce texte, d'une procédure de règlement des différends¹⁴.

13. Au cours des débats de la Sixième Commission, le Brésil a déclaré que l'élaboration de la troisième partie poserait des problèmes difficiles et n'a reconnu qu'à contre-cœur la nécessité de cette partie du projet¹⁵. L'Allemagne¹⁶, la Jamaïque¹⁷, la Grèce¹⁸, le Nigéria¹⁹, Chypre²⁰, la Nouvelle-Zélande²¹, l'Espagne²², la Tunisie²³, la Somalie²⁴ et le Kenya²⁵ se sont prononcés en faveur de procédures obligatoires de règlement des différends. L'Éthiopie²⁶, la Chine²⁷, l'Australie²⁸ et le Maroc²⁹ ont recommandé que la question de la troisième partie soit abordée avec prudence, étant donné la répugnance des États à se soumettre à des procédures obligatoires de règlement par tierce partie.

b) *Liens entre les procédures proposées et les systèmes de règlement des différends en vigueur entre les parties*

14. Au sujet des liens entre les procédures de règlement des différends à faire entrer dans le projet et les systèmes de règlement des différends en vigueur entre les parties (art. 3, par. 2, du projet de M. Riphagen), un membre de la Commission a souligné que le projet d'article 3 devait préciser que la priorité irait aux procédures en vigueur entre les parties à un différend³⁰. Selon d'autres, le paragraphe 2 du projet d'article 3 devait s'appliquer également au projet d'article 4³¹.

c) *Nature des procédures de règlement*

15. Au sujet de la nature des procédures de règlement, il convient d'en distinguer les divers aspects, qu'ont abordés les membres de la Commission.

16. Une question qui se pose est celle du stade auquel interviendraient les procédures de règlement relatives à la mise en œuvre du lien de responsabilité³². D'après l'un des membres de la Commission, le projet d'article 3 doit prévoir une application plus étendue des procédures facultatives prévues à l'Article 33 de la Charte³³, soit, par exemple, pour les questions visées aux projets d'articles 10 à 13 de la deuxième partie du projet³⁴, soit pour l'ensemble de la troisième partie³⁵. Selon d'autres membres, le projet d'article 3 doit également renvoyer au projet d'article 8 de la deuxième partie³⁶, ou même aux projets d'articles 6 et 7³⁷.

17. Une autre question est celle du caractère obligatoire des procédures envisagées. Dans ses sixième et septième rapports, M. Riphagen avait exprimé l'intention de s'inspirer, à ce propos, des dispositions relatives aux procédures de règlement qui figurent dans d'autres conventions³⁸. Certains membres de la Commission ont souscrit à cette idée³⁹. Le point de vue adopté dans le sixième rapport a été généralement approuvé⁴⁰, bien que quelques membres aient fait valoir les hésitations qu'auraient les États à accepter la présence d'une procé-

M. Riphagen s'exprimait dans le même sens dans son sixième rapport (*Annuaire... 1985*, vol. II (1^{re} partie), [voir *supra* note 2], par. 16 à 18), en indiquant que, d'après lui, les dispositions de la deuxième partie avaient un caractère résiduel. Cette opinion était partagée notamment par sir Ian Sinclair (*ibid.*, vol. I, 1895^e séance).

³² M. McCaffrey a déclaré accorder une importance fondamentale à cette question envisagée sous l'angle des liens réciproques entre les diverses parties du projet (*Annuaire... 1986*, vol. I, 1953^e séance).

³³ M. Yankov (*ibid.*, 1954^e séance).

³⁴ M. Jagota (*ibid.*, 1955^e séance).

³⁵ M. Koroma (*ibid.*).

³⁶ M. Reuter (*ibid.*, 1953^e séance); M. Ogiso (*ibid.*, 1954^e séance); M. Yankov (*ibid.*); M. Jagota (*ibid.*, 1955^e séance); et M. Razafindralambo (*ibid.*, 1956^e séance).

³⁷ M. Ogiso (*ibid.*, 1954^e séance) et M. Yankov (*ibid.*).

³⁸ Pour plus de détails sur ce point, se reporter en particulier au sixième rapport de M. Riphagen, sur le contenu, les formes et les degrés de la responsabilité internationale (deuxième partie du projet d'articles), et sur la « mise en œuvre » de la responsabilité internationale et le règlement des différends (troisième partie du projet d'articles) [*Annuaire... 1985*, vol. II (1^{re} partie), p. 16 et 17, doc. A/CN.4/389, par. 9 à 11 et 13]. Les commentaires des articles 3 et 4, dans son septième rapport (*Annuaire... 1986*, vol. II [1^{re} partie], p. 4 et 5, doc. A/CN.4/397), font expressément mention des dispositions en la matière de la Convention de Vienne sur le droit des traités (art. 65 et 66).

³⁹ M. Huang (*Annuaire... 1985*, vol. I, 1894^e séance), M. Koroma (*ibid.*, 1990^e séance) et M. Jagota (*ibid.*, 1901^e séance) étaient eux aussi d'avis de partir des instruments de codification existants. Cependant, d'après M. Huang, il fallait éviter de prendre l'un de ces instruments « comme modèle à l'exclusion des autres ». D'autres membres de la Commission étaient plus affirmatifs dans l'expression de leur accord avec le Rapporteur spécial pour travailler sur la base d'une analogie avec la Convention de Vienne sur le droit des traités : voir, par exemple, M. Sucharitkul (*ibid.*, 1890^e séance), M. Calero Rodrigues (*ibid.*, 1892^e séance), et M. Razafindralambo (*ibid.*, 1898^e séance).

⁴⁰ M. Reuter (*ibid.*, 1891^e séance); M. Calero Rodrigues (*ibid.*, 1892^e séance); sir Ian Sinclair (*ibid.*, 1895^e séance); M. Barboza (*ibid.*, 1897^e séance); M. Mahiou (*ibid.*); et M. Lacleta Muñoz (*ibid.*, 1899^e séance).

¹⁴ M. Reuter (*Annuaire... 1985*, vol. I, 1891^e séance).

¹⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Sixième Commission*, 23^e séance, par. 80.

¹⁶ *Ibid.*, 24^e séance, par. 13.

¹⁷ *Ibid.*, par. 31 et 32.

¹⁸ *Ibid.*, 25^e séance, par. 39 et 40.

¹⁹ *Ibid.*, 26^e séance, par. 36 et 37.

²⁰ *Ibid.*, 27^e séance, par. 16.

²¹ *Ibid.*, 31^e séance, par. 8.

²² *Ibid.*, 32^e séance, par. 70.

²³ *Ibid.*, 33^e séance, par. 6.

²⁴ *Ibid.*, 35^e séance, par. 45.

²⁵ *Ibid.*, 36^e séance, par. 15.

²⁶ *Ibid.*, 27^e séance, par. 57.

²⁷ *Ibid.*, 30^e séance, par. 79.

²⁸ *Ibid.*, 31^e séance, par. 24.

²⁹ *Ibid.*, 36^e séance, par. 27.

³⁰ M. Ogiso (*Annuaire... 1986*, vol. I, 1954^e séance).

³¹ Sir Ian Sinclair (*ibid.*, 1953^e séance). En d'autres termes, d'après lui, la clause du paragraphe 2 du projet d'article 3 (qui préserve les droits et obligations des États découlant de toute disposition en vigueur entre eux concernant le règlement des différends) ne devait pas s'appliquer seulement aux dispositions du paragraphe 1 du projet d'article 3 (moyens de règlement indiqués à l'Article 33 de la Charte), mais aussi aux droits et obligations prévus aux alinéas a, b et c du projet d'article 4. M. Lacleta Muñoz (*ibid.*, 1954^e séance) a souligné qu'« il ne faudrait pas que soit entravé le recours unilatéral à la CIJ, prévu aux alinéas a et b du projet d'article 4 ».

deure obligatoire de règlement des différends dans la troisième partie du projet⁴¹. Cependant, d'autres membres de la Commission étaient fermement opposés à la présence, dans le texte, d'une procédure obligatoire de règlement des différends⁴². Il convient de rappeler en tout cas que, compte tenu de la répugnance des États à être liés par des procédures de règlement par tierce partie, divers membres de la Commission étaient d'accord pour que le paragraphe 1 du projet d'article 3 de la troisième partie du projet fit simplement référence à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies⁴³. Pour ce qui est de la « substance » du mécanisme proposé par l'ancien Rapporteur spécial, un membre de la Commission jugeait acceptables, dans leurs grandes lignes, les propositions qu'il avait faites au sujet des faits internationalement illicites ordinaires⁴⁴.

⁴¹ M. Calero Rodrigues (ibid., 1892^e séance); M. Huang (ibid., 1894^e séance); M. Mahiou (ibid., 1897^e séance); et M. Arangio-Ruiz (ibid., 1900^e séance).

⁴² M. Flitan (ibid., 1893^e séance), M. Balanda (ibid., 1894^e séance) et M. Njenga (ibid., 1896^e séance). M. Flitan, craignant qu'une telle solution ne compromette le sort de la future convention, a recommandé, vu l'importance du projet d'articles pour la communauté internationale, que l'on fasse preuve de modération au sujet de la mise en oeuvre de la responsabilité internationale. M. Balanda, tout en reconnaissant la nécessité de compléter le projet par une procédure de règlement des différends, jugeait qu'il serait sans doute préférable de recourir à des mécanismes plus souples, en faisant valoir ce qui suit : « Les États sont de plus en plus méfiants à l'égard de la juridiction obligatoire en tant que telle, si bien qu'il vaudrait mieux suggérer, plutôt qu'un mécanisme trop contraignant, un mécanisme souple qui incite les États parties à un conflit à se rapprocher pour rechercher une solution ».

⁴³ Voir, par exemple, M. Calero Rodrigues (*Annuaire... 1986*, vol. I, 1953^e séance), sir Ian Sinclair (ibid.), M. Sucharitkul (ibid., 1954^e séance), M. Huang (ibid.), M. Francis (ibid., 1955^e séance) et M. Jacovides (ibid.). M. Sucharitkul a fait remarquer que la liste des moyens de règlement pacifique, qui était donnée dans l'Article 33 de la Charte, n'était pas limitative, et que, par exemple, elle n'excluait pas les « bons offices ». M. Huang était d'avis de souligner l'importance des négociations directes, conformément à la pratique des États. M. Arangio-Ruiz (ibid., 1966^e séance) jugeait possible d'indiquer dans le projet d'article 3, ou dans le commentaire y relatif, quels étaient les moyens de règlement préférables parmi ceux énumérés à l'Article 33 de la Charte.

⁴⁴ M. McCaffrey (ibid., 1953^e séance). M. Tomuschat (ibid., 1955^e séance) a néanmoins fait observer que la possibilité de mettre en oeuvre unilatéralement la procédure obligatoire de conciliation aboutirait à une métamorphose du droit international; restait à savoir si les États l'accepteraient. M. Tomuschat et M. Malek jugeaient important de ne pas perdre de vue ce qui était raisonnablement possible. M. Malek (ibid., 1952^e séance) a ajouté que les nombreuses procédures d'enquête et de conciliation extérieures au système des Nations Unies étaient rarement employées par les États, qui préféraient soumettre leurs différends aux principaux organes des organisations mondiales ou régionales afin de pouvoir rallier l'opinion à leur cause. M. Riphagen, dans son sixième rapport, indiquait que « l'État dit lésé ne saurait, sur cette base, contraindre l'État dit auteur à accepter une procédure de règlement des différends au regard de la violation alléguée, que les deux États intéressés soient ou non convenus de cette procédure... seul l'État dit auteur devrait être habilité à engager la procédure de règlement des différends qui fera l'objet de la troisième partie du projet d'articles » (*Annuaire... 1985*, vol. II (1^{re} partie) [voir *supra* note 2], par. 20). Ceci est contraire au point de vue adopté dans les articles 42, 65 et 66 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, dont il résulte que chacune des parties au différend peut déclencher la procédure de règlement prévue dans cet instrument. M. Calero Rodrigues (ibid., vol. I, 1892^e séance) s'est prononcé en faveur de l'idée du Rapporteur spécial tendant à réserver à l'État auteur l'initiative de la procédure obligatoire de conciliation. Sur le même point, M. Tomuschat (ibid., 1955^e séance) a déclaré que, dans la mesure où il était possible de donner une interprétation aussi restrictive aux alinéas a et b du projet d'article 4, il en résulterait un déséquilibre

18. Le débat de la Sixième Commission a également permis aux États de faire connaître leurs vues sur la question. Certains États⁴⁵ se sont prononcés en faveur de procédures obligatoires de règlement des différends — notamment pour les éléments les plus délicats du projet, sur lesquels on pouvait difficilement prier les États Membres de se prononcer eux-mêmes — tout en se demandant, dans le cas de l'un d'entre eux, si ce système correspondait vraiment aux intérêts de la communauté internationale⁴⁶. D'autres États, plus réservés, insistaient pour que l'on fit preuve de prudence dans la troisième partie du projet, vu la répugnance des États à se soumettre à des procédures obligatoires de règlement par tierce partie⁴⁷. Selon plusieurs autres États, l'orientation générale était inacceptable, notamment dans le cas des dispositions du projet d'article 4, car celles-ci ne respectaient pas le principe de la liberté dans le choix des moyens de règlement des différends⁴⁸.

19. Les membres de la Commission se sont également penchés sur la question du caractère exécutoire ou non exécutoire des conclusions de la procédure. La solution d'une juridiction obligatoire limitée de la CIJ pour décider de l'existence d'une règle de *jus cogens* applicable à l'infraction en cause (projet d'article 4, al. a) ou de la réalité du crime international (projet d'article 4, al. b)⁴⁹ a

regrettable (venant de ce que seul l'État auteur du fait internationalement illicite pourrait soumettre une requête à la Cour) qui risquait en outre de « placer la CIJ dans une position très embarrassante ».

⁴⁵ Notamment : Autriche (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Sixième Commission*, 33^e séance, par. 55), Chypre (ibid., 27^e séance, par. 16), Espagne (ibid., 32^e séance, par. 70), Grèce (ibid., 25^e séance, par. 39 et 40), Jamaïque (ibid., 24^e séance, par. 32), Kenya (ibid., 36^e séance, par. 15), Nigéria (ibid., 26^e séance, par. 36 et 37), République fédérale d'Allemagne (ibid., 24^e séance, par. 13), Somalie (ibid., 35^e séance, par. 45) et Tunisie (ibid., 33^e séance, par. 6).

⁴⁶ Selon la Hongrie (ibid., 30^e séance, par. 21 et 22), la Jamaïque (ibid., 24^e séance, par. 32) et la République démocratique allemande (ibid., 25^e séance, par. 21), les moyens de règlement des différends ne devaient pas être limités aux procédures obligatoires, et il fallait prévoir par exemple la possibilité de recourir à un règlement négocié.

⁴⁷ Opinion partagée par l'Éthiopie (ibid., 27^e séance, par. 57), la Chine (ibid., 30^e séance, par. 79), l'Australie (ibid., 31^e séance, par. 24) et le Maroc (ibid., 36^e séance, par. 27). Au cours du débat sur les propositions faites dans le septième rapport de M. Riphagen (voir *supra* note 39), le Maroc (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante et unième session, Sixième Commission*, 38^e séance, par. 31) et la Nouvelle-Zélande (ibid., 44^e séance, par. 52) ont apporté leur appui à la formule de la conciliation obligatoire.

⁴⁸ La Hongrie (ibid., 34^e séance, par. 34) a fait remarquer que beaucoup d'États n'avaient ni ratifié la Convention de Vienne sur le droit des traités, ni accepté la clause facultative du paragraphe 2 de l'Article 36 du Statut de la Cour. Voir aussi Bahreïn (ibid., 38^e séance, par. 66), la Bulgarie (ibid., par. 87 à 89), la Chine (ibid., 39^e séance, par. 28), l'Éthiopie (ibid., 38^e séance, par. 22), la France (ibid., 41^e séance, par. 43), Israël (ibid., 41^e séance, par. 9), le Koweït (ibid., 43^e séance, par. 34), le Maroc (ibid., 38^e séance, par. 31), la République démocratique allemande (ibid., 36^e séance, par. 37, 40 et 41), la République socialiste soviétique d'Ukraine (ibid., 37^e séance, par. 60), la Roumanie (ibid., 36^e séance, par. 73), la Tchécoslovaquie (ibid., 34^e séance, par. 47), et le Venezuela (ibid., 43^e séance, par. 16). Selon l'Iraq, la méthode de la conciliation obligatoire n'était pas toujours efficace (ibid., 34^e séance, par. 60).

⁴⁹ Ce point de vue, adopté par M. Riphagen (*Annuaire... 1986*, vol. I, 1952^e et 1956^e séances), est proche de celui de M. McCaffrey (ibid., 1953^e séance) qui, quoique n'étant pas convaincu des avantages de la juridiction obligatoire de la Cour, a déclaré qu'il faudrait peut-être « limiter [cette] juridiction et prévoir [que la Cour] aurait simplement à déterminer si une règle de *jus cogens* ou un crime international sont en cause dans un différend ». M. Tomuschat (ibid., 1955^e séance)

provoqué des réactions diverses. Certains membres de la Commission se sont prononcés en faveur de la juridiction obligatoire de la CIJ telle qu'elle est prévue aux alinéas *a* et *b* du projet d'article 4⁵⁰. On a rappelé, à ce propos, que la Cour, en changeant de composition, s'était libérée de sa réputation de conservatisme et était devenue une institution plus acceptable à un grand nombre d'États⁵¹.

20. Pour un membre de la Commission, le recours à la juridiction de la CIJ était manifestement la solution idéale⁵²; un autre préférait restreindre cette juridiction à l'alinéa *a* du projet d'article 4⁵³. Selon certains,

le fait qu'un mécanisme de règlement obligatoire des différends applicable à l'interprétation et à l'application des projets d'articles figurant dans les première et deuxième parties [s'étendrait] inévitablement à un domaine très vaste ne [devait] pas empêcher la Commission de tenter de mettre au point un tel mécanisme⁵⁴.

Quelques membres étaient d'avis d'éviter toute mention des règles du *jus cogens*, mais concédaient que, si l'on gardait l'alinéa *a* du projet d'article 4, les décisions sur la teneur du *jus cogens* devaient en effet être rendues par la CIJ⁵⁵. D'autres encore, tout en approuvant la solution prévue à l'alinéa *a* du projet d'article 4, soulignaient son écart par rapport à la pratique, en rappelant le faible nombre des États ayant accepté la clause facultative du paragraphe 2 de l'Article 36 du Statut de la CIJ⁵⁶.

21. Au sujet des différends sur l'application et l'interprétation des dispositions relatives au *jus cogens* et aux crimes internationaux, certains membres de la Commission ont demandé pourquoi le projet d'article 4 — à la différence des dispositions correspondantes de la Convention de Vienne sur le droit des traités, dont ce projet d'article est inspiré — ne prévoyait pas la possibilité de soumettre ces différends à l'arbitrage par consentement mutuel⁵⁷. Cette question semble appeler des éclaircissements pour deux raisons : premièrement, bien que la Convention de Vienne autorise le recours à l'arbitrage, c'est apparemment l'autre possibilité prévue pour le règlement des différends, à savoir la juridiction obligatoire

de la CIJ, qui a empêché beaucoup de pays en développement de ratifier cet instrument⁵⁸; deuxièmement, alors que le paragraphe 1 du projet d'article 3 de la troisième partie du projet renvoie à l'Article 33 de la Charte (qui vise les règlements judiciaires parmi d'autres), le projet d'article 4 prévoit la juridiction de la CIJ et ne fait pas mention de l'arbitrage⁵⁹. Selon un autre membre, au contraire, le Rapporteur spécial avait raison de ne pas retenir la possibilité de l'arbitrage aux alinéas *a* et *b* du projet d'article 4⁶⁰, car, du point de vue de la jurisprudence, « les décisions de la Cour permettraient un développement plus cohérent du droit »⁶¹. Pour sa part, M. Riphagen a expliqué que, si les dispositions de la troisième partie n'avaient pas un caractère résiduel pour ce qui concernait le *jus cogens*, les crimes internationaux et l'application de la Charte, la juridiction obligatoire de la CIJ était néanmoins limitée⁶². Il a ensuite ajouté, de façon peut-être contradictoire, que le paragraphe 1 du projet d'article 3 autorisait évidemment les parties à soumettre leurs différends à l'arbitrage⁶³.

22. À la Sixième Commission, de nombreux États Membres⁶⁴ se sont prononcés en faveur de la juridiction obligatoire de la CIJ pour les différends relatifs au *jus cogens* et aux crimes internationaux. Pour les autres différends, la préférence de ces États allait à la diversité des moyens de règlement prévus à l'Article 33 de la Charte, qui donne plus de souplesse, et à la conciliation obligatoire. L'Italie estimait que les alinéas *a* et *b* du projet d'article 4 devaient prévoir la possibilité de l'arbitrage⁶⁵, alors que Chypre aurait préféré que tous les différends tombant sous le coup du projet d'article 4 fussent réglés par un système de règlement entraînant une décision exécutoire de la CIJ ou d'une cour criminelle internationale⁶⁶.

23. Certains doutes sont également apparus au sein de la Commission sur un point de détail : la période de douze mois prévue au projet d'article 4, que certains jugeaient trop longue⁶⁷.

⁵⁸ M. Razafindralambo (ibid., 1956^e séance).

⁵⁹ Ibid.

⁶⁰ M. Francis (ibid., 1955^e séance).

⁶¹ Ibid. Voir aussi M. Riphagen (ibid., 1956^e séance).

⁶² Ibid.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ Y compris l'Argentine (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante et unième session, Sixième Commission, 40^e séance*, par. 27), le Brésil (ibid., 34^e séance, par. 11), le Canada (ibid., 40^e séance, par. 39), le Chili (ibid., 43^e séance, par. 62), le Danemark (ibid., 36^e séance, par. 66), la Grèce (ibid., 42^e séance, par. 36), l'Irlande (ibid., 32^e séance, par. 8 et 9), l'Italie (ibid., par. 21), Madagascar (ibid., 30^e séance, par. 41 et 42), la République fédérale d'Allemagne (ibid., 36^e séance, par. 57), la Sierra Leone (ibid., 27^e séance, par. 90) et le Soudan (ibid., 40^e séance, par. 41).

⁶⁵ Ibid., 32^e séance, par. 21.

⁶⁶ Ibid., 37^e séance, par. 11.

⁶⁷ Dont M. Flitan (*Annuaire... 1986*, vol. I, 1952^e séance) et M. McCaffrey (ibid., 1953^e séance). Selon certains, dont M. Ogiso (ibid., 1954^e séance) et M. Roucouas (ibid., 1956^e séance), la durée de cette période devait dépendre du choix du mode de règlement utilisé. M. Flitan (ibid., 1952^e séance) a souligné la nécessité d'une disposition applicable à certains cas d'urgence, et certains membres de la Commission ont proposé de remplacer les mots « dans les douze mois » par « dans un délai raisonnable ». Voir en particulier M. Jagota (ibid., 1955^e séance) et M. Balanda (ibid.).

a fait observer que la comparaison avec la Convention de Vienne sur le droit des traités n'était pas entièrement justifiée, car la juridiction de la Cour aurait une portée plus étendue dans le cas de la responsabilité des États que dans le cas de la Convention de Vienne, et s'étendrait aux différends relatifs au *jus cogens* ou aux crimes internationaux dans leur totalité, et avec toutes les conséquences juridiques qui en découlaient. M. Koroma (ibid.) était d'avis qu'il y avait lieu de soumettre à la CIJ toutes les affaires où entrainait une allégation de crime international ou de violation du *jus cogens*.

⁵⁰ M. Arangio-Ruiz (ibid., 1952^e et 1955^e séances), M. Calero Rodríguez (ibid., 1953^e séance), M. Laclata Muñoz (ibid., 1954^e séance), M. Tomuschat (ibid., 1955^e séance), M. Koroma (ibid.), M. Francis (ibid.) et M. Jacovides (ibid.).

⁵¹ M. Arangio-Ruiz (ibid., 1952^e séance).

⁵² M. Thiam (ibid., 1956^e séance).

⁵³ M. Sucharitkul (ibid., 1954^e séance).

⁵⁴ Sir Ian Sinclair (*Annuaire... 1985*, vol. I, 1895^e séance). De même, M. Jacovides (*Annuaire... 1986*, vol. I, 1955^e séance).

⁵⁵ M. Ogiso (ibid., 1954^e séance).

⁵⁶ M. Huang (ibid.) et M. Díaz González (ibid.). Également, mais à propos de l'ensemble du projet d'article 4, M. Malek (ibid., 1952^e séance).

⁵⁷ M. Malek (ibid.), M. Ogiso (ibid., 1954^e séance), M. Razafindralambo (ibid., 1956^e séance) et M. Yankov (ibid., 1959^e séance).

d) *Dispositions du projet auquel s'appliqueraient les procédures envisagées*

24. Un autre problème consiste à déterminer les dispositions (de fond ou de forme) du projet à l'application ou à l'interprétation desquelles s'appliqueraient les procédures envisagées. Pendant le débat de la Commission sur le sixième rapport, certains de ses membres⁶⁸ se sont dits préoccupés par la déclaration de M. Riphagen, selon laquelle la mise en place d'un système spécial pour le règlement des différends reviendrait à

instaurer une procédure multilatérale obligatoire de règlement des différends au regard de toutes les obligations (primaires), présentes et à venir, qui incomberaient sur le plan du droit international aux États qui deviendraient parties à la future convention sur la responsabilité des États⁶⁹.

D'autres membres étaient d'avis que la troisième partie du projet, sous sa forme actuelle, semblait s'appliquer seulement à la deuxième partie, et non à la première partie⁷⁰.

e) *La question des réserves*

25. Au sujet du projet d'article 5, certains membres de la Commission ont évoqué la question de l'admissibilité des réserves relatives à la troisième partie du projet⁷¹. L'un d'eux jugeait acceptable la disposition du projet d'article 5 qui exclut les réserves, sauf en ce qui concerne l'application de l'alinéa c du projet d'article 4 aux différends relatifs à des contre-mesures lorsque le droit enfreint par celles-ci découle exclusivement d'un traité conclu avant l'entrée en vigueur de la convention. D'autres⁷² trouvaient trop restrictive la règle de non-

rétroactivité énoncée dans le projet d'article 5⁷³. D'autres encore⁷⁴, que l'utilité du projet d'article 5 laissait sceptiques, estimaient préférable que la Commission s'abstînt de régler la question.

26. Pendant le débat de la Sixième Commission, la plupart des États⁷⁵ se sont montrés favorables à plus de souplesse sur le problème des réserves. Un État⁷⁶ a déclaré acceptable le projet d'article 5; pour d'autres, le soin de trouver une solution devait être laissé à la conférence diplomatique⁷⁷.

3. CONCLUSION

27. Dans l'ensemble, la Commission, dans ses débats de 1985 et 1986, paraissait satisfaite du système général de règlement des différends qui résultait des dispositions proposées par M. Riphagen pour les projets d'articles de la troisième partie, notamment de l'effet combiné du paragraphe 1 du projet d'article 3 et de l'alinéa c du projet d'article 4, tels qu'ils ont été proposés en 1986, ainsi bien sûr que du paragraphe 2 du projet d'article 3.

28. La Commission devrait réexaminer attentivement l'ensemble de la question, en tenant compte notamment de la nécessité de limiter les aspects négatifs des contre-mesures critiquées dans les troisième⁷⁸ et quatrième⁷⁹ rapports, et qui ont été fort bien mis en lumière au cours du débat de la Sixième Commission en 1992 (voir *infra* par. 30 à 35). Certains facteurs, comme l'amélioration des perspectives de règlement des différends qui résulte de divers faits et tendances plus ou moins récents, semblent indiquer qu'une solution plus élaborée est à la fois possible et nécessaire. Il faudrait aussi se demander si un organe comme la Commission ne devrait pas saisir l'occasion d'apporter, compte tenu de la lettre et de l'esprit de la résolution 44/23 de l'Assemblée générale sur la Décennie des Nations Unies pour le droit international, une contribution significative au développement progressif d'un secteur vital du droit international dont on s'est, semble-t-il, fort peu occupé jusqu'à présent lors des travaux de codification.

erves à la future convention était conforme à la Convention de Vienne ainsi qu'aux articles 297 et 298 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, relatifs aux limitations et aux exceptions aux procédures obligatoires débouchant sur des décisions ayant force exécutoire.

⁷³ Dont M. Tomuschat (ibid., 1955^e séance). M. Jagota (ibid.) a proposé que l'on se contente d'autoriser des réserves dans le cas des différends qui surviendraient après l'entrée en vigueur de la convention. Il n'est pas certain cependant que cette solution aurait un caractère moins restrictif.

⁷⁴ Dont M. Calero Rodrigues (ibid., 1953^e séance) et M. Francis (ibid., 1955^e séance).

⁷⁵ Dont la Chine (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante et unième session, Sixième Commission, 39^e séance*, par. 28). Selon l'Autriche, on ne pourrait empêcher les États de formuler des réserves à l'égard des alinéas a et b du projet d'article 4 (ibid., 44^e séance, par. 24).

⁷⁶ Chypre (ibid., 37^e séance, par. 10).

⁷⁷ Éthiopie (ibid., 38^e séance, par. 23).

⁷⁸ *Annuaire... 1991*, vol. II (1^{re} partie), p. 1, doc. A/CN.4/440 et Add.1.

⁷⁹ *Annuaire... 1992*, vol. II (1^{re} partie), p. 1, doc. A/CN.4/444 et Add.1 à 3.

⁶⁸ M. Calero Rodrigues (*Annuaire... 1985*, vol. I, 1892^e séance).

⁶⁹ Ibid., vol. II (1^{re} partie) [voir *supra* note 2], par. 8.

⁷⁰ Notamment sir Ian Sinclair (*Annuaire... 1986*, vol. I, 1952^e et 1953^e séances), M. Arangio-Ruiz (ibid., 1952^e séance), M. McCaffrey (ibid., 1953^e séance) et M. Thiam (ibid., 1956^e séance). M. Razafindralambo (ibid.) a déclaré trouver logique de considérer que les trois parties du projet formaient un tout cohérent, tout en souhaitant que la troisième partie renvoie plus explicitement à la première partie. Le Rapporteur spécial a précisé (ibid., 1952^e séance) que les trois parties du projet étaient interdépendantes; et il a ajouté (ibid., 1956^e séance) que l'on « ne saurait appliquer les dispositions de la deuxième partie sans tenir compte des dispositions de la première partie ».

⁷¹ Sir Ian Sinclair (*Annuaire... 1985*, vol. I, 1895^e séance) a souhaité que le Rapporteur spécial, en mettant au point les détails, ajoute « une limitation temporelle sous une forme ou sous une autre, pour exclure les différends relatifs à des actes ».

⁷² Par exemple M. Sucharitkul (*Annuaire... 1986*, vol. I, 1954^e séance) et M. Laclata Muñoz (ibid.). M. Reuter et M. Ogiso, qui trouvaient généralement acceptable le projet d'article 5, et M. Jacovides, qui tendait lui aussi à l'accepter, ont cependant rappelé — comme d'autres membres de la Commission — que la solution du problème crucial des réserves pouvait être laissée au soin de l'éventuelle conférence diplomatique, conformément à l'usage. Sur ce point, voir M. Reuter (ibid., 1953^e séance), M. Laclata Muñoz (ibid., 1954^e séance), M. Ogiso (ibid.), M. Yankov (ibid.), M. Tomuschat (ibid., 1955^e séance), M. Jacovides (ibid.) et M. Razafindralambo (ibid., 1956^e séance). M. Malek s'est dit d'accord avec M. Yankov sur le fait que la possibilité de faire des réserves sur la troisième partie rendrait la convention beaucoup plus acceptable aux yeux des États, mais non pas avec sa tendance à accepter des réserves à la future convention. Il a notamment fait observer (ibid., 1952^e séance) que, à la date du mois de juin 1985, la Convention de Vienne sur le droit des traités n'avait été ratifiée que par 46 États, dont 10 avaient formulé des réserves ou des objections à la procédure de règlement des différends. Pour M. Yankov (ibid., 1954^e séance), le fait d'accepter des ré-

B. — Le règlement des différends dans la troisième partie du projet

1. LES CARACTÉRISTIQUES PROBLÉMATIQUES DES RÉACTIONS UNILATÉRALES

29. Vu la nature des mesures qui doivent être envisagées, dans la deuxième partie du projet d'articles, comme étant des facultés (*remedies*) dont dispose un État lésé, il est hautement souhaitable d'inclure, dans la troisième partie du projet, des procédures de règlement des différends détaillées. Comme il a été noté dans les précédents rapports (voir, par exemple, par. 2 à 6 du troisième rapport⁸⁰), les contre-mesures sont l'aspect le plus difficile et qui prête le plus à controverse de tout le régime de la responsabilité des États. Outre le fait que chaque État considère qu'il a en principe le droit de juger lui-même de ses droits, sauf possibilité d'un règlement négocié d'un commun accord ou d'un règlement par tierce partie, la nécessité d'assurer le respect des obligations juridiques dans un système interétatique structuré de manière non organisée implique cet autre élément potentiellement arbitraire que représente la faculté de l'État lésé de recourir à des mesures unilatérales équivalent, en fait, au non-respect, même s'il est licite, d'une ou de plusieurs de ses propres obligations à l'égard de l'auteur présumé. C'est à cause de cet inconvénient très sérieux, qu'aggrave encore la capacité inégale des États de s'adapter à un système aussi rudimentaire, que toute reconnaissance, dans le projet, de ladite faculté — qui peut être justifiée par une coutume de longue date — doit être assortie de toutes les conditions et limitations rigoureuses qui sont compatibles avec l'efficacité de la réaction à un fait internationalement illicite.

30. Toutefois, il est évident que, quelles que soient les conditions et restrictions imposées à la pratique des contre-mesures, ces dernières seront toujours, de par leur nature même, entachées d'un défaut fondamental : l'évaluation unilatérale, d'une part, du droit auquel il a été porté atteinte et de la violation dont il a fait l'objet et, d'autre part, de la légitimité de la réaction, laquelle peut, à son tour, provoquer une autre réaction unilatérale (« contre-représailles ») de la part de l'auteur présumé. Potentiellement entaché d'un défaut en toutes circonstances, même lorsque les États en cause ont une puissance ou des moyens comparables, le recours aux contre-mesures peut conduire à des résultats intolérablement injustes lorsqu'il est appliqué entre des États de force ou de moyens inégaux. C'est essentiellement ces aspects négatifs qui suscitent des doutes quant à l'opportunité de prévoir un régime juridique des contre-mesures dans le cadre d'un projet de codification. Même s'il y a des preuves suffisantes montrant que la pratique des contre-mesures est admise, quelles que soient ses limites, par le droit international coutumier, aucun « législateur » conscient de ses responsabilités ne peut éviter la tentation soit de proscrire la pratique des contre-mesures comme étant illicite (dans le cadre du développement progressif), soit, tout au moins, de garder le silence sur cette pratique de manière à ne pas la légitimer expressément.

31. Ce sont des considérations de cet ordre qui sont manifestement à l'origine des sérieuses réserves qu'a suscitées l'inclusion, dans le projet, d'un régime juridique des contre-mesures, d'abord à la quarante-quatrième session de la Commission du droit international, et ultérieurement — plus nettement — à la Sixième Commission de l'Assemblée générale au cours de sa quarante-septième session. Comme l'a fait observer un des représentants à la Sixième Commission,

plusieurs membres de la Commission... n'étaient pas convaincus que les contre-mesures étaient le bon moyen de forcer l'État réputé coupable d'un acte internationalement illicite à entamer une procédure de règlement ou à reconnaître sa faute et à la réparer⁸¹.

Les réserves exprimées dans les deux organes en 1992 ont été considérablement plus énergiques (en particulier à la Sixième Commission) que celles qui avaient été formulées lors des débats de 1984⁸², 1985⁸³ et 1986⁸⁴ à la Commission du droit international et lors des débats correspondants à la Sixième Commission⁸⁵ sur les projets d'articles relatifs aux contre-mesures proposés par M. Riphagen. Certaines des déclarations faites au cours des débats de la Sixième Commission méritent d'être rappelées⁸⁶.

⁸¹ Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Sixième Commission, 27^e séance, par. 1.

⁸² Voir *supra* note 4.

⁸³ Voir *supra* note 3.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-neuvième session, Sixième Commission, 33^e à 47^e séances; *ibid.*, quarantième session, Sixième Commission, 23^e à 36^e séances; et *ibid.*, quarante et unième session, Sixième Commission, 27^e à 34^e et 36^e à 44^e séances. Voir également *supra* notes 3 et 4.

⁸⁶ Il vaut également la peine de noter que ces dernières réserves avaient elles-mêmes été plus nettes que celles faites à la fin des années 70 lorsque les contre-mesures avaient été incluses (à l'article 30 de la première partie) parmi les circonstances qui excluaient l'illicéité (voir *supra* note 81).

Par exemple, des préoccupations et des doutes ont été exprimés en ce qui concerne les contre-mesures au cours du débat sur le huitième rapport de M. Ago (*Annuaire... 1979*, vol. II [1^{re} partie], p. 3, doc. A/CN.4/318 et Add.I à 4). Ils concernaient principalement l'interdiction des représailles armées (M. Njenga, *ibid.*, vol. I, 1544^e séance), la nécessité de distinguer les réactions unilatérales des sanctions appliquées par des institutions internationales (M. Francis, *ibid.*, 1545^e séance), et la nécessité d'éviter que les États forts ne commettent des abus au détriment des États faibles (M. Tabibi, *ibid.*). Comme le confirme le résumé thématique correspondant (A/CN.4/L.311), très peu de doutes ont été exprimés lors du débat de la Sixième Commission de l'Assemblée générale, lors de sa trente-quatrième session, sur l'article 30 en ce qui concernait la légitimité des réactions unilatérales assorties de limitations et de conditions précises. Cela tenait certainement en partie au fait que le régime des contre-mesures ne devait être traité qu'à un stade ultérieur, dans le cadre de la troisième partie du projet. Le débat est devenu manifestement plus riche dans les années 1984 à 1986, après que M. Riphagen a eu soumis les projets d'articles 8, 9 et 10 de la deuxième partie. Au sein de la Commission du droit international, la question a été soulevée de savoir si le recours aux contre-mesures serait licite si l'existence d'un fait internationalement illicite n'avait pas été établie objectivement au préalable. La réponse a été la suivante : les projets d'articles, tels qu'ils étaient proposés, prévoyaient que, à moins qu'il n'existe une possibilité de recours préalable à des mécanismes de règlement des différends existant déjà entre les parties, il faudrait nécessairement qu'il y ait une décision unilatérale « provisoire » de la part de l'État lésé, et que le problème du règlement des différends serait examiné de manière appropriée à un stade ultérieur, dans le cadre de la troisième partie (*Annuaire... 1984*, vol. II [2^e partie], p. 106, par. 365 et 366). Les débats qui ont eu lieu à la Sixième Commission en 1984 et 1985 étaient beaucoup plus significatifs. Voir *infra* par. 37 et suivants.

⁸⁰ Voir *supra* note 79.

2. LES DÉBATS DE 1992 SUR LES CONTRE-MESURES À LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL ET À LA SIXIÈME COMMISSION

32. Quelques États ont fait observer, en premier lieu, qu'en l'absence d'un mécanisme permettant d'établir de manière impartiale et rapide l'existence d'un fait internationalement illicite, il fallait accorder à l'État lésé le droit exclusif de décider s'il existait un acte illicite — ce qui ouvrirait la porte à des actes unilatéraux, dont beaucoup seraient fondés sur des décisions subjectives, et à des abus ayant des conséquences graves pour la paix et le bonheur des peuples. On a aussi fait remarquer que laisser l'État victime évaluer la gravité du préjudice et déterminer si toutes les procédures de règlement disponibles avaient été épuisées signifiait que ni l'impartialité ni la licéité des décisions qui seraient adoptées ne pourraient être garanties⁸⁷. On a noté en outre, à cet égard, que l'idée que la partie lésée doit se faire justice elle-même correspond à un stade inférieur de l'évolution des techniques juridiques, et implique que l'on reconnaît l'imperfection de l'ordre juridique international. On s'est également déclaré préoccupé par le fait que la notion de contre-mesure semble en opposition avec les principes fondamentaux du droit international⁸⁸.

33. Un certain nombre de représentants — se faisant l'écho de préoccupations identiques exprimées dans les troisième⁸⁹ et quatrième⁹⁰ rapports — ont souligné que, du fait que les États étaient inégaux par la taille, la richesse et la force, un régime de contre-mesures, loin d'assurer une égale protection à tous les États, donnerait aux pays puissants ou riches l'avantage dans l'exercice de représailles contre les États auteurs et conduirait à des abus au détriment des États les plus faibles. Cette crainte, a-t-on dit, avait ses racines dans l'histoire, ainsi que dans l'expérience la plus récente des pays en développement, pour lesquels les contre-mesures étaient souvent synonymes d'agression, d'intervention et de diplomatie de la canonnière. Dans ces circonstances, on s'est demandé si on ne risquait pas, en tentant de codifier le sujet, de légitimer les contre-mesures comme instrument par excellence des activités hégémoniques de certaines puissances⁹¹.

34. On a aussi mis en doute l'opportunité d'inclure dans le projet un régime juridique des contre-mesures au motif que, loin de constituer un remède propre à encourager l'État auteur à rentrer dans la voie de la légalité, les

⁸⁷ Bélarus (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Sixième Commission, 27^e séance*, par. 80 et 83), Cuba (*ibid.*, 29^e séance, par. 60), Fédération de Russie (*ibid.*, 28^e séance, par. 106) et Roumanie (*ibid.*, 29^e séance, par. 24).

⁸⁸ Brésil (*ibid.*, 25^e séance, par. 39). Dans le même sens, Sri Lanka (*ibid.*, 27^e séance, par. 6).

⁸⁹ Voir *supra* note 79.

⁹⁰ Voir *supra* note 80.

⁹¹ Dans le même sens, Algérie (*ibid.*, 29^e séance, par. 70), Brésil (*ibid.*, 25^e séance, par. 39), Chine (*ibid.*, 29^e séance, par. 58), Indonésie (*ibid.*, 28^e séance, par. 65), Maroc (*ibid.*, 25^e séance, par. 85) et Sri Lanka (*ibid.*, 27^e séance, par. 6). Cette préoccupation ne semble pas être sensiblement allégée par la considération avancée par l'Espagne selon laquelle « il est indéniable que les États les plus puissants et les plus développés pourront plus facilement adopter des contre-mesures que les États plus petits ou moins développés, mais il ne faut pas oublier que les contre-mesures peuvent également être appliquées entre États d'une puissance comparable » (*ibid.*, 26^e séance, par. 74).

contre-mesures pourraient fort bien ne faire qu'envenimer les relations entre les parties au conflit et rendre ces dernières encore plus intransigeantes⁹². Cette remarque fait en partie écho à la préoccupation de M. Riphagen, selon lequel le recours aux contre-mesures de la part d'un État réputé lésé pourrait aboutir à une surenchère de contre-mesures.

35. Il a été également avancé que tout régime juridique de contre-mesures comporterait inévitablement des restrictions et des limitations compliquées, et que d'autres problèmes complexes surgiraient encore lorsqu'il s'agirait de définir les circonstances dans lesquelles les contre-mesures seraient admissibles s'il devait y avoir plus d'un État à se considérer lésé. En pareil cas, il serait difficile de répondre avec précision à la question de savoir quels sont les États lésés ou dans quelle mesure chacun d'eux a le droit de prendre des contre-mesures, et d'évaluer la proportionnalité des contre-mesures, considérées non seulement d'un point de vue individuel, mais aussi d'un point de vue collectif⁹³. Il a été ajouté, dans le même contexte, que la question des contre-mesures qui ne seraient admissibles en aucun cas était dangereusement près de toucher certaines des dispositions fondamentales de la Charte des Nations Unies énoncées, par exemple, au paragraphe 4 de l'article 2, et aux articles 41, 42 et 51⁹⁴.

36. D'un point de vue différent, l'opportunité de prévoir un régime juridique des contre-mesures semble avoir été mise en question par la remarque selon laquelle les contre-mesures, qui sont à certains égards des voies d'exécution, ne relèvent pas « exactement du problème de la responsabilité des États même si elles y sont liées »⁹⁵. La même source a exprimé la crainte qu'en élargissant ainsi le sujet, la Commission puisse être tentée d'évoquer des problèmes d'interprétation de traités particuliers, qui devaient demeurer en dehors du cadre de son étude, et puisse être conduite à aborder des questions particulièrement délicates qui sortaient des limites qu'elle s'était elle-même tracées, en abordant des règles « primaires » — on songe en particulier à la définition des domaines dans lesquels les contre-mesures seraient interdites⁹⁶.

37. Il faut souligner notamment que quelques représentants ont dit qu'il leur était difficile de soutenir que la manière de remédier aux conséquences d'un fait illicite était de commettre un autre fait illicite, en particulier parce que, dans la plupart des cas, le non-respect, par les États, de leurs obligations internationales n'était pas délibéré mais était dû à d'authentiques inadvertances, malentendus ou divergences d'opinions. En outre, a-t-on fait observer, les contre-mesures n'étaient pas le seul moyen de faire respecter le droit international lorsqu'une obligation imposée par le droit international public avait été violée, et la marge dans laquelle s'inscrivait le recours licite aux contre-mesures avait été réduite par l'apparition de méthodes plus appropriées et de procé-

⁹² République islamique d'Iran (*ibid.*, 25^e séance, par. 61) et Suisse (*ibid.*, par. 93).

⁹³ Sri Lanka (*ibid.*, 27^e séance, par. 4).

⁹⁴ Sri Lanka (*ibid.*).

⁹⁵ France (*ibid.*, 26^e séance, par. 5).

⁹⁶ *Ibid.*

dures adaptées aux besoins particuliers de certains groupes d'États⁹⁷. Toutefois, on n'a pas donné de détails sur la nature des « procédures adaptées » ou les petits groupes d'États parties à des arrangements de règlement réellement efficaces.

38. Malgré ces incertitudes, il semble que la plupart des représentants à la Sixième Commission se soient accordés à penser avec la majorité des membres de la Commission du droit international que les contre-mesures ont une place dans tout régime juridique de la responsabilité des États⁹⁸. Il a été reconnu que les mesures unilatérales étaient une conséquence de la structure imparfaite de la société internationale, qui n'avait pas encore réussi à établir un système centralisé efficace pour faire respecter le droit⁹⁹, si bien que les contre-mesures continueraient d'être nécessaires pendant longtemps encore pour faire face à des faits internationalement illicites¹⁰⁰. D'où la nécessité, que presque tous les orateurs qui sont intervenus à la Sixième Commission

⁹⁷ Uruguay (ibid., 27^e séance, par. 20). Parmi ces méthodes et procédures, certains représentants ont mentionné en particulier celles relatives au règlement pacifique des différends. Un représentant a fait observer, à cet égard, que l'on pourrait peut-être inclure, dans les procédures de règlement des différends existantes, des procédures supplémentaires et innovatrices, de manière qu'un État réputé avoir enfreint une obligation internationale ne puisse pas se soustraire au règlement des différends qu'il aura ainsi fait naître (Sri Lanka, ibid., par. 3); voir également Fédération de Russie (ibid., 28^e séance, par. 106) et Suisse (ibid., 25^e séance, par. 92). À ce propos, on a mentionné les conventions existantes dans le domaine de l'environnement et d'autres domaines, qui contenaient des dispositions concernant la surveillance de l'exécution des obligations conventionnelles par les États parties. L'idée de mesures conservatoires pourrait également être développée de manière qu'un État soit en mesure de protéger ses intérêts des conséquences d'un fait illicite d'un autre État jusqu'à ce que les différends qui se seraient fait jour soient résolus (Sri Lanka, ibid., 27^e séance, par. 7). L'attention a également été appelée sur les possibilités de protestations diplomatiques efficaces, bilatérales ou multilatérales, et de mesures de rétorsion n'équivalant pas à une violation d'une obligation internationale, possibilités qui, a-t-on dit, n'étaient pas négligeables et qui, si l'on y recourait, se révéleraient probablement efficaces (France, ibid., 26^e séance, par. 7). On a en outre souligné les possibilités qu'offraient les mécanismes collectifs de prévention et de réparation de faits internationalement illicites. Un représentant a dit, à cet égard, qu'à l'heure où des processus de désintégration entravaient le développement harmonieux de la communauté internationale, il importait non pas de conférer un statut juridique supérieur à des représailles décidées unilatéralement, mais de créer un champ juridique commun qui servirait de cadre à des actions collectives engagées par la communauté des nations en se fondant sur la Charte des Nations Unies et d'autres instruments universellement reconnus afin de prévenir et d'éliminer les conséquences d'actes internationalement illicites (Fédération de Russie, ibid., 28^e séance, par. 107).

⁹⁸ Voir les déclarations du Bélarus (ibid., 27^e séance, par. 81), du Brésil (ibid., 25^e séance, par. 39), de l'Espagne (ibid., 26^e séance, par. 74) et de la République islamique d'Iran (ibid., 25^e séance, par. 62).

⁹⁹ Voir les déclarations de l'Azerbaïdjan (ibid., 27^e séance, par. 33), du Bélarus (ibid., par. 80), du Danemark, au nom des pays nordiques (ibid., 25^e séance, par. 32), de l'Égypte (ibid., 30^e séance, par. 30), de l'Équateur (ibid., par. 49), de l'Italie (ibid., 29^e séance, par. 47), de la Pologne (ibid., 28^e séance, par. 78), de la République islamique d'Iran (ibid., 25^e séance, par. 62) et de la Tchécoslovaquie (ibid., par. 44).

¹⁰⁰ Voir les déclarations de l'Autriche (ibid., 26^e séance, par. 47), de la Chine (ibid., 25^e séance, par. 24), de l'Équateur (ibid., 30^e séance, par. 49), de l'Espagne (ibid., 26^e séance, par. 75), de la Hongrie (ibid., 28^e séance, par. 100), de l'Italie (ibid., 29^e séance, par. 47), du Japon (ibid., 26^e séance, par. 31), de la Jordanie (ibid., 28^e séance, par. 41), de la République islamique d'Iran (ibid., 25^e séance, par. 62) et de la Thaïlande (ibid., 27^e séance, par. 26).

ont soulignée, d'étudier soigneusement les conditions et les limitations à imposer concernant la portée d'une action coercitive unilatérale¹⁰¹.

3. LES DÉBATS DE 1984 ET 1985 SUR LE SUJET

39. Bien qu'elles soient moins explicites que celles de 1992, les observations formulées à la Sixième Commission en 1984 et 1985, au cours des trente-neuvième et quarantième sessions de l'Assemblée générale, ne doivent pas être négligées. Selon le résumé thématique de 1984 (A/CN.4/L.382),

Certains représentants ont dit qu'à leur avis la question des représailles devait être envisagée avec la plus grande prudence et le maximum de sauvegarde en raison des abus qui s'étaient produits. On a soutenu que le projet d'articles ne devrait pas traiter de la question des représailles. L'application du projet d'article 9 risquait de créer de graves incertitudes dans les relations internationales. Il y avait lieu, a-t-on dit, d'envisager de remplacer les représailles par des moyens de règlement pacifique. On a fait valoir que le règlement obligatoire des différends par des tiers était une condition sine qua non de l'application des dispositions du projet d'article 9*. Celles-ci pourraient sinon produire des situations intolérables* en raison du recours à des représailles qui étaient encore inadmissibles. (Par. 520.)

[...]

Un représentant a jugé qu'il fallait préciser quelque peu le projet d'article 10 qui semblait impliquer que les mesures de représailles devaient être considérées comme un moyen extrême de coercition qui ne pouvait être employé qu'après épuisement de tous les moyens internationaux de règlement pacifique des différends* auxquels l'État lésé pouvait avoir recours. Il semblait nécessaire de préciser si le projet d'article 10 était applicable à une situation si urgente que le recours à tout moyen de règlement pacifique des différends était impossible; il fallait également déterminer de quelle façon le projet d'article 10 pourrait être appliqué lorsqu'un État accusé d'être l'auteur d'un fait internationalement illicite en niait l'illicéité et même l'existence du différend. (Par. 526.)

[...]

Un représentant a demandé pourquoi l'alinéa b du paragraphe 2 de l'article 10 se référait, à titre exceptionnel, à un « État accusé d'avoir commis le fait internationalement illicite » [...] Il s'est demandé si ces divergences terminologiques étaient intentionnelles et il a noté que le règlement obligatoire des différends par des tiers paraissait une condition sine qua non de l'application du projet d'articles*. (Par. 529.)

40. Des représentants à la Sixième Commission ont de nouveau demandé instamment en 1985 que toute la question des contre-mesures et du règlement des différends soit traitée avec beaucoup de prudence¹⁰². Les avis exprimés peuvent être résumés comme suit : a) la légitimation des contre-mesures pourrait conduire à des abus et à des injustices; b) un régime sévère, rigoureux, devrait être envisagé pour les contre-mesures unilatérales.

¹⁰¹ Avec quelques différences de modulation, cette opinion était partagée par tous, à l'exception de ceux qui croient (comme on l'a noté plus haut au paragraphe 34) que le régime des contre-mesures ne relève pas du sujet de la responsabilité des États. Voir, par exemple, les déclarations de l'Algérie (ibid., 29^e séance, par. 70 et 71), de l'Autriche (ibid., 26^e séance, par. 47), de Bahreïn (ibid., par. 19), du Bélarus (ibid., 27^e séance, par. 80), du Brésil (ibid., 25^e séance, par. 39), de la Chine (ibid., par. 24), de Chypre (ibid., 21^e séance, par. 89), du Danemark, au nom des pays nordiques (ibid., 25^e séance, par. 32), de l'Égypte (ibid., 30^e séance, par. 30), de l'Espagne (ibid., 26^e séance, par. 75 et 76), des États-Unis (ibid., 27^e séance, par. 37), de l'Inde (ibid., 25^e séance, par. 72, 73 et 76), de l'Italie (ibid., 29^e séance, par. 47), du Japon (ibid., 26^e séance, par. 31 et 32), de la Jordanie (ibid., 28^e séance, par. 41), du Pakistan (ibid., 29^e séance, par. 62), de la Slovaquie (ibid., 26^e séance, par. 37), de la Suisse (ibid., 25^e séance, par. 93), de la Thaïlande (ibid., 27^e séance, par. 27 et 28), de la Tunisie (ibid., 30^e séance, par. 45) et du Venezuela (ibid., 27^e séance, par. 89).

¹⁰² Voir *supra* note 3.

les (quelques orateurs seulement ont soutenu que ces mesures devraient être complètement exclues); c) les procédures de règlement contribueraient de façon importante à réduire le risque d'abus et d'injustice (quelques orateurs ont été jusqu'à suggérer que ces procédures devraient être une solution de remplacement aux réactions unilatérales). En même temps, on a exprimé la crainte que l'obligation d'avoir épuisé préalablement les procédures de règlement des différends puisse injustement paralyser l'État présumé lésé à l'avantage de l'État présumé coupable d'une infraction. Dans l'ensemble, les débats de 1984 et 1985 à la Sixième Commission font clairement apparaître des doutes concernant la légitimation des contre-mesures. Mais ces doutes sont beaucoup moins marqués et systématiques et moins largement partagés.

4. CONCLUSION

41. Pour en revenir aux débats de 1992, on devrait tenir compte des divergences de vues qui se sont manifestées concernant la question de savoir si le régime juridique des contre-mesures devait être considéré comme une affaire de simple codification ou comme une affaire de développement progressif¹⁰³. Ces divergences tiennent moins au fond de la question qu'à l'angle sous lequel elle est abordée. Du point de vue du principe général de l'admissibilité, dans le passé et à l'heure actuelle, des réactions unilatérales, il semble qu'il n'y ait aucun doute que les contre-mesures soient fermement fondées sur le droit international coutumier. Du point de vue de la réglementation des réactions unilatérales, c'est à juste titre que l'on considère qu'il faut également faire œuvre de développement progressif dans ce domaine. Pour reprendre les termes d'un représentant,

on ne saurait... se contenter... d'une systématisation des règles existantes, au risque de *perpétuer un ordre décrié**. [On] devrait au contraire se départir... de ces précédents et *se lancer plus résolument dans la voie du renouveau tout en œuvrant au développement progressif du droit international afin de limiter le recours aux contre-mesures**¹⁰⁴.

42. La Sixième Commission semble donc avoir reconnu que :

a) Au moins à long terme, les contre-mesures doivent être remplacées par des moyens plus conformes à un juste régime de droit;

b) Le recours aux contre-mesures doit être limité; et

c) Surtout, les garanties contre l'abus des réactions unilatérales doivent être renforcées.

C. — Les dispositions relatives au règlement des différends en tant qu'élément du projet d'articles sur la responsabilité des États

1. UN SYSTÈME ADÉQUAT DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS, COMPLÈMENT INDISPENSABLE D'UN RÉGIME RÉGLEMENTANT LES RÉACTIONS UNILATÉRALES

43. Les aspects négatifs des contre-mesures, dénoncés presque unanimement par les membres de la CDI et les

représentants à la Sixième Commission, sont non seulement très réels mais extrêmement graves. Ils sont assez graves pour justifier, dans une certaine mesure, l'attitude de ceux — représentants de gouvernements ou juristes — qui estiment que les contre-mesures n'ont pas leur place dans un instrument de codification, même s'il s'agit de les soumettre à des conditions et à des limitations¹⁰⁵. Il ne faut pas oublier toutefois que les défauts qui ont été dénoncés peuvent tous, sans exception, être corrigés par un système adéquat de règlement des différends.

44. Il est, certes, parfaitement exact que les contre-mesures ne sont pas un « bon moyen de forcer [un] État [...] à entamer une procédure de règlement des différends ou à reconnaître sa faute et à la réparer »¹⁰⁶. Les contre-mesures constituent cependant un des moyens d'y parvenir, et la seule façon de pallier leurs inconvénients consiste précisément à persuader les gouvernements d'accepter de recourir à une procédure de règlement des différends, et en particulier de se soumettre à une forme

¹⁰⁵ Cette attitude fort compréhensible a un précédent dans l'histoire de la CDI elle-même. Lorsque la Commission a examiné, dans les années 60, le projet d'articles sur le droit des traités, la question s'est posée de savoir si la règle *inadimplenti non est adimplendum* devait s'étendre ou non aux cas où la réaction à la violation d'un traité donné constituait elle-même une violation d'autres traités (la question est examinée, notamment, par Forlani Picchio dans *La sanzione nel diritto internazionale*, 1974 (p. 81 à 85 et suiv.). Il s'agissait de savoir, dans ce cas, si les mesures de suspension à envisager dans ce qui devait devenir l'article 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités devaient être étendues par la Convention (au-delà de la règle stricte *inadimplenti non est adimplendum*) aux règles d'autres traités ou aux règles du droit international coutumier. La Commission a conclu, à tort ou à raison, que le projet d'articles sur le droit des traités ne devait pas envisager la suspension (par voie de réaction unilatérale) de règles quelconques d'autres traités ou du droit coutumier. Toutefois, cette conclusion n'était pas fondée sur le refus de reconnaître à un État la faculté de réagir à la violation d'un traité en ne se conformant pas à une obligation découlant d'un traité différent ou d'une règle du droit coutumier — faculté dont personne ne semblait contester l'existence en vertu du droit international général. Si la Commission a finalement estimé que le projet d'articles sur le droit des traités ne devait envisager que l'hypothèse d'une réaction constituant une violation du même traité (sinon de la même règle), c'est à cause de sa répugnance à évoquer la faculté d'exercer des représailles à titre de contre-mesures — question qu'elle a préféré ne pas aborder dans l'article considéré.

Comme le Rapporteur spécial d'alors, sir Humphrey Waldock, l'a indiqué dans son deuxième rapport sur le droit des traités (*Annuaire... 1963*, vol. II, p. 37, doc. A/CN.4/156 et Add.1 à 3), dans son commentaire sur ce qui était alors l'article 20 (Extinction ou suspension d'un traité à la suite de sa violation) :

« Le paragraphe 3 énonce les droits de la partie innocente en cas de violation importante d'un traité bilatéral. La partie innocente se voit accorder une option : elle peut soit dénoncer l'ensemble du traité ou en suspendre l'exécution, soit dénoncer uniquement la disposition qui a été violée par la partie en défaut ou en suspendre l'exécution. Ce dernier droit, comme le premier, résulte de l'application du principe « *inadimplenti non est adimplendum* », dont le juge Anzilotti a reconnu l'exactitude dans l'affaire des *Prises d'eau à la Meuse*. Ce droit peut fort bien aussi être fondé sur le droit d'user de représailles pacifiques et l'on peut soutenir, de ce point de vue, que la partie innocente peut suspendre l'exécution non pas nécessairement de la disposition qui a été violée mais d'une autre disposition qui présente un intérêt particulier pour la partie en défaut. Les termes employés au paragraphe 2 ne visent pas à exclure tous autres droits que peut avoir la partie innocente en matière de représailles; mais il nous a semblé qu'il valait mieux ne pas faire état du droit de représailles, en tant que tel, dans le présent article. » (Ibid., p. 80, par. 14 du commentaire.)

¹⁰⁶ Voir *supra* note 81.

¹⁰³ Le Danemark, au nom des pays nordiques (ibid., 25^e séance, par. 32).

¹⁰⁴ République islamique d'Iran (ibid., par. 63). Dans le même sens, Chili (ibid., 24^e séance, par. 42), Chine (ibid., 25^e séance, par. 23), Sri Lanka (ibid., 27^e séance, par. 1), Thaïlande (ibid., par. 29), Tchécoslovaquie (ibid., 25^e séance, par. 45).

quelconque de règlement par une tierce partie en tant que solution pouvant se substituer aux contre-mesures ou, du moins, en tant que méthode permettant d'évaluer l'admissibilité et la licéité des mesures unilatérales qui pourraient être prises.

45. Des considérations analogues s'appliquent aux autres aspects négatifs des contre-mesures (*supra* par. 32 à 37). L'inclusion, dans le projet, d'un système de règlement des différends adéquat et suffisamment efficace contribuerait de façon décisive à réduire au maximum ou à éliminer :

a) Le principal inconvénient représenté par le fait qu'un régime de réaction unilatérale de la part de l'État lésé donnerait « aux pays puissants ou riches l'avantage » au détriment des États plus faibles (*supra* par. 33);

b) Le danger que les contre-mesures enveniment les relations entre les parties et rendent ainsi ces dernières plus intransigeantes (*supra* par. 34).

La possibilité de recourir plus aisément à des procédures de règlement par une tierce partie ne pourrait que réduire, dans la mesure du possible, le déséquilibre résultant des inégalités de fait entre les États et donner aux parties la possibilité de « se calmer ».

46. Il ne fait aucun doute que des procédures adéquates de règlement des différends contribueraient aussi de façon décisive à rendre la pratique des contre-mesures — qui, de l'aveu général, correspond à « un stade inférieur de l'évolution des techniques juridiques » et « implique que l'on reconnaît l'imperfection de l'ordre juridique international » (*supra* par. 32) — plus compatible, ou moins incompatible, avec la primauté du droit dans les relations interétatiques. Le recours, par une partie, à des contre-mesures ouvrirait la voie, en cas d'objection, à une procédure de règlement par une tierce partie, qui aurait un effet dissuasif sur les États enclins à réagir ou à contre-réagir. La primauté du droit s'en trouverait renforcée, sinon garantie.

47. Il va également sans dire que la possibilité de recourir plus aisément à des procédures de règlement par une tierce partie rendrait en grande partie caduque la question de savoir si les contre-mesures sont, dans la pratique, une procédure suffisamment claire et bien comprise — compte tenu du fait qu'elles sont assujetties à des restrictions et des limitations complexes — pour être admise en tant que moyen licite de coercition (*supra* par. 33). Les questions que les États se sont avérés incapables d'élucider par eux-mêmes — unilatéralement ou bilatéralement — seraient réglées par des conciliateurs et des arbitres.

48. La nécessité de renforcer les procédures actuelles de règlement des différends en liaison avec le régime des contre-mesures a été soulignée par de nombreux membres de la Sixième Commission lors du débat que celle-ci a consacré en 1992 au rapport de la CDI¹⁰⁷. Seule une

petite minorité a estimé que le projet ne devait pas traiter du règlement des différends¹⁰⁸.

49. L'idée qu'il est indispensable de faciliter le recours à des procédures de règlement adéquates pour réduire au maximum les aspects négatifs des mesures unilatérales a été confirmée par les débats tenus à la CDI et à la Sixième Commission sur l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 12, proposé dans le quatrième rapport¹⁰⁹. La plupart des membres et des représentants se sont déclarés favorables à cette disposition. Il convient de noter, en particulier, les réactions positives du Chili, de la Pologne, de la République islamique d'Iran, de la Suisse et du Venezuela. Les représentants qui ont adopté le point de vue opposé étaient préoccupés soit par la nécessité d'épuiser *toutes* les procédures de règlement — dont certaines, comme la négociation, peuvent durer des années, pendant lesquelles il serait injuste d'obliger l'État lésé à s'abstenir de prendre des contre-mesures —, soit par la multiplicité des procédures existantes — telles qu'elles sont énumérées, par exemple, à l'Article 33 de la Charte des Nations Unies —, ce qui aurait pour effet, en l'absence d'indications relatives à un ordre de priorité, de prolonger le processus pendant des années.

50. Il convient toutefois de noter que ce risque, mentionné au paragraphe 49 *supra*, découlerait précisément de l'insuffisance des obligations en matière de règlement des différends. Certes, l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 12 aurait très probablement des effets regrettables en raison des abus auxquels peut donner lieu le principe de la « liberté de choix » prévu à l'Article 33 de la Charte. Mais c'est précisément pour éviter ce danger que des procédures efficaces de règlement par une tierce partie doivent être envisagées dans la troisième partie du projet. L'acceptation de ces procédures — avec la possibilité pour l'État auteur présumé du fait illicite de recourir unilatéralement à une tierce partie si l'État lésé prend des contre-mesures — supprimerait la possibilité d'abuser de la latitude offerte par le principe du libre choix et empêcherait un État auteur récalcitrant de se soustraire à ses obligations en recourant à des négociations sans fin ou à d'autres procédures interminables. Cette solution, dont il est question plus loin dans la section D (notamment aux paragraphes 64 et suiv.), répondrait aussi au souci exprimé à la Sixième Commission par un certain nombre de représentants (notamment ceux de l'Autriche, du Bélarus, de la Jordanie et du Maroc) qui voudraient que l'épuisement des procédures de recours soit une obligation « parallèle » plutôt qu'une condition à remplir *avant* de recourir à des contre-mesures. Comme on le verra dans la section D, c'est là précisément un des éléments de la solution proposée. Une fois que cette solution aura été acceptée dans la troisième partie, l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 12 de la deuxième partie devra être modifié en conséquence.

51. Il s'ensuit qu'un des éléments les plus importants du régime des contre-mesures est précisément — comme on l'a fait observer lors du débat à la session précé-

¹⁰⁷ Voir notamment les déclarations du Bélarus (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Sixième Commission*, 27^e séance, par. 80), du Danemark, au nom des pays nordiques (*ibid.*, 25^e séance, par. 32 et 33), de l'Égypte (*ibid.*, 30^e séance, par. 31), de la Fédération de Russie (*ibid.*, 28^e séance, par. 106), du Japon (*ibid.*, 26^e séance, par. 31), de la Jordanie (*ibid.*, 28^e séance, par. 42), de la Slovaquie (*ibid.*, 26^e séance, par. 38), de Sri Lanka (*ibid.*, 27^e séance, par. 7) et de la Suisse (*ibid.*, 25^e séance, par. 92).

¹⁰⁸ États-Unis d'Amérique (*ibid.*, 27^e séance, par. 37) et Italie (*ibid.*, 29^e séance, par. 46).

¹⁰⁹ Pour le texte, voir *Annuaire... 1992*, vol. II (2^e partie), p. 28, note 61.

dente¹¹⁰ — l'inclusion, dans la troisième partie, d'une série de dispositions prévoyant des procédures efficaces de règlement des différends. Les règles concernant les conditions et les restrictions auxquelles est soumis le recours aux contre-mesures ont manifestement pour objet d'assurer la licéité de la réaction unilatérale tout en maintenant cette faculté dans des limites acceptables aussi bien qu'indispensables. Une de ces limites, aux termes de l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 12 proposé dans le quatrième rapport, est la condition de l'épuisement préalable des procédures de règlement des différends dont les parties disposent en vertu d'instruments autres que le projet lui-même. La troisième partie du projet doit avoir précisément pour objet de permettre aux parties de disposer sans restriction de procédures adéquates de règlement des différends — à un stade qui sera précisé plus loin (voir sect. D, par. 62 et suiv., en particulier par. 63 et 75 à 77) —, même lorsque aucun arrangement relatif au règlement des différends en vigueur entre les parties ne prévoit la possibilité, avec ou sans restrictions, de recourir à de telles procédures. Une disposition permettant aux États de disposer de procédures adéquates de règlement des différends contrebalancerait l'inclusion, dans le projet, d'un régime juridique des mesures unilatérales. Elle compléterait les dispositions qui se bornent à réglementer le recours à de telles mesures en fournissant aux États une solution de remplacement, plus fiable et plus efficace que les contre-mesures, ou en les dissuadant d'abuser de ces dernières.

2. AUTRES RAISONS DE PRÉVOIR DANS LE PROJET D'ARTICLES UN SYSTÈME EFFICACE DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

52. Des dispositions efficaces de règlement des différends seraient utiles à bien des égards.

53. Premièrement, elles réduiraient, dans l'intérêt de la justice, le risque d'un recours à des contre-mesures injustifiées ou à d'autres égards illicites de la part des États lésés. Un tel résultat risque fort de décevoir les représentants relativement peu nombreux qui, pour des raisons bien compréhensibles mais dans un esprit peut-être trop conservateur, se sont opposés à l'idée de codifier le droit des contre-mesures, non parce qu'ils doutaient de la légitimité des mesures unilatérales, mais parce qu'ils avaient de la peine à accepter que la faculté des États de recourir à des représailles soit assujettie à des limitations et à des conditions. L'inclusion, dans le projet, de dispositions relatives au règlement des différends, loin d'aller dans le sens de cette minorité, répondrait au contraire, et de la manière la plus équitable, au souci de la grande majorité des membres de la CDI et des représentants à la Sixième Commission. Il s'agit de ceux qui, comme nous l'avons rappelé, ont mis en question, sinon la légitimité des contre-mesures dans l'état actuel du droit international, du moins l'opportunité d'élaborer, par voie de codification et de développement progressif du droit, un régime juridique de contre-mesures qui, si strict soit-il, pourrait être considéré comme la perpétuation de méthodes incompatibles avec la justice et l'égalité souveraine des États. Mais aussi et surtout, il s'agit de tous ceux qui ont

dénoncé les aspects négatifs d'un régime de mesures unilatérales en demandant qu'ils soient réduits au minimum grâce à l'emploi de méthodes plus compatibles avec la primauté du droit dans le système interétatique. Comme nous l'avons noté à la quarante-quatrième session de la Commission, en répondant aux objections de ces derniers, une réglementation stricte des contre-mesures est, dans tous les cas, indispensable au respect du droit international, mais l'inclusion dans le projet d'un système efficace de règlement des différends est également indispensable pour corriger les défauts inévitables d'un système de mise en œuvre qui reposera inévitablement, pendant encore un certain temps, sur des réactions unilatérales à la violation d'obligations internationales.

54. Deuxièmement, il est certain qu'un système efficace de règlement des différends, en même temps qu'il réduira les frictions et les conflits entre l'État lésé et l'État auteur de la violation, permettra aux parties en cause de parvenir à un règlement plus équilibré et plus équitable. Les solutions obtenues par voie de conciliation, d'enquête, d'arbitrage ou de règlement judiciaire seraient, selon toute probabilité, plus justes — ou moins injustes —, dans l'ensemble, que celles obtenues par le simple recours à des mesures unilatérales de coercition.

55. Troisièmement, il ne faut pas négliger les avantages qu'un système efficace de règlement des différends présenterait à la fois pour les victimes et pour les auteurs d'un fait illicite¹¹¹.

56. En tant que victime potentielle de violations du droit, tout État respectueux du droit a intérêt à trouver dans le projet sur la responsabilité internationale, à côté des règles concernant sa faculté de recourir à des contre-mesures, des dispositions complémentaires relatives au règlement des différends qui lui permettraient, du moins dans une certaine mesure, de ne pas devoir compter exclusivement, en dernier recours, sur sa propre capacité de réagir unilatéralement de façon efficace — solution qui, à supposer qu'elle soit possible, risque fort de s'avérer coûteuse et d'une efficacité incertaine¹¹².

57. En tant qu'auteur potentiel d'un fait illicite, tout État devrait aussi accueillir avec satisfaction la présence, dans le projet, de dispositions relatives au règlement des différends qui lui permettraient de mieux se défendre devant une instance de règlement par une tierce partie en contestant l'admissibilité ou la licéité d'une contre-mesure dirigée contre lui, au lieu d'être forcé d'accepter la décision unilatérale d'un ou de plusieurs États lésés et d'être réduit à sa propre capacité de réaction, qui est peut-être limitée.

58. Dans la mesure où il peut être un jour victime ou auteur, tout État respectueux du droit doit aussi considérer que, comme les représailles armées ont été bannies à juste titre, les mesures encore permises sont essentielle-

¹¹⁰ Voir Arangio-Ruiz (*Annuaire... 1992*, vol. I, 2267^e et 2283^e séances).

¹¹¹ Ce n'est pas manquer de réalisme que d'espérer que, grâce à l'adoption de procédures efficaces de règlement par une tierce partie, la conciliation et l'arbitrage se substitueront progressivement aux représailles unilatérales — qui restent la règle chaque fois que des questions de responsabilité des États ne sont pas réglées dès le début par voie d'accord.

¹¹² Voir *infra* par. 58.

ment d'ordre économique. Or, vu l'interdépendance économique actuelle des États et des peuples, l'adoption de contre-mesures économiques risque d'avoir des répercussions néfastes non seulement sur l'économie de l'État auteur de la violation — *et* sur sa population —, mais aussi sur l'économie de l'État lésé lui-même, et également sur sa population. De ce fait, il sera souvent difficile, pour un État lésé, de recourir à une mesure d'ordre économique — en l'absence de toute alternative. Des situations de ce genre peuvent devenir extrêmement graves pour un État lésé qui se trouve dans une situation économique difficile. En fait, on a envisagé, dans la doctrine, la possibilité qu'une situation de dépendance économique — qui n'est pas nécessairement limitée à une inégalité entre les parties — constitue un obstacle à l'adoption de mesures à l'encontre de l'auteur d'un fait internationalement illicite¹¹³. Un système efficace de règlement semble être le seul remède raisonnable dans l'intérêt non seulement des États, mais aussi — et surtout — de leurs peuples¹¹⁴.

59. Les considérations qui précèdent sont d'autant plus déterminantes que, vu la nature des procédures à adopter — conciliation, enquête et arbitrage avec règlement judiciaire en dernier recours pour les problèmes spéciaux (voir *infra* par. 69 à 71) —, les deux parties au différend participeraient à la désignation des membres de l'organe constituant la tierce partie. Il s'ensuit que cette tierce partie serait certainement moins partielle qu'un des États parties au différend.

60. Il est probable qu'un système efficace de règlement des différends présenterait aussi les avantages suivants :

- a) Lorsqu'il y a plusieurs États lésés :
 - i) Il réduirait les difficultés inhérentes à cette pluralité — et aussi, éventuellement, à la diversité des États lésés et à l'incompatibilité de leurs demandes sur le fond;
 - ii) Il permettrait d'obtenir plus facilement une réaction collective (sous forme de contre-mesures ou autrement) de la part de divers États également ou

inégalement affectés par la violation, notamment en cas de violation d'obligations internationales dans le domaine des droits de l'homme ou de la protection de l'environnement;

b) Lorsqu'il y a plusieurs États auteurs, il permettrait de déterminer plus facilement la responsabilité de chaque État;

c) Enfin, en cas de violation d'un traité multilatéral, il permettrait de concilier plus aisément les intérêts, les attitudes et les comportements des divers États parties au traité.

Les points *a*, *b* et *c* seront développés à un stade ultérieur.

61. Il est aussi important de noter qu'un système efficace de règlement des différends permettrait probablement à l'avenir, pour les violations les plus graves — qu'elles soient qualifiées de « crimes » ou simplement de « délits » graves —, de ne pas être forcé de recourir exclusivement à des solutions qui ne paraissent pas tout à fait conformes aux exigences du développement progressif du droit dans ce domaine délicat. Une solution consiste, semble-t-il, à s'en remettre à la réaction d'un petit nombre d'États, généralement occidentaux, capables et désireux de réagir à la violation d'une règle *erga omnes* — réaction qui, pour être « concertée » et peut-être justifiée, n'en est pas moins unilatérale et « incontrôlée ». Une autre solution consiste à recourir à des instances politiques. L'action de ces instances s'est avérée jusqu'ici non seulement indispensable mais, pour l'essentiel, bénéfique et, en tout cas, plus « contrôlée » grâce à l'existence d'un instrument constitutif universel ou régional. Toutefois, lorsque les instances politiques ne sont pas paralysées par l'impossibilité d'obtenir la majorité requise, elles risquent d'être influencées par le jeu des forces politiques; et, comme elles doivent réagir à toutes les situations, elles risquent d'être amenées à outrepasser le mandat qui leur a été confié. Le renforcement des procédures de règlement par une tierce partie, dans le domaine de la responsabilité des États, déchargerait les organes politiques de celles de leurs fonctions qui relèvent plutôt d'organes judiciaires. Mais cette question sera abordée plus loin, lorsque seront examinées les conséquences des « crimes » internationaux des États, envisagées dans le projet d'article 19 de la première partie (voir *infra* chap. II).

D. — Solutions recommandées

1. INTRODUCTION

62. Pour les raisons impérieuses exposées dans les sections précédentes, la Commission devrait, semble-t-il, faire un pas en avant et s'éloigner des solutions qu'elle a envisagées jusqu'à présent. Pour limiter comme il convient les aspects négatifs des contre-mesures unilatérales, examinés dans la section C, il serait tout à fait insuffisant de prévoir qu'en cas d'objection à une contre-mesure, la question sera portée devant une commission de conciliation. Même si l'avis rendu par un tel organe pouvait sans aucun doute faciliter dans certains cas le règlement du différend entre l'État lésé et l'État auteur, le caractère non obligatoire de l'avis issu de la conciliation

¹¹³ Voir, par exemple, Hofmann, « Zur Unterscheidung Verbrechen und Delikt im Bereich der Staatenverantwortlichkeit », p. 229 :

« Il est hors de doute que le danger d'abus est implicite dans le droit de recourir unilatéralement à des représailles non violentes, qui est inhérent à chaque État; mais ce danger est déjà considérablement réduit par les conditions que le droit international général impose en ce qui concerne l'admissibilité et le type de représailles. En outre, il est probable que le risque de représailles inconsidérées est atténué par le fait que les représailles revêtiront essentiellement la forme d'une rupture ou d'une restriction des relations commerciales et, de ce fait, entraîneront aussi une perte pour l'État qui y a recours. »

¹¹⁴ Il convient de rappeler à cet égard que lors de la réunion de la CSCE sur le règlement des différends, qui s'est tenue à Montreux en 1978, un des principaux arguments opposés par certaines délégations aux propositions tendant à établir, à l'intention des États participant à la CSCE, des procédures de règlement par une tierce partie (procédures qu'il faut distinguer des formes les plus rudimentaires de consultation) était que seul un gouvernement « du peuple » était qualifié pour déterminer et protéger, en cas de différend international, les intérêts du peuple qu'il représentait. On ne pouvait pas faire confiance à des arbitres ou à des conciliateurs « neutres » ou appartenant à une tierce partie, même s'ils étaient choisis par les gouvernements parties au litige. Les gouvernements de la CSCE semblent maintenant s'être ravisés.

rendrait cette méthode insuffisante dès lors qu'il s'agirait de corriger les aspects négatifs des contre-mesures unilatérales. La solution proposée en 1986 par M. Riphagen à l'alinéa c du projet d'article 4 — les alinéas a et b étant pour l'instant laissés de côté — ne pourrait donc que gagner à être complétée par des procédures plus complètes de règlement par tierce partie.

63. Commençons cependant par examiner les différentes modalités selon lesquelles les procédures de règlement (et les obligations correspondantes des parties contractantes) entreraient en jeu dans l'application d'une convention sur la responsabilité des États. Il s'agit en l'occurrence, d'une part, de la manière dont les obligations de règlement sont actuellement envisagées à l'alinéa a du paragraphe 1 du projet d'article 12, tel qu'il a été proposé dans le quatrième rapport, et, d'autre part, de la façon dont elles devraient l'être dans la troisième partie et peut-être dans cet alinéa a lui-même. On songe en particulier aux diverses conséquences que ces obligations de règlement pourraient avoir sur la faculté de l'État lésé d'appliquer des contre-mesures.

64. On remarquera à ce sujet que, en demandant à l'État lésé de ne pas recourir à des contre-mesures avant d'avoir épuisé les procédures de règlement « disponibles », l'alinéa a du paragraphe 1 du projet d'article 12 ne vise que les procédures de règlement auxquelles les parties peuvent recourir conformément à des règles internationales *autres* que celles qui seront directement prévues dans la future convention sur la responsabilité des États. En effet, cette disposition n'impose pas à l'État lésé une procédure *déterminée* de règlement comme condition du recours à des contre-mesures : elle exige seulement que soient épuisées les procédures « disponibles » en vertu de certaines obligations juridiques, antérieures au différend ou contractées par la suite. Tout, par conséquent, dépend de la situation qui existe entre l'État présumé lésé et l'État présumé auteur pour ce qui est des moyens de règlement du différend, et de l'évolution éventuelle de cette situation.

65. Or, on sait que ces procédures de règlement vont des formes les plus rudimentaires de négociation-consultation (avec éventuellement le concours d'une mission de bons offices ou de médiation) à la conciliation, à l'arbitrage, au règlement judiciaire, aux arrangements régionaux et aux moyens prévus au Chapitre VI de la Charte des Nations Unies. Et il est évident que la multiplicité des moyens énumérés à l'Article 33 de la Charte, associée à la règle de la « liberté de choix », permet très difficilement de dire quels sont les moyens de règlement — et notamment les moyens *efficaces* — dont un État lésé dispose *in concreto* face à un État qui viole la loi à un moment donné, et en cas de violation d'obligations primaires ou secondaires spécifiques. Sans doute faudrait-il, pour parvenir à plus de précision, passer du domaine des systèmes ou des traités multilatéraux au domaine des instruments bilatéraux plus spécifiques — traités de règlement des différends et clauses compromissoires — qui sont en vigueur entre tel ou tel État. Mais, même alors, le degré de « disponibilité » varie selon chaque cas. Les traités ou les clauses conventionnelles qui établissent des obligations de règlement sont en effet extrêmement différents (*ratione personarum, materiae et temporis*) selon qu'ils prévoient des procédures

pouvant être déclenchées unilatéralement (possibilité maximale du point de vue de la « disponibilité ») ou des procédures dont la mise en œuvre exige au contraire la conclusion, dans chaque cas d'espèce, d'un compromis (*special agreement*) postérieur au différend. Évaluer la « disponibilité », dans ce dernier cas, n'est pas chose facile, tant s'en faut, même à l'égard de deux États donnés, l'un lésé, l'autre auteur. Beaucoup de choses dépendent aussi de la volonté de chaque État de recourir, une fois qu'un litige concret a surgi, à la conciliation, à l'arbitrage ou au règlement judiciaire, dès lors qu'il n'est pas prévu de procédure unilatérale automatique. Vu les variables en cause (*ratione personarum, materiae ou temporis*), seul un mathématicien très doué — ou un magicien — oserait tenter de déterminer le degré approximatif de « disponibilité » des procédures de règlement entre deux États donnés à un moment donné.

66. En d'autres termes, l'alinéa a du paragraphe 1 du projet d'article 12, en énonçant la condition de l'indispensable « épuisement » des moyens de recours, ne fait que mentionner les moyens de règlement, sans les prescrire directement. Il est donc exclu que cet article suffise pour déterminer comment cette condition peut être satisfaite par un État, en tant qu'État lésé, dans sa relation avec d'autres États en tant qu'États auteurs. Ce n'est que dans chaque cas d'espèce qu'il sera possible de décider si des procédures plus ou moins efficaces de règlement sont ou étaient « disponibles », interdisant ainsi à l'État lésé, aux termes d'une disposition comme celle de l'alinéa a du paragraphe 1 du projet d'article 12, de recourir à des contre-mesures. De plus, le type même de contre-mesure en cause peut avoir des conséquences importantes sur la question. C'est donc uniquement dans chaque cas d'espèce, compte tenu des instruments multilatéraux ou bilatéraux en vigueur et de l'« inclination » effective de l'État présumé auteur — pour ne pas parler de l'État présumé lésé lui-même, — qu'on pourra dire si ce dernier a satisfait à la condition de l'épuisement des moyens de recours¹¹⁵. Bien entendu, la situation sera plus claire si l'État lésé peut se prévaloir d'un lien juridictionnel permettant la saisine unilatérale de la CIJ : en pareil cas, il paraît relativement facile de décider que l'État lésé ne pouvait recourir légitimement à des contre-mesures à moins d'avoir obtenu de la Cour une ordonnance de mesures conservatoires ou une décision sur le fond à laquelle l'État auteur ne se serait pas conformé. Encore faudrait-il, même dans ce cas, permettre des exceptions si une mesure d'urgence s'avérait nécessaire pour sauver des vies humaines ou mettre fin à des souffrances, ou pour éviter tout autre préjudice irréparable.

67. Il existe évidemment un moyen « législatif » de limiter les variables, la liberté de choix, les incertitudes et

¹¹⁵ Tout ce qu'on peut dire d'une manière générale, c'est que, dans la plupart des cas, la négociation-consultation est le premier (et peut-être le seul) moyen de règlement disponible. Il arrive que l'on rencontre des formes plus ou moins avancées de conciliation ou d'arbitrage, mais qui sont rarement susceptibles d'être mises en route sur une décision unilatérale. Les cas de règlement judiciaire obligatoire en vertu du paragraphe 2 de l'Article 36 du Statut de la CIJ, ou en vertu d'instruments équivalents prévoyant la saisine unilatérale de la Cour sont encore plus rares. À l'exception de ce dernier cas, peu fréquent ou rare, la plupart des situations appelleront, du moins au départ, une appréciation unilatérale des conditions de « disponibilité » et d'« épuisement » des moyens de recours.

les risques d'abus des contre-mesures — abus qui se produisent principalement, encore que non exclusivement, au détriment des faibles et au profit des puissants. Ce moyen consisterait à remplacer les dispositions qui se contentent de faire état des obligations de règlement des différends qui découlent de sources *autres* que la future convention sur la responsabilité des États — comme le fait l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 12 — par des dispositions qui énonceraient *explicitement* l'obligation d'épuiser des procédures *déterminées* comme condition du recours aux contre-mesures¹¹⁶. Plus les procédures adoptées par la Commission seront complètes, plus le développement progressif du droit dans le domaine de la responsabilité des États et du règlement des différends fera des progrès. Le « droit » d'appréciation unilatérale de l'État lésé se trouverait ainsi réduit en fonction directe de l'efficacité plus ou moins accrue des procédures expressément prévues dans la convention. Et la faculté de recourir à des contre-mesures serait également réduite en fonction directe de ce degré d'efficacité.

68. La solution suggérée dans le paragraphe précédent, qui est certainement le meilleur moyen de se rapprocher, dans la mesure du possible, de la *solution théoriquement idéale*, consisterait à introduire dans le projet d'articles — soit dans la troisième partie, soit dans la deuxième partie elle-même — un système structuré de procédures de règlement par tierce partie débouchant, à défaut d'accord, sur une décision contraignante rendue par tierce partie, *et à modifier en même temps* l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 12, de manière à *faire dépendre la licéité du recours aux contre-mesures* — hormis les mesures conservatoires ou les mesures d'avertissement envisagées au paragraphe 2 du même projet d'article — *de l'existence de ladite décision contraignante rendue par tierce partie*. Dans un tel système, un État A pourrait légitimement recourir à des contre-mesures contre un État B, au sens du projet d'article 11¹¹⁷, exclusivement ou presque exclusivement pour contraindre l'État B à se conformer à une sentence arbitrale ou à un arrêt de la CIJ constatant qu'il a violé une ou plusieurs de ses obligations primaires ou secondaires envers l'État A. Encore que, même dans ce cas, les contre-mesures risquant de demeurer le principal instrument de contrainte faute d'arrangements institutionnels appropriés, on n'y aurait recours qu'*après* qu'une décision contraignante aurait été rendue par tierce partie. La justice et l'égalité en seraient assurément mieux sauvegardées. Si tel était le désir de la Commission, il serait parfaitement possible de présenter les projets d'articles qui seraient nécessaires pour faire faire un tel bond au développement du droit international¹¹⁸.

69. Lors de l'élaboration du présent rapport, il a été tenu compte du fait que la solution envisagée dans le paragraphe précédent risque de ne pas rencontrer l'agrément

¹¹⁶ On pourrait, par exemple, imposer à l'État présumé lésé l'obligation de proposer une procédure de règlement, obligatoire ou non, par tierce partie, et aussi de soumettre à celle-ci ses conclusions après acceptation de cette procédure par l'État présumé fautif.

¹¹⁷ Voir *supra* note 109.

¹¹⁸ Malheureusement, les conditions d'un tel progrès ont peu de chances de se trouver réunies avant la fin de la Décennie des Nations Unies pour le droit international, ni même dans un avenir prévisible.

de la majorité des membres de la Commission. Sans exclure d'aller plus loin sur la voie du développement progressif du droit, si la Commission s'y montre disposée, une autre solution est donc proposée, moins téméraire, bien que plus audacieuse que la proposition faite en 1986¹¹⁹, et qui consisterait, comme il est expliqué plus en détail au paragraphe 2 de la section D ci-après :

a) À laisser l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 12 sous sa forme actuelle, à savoir celle d'une disposition *faisant état* des obligations de règlement, *mais ne les créant pas*;

b) À renforcer, dans la troisième partie, la procédure de conciliation non contraignante proposée par le précédent Rapporteur spécial en 1986, en y ajoutant des procédures d'arbitrage et de règlement judiciaire qui ne porteraient pas directement atteinte à la prérogative de l'État lésé d'appliquer des contre-mesures. Comme on le verra *infra* au paragraphe 86, il ne serait porté atteinte à cette prérogative que « dans l'esprit » de l'État lésé, en ce sens que cet État *saurait* que le recours à une contre-mesure l'expose au risque que la licéité de sa réaction soit vérifiée par tierce partie.

Toutefois, toute initiative que les membres de la Commission pourraient suggérer et qui irait dans le sens des solutions novatrices envisagées dans les deux paragraphes précédents serait la bienvenue.

2. PROPOSITION : UN SYSTÈME DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS EN TROIS PHASES

70. La solution soumise à l'examen de la Commission consiste en une procédure de règlement obligatoire des différends par tierce partie, qui ne serait engagée qu'après le recours à une contre-mesure supposée conforme aux projets d'articles 11 et 12 de la deuxième partie, et après naissance d'un différend sur la justification et la licéité de cette contre-mesure. Ce système de règlement des différends en trois phases, découlant des six projets d'articles proposés pour la troisième partie et de l'annexe s'y rapportant, est exposé ci-après¹²⁰.

a) Première phase : la conciliation

71. La première phase serait une procédure de conciliation analogue à celle envisagée dans la proposition de 1986. Chaque partie à la relation ou relation présumée de responsabilité serait en droit de recourir à une telle procédure après qu'un État présumé lésé aurait appliqué une contre-mesure et dès lors que deux conditions primaires — ou deux conditions secondaires — seraient réunies. Les conditions primaires seraient : a) que l'État présumé lésé ait eu recours à une contre-mesure; et b) qu'un différend ait surgi après que l'État présumé auteur eut formulé une protestation ou manifesté une autre réaction. Les conditions secondaires seraient que le différend n'ait ni été réglé dans un délai de quatre mois à compter de la date à laquelle la contre-mesure a été appliquée, ni fait l'objet, dans le même délai, d'une procédure de règlement obligatoire par tierce partie¹²¹.

¹¹⁹ Voir le septième rapport de M. Riphagen (*supra* note 38).

¹²⁰ Pour le texte des projets d'articles, voir la section F.

¹²¹ Ces procédures de règlement obligatoire par tierce partie feraient appel à un tribunal arbitral ou à la CIJ.

72. La commission de conciliation serait constituée sur l'initiative unilatérale de l'une ou l'autre partie conformément aux dispositions énoncées dans une annexe, en partie analogue à celle proposée par M. Riphagen en 1986¹²². Outre le rôle habituel des commissions de conciliation, et sans préjudice du strict caractère de recommandation du rapport final qui serait présenté, la commission de conciliation serait chargée notamment, sur la base du projet d'article 2 de la troisième partie (voir sect. F *infra*, par. 106) :

a) De se prononcer sur toute question de fait ou de droit qui pourrait être pertinente en vertu de l'une quelconque des dispositions de la future convention sur la responsabilité des États, y compris, le cas échéant, en se déplaçant sur les lieux;

b) D'ordonner la suspension de toute contre-mesure à laquelle l'une ou l'autre partie aurait eu recours;

c) D'ordonner des mesures conservatoires provisoires.

b) *Deuxième phase : l'arbitrage*

73. L'arbitrage serait envisagé dans certaines circonstances, conformément au projet d'article 3 :

a) Soit dans le cas où la création ou le fonctionnement de la commission de conciliation, dans un délai de trois mois à compter de la date de présentation, par l'une ou l'autre partie, d'une demande de conciliation, se serait heurté à un obstacle quelconque;

b) Soit dans le cas où les parties ne seraient pas parvenues à un règlement dans un délai de quatre mois à compter de la date de présentation du rapport final de la commission de conciliation.

74. Le tribunal arbitral serait constitué conformément aux dispositions de l'annexe. Il serait appelé à trancher, avec effet obligatoire, les questions de fait ou de droit qui pourraient être pertinentes en vertu de toute disposition des articles sur la responsabilité des États, dans un délai soit de dix mois à compter de la date de sa création, soit de six mois à compter de la date de présentation, par les parties, de l'ensemble de leurs conclusions écrites et orales. Le tribunal serait habilité *a fortiori* à exercer les fonctions expressément attribuées à la commission de conciliation en vertu du projet d'article 4 (voir *supra* par. 72).

c) *Troisième phase : le règlement judiciaire*

75. Sous réserve de toute autre possibilité envisageable dans le cadre du régime applicable aux « crimes et délits internationaux » (projet d'article 19 de la première partie), le règlement judiciaire ne devrait être envisagé qu'en dernier ressort, dans les cas particuliers prévus dans le projet d'article 5. Deux de ces cas seraient les suivants :

a) Le manquement, pour quelque raison que ce soit, à l'obligation de constituer le tribunal arbitral, à moins que le différend ne soit réglé par d'autres moyens dans

un délai de six mois à compter de la date de ce manquement;

b) Le manquement du tribunal arbitral à l'obligation de rendre une sentence dans le délai prescrit de dix ou de six mois.

Dans ces cas, chaque partie pourrait unilatéralement saisir la CIJ.

76. La compétence de la CIJ devrait également être envisagée en cas d'excès de pouvoir ou de violation d'un principe fondamental de la procédure d'arbitrage de la part du tribunal arbitral. Chaque partie serait en droit de soumettre ces cas à la CIJ par requête unilatérale en vertu du projet d'article 6.

77. Comme le tribunal arbitral, la CIJ serait habilitée à exercer, dans l'affaire dont elle serait saisie, chacune des fonctions envisagées *supra* au paragraphe 72 pour la commission de conciliation, ces fonctions n'étant pas incompatibles avec le Statut de la Cour, même si elles n'y sont pas nécessairement prévues.

78. Les délais indiqués pour chacune des trois phases le sont à titre purement indicatif.

3. PRINCIPALES CARACTÉRISTIQUES DE LA SOLUTION PROPOSÉE : LES PROCÉDURES DE RÈGLEMENT PAR TIERCE PARTIE EN TANT QUE MOYEN DE REMÉDIER AUX ASPECTS NÉGATIFS DU SYSTÈME DE RÉACTION UNILATÉRALE ACTUELLEMENT INÉLUCTABLE

79. Le système proposé de règlement des différends présente trois caractéristiques essentielles.

80. Sa caractéristique principale est que, faute de règlement à un stade quelconque, il conduirait, sans notablement entraver le choix d'une autre procédure de règlement par les parties, à un règlement obligatoire du différend. En fait, le choix de la procédure de règlement par les parties ne se heurte qu'à deux limitations. La première tient au fait qu'il peut y avoir demande unilatérale de conciliation, présentée aux conditions indiquées plus haut (par. 71), si le différend qui a surgi postérieurement à la contre-mesure n'est pas réglé ou n'a pas fait l'objet d'une procédure de règlement obligatoire par tierce partie dans un délai de quatre mois à compter de la date de mise en application de la contre-mesure. Il se peut que ce délai soit plus court que les délais prévus dans les accords ou les arrangements en vigueur entre les parties, et qu'en ce sens il soit en contradiction avec eux. Nous pensons toutefois que la présence, dans le projet d'articles, d'une règle plus stricte, c'est-à-dire fixant un délai plus court pour le règlement du différend ou le recours à une procédure de règlement par tierce partie, apporte une limitation raisonnable, et en tant que telle acceptable, au principe du « libre choix » qui est énoncé à l'Article 33 de la Charte et qui, à défaut de cette limitation, pourrait se prêter à des interprétations excessivement généreuses¹²³.

81. La deuxième limitation apportée à la liberté de choix des parties serait évidemment le fait même de pré-

¹²² Voir le septième rapport de M. Riphagen (*supra* note 38) et *infra* note 167.

¹²³ Il pourrait, par exemple, y avoir contradiction avec la procédure de conciliation prévue dans la Convention de Vienne sur le droit des traités.

voir une procédure de conciliation déterminée, à savoir une procédure devant être engagée conformément au projet d'article premier de la troisième partie et à l'annexe. Cette procédure pourrait, elle aussi, ne pas être conforme à tel ou tel arrangement permanent ou spécial conclu par les parties entre elles, et aux termes duquel chaque partie pourrait, par exemple, recourir à une commission de conciliation d'un type différent, constituée selon des modalités différentes ou dotée de pouvoirs différents. Mais, là encore, nous estimons que la règle proposée pour la troisième partie du projet d'articles devrait l'emporter sur les règles moins rigoureuses qui se trouveraient être en vigueur entre les parties. L'application effective des articles sur la responsabilité des États y gagnerait.

82. La deuxième caractéristique essentielle de la solution proposée — la plus importante si l'on en évalue les possibilités d'application — réside dans le fait que les procédures de règlement à incorporer dans le projet d'articles ne sont pas de nature à réduire directement et de façon significative la faculté de l'État lésé de recourir à des contre-mesures contre un État qui lui paraît avoir violé l'un de ses droits. Sans doute, la licéité des contre-mesures reste-t-elle subordonnée à certaines conditions fondamentales, telles que l'existence d'un fait internationalement illicite, l'attribution de ce fait à un État donné et les autres conditions et limitations énoncées dans les projets d'articles 11 à 14 de la deuxième partie. Mais la faculté d'apprécier l'existence des conditions nécessaires et la conformité des contre-mesures proposées avec les conditions et limitations exposées dans les projets d'articles 11 à 14 demeurerait, en principe, une prérogative qu'il appartiendrait à l'État lésé lui-même d'exercer unilatéralement, encore qu'à ses risques et sous réserve de tout accord contraire en vigueur entre les parties. La présence — en tant que troisième partie du projet d'articles — des dispositions proposées pour un règlement obligatoire en trois phases par tierce partie ne porterait donc pas directement atteinte à la faculté exercée par l'État lésé lorsqu'il décide de recourir à des contre-mesures. Simplement, les procédures de règlement proposées interviendraient après ces décisions de l'État lésé, dans le but de régler, en temps voulu et avec l'efficacité nécessaire, tout différend entre les parties à la relation de responsabilité, y compris évidemment toute question de fait ou de droit qui pourrait être pertinente en vertu de telle ou telle disposition des articles sur la responsabilité des États.

83. Il convient de souligner ce dernier point pour éviter tout malentendu éventuel. Le « mécanisme déclencheur » des obligations de règlement qui incomberaient aux parties en vertu de la troisième partie proposée ne serait constitué ni par la violation alléguée d'une règle primaire ou secondaire de droit coutumier ou de droit conventionnel, ni par le différend auquel pourrait donner naissance l'allégation contestée d'une telle violation. Seul le différend né du recours contesté à une contre-mesure par l'État présumé lésé, et éventuellement du recours à des mesures de rétorsion par la partie opposée, déclencherait le système de règlement du différend. Il appartiendrait évidemment à la commission de conciliation d'évaluer tout d'abord l'existence d'un tel différend, puis les conditions de déclenchement du système.

84. Il paraît superflu de s'étendre sur la différence évidente qui existe entre le « mécanisme déclencheur » représenté par un différend, conformément à la proposition actuelle, et le « mécanisme déclencheur » représenté par une « objection », conformément à la proposition de 1986. Il semble que le « différend » constitue une donnée moins incertaine et, à certains égards, plus objective, qui a été étudiée sous tous ses aspects et avec autorité par les théoriciens et les praticiens du droit international. On ne manquera pas de remarquer que le système recommandé offre un avantage par rapport à celui de 1986 : en effet, la simple objection de l'État présumé auteur à une contre-mesure, voulue et notifiée, n'entraînera pas nécessairement de sa part l'ouverture d'une procédure de règlement par tierce partie, et cette procédure ne pourra être engagée qu'après que la contre-mesure aura été effectivement mise en œuvre. Les esprits prudents devraient être rassurés par le fait que la solution proposée, bien que plus complète et plus efficace dans la répression des abus de contre-mesures, serait en fait plus respectueuse des pratiques coutumières qu'ils semblent soucieux de préserver.

85. Une autre caractéristique à signaler est le rôle que le mécanisme proposé jouerait dans le cadre de la relation de responsabilité entre les États. Si en effet, comme expliqué plus haut, ce mécanisme n'empêchait pas directement l'État lésé de recourir à des contre-mesures à ses propres risques, l'existence même d'un tel système devrait néanmoins exercer sur lui un effet modérateur. Encore faut-il remarquer qu'il ne s'agit pas d'un dispositif de freinage de l'action unilatérale du type que l'on rencontre dans d'autres projets de la CDI¹²⁴. Ainsi, par exemple, aux termes du projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, un État peut se trouver dans l'obligation de suspendre l'exécution d'un projet en attendant l'issue d'une procédure de consultation ou de conciliation¹²⁵. Dans le cadre de la procédure de règlement proposée dans le projet d'articles sur la responsabilité des États, la contre-mesure ne serait nullement suspendue, si ce n'est après ouverture d'une procédure de règlement par tierce partie et sur décision de l'instance compétente. Le seul facteur dissuasif du recours aux contre-mesures jouerait, si l'on peut dire, dans l'esprit de l'État lésé ou présumé lésé, dont on espère que les dirigeants seraient incités à faire preuve de plus de circonspection en mesurant les conditions et les limitations d'une contre-mesure éventuelle.

E. — La Commission du droit international et le problème du règlement des différends

1. LA PLACE DES CLAUSES COMPROMISSOIRES DANS LES PROJETS DE LA COMMISSION

86. La Commission n'a pas apporté jusqu'à présent de contribution très significative au développement du droit en matière de règlement des différends. À de rares ex-

¹²⁴ Voir sir Humphrey Waldock, deuxième rapport (*supra* note 107).

¹²⁵ *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 70, art. 17.

ceptions près, les textes de codification issus de ses travaux ne contiennent que des clauses compromissaires imparfaites, qui prévoient tout au plus, outre des négociations et un renvoi de caractère général à l'Article 33 de la Charte, le recours obligatoire à des procédures de conciliation de caractère non exécutoire. Les obligations plus strictes et plus complètes, qui sont généralement reléguées dans une annexe ou un protocole, avec les dispositions relatives à la conciliation, sont exposées à l'acceptation séparée ou aux réserves des États contractants¹²⁶.

87. L'exception la plus importante semble être le projet d'articles de la Commission sur le droit des traités¹²⁷. Les autres sont la Convention de Vienne de 1975 sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel¹²⁸ et la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales¹²⁹. On peut également mentionner le projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation¹³⁰ et le projet d'articles sur les immunités ju-

¹²⁶ On a également fait remarquer que ces clauses compromissaires n'ont été invoquées que deux fois pour asseoir la compétence de la CIJ, et ne l'ont pas été dans le cas de l'arbitrage (voir Coussirat-Coustère, « Le règlement des différends dans l'œuvre de la Commission du droit international : vers une codification progressive ? »).

¹²⁷ Si un différend relatif à l'application ou à l'interprétation de l'article 53 ou de l'article 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités n'est pas résolu par une procédure d'arbitrage adoptée d'un commun accord, l'article 66 prévoit, outre la méthode du règlement judiciaire obligatoire devant la CIJ, une formule de recours obligatoire à une procédure de conciliation. Bien que les modalités de cette procédure de conciliation ne fassent l'objet que d'une annexe, il est certain que le règlement judiciaire et la conciliation sont conçus, dans l'article 66, comme des éléments contraignants et d'application automatique faisant partie intégrante de l'ensemble du système de procédures que prévoit la Convention en cas de nullité, d'extinction, de retrait ou de suspension de l'application d'un traité. Cependant, les sujets de différends que vise l'article 66 de la Convention de Vienne sont assez limités. Sur l'historique, fort intéressant, de cet article, voir notamment Kearney et Dalton, « The treaty on treaties », *AJIL*, 1970, en particulier p. 545 à 555, ainsi que Dupuy (« Codification et règlement des différends. — Les débats de Vienne sur les procédures de règlement », *AFDI*, 1969), Deleau (« Les positions françaises à la Conférence de Vienne sur le droit des traités », *ibid.*, en particulier p. 20 à 23) et Nahlik (« La Conférence de Vienne sur le droit des traités. — Une vue d'ensemble », *ibid.*, en particulier p. 42 et suiv.).

¹²⁸ L'article 84 se lit comme suit :

« Si un différend entre deux ou plusieurs États Parties naît de l'application ou de l'interprétation de la présente Convention, des consultations auront lieu entre eux à la demande de l'un d'eux. À la demande de l'une quelconque des parties au différend, l'Organisation ou la conférence sera invitée à s'associer aux consultations. »

Et le paragraphe 1 de l'article 85 ajoute :

« S'il n'a pas été possible de résoudre le différend à la suite des consultations visées à l'article 84 dans un délai d'un mois à compter de la date où elles ont été entreprises, chacune des parties au différend peut le porter devant une commission de conciliation constituée conformément aux dispositions du présent article, en adressant une notification écrite à l'Organisation ainsi qu'aux autres États participant aux consultations. »

¹²⁹ Les articles 65 et 66 de cette Convention sont rédigés dans des termes très proches de ceux employés aux articles 65 et 66 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. Le système de règlement des différends qui y est prévu ne s'en distingue guère que par la procédure d'avis consultatif visée aux alinéas *b* et *e* du paragraphe 2 de l'article 66.

¹³⁰ Les solutions envisagées par les rapporteurs spéciaux qui se sont succédé sur ce sujet combinaient la négociation, l'établissement

ridictionnelles des États et de leurs biens¹³¹. Sur ces deux derniers sujets, les Rapporteurs spéciaux, qui avaient proposé des solutions plus audacieuses¹³², n'ont pas été suivis par la Commission, dont l'attitude à l'égard des dispositions relatives au règlement des différends reste empreinte d'une grande prudence¹³³.

88. Si la Commission a montré jusqu'à présent beaucoup d'hésitations à compléter ses projets par des dispositions plus hardies consacrées au règlement des différends, c'est principalement, semble-t-il, pour les raisons suivantes :

a) La crainte, partagée par de nombreux membres de la Commission, que les gouvernements n'acceptent pas d'obligations substantielles dans ce domaine;

b) Une interprétation restrictive de la tâche de la Commission — à savoir, l'idée que le travail de codification qui lui est confié pour un sujet donné ne va pas au-delà de l'élaboration de règles de fond sur la question, de sorte que les dispositions sur le règlement des différends, s'il doit y en avoir, sont laissées à l'examen de la conférence diplomatique ou n'apparaissent tout au plus qu'au tout dernier stade de l'élaboration du projet, sous la forme d'une annexe à celui-ci¹³⁴;

c) L'idée que, de toute façon, les règles relatives au règlement des différends appartiennent, en fait, à un domaine du droit différent et, dans un certain sens, distinct,

des faits et la conciliation sur demande de l'une des parties. Le recours non obligatoire à l'arbitrage ou au règlement judiciaire était également envisagé en cas d'échec de la conciliation. Voir Schwebel, troisième rapport (*Annuaire... 1982*, vol. II [1^{re} partie], p. 222 et suiv., doc. A/CN.4/348, par. 472 à 498), et Evensen, premier rapport (*Annuaire... 1983*, vol. II [1^{re} partie], p. 197 et suiv., doc. A/CN.4/367, par. 200 à 231).

¹³¹ Sucharitkul, huitième rapport (*Annuaire... 1986*, vol. II [1^{re} partie], p. 33 et suiv., doc. A/CN.4/396, par. 43 à 48). En plus de la négociation, des consultations, de l'arbitrage par voie d'accord commun ou du règlement judiciaire, le Rapporteur spécial envisageait la possibilité d'une demande unilatérale de procédure de conciliation (projets d'articles 29 à 33). Le projet d'article 31 contenait aussi une clause facultative qui permettait à tout État signataire de déclarer son acceptation de la juridiction obligatoire de la CIJ pour tout différend non résolu par les moyens indiqués dans les projets d'articles 29 et 30.

¹³² On trouve un autre signe de cette tendance, mais qui est sans rapport avec les travaux de la CDI, dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, dont la partie XV prévoit un système assez complet de règlement obligatoire des différends par tierce partie. Voir, notamment, Richardson, « Dispute settlement under the Convention on the Law of the Sea: A flexible and comprehensive extension of the rule of law to ocean space », ainsi que Jacovides, « Peaceful settlement of disputes in ocean conflicts: Does UNCLOS III point the way? ». Oda a publié à ce sujet un article peu optimiste, intitulé « Some reflections on the Dispute Settlement Clauses in the United Nations Convention on the Law of the Sea ». Voir également *A Handbook on the New Law of the Sea*, publié sous la direction de R.-J. Dupuy et de D. Vignes, Académie de droit international de La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht, Boston, Lancaster, vol. 1, 1991, p. 777 et suiv., et vol. 2, 1991, p. 1333 et suiv.

¹³³ Voir en particulier Coussirat-Coustère, *loc. cit.*

¹³⁴ Un exemple caractéristique en est la demande que la Commission a faite à plusieurs reprises à l'Assemblée générale, au cours des dernières années, pour qu'elle l'autorise à étudier et à rédiger, en relation avec le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, un projet de statut pour une juridiction criminelle internationale. Bien qu'il fût évident, comme l'ont dit plusieurs fois quelques membres de la Commission, que l'institution d'une juridiction criminelle internationale était indispensable à la mise en œuvre effective du code, la question a été abordée avec certaines hésitations, comme il ressort du paragraphe 6 de la résolution 47/33 de l'Assemblée générale, et beaucoup trop tard.

à savoir les règles de procédure, lesquelles doivent être étudiées séparément et pour elles-mêmes;

d) La crainte qu'en ajoutant des règles à un projet, qui visent spécialement le règlement des différends, on complique les problèmes de fond et limite les chances de voir le travail de codification approuvé par un nombre suffisant de gouvernements;

e) Le succès limité des efforts que la Commission a voués à la question de la procédure arbitrale entre 1949 et 1958¹³⁵;

f) En ce qui concerne plus particulièrement le sujet de la responsabilité des États, la crainte que la présence, dans le projet, de dispositions détaillées sur le règlement des différends, et notamment de procédures obligatoires de règlement exécutoire par tierce partie, puisse être invoquée dans presque tous les cas de violation des obligations internationales primaires, quelle qu'en soit la nature, ce qui, dit-on, rendrait plus difficile l'adoption d'un projet d'articles sur la responsabilité des États.

2. UNE TENDANCE NOUVELLE: LES FAITS RÉCENTS EN MATIÈRE DE PROCÉDURES DE RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

89. La Commission ne devrait pas se laisser décourager par ces raisons, qu'elles soient d'ordre général ou particulier. Sans doute est-il vrai que les États hésitent généralement à accepter des obligations précises en matière de règlement des différends, et notamment à l'égard des procédures exécutoires par tierce partie¹³⁶. Les précédents font d'ailleurs apparaître un nombre non négligeable d'échecs en la matière, qu'il s'agisse des efforts pour instituer une véritable cour permanente en 1907 ou pour établir une juridiction obligatoire générale pour les différends d'ordre juridique, comme on l'avait envisagé en 1919 et 1920, lors des travaux sur le Statut de la CPIJ. De même, la mise en œuvre des dispositions du Pacte de la Société des Nations relatives au règlement des différends, à savoir les Articles 12 à 15, et de l'Acte général

¹³⁵ Alors que la Commission avait recommandé, en 1953, qu'une convention fût adoptée sur la base de son projet d'articles sur la question (*Annuaire... 1953*, p. 9, par. 57), l'Assemblée générale invita d'abord la Commission à reconsidérer la question à la lumière des observations des gouvernements et à lui soumettre un nouveau rapport sur le sujet [résolution 989 (X), par. 2]. Quand la Commission recommanda enfin d'adopter dans une résolution, en même temps que son rapport, le « modèle de règles sur la procédure arbitrale » qui était issu de ces travaux (*Annuaire... 1958*, vol. II, p. 86, doc. A/3859, chap. II, par. 22), l'Assemblée refusa de donner suite à cette recommandation, se contentant de prendre note du rapport de la Commission et de porter le projet d'articles sur la procédure arbitrale à l'attention des États Membres pour que ceux-ci l'étudient et en fassent l'usage souhaité dans leurs compromis d'arbitrage [résolution 1262 (XIII), par. 3]. D'après Rosenne, dans « The International Law Commission, 1949-59 », p. 151, cette attitude de l'Assemblée s'expliquait par trois raisons : a) l'audace dont avait fait preuve la Commission en fondant son projet sur l'arbitrage judiciaire et non diplomatique; b) l'impression que ce projet allait trop loin sur la voie du développement progressif du droit; c) le fait que le climat politique des Nations Unies ne se prêtait guère à un nouveau pas en avant dans le règlement judiciaire des différends en lieu et place du règlement diplomatique. Nous devons dire, à ce propos, que le sens de l'expression « arbitrage diplomatique » nous échappe.

¹³⁶ Voir notamment Franck dans *The Structure of Impartiality: Examining the Riddle of One Law in a Fragmented World*, p. 46 et *passim*, et Lee dans « A case for facilitation in the settlement of disputes ».

pour le règlement pacifique des différends internationaux, adopté en 1928 et révisé en 1949, ne s'est que rarement concrétisée.

90. L'adoption de la Charte des Nations Unies, dont le Chapitre VI vise surtout les différends politiques (et « dangereux »), n'a pas marqué un progrès important dans le domaine des procédures de règlement des différends d'ordre juridique. Alors que le rôle du Conseil de sécurité et de l'Assemblée générale reste de nature politique, même dans le cas des différends d'ordre juridique¹³⁷, les principales procédures de règlement (arbitrage, règlement judiciaire et enquête) paraissent en quelque sorte enfouies sous le principe du « libre choix » qui est affirmé à l'Article 33. Cette situation ne s'est pas améliorée depuis, malgré les efforts faits par certaines délégations à l'occasion des travaux sur les éléments pertinents de la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies¹³⁸, où la question du règlement pacifique des différends n'est abordée que de façon très insuffisante¹³⁹, et sur le principe V de l'Acte final de la Confé-

¹³⁷ Voir, par exemple, Bowett dans « Contemporary developments in legal techniques in the settlement of disputes ».

¹³⁸ Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale. Voir surtout la proposition du Dahomey, de l'Italie, du Japon, de Madagascar et des Pays-Bas, dont le paragraphe 3 était rédigé comme suit :

« 3. En vue d'assurer l'application plus efficace des principes précités :

« a) Les différends juridiques devraient, d'une manière générale, être soumis par les parties à la Cour internationale de Justice et, en particulier, les États devraient s'efforcer d'accepter la juridiction de la Cour internationale de Justice, conformément au paragraphe 2 de l'Article 36 du Statut de la Cour;

« b) Les accords multilatéraux généraux conclus sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies devraient stipuler que les différends relatifs à l'interprétation ou à l'application de l'accord, que les parties ne sont pas parvenues à régler par voie de négociation ou par d'autres moyens pacifiques, peuvent être soumis, à la demande de l'une quelconque des parties, à la Cour internationale de Justice ou à un tribunal d'arbitrage dont les membres seront nommés par les parties ou, à défaut, par un organe approprié de l'Organisation des Nations Unies;

« c) Les États Membres de l'Organisation des Nations Unies et les organes de l'Organisation devraient poursuivre leurs efforts dans le domaine de la codification et du développement progressif du droit international en vue de renforcer la base juridique du règlement judiciaire des différends;

« d) Les organes compétents de l'ONU devraient exercer plus pleinement les pouvoirs et les fonctions que leur confie la Charte dans le domaine du règlement pacifique, afin de faire en sorte que tous les différends soient réglés par des moyens pacifiques de telle manière que non seulement la paix et la sécurité internationales mais aussi la justice soient préservées. »

[*Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-cinquième session, Supplément n° 18 (A/8018)*, p. 61 et 62.]

¹³⁹ Voir par exemple, au sujet de la résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, le document présenté par le représentant de l'Italie à la session de 1970 du Comité spécial des principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États. D'après ce représentant, la déclaration à laquelle travaillait le Comité était sérieusement affaiblie par la totale indifférence de la majorité des membres du Comité à l'égard des dimensions institutionnelles des principes. Le représentant affirmait notamment, dans un document reproduit par le Comité dans son rapport à l'Assemblée générale (*ibid.*, p. 57 et 58) :

rence sur la sécurité et la coopération en Europe¹⁴⁰, texte qui paraît particulièrement décevant si l'on songe à la proposition détaillée et très méritoire que le Gouvernement suisse avait faite à la Conférence¹⁴¹.

91. Les dernières années ont cependant vu apparaître certains faits encourageants, dont quelques-uns ont été mentionnés dans les troisième¹⁴² et quatrième rapports¹⁴³. La Déclaration de Manille sur le règlement pacifique des différends internationaux¹⁴⁴ constitue, à cet égard, un important progrès dans les orientations générales de la communauté internationale. Ce document, bien qu'il ne s'agisse que d'une résolution et que ses dispositions aient un caractère déclaratoire plus qu'impératif, contient en effet deux éléments que la Commission ne devrait pas négliger dans ses travaux sur la responsabilité des États. Le premier de ces éléments est la recommandation contenue au paragraphe 9 de la section I, aux termes de laquelle :

(Suite de la note 139.)

« Parmi les sept principes, certains peuvent être ou paraître *purement normatifs**, tandis que la teneur de certains autres est manifestement à la fois normative et organisationnelle. En tout état de cause*, il n'est pas possible, dans le dernier quart de notre siècle, de négliger l'élément organisationnel sans nuire gravement à l'effet que peut avoir le contenu normatif des principes et, peut-être, à leur existence même.

[...]

« ... il serait dangereux de négliger les aspects organisationnels essentiels de l'interdiction du recours à la menace ou à l'emploi de la force, du principe de non-intervention ou du principe du règlement pacifique des différends internationaux*. Non seulement la réalisation effective et l'incidence générale de ces principes, mais leur existence même et leur développement dépendent, dans une large mesure, des procédures, des instruments et des systèmes par lesquels les règles qui trouvent leur origine dans ces principes et s'en inspirent sont appliquées ou mises en vigueur dans les relations entre États. »

En ce qui concerne tout particulièrement le règlement des différends, le représentant de l'Italie rappelait qu'il avait fréquemment souligné les graves difficultés qui lui paraissaient inhérentes à l'énoncé adopté par le Comité pour ce principe (voir, par exemple, *Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt et unième session, Sixième Commission, 939^e séance, par. 10, et ibid., vingt-quatrième session, Sixième Commission, 1162^e séance, par. 45*). Comme le montre le rapport susmentionné du Comité spécial, ce représentant avait déclaré que :

« l'énoncé actuel « réduit la portée du Chapitre VI de la Charte » quant à la lettre et à l'esprit et « ne tient aucun compte de paragraphes ou d'articles entiers du Chapitre VI de la Charte, sans parler du Statut de la Cour internationale de Justice et d'autres instruments internationaux » (ibid., *vingt-cinquième session, Supplément n° 18 [A/8018]*, p. 61),

et il avait de nouveau appelé l'attention du Comité sur la proposition que l'Italie avait faite avec le Dahomey, le Japon, Madagascar et les Pays-Bas (voir *supra* note 138), en ajoutant que, si cette proposition n'était pas adoptée et si

« une telle lacune devait subsister dans le projet de déclaration, le développement progressif du droit du règlement pacifique des différends risquerait d'en être gravement compromis » (ibid., p. 62).

¹⁴⁰ Signé à Helsinki le 1^{er} août 1975.

¹⁴¹ Voir en particulier Bindschedler dans « La Conférence sur la sécurité en Europe et le règlement pacifique des différends ». Pour la proposition suisse, voir Cafilich dans « La pratique suisse en matière de droit international public 1972 », *Annuaire suisse de droit international*, vol. XXIX, en particulier p. 373 à 377.

¹⁴² *Annuaire... 1991*, vol. II (1^{re} partie) [voir *supra* note 78], par. 52 à 62.

¹⁴³ *Annuaire... 1992*, vol. II (1^{re} partie) [voir *supra* note 79], par. 35 à 40.

¹⁴⁴ Résolution 37/10 de l'Assemblée générale, annexe.

Les États devraient envisager de conclure des accords pour le règlement pacifique des différends entre eux

et en particulier

Ils devraient également inclure, s'il y a lieu, dans les accords bilatéraux et les conventions multilatérales qu'ils concluront, des dispositions efficaces pour le règlement pacifique des différends pouvant surgir de leur interprétation ou de leur application.

Cette disposition, qui peut paraître aller de soi au non-spécialiste, n'en représente pas moins un progrès considérable, si l'on se rappelle que ni la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies¹⁴⁵, ni le principe V de l'Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe¹⁴⁶ ne contiennent rien de ce genre. Le second élément, tout aussi important, est la disposition qui figure au paragraphe 11 de la section I de la Déclaration de Manille et qui, prolongeant la précédente, prévoit que :

Les États doivent appliquer de bonne foi, conformément au droit international, toutes les dispositions des accords conclus par eux pour le règlement de leurs différends.

Il était temps qu'un organisme international dénonce, ne fût-ce qu'implicitement, l'inefficacité quasi totale de tous les traités sur l'arbitrage, la conciliation ou le règlement judiciaire des différends, dont les textes sont réunis, avec ceux de quelques instruments moins inefficaces, dans trois volumes connus de tous¹⁴⁷. On trouve aussi des éléments importants à l'alinéa b du paragraphe 5 de la section 2 de la Déclaration, selon lequel :

il est souhaitable :

- i) [Que les États] envisagent la possibilité d'insérer dans les traités, dans les cas où cela est approprié, des clauses prévoyant que les différends pouvant surgir de l'interprétation ou de l'application desdits traités seront soumis à la Cour internationale de Justice;
- ii) Qu'ils étudient la possibilité de décider, dans le libre exercice de leur souveraineté, de reconnaître comme obligatoire la juridiction de la Cour internationale de Justice, conformément à l'Article 36 de son Statut;
- iii) Qu'ils gardent à l'étude la possibilité d'identifier les affaires pour lesquelles il peut être fait usage de la juridiction de la Cour internationale de Justice.

Dans ce même paragraphe, il est également précisé que :

Le recours à un règlement judiciaire des différends juridiques, particulièrement le renvoi à la Cour internationale de Justice, ne devrait pas être considéré comme un acte d'inimitié entre États.

Là encore, on ne trouve rien de semblable ni dans la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies, ni dans l'Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe.

¹⁴⁵ Voir *supra* note 139.

¹⁴⁶ Voir *supra* note 140.

¹⁴⁷ Habicht, *Post-War Treaties for the Pacific Settlement of International Dispute; Systematic Survey of Treaties for the Pacific Settlement of International Disputes, 1928-1948* (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1949.V.3); et *A Survey of Treaty Provisions for the Pacific Settlement of International Disputes, 1949-1962* (publication des Nations Unies, numéro de vente : 66.V.5).

92. Une tendance analogue se constate dans la Déclaration sur la prévention et l'élimination des différends et des situations qui peuvent menacer la paix et la sécurité internationales et sur le rôle de l'Organisation des Nations Unies dans ce domaine¹⁴⁸, ainsi que dans la Déclaration concernant les activités d'établissement des faits de l'Organisation des Nations Unies en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales¹⁴⁹.

93. Un autre élément intéressant est le nouveau projet de la CSCE, qui est déjà parvenu au stade d'un projet de convention sur la conciliation et l'arbitrage. Plus remarquables encore sont les mesures concrètes qu'ont prises plusieurs États de l'Europe orientale pour remédier radicalement à la prudence de leurs politiques antérieures dans ce domaine¹⁵⁰. Nous pensons en particulier à l'acceptation de la juridiction de la CIJ par l'ex-Union soviétique pour plusieurs instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, et à l'acceptation, par l'ex-Tchécoslovaquie et la Hongrie, des procédures de règlement judiciaire et de conciliation prévues à l'article 66 de la Convention de Vienne sur le droit des traités. La facilité accrue avec laquelle les États acceptent le rôle de la CIJ dans le règlement des différends est, elle aussi, une manifestation importante de cette tendance nouvelle. De tels faits indiquent qu'il ne faudrait pas donner trop d'importance à la raison exposée à l'alinéa *a* du paragraphe 88 ci-dessus.

94. Les raisons énoncées aux alinéas *b*, *c* et *d* du paragraphe 88 sont très contestables. Pour ce qui est de la raison indiquée à l'alinéa *b*, la Commission devrait se rappeler que l'Assemblée générale l'a chargée d'un travail technique consistant à établir les éléments juridiques nécessaires à l'application de l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'Article 13 de la Charte. Dès lors que son organe de tutelle a fait un choix politique en demandant à la Commission de rédiger un projet, il incombe à celle-ci de déterminer par ses propres moyens, et bien entendu *ad referendum*, la portée exacte de la tâche à accomplir pour répondre comme elle le doit aux souhaits de l'Organisation des Nations Unies et de ses États Membres. Dans le cas du projet de statut pour l'éventuelle cour criminelle internationale, auquel il a été fait allusion plus haut¹⁵¹, les hésitations de la Commission sur sa compétence ont eu pour conséquence déplorable, non seulement de retarder l'examen de la question, mais aussi de laisser inutilisés les talents qu'elle réunit dans son sein. Dans ce cas, l'Organisation a dû demander elle-même aux États Membres de la faire profiter d'avis spécialisés qu'elle aurait pu trouver auprès de la Commission. De plus, il a fallu se contenter d'une formule ad hoc, solution difficilement justifiable dans le domaine du droit pénal.

95. Pour ce qui est des raisons indiquées aux alinéas *c* et *d* du paragraphe 88, rien, dans la distinction entre règles de fond et règles de procédure, n'impose que les unes et les autres soient abordées séparément dans tous les cas, que ce soit sur le plan national ou sur le plan international. En droit international, c'est même le con-

traire qui semble vrai. Comme on l'a vu, les instruments généraux de règlement des différends, bilatéraux ou multilatéraux, ne se sont pas révélés très utiles. Intéressants pour l'étude et l'enseignement des divers moyens et procédures de règlement des différends et des combinaisons possibles entre ces méthodes, ces instruments sont relativement peu utilisés par les États. On peut en dire autant du modèle de règles sur la procédure arbitrale, issu des travaux de la Commission, qui, malgré toute sa valeur théorique, n'est autre chose qu'un modèle proposé aux États une fois que ceux-ci ont décidé de recourir à l'arbitrage. Les systèmes de règlement des différends les plus utiles sont ceux auxquels les juristes donnent généralement le nom de « clauses compromissaires », c'est-à-dire les clauses de règlement qui, jointes à certains traités internationaux (bilatéraux et, de plus en plus souvent, multilatéraux), prévoient les moyens de règlement pour les différends qui peuvent résulter de l'application de ces traités ou de leur interprétation. Tels sont les systèmes de règlement que l'Assemblée générale, dans la Déclaration de Manille¹⁵², a recommandé aux États d'adopter, et que l'on trouve parfois, mais pas assez souvent, dans les projets de convention de codification que la Commission est chargée de soumettre aux États Membres par l'intermédiaire de son organe de tutelle.

3. LA TROISIÈME PARTIE DU PROJET D'ARTICLES SUR LA RESPONSABILITÉ DES ÉTATS, SUJET DE DÉVELOPPEMENT PROGRESSIF DU DROIT DANS LE DOMAINE DU RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS

96. S'agissant à présent des hésitations des États devant cette question particulière (voir *supra* par. 88, al. *f*), la présence de dispositions sur le règlement des différends paraît se justifier tout particulièrement dans le projet d'articles sur la responsabilité des États. Contrairement, en effet, à la plupart des conventions de codification, le texte de la Commission comprend d'ores et déjà plusieurs dispositions importantes consacrées à des questions autres que de fond proprement dit, par exemple les projets d'articles, présentés à la quarante-quatrième session¹⁵³, sur les conditions et les restrictions applicables au recours légitime à des contre-mesures prises en réponse à l'acte internationalement illicite et à l'attitude négative de l'État auteur — textes qui sont actuellement soumis à l'examen du Comité de rédaction. *Mutatis mutandis*, ces dispositions, qui visent la mise en œuvre de la future convention, ont le même caractère et répondent aux mêmes besoins que les dispositions de la troisième partie concernant les procédures de règlement des différends. La présence, dans le projet, d'une troisième partie comprenant des articles expressément consacrés au règlement des différends semble donc parfaitement compatible avec la nature de certaines des dispositions clés de la deuxième partie du projet.

97. Sans doute est-il vrai, comme l'a fait remarquer notamment M. Riphagen, que la présence, dans un projet relatif aux conséquences de la violation des obligations internationales, de dispositions portant sur le règlement des différends et prévoyant des procédures obligatoires de règlement par tierce partie déclenchées de façon uni-

¹⁴⁸ Résolution 43/51 de l'Assemblée générale, annexe.

¹⁴⁹ Résolution 46/59 de l'Assemblée générale, annexe.

¹⁵⁰ Voir *supra* note 114.

¹⁵¹ Voir *supra* note 134.

¹⁵² Voir *supra* note 144.

¹⁵³ Art. 11 à 14. Pour le texte, voir *Annuaire... 1992*, vol. II (2^e partie), p. 26 et suiv., notes 56, 61, 67 et 69.

latérale peut se prêter à une très large application. Mais l'obstacle n'est pas aussi insurmontable qu'on peut le croire à première vue. Il convient en effet de garder à l'esprit les deux considérations suivantes.

98. Premièrement, les différends auxquels s'appliqueraient ces procédures sont les suivants :

a) Les différends d'ordre juridique sur l'interprétation ou l'application de l'un quelconque des articles sur la responsabilité des États, c'est-à-dire une catégorie de différends importante, certes, mais non pas illimitée;

b) Les différends, désignés à l'alinéa a ci-dessus, qui seraient la conséquence des contre-mesures ou des contre-représailles appliquées par les États parties à un lien de responsabilité internationale.

99. Deuxièmement et surtout, vu que les projets d'articles proposés à la quarante-quatrième session ont été renvoyés au Comité de rédaction¹⁵⁴, le projet sur la responsabilité des États suppose déjà que l'État présumé auteur soit exposé à des initiatives unilatérales qui sont certainement plus difficiles à accepter que l'ouverture unilatérale d'une procédure de conciliation, d'arbitrage ou de règlement judiciaire par tierce partie. À supposer même que les États jugent intolérables de telles obligations en pleine Décennie des Nations Unies pour le droit international, la Commission devrait tout au moins les engager à se demander s'il ne serait pas encore plus intolérable d'autoriser une faculté générale de recours aux contre-mesures sans contrepartie suffisante.

100. Il y a encore une autre raison d'ordre général pour que la Commission prévoie des dispositions plus complètes sur le règlement des différends dans ses articles sur la responsabilité des États. Il est certes compréhensible, compte tenu de l'importance du champ d'application de ce projet, que la Commission hésite à proposer un progrès plus décisif sur la voie d'un système de règlement par tierce partie, sans parler de la répugnance que pourraient avoir les États à l'accepter. Mais cette considération même devrait encourager la Commission à envisager sérieusement de faire entrer un tel système dans son projet actuel, et cela pour deux raisons. Premièrement, en effet, la Commission apporterait ici un correctif essentiel à ce que les contre-mesures peuvent avoir de moins acceptable — correctif qui serait le seul moyen équitable et effectif de veiller à ce que l'État lésé respecte, quelle que soit sa puissance, les conditions et les limitations dont le projet assortit sa faculté de réaction unilatérale. Deuxièmement, la présence, dans le projet, d'un système efficace de règlement des différends ne pourrait que favoriser le respect de toutes les règles de droit international, y compris les conventions de codification passées ou à venir.

101. L'expérience montre que les instruments relatifs au règlement des différends dont il est le plus fréquemment fait état, tels que le Chapitre VI de la Charte des Nations Unies, la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies¹⁵⁵ ou même la Déclaration de Manille sur

le règlement pacifique des différends internationaux¹⁵⁶, ainsi que la Charte de l'Organisation des États américains¹⁵⁷, le Pacte de Bogota¹⁵⁸ ou la Charte de l'OUA et le protocole s'y rapportant¹⁵⁹, sont trop vagues pour apporter une protection efficace contre les violations des obligations internationales. Étant donné le nombre et l'inefficacité des traités généraux de règlement des différends, il semble donc assez vain de consacrer de nouveaux efforts au développement progressif des procédures de règlement de caractère général. Mieux vaudrait, à l'occasion du projet sur la responsabilité des États, s'engager dans un développement progressif et substantiel des procédures de règlement des différends en concevant une clause compromissoire plus efficace. Il serait même difficile d'imaginer une meilleure occasion de progresser sur la voie du développement positif du droit du règlement des différends que celle qu'offre l'adoption d'un projet de convention qui, tout en réglementant le système actuel de réaction unilatérale et en sanctionnant ainsi de façon explicite une pratique de droit coutumier qui comporte de nombreux aspects négatifs, fixerait en même temps une limite suffisante à la faculté de recourir à des contre-mesures — faculté qui, sinon, expose inévitablement les États faibles et vulnérables, c'est-à-dire la grande majorité des membres du système interétatique, aux risques inhérents à l'inégalité de fait entre les nations.

102. En conclusion, le projet sur la responsabilité des États offre à l'Organisation des Nations Unies une excellente occasion de faire un réel progrès dans le domaine du droit du règlement des différends. Nous considérons que la CDI ferait une grave erreur en faisant fi de cette opportunité. D'autre part, nous espérons qu'une amélioration des procédures de règlement des différends ouvrira de nouvelles possibilités pour l'application de l'article 19 de la première partie du projet d'articles.

103. Il semble donc que la Commission devrait se débarrasser de sa tendance à interpréter de façon restrictive son domaine de compétence en matière de règlement des différends et à surestimer les hésitations des gouvernements à assumer des obligations plus contraignantes en la matière. Nous pensons que la Commission devrait aborder la question dans un esprit aussi novateur que possible et avec une pleine confiance en ses talents. À cet égard, il serait bon que l'attention des gouvernements soit attirée sur les avantages qu'un ensemble bien conçu de projets d'articles pour la troisième partie présenterait pour asseoir le règne du droit dans les relations interétatiques.

104. Il va de soi que, en l'espèce, les efforts de la Commission ne pourraient se limiter à son travail de codification tel qu'il est généralement interprété, lorsqu'il s'agit

de formuler avec plus de précision et de systématiser les règles du droit international dans des domaines dans lesquels il existe déjà une

¹⁵⁶ Voir *supra* note 144.

¹⁵⁷ Signée à Bogota le 30 avril 1948 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 119, p. 3); modifiée par le « Protocole de Buenos Aires » du 27 février 1967 (*ibid.*, vol. 721, p. 325).

¹⁵⁸ *Traité américain de règlement pacifique* (*ibid.*, vol. 30, p. 55).

¹⁵⁹ *Ibid.*, vol. 479, p. 39.

¹⁵⁴ *Ibid.*, par. 119.

¹⁵⁵ Voir *supra* note 138.

pratique étatique considérable, des précédents et des opinions doctrinales¹⁶⁰.

La tâche qui l'attend ici est une tâche de développement progressif du droit, telle qu'elle est prévue à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'Article 13 de la Charte des Nations Unies et aux articles 1 et 15 à 24 de son statut. Aux termes de celui-ci, le développement progressif du droit consiste à

rédiger des conventions sur des sujets qui ne sont pas encore réglés par le droit international ou relativement auxquels le droit n'est pas encore suffisamment développé dans la pratique des États¹⁶¹.

Sans doute est-ce à juste titre que la Commission a jugé que le développement progressif du droit, à propos duquel son statut — et les travaux préparatoires de celui-ci — faisait une distinction avec la codification au sens strict du terme, n'était que l'un des deux aspects inséparables de la codification prise au sens large. Mais le fait que cette distinction ait été « rapidement abandonnée »¹⁶² et que les deux aspects de la tâche de la Commission se confondent dans son travail de codification *lato sensu* ne signifie pas que le rôle de la Commission dans le développement progressif du droit se trouve diminué pour autant. Au contraire, ce rôle va bien au-delà du travail qui consiste à simplement « formuler » et « systématiser » les règles existantes¹⁶³. Si la distinction entre les deux fonctions de la Commission a été « rapidement abandonnée », c'est uniquement parce que, dans bien des cas, il est difficile — et d'ailleurs inutile — de séparer ces deux aspects du travail de la Commission. De plus, alors que certains sujets ne nécessitent qu'un travail de codification au sens strict du terme, consistant simplement à donner plus de certitude au droit en le précisant noir sur blanc, d'autres problèmes liés aux relations internationales nécessitent l'élaboration de nouvelles règles par le biais du développement progressif du droit. Manifestement, le règlement des différends fait partie de ces secteurs de la vie internationale où il est impératif que la Commission s'adonne à un travail créateur avec toute la détermination nécessaire¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Article 15 du statut de la Commission du droit international.

¹⁶¹ *Ibid.*

¹⁶² Sinclair, *The International Law Commission*.—Hersch Lauterpacht Memorial Lectures, p. 46 et *passim*.

¹⁶³ Nous serions tentés de dire avec Brierly, tel qu'il est cité par Briggs dans *The International Law Commission* (p. 131 et 132), que

« la codification [au sens strict du terme] est, ou devrait être un travail scientifique... qui consiste à déterminer et à déclarer le droit d'ores et déjà existant, et dont le résultat a un caractère d'obligation pour les États, que ceux-ci l'approuvent ou non dans tous ses détails. Il est vrai que ce travail oblige à corriger les petites [?] incohérences entre les règles en vigueur... et à combler les lacunes..., de sorte que la distinction entre la création de normes et la codification [au sens strict du terme] ne peut avoir un caractère véritablement scientifique. Néanmoins, cette distinction reste généralement valable; le but principal de la codification [au sens strict du terme] n'est pas de trouver des règles qui soient acceptables aux parties, ce qui est inévitablement la préoccupation majeure dans le cas des conventions, mais de déclarer les règles qui existent déjà. »

C'est donc le développement progressif du droit qui joue le premier rôle dans le travail de la Commission. Cette prééminence du développement du droit semble aussi être admise par Jennings dans « The progressive development of international law and its codification ».

¹⁶⁴ Sur le rôle de la CDI dans le développement progressif du droit, notamment sous l'angle des besoins du tiers monde, voir « The International Law Commission. The need for a new direction », UNITAR, *Policy and Efficacy Studies No. 1*, 1981, ainsi que Franck et El Bara-

105. En soumettant le résultat de ses efforts à l'Assemblée générale, la Commission ne devrait pas hésiter, d'après nous, à souligner à l'intention des États Membres le fait incontestable que

l'impuissance de la communauté internationale à mettre sur pied un véritable système de législation [c'est-à-dire, en ce qui nous concerne, de règlement des différends] par tierce partie, comparable au système de droit interne, risque fort d'apparaître comme l'erreur fatale de notre civilisation¹⁶⁵.

Les propositions que l'on a pu lire dans la section précédente du présent rapport sont beaucoup moins ambitieuses, et n'ont même pas pour but de combler cette lacune. Elles ne visent pas l'institution d'un appareil créateur de règles de droit. Il y est seulement recommandé que soient mis en place les mécanismes qui sont absolument indispensables pour porter remède, par simple application des règles de droit en vigueur, aux aspects les plus préoccupants du système actuel de contre-mesures unilatérales. Plus que tout autre, le juriste international doit jouer un rôle actif dans ce sens. Et il ne saurait se décharger de cette responsabilité en invoquant le vieil argument de la répugnance des gouvernements à accepter des obligations plus contraignantes en la matière. C'est aux gouvernements, et non aux juristes, qu'appartient la décision d'accepter ou de refuser ces obligations¹⁶⁶.

F. — Projets d'articles et annexe

106. Le Rapporteur spécial propose les projets d'articles et l'annexe ci-après pour la troisième partie.

TROISIÈME PARTIE

Article premier. — Conciliation

Si un différend, qui s'est élevé à la suite de l'adoption par l'État présumé lésé de contre-mesures à l'encontre de l'État présumé auteur du fait illicite, n'a pas été réglé par un des moyens visés à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 12, ou n'a pas été soumis à une procédure obligatoire de règlement par une tierce partie dans un délai de [quatre] [six] mois à

dei dans « The codification and progressive development of international law: A UNITAR study of the role and use of the International Law Commission », *AJIL*, vol. 76.

¹⁶⁵ Franck (voir *supra* note 136). Les réflexions de l'auteur sur le bain de sang causé par les guerres du XX^e siècle s'appliquent avec tout autant de force aux conséquences négatives du recours aux mesures coercitives unilatérales quelles qu'elles soient.

¹⁶⁶ Peut-être n'est-il pas inutile de rappeler que, parmi les critiques dirigées contre les contre-mesures dans les sections précédentes du présent rapport, les plus vigoureuses (et les plus justifiées) émanaient des participants aux débats de la Sixième Commission lors de la quarante-septième session de l'Assemblée générale, en 1992. Leur voix fait particulièrement autorité, d'abord à cause de leur rôle politique de représentants des gouvernements, et ensuite en raison de leur connaissance du droit international. Les déclarations faites par ces représentants exprimaient les vues des gouvernements, auxquels s'adresse la Déclaration de Manille sur le règlement pacifique des différends internationaux, qui a été rédigée et adoptée par ces mêmes gouvernements. Les aspects négatifs des contre-mesures qui ont été dénoncés sont d'ailleurs autant d'arguments supplémentaires en faveur de la mise en œuvre de la Déclaration de Manille.

compter de la date à laquelle les mesures ont pris effet, l'une ou l'autre partie [au différend] a le droit de le soumettre à une commission de conciliation conformément à la procédure indiquée dans l'annexe aux présents articles.

Article 2. — Tâche de la commission de conciliation

1. Pour s'acquitter de sa tâche, qui consiste à amener les parties à régler leur différend d'un commun accord, la commission de conciliation doit :

a) Examiner tout point de fait ou de droit qui peut présenter un intérêt pour le règlement du différend en vertu d'une partie quelconque des présents articles;

b) Lorsqu'il y a lieu, ordonner, avec effet obligatoire,

i) La cessation de toute mesure que l'une des parties a pu prendre contre l'autre;

ii) Toute mesure conservatoire qu'elle jugera nécessaire;

c) Faire toute enquête qu'elle jugera nécessaire pour établir les faits de la cause, y compris sur le territoire de l'une ou l'autre partie.

2. En cas d'échec de la conciliation, la commission présentera aux parties un rapport contenant son appréciation du différend et ses recommandations concernant son règlement.

Article 3. — Arbitrage

Si la commission de conciliation prévue à l'article premier n'a pas pu être établie, ou si les parties n'ont pas réussi à régler leur différend d'un commun accord dans les six mois suivant la présentation du rapport de la commission de conciliation, l'une ou l'autre partie a le droit de soumettre le différend à fin de décision, sans conclure de compromis, à un tribunal arbitral qui sera constitué conformément aux dispositions de l'annexe aux présents articles.

Article 4. — Mandat du tribunal arbitral

1. Le tribunal arbitral, qui sera appelé à trancher avec effet obligatoire les points de fait ou de droit qui pourraient être pertinents en vertu de toute disposition des présents articles, sera régi par les règles énoncées ou visées dans l'annexe aux présents articles, et fera connaître sa décision aux parties dans un délai de [six] [dix] [douze] mois à compter de la date de [la clôture de la procédure orale et de la procédure écrite et du dépôt des conclusions des parties] [sa constitution].

2. Le tribunal arbitral sera habilité à faire toute enquête qu'il jugera nécessaire pour établir les faits de la cause, y compris sur le territoire de l'une ou l'autre partie.

Article 5. — Règlement judiciaire

Le différend peut être soumis à la Cour internationale de Justice, à fin de décision,

a) Par l'une ou l'autre partie

i) Au cas où le tribunal arbitral prévu à l'article 4 n'a pas pu être établi pour une raison quelconque, si le différend n'est pas réglé par voie de négociation dans les six mois qui suivent;

ii) Au cas où ledit tribunal arbitral n'a pas pu rendre une sentence dans le délai fixé à l'article 4;

b) Par la partie contre laquelle des mesures ont été prises en violation d'une décision arbitrale.

Article 6. — Excès de pouvoir ou violation des principes fondamentaux de la procédure arbitrale

L'une ou l'autre des parties est habilitée à saisir la Cour internationale de Justice de toute décision du tribunal arbitral qui est entachée d'un excès de pouvoir ou qui contrevient aux principes fondamentaux de la procédure arbitrale.

ANNEXE

*Article premier. — Composition de la commission de conciliation*¹⁶⁷

Sauf accord contraire des parties intéressées, la commission de conciliation sera constituée comme suit.

¹⁶⁷ Les dispositions du projet d'annexe présenté par M. Riphagen, qui correspondent aux articles 1 et 2 ci-dessus, sont libellées comme suit :

« 1. Le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies dresse et tient une liste de conciliateurs composée de juristes qualifiés. A cette fin, tout État Membre de l'Organisation des Nations Unies ou partie aux présents articles est invité à désigner deux conciliateurs, et les noms des personnes ainsi désignées composeront la liste. La désignation des conciliateurs, y compris ceux qui sont désignés pour remplir une vacance fortuite, est faite pour une période de cinq ans renouvelable. À l'expiration de la période pour laquelle ils auront été désignés, les conciliateurs continueront à exercer les fonctions pour lesquelles ils auront été choisis conformément au paragraphe suivant.

« 2. Lorsqu'une demande est soumise au Secrétaire général conformément à l'alinéa c de l'article 4 de la troisième partie des présents articles, le Secrétaire général porte le différend devant une commission de conciliation composée comme suit :

« L'État ou les États constituant une des parties au différend nomment :

« a) un conciliateur de la nationalité de cet État ou de l'un de ces États, choisi ou non sur la liste visée au paragraphe 1; et

« b) un conciliateur n'ayant pas la nationalité de cet État ou de l'un de ces États, choisi sur la liste.

« L'État ou les États constituant l'autre partie au différend nomment deux conciliateurs de la même manière. Les quatre conciliateurs choisis par les parties doivent être nommés dans un délai de soixante jours à compter de la date à laquelle le Secrétaire général reçoit la demande.

La commission comprendra cinq membres. Les parties en nommeront chacune un qui pourra être choisi parmi leurs nationaux respectifs. Les trois autres commissaires seront choisis d'un commun accord parmi les ressortissants d'États tiers. Ces trois commissaires devront être de nationalités différentes, ne pas avoir leur résidence habituelle sur le territoire des parties intéressées, ni se trouver à leur service. Parmi eux, les parties désigneront le président de la commission.

Il sera pourvu dans les plus brefs délais aux vacances qui viendraient à se produire par suite de décès ou de démission, ou pour toute autre raison, suivant le mode fixé pour les nominations.

Si la nomination des commissaires à désigner en commun n'intervient pas dans les délais prévus, elle sera confiée à un État tiers choisi d'un commun accord par les parties ou, si celles-ci le demandent, au Président de l'Assemblée générale des Nations Unies ou, si celle-ci n'est pas en session, au Président sortant.

Si les parties n'arrivent pas à un accord au sujet d'une de ces procédures, chacune d'elles désignera un État différent et les nominations seront faites de concert par les États ainsi choisis.

Si, dans un délai de trois mois, ces deux États n'ont pu tomber d'accord, chacun d'eux présentera

« Dans les soixante jours qui suivent la dernière nomination, les quatre conciliateurs en nomment un cinquième, choisi sur la liste, qui sera président.

« Si la nomination du président ou de l'un quelconque des autres conciliateurs n'intervient pas dans le délai prescrit ci-dessus pour cette nomination, elle sera faite par le Secrétaire général dans les soixante jours qui suivent l'expiration de ce délai. Le Secrétaire général peut désigner comme président soit l'une des personnes inscrites sur la liste, soit un des membres de la Commission du droit international. L'un quelconque des délais dans lesquels les nominations doivent être faites peut être prorogé par accord des parties au différend.

« Toute vacance doit être remplie de la façon spécifiée pour la nomination initiale.

« 3. Le fait pour une ou plusieurs parties de ne pas se soumettre à la procédure ne constitue pas un obstacle à la procédure.

« 4. En cas de contestation sur le point de savoir si une commission de conciliation constituée en vertu de la présente annexe est compétente, cette commission décide.

« 5. La commission de conciliation arrête elle-même sa procédure. La commission, avec le consentement des parties au différend, peut inviter tout État à lui soumettre ses vues oralement ou par écrit. Les décisions et les recommandations de la commission sont adoptées à la majorité des voix de ses cinq membres.

« 6. La commission peut signaler à l'attention des parties au différend toute mesure susceptible de faciliter un règlement amiable.

« 7. La commission entend les parties, examine les plaintes et les objections, et fait des propositions aux parties en vue de les aider à parvenir à un règlement amiable du différend.

« 8. La commission fait rapport dans les douze mois qui suivent sa constitution. Son rapport est déposé auprès du Secrétaire général et communiqué aux parties au différend. Le rapport de la commission, y compris toutes conclusions y figurant sur les faits ou sur les points de droit, ne lie pas les parties et n'est rien de plus que l'énoncé de recommandations soumises à l'examen des parties en vue de faciliter un règlement amiable du différend.

« 9. Les honoraires et les frais de la commission sont à la charge des parties au différend. »

des candidats en nombre égal à celui des membres à désigner. Les candidats ainsi présentés seront admis par tirage au sort.

La commission de conciliation se réunira, sauf accord contraire des parties, au Siège de l'Organisation des Nations Unies ou en tout autre lieu désigné par son président.

La commission pourra, en toute circonstance, demander au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies de lui prêter son assistance.

Les travaux de la commission de conciliation ne seront rendus publics qu'en vertu d'une décision prise par la commission avec l'assentiment des parties.

Sauf accord contraire des parties, la commission de conciliation réglera elle-même sa procédure qui, dans tous les cas, devra être contradictoire. En matière d'enquête, la commission, si elle n'en décide autrement à l'unanimité, se conformera aux dispositions du titre III de la Convention de La Haye de 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux.

Sauf accord contraire des parties, les décisions de la commission de conciliation seront prises à la majorité des voix, et la commission ne pourra se prononcer sur le fond du différend que si tous ses membres sont présents.

Article 2. — Tâche de la commission de conciliation

1. La commission de conciliation aura pour tâche d'élucider la question en litige, de recueillir à cette fin toutes les informations utiles, par voie d'enquête ou autrement, et de s'efforcer de concilier les parties. Elle pourra, après examen de l'affaire, exposer aux parties les termes de l'arrangement qui lui paraîtrait convenable et leur impartir un délai pour se prononcer.

2. À la fin de ses travaux, la commission dressera un procès-verbal constatant, suivant le cas, soit que les parties se sont arrangées et, s'il y a lieu, les conditions de l'arrangement, soit que les parties n'ont pu être conciliées. Le procès-verbal ne mentionnera pas si les décisions de la commission ont été prises à l'unanimité ou à la majorité.

3. Les travaux de la commission devront, à moins que les parties n'en conviennent autrement, être terminés dans un délai de six mois à compter du jour où la commission aura été saisie du différend.

4. Le procès-verbal de la commission sera porté sans délai à la connaissance des parties. Il appartiendra aux parties d'en décider la publication.

Article 3. — Composition du tribunal arbitral

1. Le tribunal arbitral se composera de cinq membres. Les parties en nommeront chacune un qui pourra être choisi parmi leurs nationaux respectifs.

Les deux autres arbitres et le président seront choisis d'un commun accord parmi les ressortissants d'États tiers : ils devront être de nationalités différentes, ne pas avoir leur résidence habituelle sur le territoire des parties intéressées, ni se trouver à leur service.

2. Si la nomination des membres du tribunal arbitral n'intervient pas dans un délai de trois mois à compter de la demande adressée par l'une des parties à l'autre de constituer un tribunal arbitral, le soin de procéder aux nominations nécessaires sera confié à un État tiers choisi d'un commun accord par les parties.

3. Si les parties n'arrivent pas à un accord à ce sujet, chacune d'elles désignera un État différent et les nominations seront faites de concert par les États ainsi choisis.

4. Si, dans un délai de trois mois, les États ainsi désignés n'ont pu tomber d'accord, les nominations nécessaires seront faites par le Président de la Cour internationale de Justice. Si celui-ci est empêché ou s'il est ressortissant de l'une des parties, les nominations seront faites par le Vice-Président. Si celui-ci est empêché ou s'il est ressortissant de l'une des parties, les nominations seront faites par le membre le plus âgé de la Cour qui n'est ressortissant d'aucune des parties.

5. Il sera pourvu, dans le plus bref délai, aux vacances qui viendraient à se produire par suite de décès ou de démission, ou pour toute autre raison, en suivant le mode fixé pour les nominations.

6. Les parties rédigeront un compromis déterminant l'objet du litige et la procédure à suivre.

7. À défaut d'indications ou de précisions suffisantes dans le compromis relativement aux points indiqués dans l'article précédent, il sera fait application, dans la mesure nécessaire, des dispositions de la Convention de La Haye de 1907 pour le règlement pacifique des conflits internationaux.

8. Si un compromis n'a pas été conclu dans un délai de trois mois à partir de la constitution du tribunal, celui-ci sera saisi par requête de l'une ou l'autre des parties.

9. Dans le silence du compromis ou à défaut de compromis, le tribunal, sous réserve des présents articles, appliquera les règles de fond énumérées dans l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice. En tant qu'il n'existe pas de pareilles règles applicables au différend, le tribunal jugera *ex aequo et bono*.

107. La teneur des articles et de l'annexe est exposée *supra* aux paragraphes 62 à 85.

108. Il faudra peut-être ajouter d'autres articles pour compléter la troisième partie du projet sur la responsabilité des États, afin de traiter des procédures qui pourraient être envisagées quant aux conséquences instrumentales (procédurales) des faits internationalement illicites qualifiés de « crimes » en vertu du projet d'article 19 de la première partie, tel qu'il a été adopté en première lecture.

CHAPITRE II

Les conséquences des « crimes internationaux des États » (article 19 de la première partie du projet d'articles)

REMARQUES PRÉLIMINAIRES

109. Tout en reconnaissant que les conséquences des actes illicites qui sont qualifiés de crimes des États dans l'article 19 de la première partie du projet¹⁶⁸ ne sont plus la *terra incognita* qu'elles représentaient à l'origine, il faut admettre qu'il n'est pas encore possible de parvenir à des conclusions sur les principales difficultés de la question, qu'il s'agisse de la définition de la situation actuelle sur le plan juridique ou des possibilités de développement progressif du droit dans ce domaine. Le mieux qu'on puisse faire pour le moment semble donc être de tenter de cerner et de passer en revue les problèmes qui appellent un examen plus détaillé. Ce n'est qu'à partir des perspectives issues d'un débat approfondi, au sein de la CDI et de la Sixième Commission, qu'il sera

possible, après de nouvelles réflexions sur le sujet, de soumettre à la prochaine session de la CDI quelques suggestions, et peut-être même des projets de disposition.

110. À cet égard, le Rapporteur spécial a évidemment à l'esprit la question des conséquences, *de lege lata* ou *ferenda*, des actes illicites des États, que l'on divise depuis 1976, pour de simples raisons de vocabulaire, entre crimes internationaux et autres délits internationaux. S'agissant des « crimes », le problème particulier de leurs conséquences a été évoqué plusieurs fois depuis cette date au sein de la CDI et de la Sixième Commission, notamment à propos des textes proposés par M. Riphagen pour les projets d'articles 14 et 15 de la deuxième partie et pour l'alinéa *b* de l'article 4 de la troisième partie, mais sans que ces débats débouchent sur rien de concluant. La CDI, en particulier, s'est contentée de renvoyer ces projets d'articles au Comité de rédaction, qui n'y a pas travaillé. Ainsi, malgré l'intérêt

¹⁶⁸ Voir *supra* note 1.

des propositions et des débats de 1985 et 1986, c'est vers la doctrine en la matière, aussi intéressante que peu abondante, qu'il a fallu se tourner pour étudier la question des conséquences juridiques des « crimes » internationaux des États — question dont la Commission, lorsqu'elle a adopté l'article 19 de la première partie, a délibéré, mais peut-être imprudemment, remis l'examen à plus tard.

111. Conformément aux buts ainsi fixés, le présent chapitre passe d'abord en revue, dans la section A, les opinions qui ont été exprimées à ce jour sur les conséquences des crimes internationaux des États, au sein de la CDI et de la Sixième Commission ainsi que dans la doctrine. La section B est consacrée à un premier recensement des principaux problèmes, de fond et de méthode, qui se posent à la CDI pour déterminer les conséquences de ces actes illicites du point de vue de la *lex lata* et de la *lex ferenda*. Enfin, la section C contient, à titre de conclusion, quelques considérations de caractère tout aussi provisoire sur les avantages respectifs des diverses solutions que l'on peut théoriquement envisager pour les problèmes décrits dans la section B, auxquels la CDI devrait s'attaquer en premier lieu. Il va sans dire que même cette liste de problèmes est loin d'être complète : le Rapporteur spécial attend avec intérêt les additions que les membres de la CDI et de la Sixième Commission pourraient y apporter afin d'orienter ses efforts.

A. — Les problèmes soulevés par le « régime spécial » des crimes dans les travaux de la CDI sur la responsabilité des États, tels qu'ils ont été recensés par la CDI, la Sixième Commission et la doctrine

1. INTRODUCTION

112. C'est à sa vingt-huitième session, en 1976, que la Commission du droit international, suivant en cela les propositions de M. Roberto Ago, alors rapporteur spécial, a adopté en première lecture une disposition — l'article 19¹⁶⁹ de la première partie du projet sur la responsabilité des États — qui avait pour but de distinguer, parmi les actes internationalement illicites, une catégorie particulière d'actes désignés sous le nom de « crimes internationaux ».

113. Les raisons et les considérations pratiques qui ont amené le Rapporteur spécial et la Commission à faire cette distinction entre « crimes » et simples « délits » sont amplement illustrées dans les documents relatifs à cette session de la Commission, et nous nous contenterons d'y renvoyer le lecteur¹⁷⁰. On remarquera cependant que le terme « crimes », tel qu'il est employé dans le projet d'article 19, désigne les actes que « la communauté internationale... dans son ensemble » considère

comme de graves violations des obligations essentielles pour la sauvegarde de ses intérêts fondamentaux. Ensuite, le projet d'article 19 ajoute une liste non exhaustive d'actes illicites qui, dans l'état du droit international en 1976, constituaient des « crimes » dans le sens ainsi donné à ce terme : l'agression, en tant que violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales (par. 3, al. a); l'établissement ou le maintien par la force d'une domination coloniale, en tant que violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes (par. 3, al. b); l'esclavage, le génocide et l'apartheid, en tant que violations graves d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde de l'être humain (par. 3, al. c); et la pollution massive de l'atmosphère ou des mers, en tant que violation grave d'une obligation internationale d'importance essentielle pour la sauvegarde et la préservation de l'environnement humain (par. 3, al. d).

114. Comme la Commission l'a indiqué dès le début, la distinction entre « délits » et « crimes » ne devait pas avoir seulement une valeur descriptive, mais aussi — et surtout — une valeur normative. En d'autres termes, elle apparaissait dans le projet d'article 19 parce qu'elle entraînait une différence entre les « régimes de responsabilité » : la responsabilité en cas de « crime » devait avoir des conséquences juridiques différentes (du moins en partie) et plus graves que la responsabilité en cas de « délit »¹⁷¹.

115. Nous nous efforcerons, dans les pages qui suivent, d'étudier : a) la façon dont ce régime « spécial » de responsabilité en cas de « crime » a été graduellement édifié par la CDI au cours de ses travaux; b) la façon dont la Sixième Commission a réagi aux vues exprimées sur ce sujet par la CDI; c) la façon dont la doctrine aborde la question de la teneur à donner aux dispositions du projet relatives aux conséquences des crimes internationaux des États.

2. LES CONSÉQUENCES « SPÉCIALES » DES CRIMES DANS LES TRAVAUX DE LA COMMISSION

a) Les premières mentions de la question

116. L'idée d'établir des régimes de responsabilité différents selon le type d'acte illicite est apparue très tôt dans les travaux de la Commission, et son principal avocat y fut M. Ago, qui insista dès la vingt et unième session, en 1969, sur la nécessité de distinguer entre deux catégories d'actes : une première catégorie, comprenant les violations les moins graves qui donnaient principalement naissance à une obligation de réparation *lato sensu* de la part de l'État responsable, et parfois seulement — par exemple en cas d'inexécution de cette obligation — à l'applicabilité de « sanctions » contre cet État; et une seconde catégorie, réunissant les violations les plus graves, pour lesquelles la menace de « sanctions » serait immédiatement admissible — quoique indépendante dans

¹⁶⁹ Voir *Annuaire... 1976*, vol. II (2^e partie), p. 89.

¹⁷⁰ Voir le cinquième rapport de M. Ago (*ibid.*, vol. II [1^{re} partie], p. 3, doc. A/CN.4/291 et Add.1 et 2, par. 79 à 154) et le commentaire de la Commission sur l'article 19 (*ibid.*, vol. II [2^e partie], p. 89 à 113). Pour une analyse pertinente de la notion de crime et des conséquences du crime, telles qu'elles sont envisagées et discutées par la Commission, voir Spinedi, « International crimes of State: The legislative history ».

¹⁷¹ Voir, à ce propos, le commentaire de la Commission sur l'article 19 (*Annuaire... 1976*, vol. II [2^e partie], p. 108 et 109), notamment aux paragraphes 51 à 54.

ce cas de l'issue de la procédure contentieuse en réparation¹⁷². Cette proposition fut bien accueillie par la Commission, dont plusieurs membres aidèrent même à la préciser. M. Ouchakov, par exemple, après avoir affirmé qu'on ne pouvait parler d'admissibilité des « sanctions » de caractère militaire que dans le cas des actes illicites qui violaient ou menaçaient la paix et la sécurité internationales, souligna l'importance de la faculté de réaction à l'acte illicite en ajoutant que, en cas de violation des intérêts fondamentaux de la communauté internationale, cette faculté devait s'étendre à d'autres sujets de droit que la « principale victime » de l'acte illicite¹⁷³. Cette dernière idée fut approuvée par d'autres membres de la Commission, à cela près que, d'après eux, les États qui n'étaient pas spécialement affectés par l'acte illicite ne devaient pas être autorisés à y réagir *ut singuli*, mais *ut universi*, c'est-à-dire en application d'une décision collectivement adoptée par les autorités représentant la communauté internationale dans son ensemble¹⁷⁴.

117. On voyait ainsi se dégager dès le départ les deux grands thèmes autour desquels allait se développer la question de la responsabilité pour actes illicites particulièrement graves : a) la « substance » des conséquences de ces actes, qui seraient plus sévères que dans le cas des autres actes illicites; b) la nature de la réaction, qui, dans le cas des actes illicites menaçant les intérêts fondamentaux de la communauté internationale, serait pour ainsi dire diffuse, ou même universelle.

118. Compte tenu des réactions positives enregistrées dans ces débats préliminaires, le Rapporteur spécial proposa officiellement de faire une place à part, dans le projet d'articles, à la catégorie des actes illicites les plus graves, qui seraient qualifiés de crimes, et auxquels s'attacherait un régime « spécial » de responsabilité¹⁷⁵. Cette proposition reçut l'assentiment de la grande majorité des membres de la Commission¹⁷⁶, de sorte qu'en 1976, après l'examen du cinquième rapport de M. Ago (précisément consacré à la distinction entre actes illicites selon la nature de l'obligation violée et à la notion de « crime international » de l'État¹⁷⁷), le projet d'article 19 fut adopté en première lecture¹⁷⁸.

¹⁷² *Annuaire... 1969*, vol. I, 1036^e séance, et *Annuaire... 1970*, vol. I, 1074^e séance.

¹⁷³ *Annuaire... 1969*, vol. I, 1012^e séance.

¹⁷⁴ M. Sette Câmara (*Annuaire... 1970*, vol. I, 1075^e séance), M. Yasseen (*ibid.*, 1076^e séance), M. Ustor (*ibid.*, 1079^e séance) et M. Ago (*ibid.*, 1074^e séance). Voir aussi *Annuaire... 1970*, vol. II, p. 196 et suiv., doc. A/CN.4/233, par. 22 à 25.

¹⁷⁵ *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 174, par. 51.

¹⁷⁶ La seule réaction résolument opposée fut celle de M. Reuter (*ibid.*, vol. I, 1202^e séance).

¹⁷⁷ *Annuaire... 1976*, vol. II (1^{re} partie), p. 3, doc. A/CN.4/291 et Add.1 et 2, et plus particulièrement par. 79 à 155.

¹⁷⁸ *Ibid.*, vol. II (2^e partie), p. 89 à 113. Les seules réserves formulées à propos de cet article vinrent de M. Kearney, de M. Tsuruoka et de M. Reuter (*Annuaire... 1976*, vol. I, 1362^e et 1363^e séances, ainsi que 1375^e et 1402^e séances). Cependant, comme le fait remarquer Spinedi, ces membres de la Commission « ne niaient pas que le droit international contemporain attachait à certains actes illicites particulièrement graves des conséquences différentes des conséquences résultant de tous les autres actes illicites : ils doutaient seulement de l'utilité d'inscrire des règles sur cette responsabilité spéciale dans le projet d'articles auquel travaillait la Commission. » (*loc. cit.*, p. 22).

b) Le commentaire de l'article 19

119. Comme le cinquième rapport de M. Ago, le commentaire de la Commission sur l'article 19¹⁷⁹ est principalement consacré aux raisons de répartir les actes internationalement illicites en deux catégories distinctes (« délits » et « crimes »), le problème des conséquences propres aux crimes devant faire l'objet de la deuxième partie du projet. On peut cependant trouver, dans ce commentaire, trois indications générales, au moins, quant au régime « spécial » de responsabilité qui caractérise les « crimes » aux yeux de la Commission :

a) Premièrement, le commentaire affirme que la distinction entre ces différents régimes de responsabilité existe déjà dans le droit international général : le travail de la Commission est donc un travail de codification de la *lex lata* plutôt qu'un travail d'élaboration de la *lex ferenda*¹⁸⁰,

b) Deuxièmement, bien que le projet d'article 19 cite plusieurs cas à titre d'exemple — agression, domination coloniale ou pollution massive —, cela ne signifie pas que tous ces actes illicites entraînent les mêmes conséquences; au contraire, le régime de la responsabilité « aggravée » variera selon le crime¹⁸¹.

c) Troisièmement, la Commission affirmait que la codification du régime « spécial » de responsabilité ne devait déroger en rien aux dispositions de la Charte des Nations Unies visant

certaines faits [que la Charte] entend tout particulièrement prévenir et réprimer... Pour autant que certaines prescriptions de la Charte fassent aujourd'hui partie intégrante du droit international général en la matière dont la Commission s'occupe, elles se trouveront logiquement et fidèlement reflétées dans son œuvre. Sinon, vu précisément leur caractère « spécial », et vu de surcroît les prescriptions de l'Article 103, les dispositions de la Charte prévaudront toujours sur celles d'une convention générale de codification¹⁸².

c) Le débat sur le projet d'article 19

120. On peut également déduire certaines indications sur la substance des conséquences « spéciales » des crimes en étudiant le débat de la Commission sur le cinquième rapport de M. Ago.

121. C'est ainsi, par exemple, que, selon le Rapporteur spécial, en cas de crime, l'État victime pouvait non seulement demander réparation *lato sensu*, mais aussi appliquer des « sanctions » contre l'État fautif. Ces sanctions, selon lui, pouvaient prendre la forme de représailles tendant directement à obtenir l'exécution de l'obligation primaire enfreinte ou à obtenir réparation, mais aussi de représailles ayant un but purement « punitif », bien que, dans ce dernier cas, l'usage de la force ne fût autorisé

¹⁷⁹ *Annuaire... 1976*, vol. II (2^e partie), p. 89 à 113.

¹⁸⁰ *Ibid.*, commentaire de l'article 19, par. 54.

¹⁸¹ *Ibid.*, par. 53. Cependant, on remarquera à ce propos que la Commission jugea bon de remanier la proposition du Rapporteur spécial, qui faisait une distinction entre les violations d'obligations essentielles pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales et les autres crimes, les premières étant seules à pouvoir justifier des « mesures ultimes de coercition et de sanction » (*ibid.*, vol. II (1^{re} partie) [voir *supra* note 177], par. 150).

¹⁸² *Ibid.*, vol. II (2^e partie), commentaire de l'article 19, par. 55.

que dans des circonstances précises¹⁸³. D'autres membres de la Commission évoquent, eux aussi, la possibilité d'appliquer des « sanctions » en cas de crime (en plus, évidemment, de la demande de réparation), quoique sans préciser ce qu'ils entendaient exactement par ces « sanctions »¹⁸⁴. Sur cette dernière question, le seul point d'accord général était apparemment le suivant : seuls les cas d'agression pouvaient être considérés comme justifiant des actions armées décidées unilatéralement au titre de la légitime défense¹⁸⁵. On se rappellera cependant que, dès son commentaire sur l'article premier de la première partie, la Commission plénière s'était exprimée comme suit sur le sens à donner au mot « sanction » :

Par sanction, on entend ici une mesure qui, tout en n'impliquant pas nécessairement l'emploi de la force, est caractérisée — en partie du moins — par le fait d'avoir pour finalité d'infliger un châtiment. Une telle finalité ne s'identifie donc pas avec la poursuite coercitive de l'exécution de l'obligation ou bien de la réintégration du lésé ou du dédommagement¹⁸⁶.

122. Quant à la portée du droit de réagir (par des mesures ne comportant pas l'emploi de la force armée), certains membres de la Commission estimaient que ce droit devait aller jusqu'à permettre, en cas de crime, l'adoption de mesures par tout État, même en l'absence de décision d'un organe international¹⁸⁷, tandis que, pour d'autres, les mesures collectives ou généralisées, même si elles excluaient le recours à la force armée, n'étaient admissibles qu'après une autorisation et sous le contrôle d'un organe international compétent, et plus particulièrement du Conseil de sécurité¹⁸⁸. Il faut ajouter, à ce propos, que de nombreux membres de la Commission n'hésitaient pas à considérer certaines des mesures prévues dans la Charte comme faisant précisément partie des sanctions « généralisées et multilatérales » qui pouvaient être prises en cas de crime, qu'il s'agît des mesures « sociales », telles que l'exclusion de Membres de l'Organisation et la suspension de leurs droits et privilèges, ou, en cas d'agression, des mesures prévues au Chapitre VII de la Charte¹⁸⁹.

¹⁸³ Ibid., vol. II (1^{re} partie) [voir *supra* note 177], par. 80 et suiv. Voir, cependant, à ce propos la position prise par M. Ago dans son troisième rapport (*Annuaire... 1971*, vol. II, [1^{re} partie], p. 216 et suiv., doc. A/CN.4/246 et Add.1 à 3, par. 32 et suiv.).

¹⁸⁴ M. Bedjaoui (*Annuaire... 1976*, vol. I, 1362^e séance), M. Yasseen (ibid., 1372^e séance), M. Hambro (ibid.), M. Sette Câmara (ibid., 1373^e séance), M. Martínez Moreno (ibid.), M. Ramangasoavina (ibid., 1374^e séance), M. Bilge (ibid., 1376^e séance) et M. Castañeda (ibid., 1402^e séance).

¹⁸⁵ Sur ce point, des observations notables ont été faites par M. Kearney (ibid., 1374^e séance) et M. Castañeda (ibid., 1402^e séance).

¹⁸⁶ *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 177, commentaire de l'article premier, par. 5.

¹⁸⁷ M. Ouchakov (*Annuaire... 1969*, vol. I, 1012^e séance), M. Ago (*Annuaire... 1976*, vol. I, 1363^e séance), M. Quentin-Baxter (ibid., 1375^e séance), M. Bedjaoui (ibid.) et M. Castañeda (ibid., 1402^e séance).

¹⁸⁸ Voir, sous une forme explicite, M. Sette Câmara (*Annuaire... 1976*, vol. I, 1373^e séance) et, sous une forme implicite, M. Kearney, qui faisait valoir le contraste entre des actions unilatérales de cette nature et le système institué par la Charte pour la sauvegarde de la paix et de la sécurité internationales (ibid., 1374^e séance).

¹⁸⁹ M. Ago (ibid., 1371^e, 1372^e et 1376^e séances), M. Yasseen (ibid., 1372^e séance), M. Sette Câmara (ibid., 1373^e séance), M. Vallat (ibid.), M. Martínez Moreno (ibid.), M. Ramangasoavina (ibid., 1374^e séance), M. Kearney (ibid.), M. Tsuruoka (ibid., 1375^e séance),

d) Les commentaires des articles 30 et 34

123. Sur les deux principaux aspects du régime « spécial » de responsabilité pour « crime » (gravité plus marquée des conséquences et élargissement de la faculté de réaction), la Commission s'est aussi exprimée à l'occasion de l'adoption, en première lecture, des projets d'articles 30 et 34, concernant respectivement les contre-mesures et la légitime défense en tant que circonstances excluant l'illicéité.

124. Dans le commentaire de l'article 30, il est dit, par exemple, que les contre-mesures peuvent avoir non seulement une « finalité d'exécution », mais aussi une « finalité de répression »¹⁹⁰. Face à certains actes illicites ou dans certaines circonstances — que le commentaire ne précise pas —, les contre-mesures n'auraient pas seulement pour fonction d'obtenir la cessation ou la réparation *lato sensu*. Elles pourraient aussi avoir un but indépendant et pourrait donc être adoptées en même temps qu'est présentée la demande de cessation ou de réparation, ou même après la clôture de la procédure contentieuse visant à obtenir réparation. En ce qui concerne le contenu des contre-mesures, on a fait valoir qu'en dehors du cas de légitime défense, aucun fait illicite ne pouvait justifier le recours à des mesures unilatérales comportant l'emploi de la force armée.

125. Au paragraphe 22 du même commentaire, il est souligné en outre que, en vertu d'une décision prise par un organe international compétent pour sanctionner une violation grave d'une obligation fondamentale, les États « non directement » lésés pourraient aussi avoir recours à des contre-mesures. Il pourrait aussi être dérogé à des règles ou des principes généraux tels que ceux concernant la présentation préalable d'une demande en réparation, la proportionnalité et l'interdiction de représailles armées. Rien n'est dit, toutefois, du recours éventuel des États « indirectement » lésés à des contre-mesures *ut singuli*.

126. En ce qui concerne le projet d'article 34, certains membres de la Commission ont fait observer que le recours à des mesures comportant l'emploi de la force armée à titre de légitime défense pourrait être justifié non seulement en cas d'attaque armée, mais aussi en réaction à d'autres faits illicites constituant des violations moins graves que l'emploi illicite de la force¹⁹¹. Comme on l'a fait remarquer¹⁹², cela laissait supposer que de nombreux membres de la Commission partageaient l'idée qu'un certain type de fait illicite (l'agression ou, selon les opinions moins « restrictives », toute violation grave de l'interdiction de l'emploi de la force) pourrait entraîner une conséquence (recours à la force armée en légitime défense) distincte des conséquences communes aux

M. Rossides (ibid.), M. Ustor (ibid.), M. El-Erian (ibid., 1376^e séance) et M. Bilge (ibid.). Seuls M. Reuter et M. Castañeda doutaient qu'il y ait lieu de voir, dans les mesures prévues au Chapitre VII, des formes de responsabilité internationale (ibid., 1402^e séance).

¹⁹⁰ *Annuaire... 1979*, vol. II (2^e partie), p. 128, commentaire de l'article 30, par. 3.

¹⁹¹ M. Reuter (*Annuaire... 1980*, vol. I, 1620^e séance), M. Díaz González (ibid., 1627^e séance), M. Pinto (ibid.) et M. Tabibi (ibid., 1628^e séance).

¹⁹² Spinedi, *loc. cit.*, p. 42 et suiv., notamment p. 43.

autres faits internationalement illicites et « aggravée » par rapport à elles.

e) *Récapitulation*

127. Les conclusions des travaux de la Commission sur la première partie du projet peuvent être résumées comme suit :

a) Selon la Commission, le droit international général prévoit déjà un régime de responsabilité différent pour les types de faits illicites visés dans le projet d'article 19;

b) Ce régime n'est pas toujours le même, et varie selon les crimes, mais il se distingue, par certaines caractéristiques générales, du régime des délits;

c) Parmi les crimes, seule l'agression armée (ou, selon certaines opinions, la violation grave de l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force) justifie des réactions armées unilatérales au titre de la légitime défense individuelle ou collective prévue par le droit international général et par l'Article 51 de la Charte des Nations Unies;

d) Un crime justifie l'adoption de contre-mesures (même à des fins autres que purement « exécutoires-réparatoires » — bien que cela ne soit pas expressément mentionné comme une caractéristique distinctive de la seule responsabilité « pour crime ») non seulement de la part de l'État (s'il y en a un) principalement lésé par la violation, mais aussi de la part de tout autre État lésé de quelque manière que ce soit par le fait illicite;

e) S'il n'y a pas unanimité concernant la possibilité, pour les États « non directement » lésés, de réagir *ut singuli* à un crime en prenant des mesures unilatérales, il semble cependant y avoir convergence de vues à la Commission pour admettre que la réaction de ces États peut être très dure (et déroger, par exemple, aux principes de la demande de réparation préalable, de la proportionnalité et de l'interdiction de contre-mesures armées) si elle fait suite à une décision d'un organe collectif compétent pour connaître de la situation créée par le crime;

f) Les mesures ayant leur origine dans une « source collective », qui peuvent être adoptées pour sanctionner un crime — par opposition à un délit —, comprennent, selon la majorité des membres de la Commission, la suspension de la qualité de Membre de l'ONU ou l'exclusion de Membres de l'Organisation en vertu des Articles 5 et 6 de la Charte, ainsi que les mesures que le Conseil de sécurité pourra décider en vertu du Chapitre VII.

f) *Les propositions de 1984 et 1985*

128. Dans ses rapports sur la deuxième partie du projet, M. Riphagen exprime des vues qui cadrent, à bien des égards, avec les conclusions que nous venons de résumer. C'est le cas, en particulier, de la proposition selon laquelle

les crimes internationaux énumérés au paragraphe 3 de [l'article 19] (à titre d'exemples possibles) ne peuvent entraîner chacun les mêmes nouvelles relations juridiques¹⁹³.

Tout en reconnaissant que des crimes différents ont des conséquences différentes, M. Riphagen tente de dégager des conséquences juridiques particulières les « éléments qui sont communs à tous les crimes internationaux »¹⁹⁴ et de distinguer, de manière générale, le régime des crimes de celui des délits.

129. En ce qui concerne les obligations de l'État fautif (qui correspondent *grosso modo* à ce qui est appelé, dans la terminologie actuelle, les conséquences « substantielles »), M. Riphagen ne semble pas considérer que le régime de responsabilité découlant des crimes soit différent de celui découlant des délits. L'obligation de mettre fin à la violation, celle d'assurer une *restitutio in integrum* ou une réparation, et celle de fournir des garanties appropriées de non-répétition incombent à l'État auteur, d'après M. Riphagen, dès l'instant où celui-ci commet n'importe quel fait internationalement illicite, qu'il s'agisse d'un « délit » ou d'un « crime »¹⁹⁵. D'autres membres de la Commission semblent d'ailleurs partager ce point de vue¹⁹⁶.

130. D'autre part, pour ce qui est des conséquences « instrumentales » pour l'État « directement » lésé, M. Riphagen considère que c'est uniquement dans le cas de l'agression qu'elles diffèrent de celles qui découlent généralement des actes illicites « ordinaires ». Dans ce cas, outre que le recours à la force armée en légitime défense est justifiable, les contre-mesures qui peuvent être adoptées par l'État « directement » lésé ne sont en fait limitées que par le principe de la proportionnalité et le respect du *jus cogens*, « sous réserve », évidemment, « de l'application des mécanismes prévus dans le cadre de l'ONU pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales »¹⁹⁷. Pour les crimes autres que l'agression, toutefois, le régime des contre-mesures pouvant être adoptées par l'État lésé ne diffère pas, selon M. Riphagen, du régime applicable pour tout autre acte internationalement illicite¹⁹⁸. Les autres membres de la Commission ont estimé, quant à eux, qu'une réaction armée de l'État « directement » lésé n'était admissible qu'en légitime défense en cas d'agression¹⁹⁹. Mais il ne nous semble pas qu'ils se soient prononcés de quelque manière que ce soit sur la différence pouvant exister entre le régime des contre-mesures auxquelles pourrait

¹⁹³ Rapport préliminaire (*Annuaire... 1980*, vol. II [1^{re} partie], p. 126, doc. A/CN.4/330), par. 98 *in fine*.

¹⁹⁴ Quatrième rapport (*Annuaire... 1983*, vol. II [1^{re} partie], p. 12, doc. A/CN.4/366 et Add.1), par. 58.

¹⁹⁵ Rapport préliminaire (*Annuaire... 1980*, vol. II [1^{re} partie] [voir *supra* note 193]), par. 30 à 40) et deuxième rapport (*Annuaire... 1981*, vol. II [1^{re} partie], p. 94 et suiv., doc. A/CN.4/344, par. 99 à 104).

¹⁹⁶ Ainsi que le note Spinedi, « lorsqu'ils considèrent les formes spéciales de responsabilité découlant des crimes internationaux, [les membres de la Commission] ne se réfèrent pas aux nouvelles obligations de l'État auteur de l'acte illicite » (*loc. cit.*, p. 93).

¹⁹⁷ Quatrième rapport (*Annuaire... 1983*, vol. II [1^{re} partie] [voir *supra* note 194]), par. 55.

¹⁹⁸ *Ibid.*, par. 53 et 54.

¹⁹⁹ Selon Spinedi, « preuve en est que c'est seulement à propos des conséquences de l'agression que les membres de la CDI se sont demandé, en 1982 et 1983, s'ils devaient traiter de la légitime défense dans les projets d'articles » (*loc. cit.*, p. 94, note 312).

recourir l'État lésé dans le cas d'autres crimes et le régime des contre-mesures dans le cas des délits.

131. M. Riphagen a accordé une attention particulière aux caractéristiques de la responsabilité pour « crime » du point de vue des États « non directement » lésés. Conformément à la position adoptée par la Commission lors de ses travaux sur la première partie du projet, M. Riphagen affirme en particulier que tout crime entraîne une responsabilité *erga omnes*, c'est-à-dire à l'égard de tous les États autres que l'État auteur de l'acte illicite²⁰⁰. Toutefois, la position de cette pluralité d'États ne serait pas, dans la relation de responsabilité, la même que celle de l'État qui est la « principale victime » d'un crime. La situation juridique des États « non directement » lésés comporterait, selon M. Riphagen : a) le droit d'exiger la cessation, la réparation ainsi que des garanties de non-répétition; b) l'obligation de ne pas aider l'auteur de la violation à maintenir la situation créée par le crime; c) le droit d'adopter, à l'égard de l'auteur du crime, un comportement qui, autrement, serait condamnable ou contraire au principe de non-intervention dans les affaires intérieures des États, étant entendu toutefois que ce droit ne serait pas inconditionnel et ne durerait que jusqu'à ce que l'organe compétent de l'ONU ait pris une décision concernant la « sanction » du crime; et d) l'obligation d'exécuter les mesures arrêtées à titre de sanction par les organes de l'ONU, qui sont en fait « l'autorité » compétente pour connaître des conséquences d'un crime, même s'il n'entraîne pas une menace pour la paix ou la sécurité internationales²⁰¹.

132. Le régime qui vient d'être décrit serait modifié — dans le sens d'une plus grande sévérité — en présence d'un crime d'agression. Dans un cas d'agression, tout État (autre que l'État auteur du fait illicite) a les mêmes droits que la « principale victime » du crime. En particulier, il est permis de recourir à la force en légitime défense individuelle ou collective. Qui plus est, la référence au système des Nations Unies serait plus précise : chaque État serait en fait obligé d'appliquer les « sanctions » arrêtées par le Conseil de sécurité sur la base du Chapitre VII de la Charte²⁰².

133. Il faut cependant ajouter que la position de M. Riphagen sur le statut juridique du régime de « responsabilité pour crime » décrit ci-dessus (ou de tout autre) diffère considérablement de celle adoptée par la Commission dans son commentaire de l'article 19. Selon M. Riphagen, le régime décrit ne correspondrait pas, excepté pour les conséquences spéciales de l'agression, à l'état actuel du droit international (*lex lata*). Son adoption serait une œuvre de développement progressif²⁰³.

134. M. Riphagen a incorporé ses propositions dans les projets d'articles 5 (al. e), 14 et 15 présentés à la Commission en 1984²⁰⁴; ces dispositions se lisent comme suit :

²⁰⁰ Quatrième rapport (*Annuaire... 1983*, vol. II (1^{re} partie) [voir *supra* note 194]).

²⁰¹ *Ibid.*

²⁰² *Ibid.*

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ M. Riphagen avait initialement présenté une disposition très similaire dans le projet d'article 6 figurant dans son troisième rapport

Article 5

Aux fins des présents articles, l'expression « État lésé » désigne :

[...]

e) si le fait internationalement illicite constitue un crime international [et compte tenu des droits et obligations des États au titre des articles 14 et 15], tous les autres États.

Article 14

1. Un crime international fait naître toutes les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite et, de surcroît, tous droits et obligations ressortant des règles applicables acceptées par la communauté internationale dans son ensemble.

2. Un crime international commis par un État fait naître pour chaque autre État l'obligation :

a) de ne pas reconnaître comme légale la situation créée par ledit crime; et

b) de ne prêter ni aide ni assistance à l'État qui a commis ce crime pour maintenir la situation créée par ledit crime; et

c) de se joindre aux autres États pour se prêter assistance mutuelle dans l'exécution des obligations énoncées aux alinéas a et b.

3. À moins qu'une règle applicable du droit international général n'en dispose autrement, l'exercice des droits découlant du paragraphe 1 du présent article et l'exécution des obligations découlant des paragraphes 1 et 2 du présent article sont soumis, *mutatis mutandis*, aux procédures prévues par la Charte des Nations Unies en ce qui concerne le maintien de la paix et de la sécurité internationales.

4. Sous réserve de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies, en cas de conflit entre les obligations d'un État en vertu des paragraphes 1, 2 et 3 du présent article et ses droits et obligations en vertu de toute autre règle de droit international, les obligations nées du présent article l'emportent.

Article 15

Un acte d'agression fait naître toutes les conséquences juridiques d'un crime international et de surcroît tous les droits et obligations prévus dans la Charte des Nations Unies ou en découlant²⁰⁵.

(*Annuaire... 1982*, vol. II [1^{re} partie], p. 56, doc. A/CN.4/354 et Add.1 et 2, par. 150). Le texte de ce projet d'article se lisait comme suit :

« Article 6

« 1. Le fait internationalement illicite d'un État qui constitue un crime international fait naître pour chaque autre État l'obligation

« a) de ne pas reconnaître comme légale la situation créée par ledit fait;

« b) de ne prêter ni aide ni assistance à l'État auteur pour maintenir la situation créée par ledit fait;

« c) de se joindre aux autres États pour se prêter assistance mutuelle dans l'exécution des obligations énoncées aux alinéas a et b.

« 2. À moins qu'une règle de droit international applicable n'en dispose autrement, l'exécution des obligations mentionnées au paragraphe 1 est soumise, *mutatis mutandis*, aux procédures prévues par la Charte des Nations Unies relativement au maintien de la paix et de la sécurité internationales.

« 3. Sous réserve de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies, en cas de conflit entre les obligations d'un État en vertu des paragraphes 1 et 2 ci-dessus et ses droits et obligations en vertu de toute autre règle de droit international, les obligations nées du présent article l'emportent. »

²⁰⁵ *Annuaire... 1984*, vol. II (1^{re} partie), p. 2, doc. A/CN.4/380, sect. II.

g) *Les débats de la Commission sur les propositions de 1984 et 1985*

135. Bien qu'elles aient été renvoyées au Comité de rédaction, les propositions de M. Riphagen n'ont pas fait l'objet, comme on l'a noté, d'un débat particulièrement approfondi. D'après le ton général des commentaires des membres de la Commission, il semble évident, notamment, que si ces propositions étaient considérées comme un bon point de départ pour l'élaboration d'un régime des crimes, elles appelleraient encore d'importantes modifications et demandaient à être davantage développées²⁰⁶. Sur certains points, il est peut-être quand même possible de tirer du débat quelques indications plus précises.

136. Ainsi, un certain nombre de membres de la Commission ont objecté que la proposition de M. Riphagen ne différencierait pas suffisamment la situation des États « non directement » lésés de celle de l'État qui était la « principale victime » de la violation. Si, dans le cas d'un crime, tout État avait automatiquement les mêmes droits que ceux dont jouissait un État « directement » lésé par un simple délit (comme semble le sous-entendre le paragraphe 1 de l'article 14), cela voudrait dire que, dans le cas d'un crime, tout État aurait non seulement le droit d'obtenir une réparation pécuniaire, mais aussi celui d'adopter les mêmes contre-mesures que l'État « directement lésé ». Pour un certain nombre de membres de la Commission, cette solution semblait contraire à une conduite juste, pacifique et ordonnée des relations internationales²⁰⁷. M. Riphagen a répondu à cette objection que la situation « active » d'un État « non directement » lésé par un crime dépendrait du type de préjudice effectivement subi. Ainsi, une réparation pécuniaire ne pourrait être demandée que si l'État en question avait effectivement subi un dommage matériel du fait du crime international²⁰⁸. Il en irait de même pour les contre-mesures, en ce sens que

un État, qui n'est considéré comme un État lésé qu'en vertu de l'alinéa e de l'article 5, jouit de ce statut en sa qualité de membre de la communauté internationale dans son ensemble et [...] doit exercer ses nouveaux droits et exécuter ses nouvelles obligations dans le cadre de la communauté organisée des États²⁰⁹.

Par conséquent, et avant ou en l'absence de toute décision collective prise « dans le cadre de la communauté organisée des États », un État lésé seulement au sens de l'alinéa e de l'article 5 ne pourrait recourir *ut singuli*, se-

²⁰⁶ Voir les déclarations faites par M. Malek (*Annuaire... 1982*, vol. I, 1732^e séance), sir Ian Sinclair (*ibid.*, 1733^e séance) M. Ni (*ibid.*), M. Jagota (*ibid.*), M. Barboza (*ibid.*, 1734^e séance), M. Laclata Muñoz (*ibid.*) et M. Razafindralambo (*ibid.*). M. Riphagen a admis, en outre, qu'il n'était pas dans son intention d'insérer, dans ces dispositions, une liste exhaustive des conséquences des crimes, mais seulement de fournir une base que la Commission devrait développer. Le caractère « minimal » et « ouvert » du régime dont M. Riphagen a posé les grandes lignes ressort clairement du texte du paragraphe 1 du projet d'article 14, qui prévoit que toute autre conséquence « spéciale » d'un crime pourra, de toute manière, être fixée par la communauté internationale dans son ensemble.

²⁰⁷ Voir, à cet égard, les déclarations de sir Ian Sinclair (*Annuaire... 1984*, vol. I, 1865^e séance), de M. Quentin-Baxter (*ibid.*) et de M. McCaffrey (*ibid.*, 1866^e séance).

²⁰⁸ *Ibid.*, 1867^e séance.

²⁰⁹ Sixième rapport (*Annuaire... 1985*, vol. II (1^{re} partie) [voir *supra* note 2]), commentaire de l'article 14, par. 10.

lon M. Riphagen, qu'aux mesures de non-reconnaissance et de solidarité prévues au paragraphe 2 de l'article 14²¹⁰.

137. Une autre remarque s'impose ici. Sans que cela suscite aucune objection de la part des autres membres de la Commission, et partageant en fait l'opinion exprimée par certains d'entre eux²¹¹, M. Riphagen a eu tendance à éliminer de la notion de responsabilité internationale, et en particulier des buts qui peuvent être légitimement poursuivis par l'adoption de contre-mesures, tout aspect punitif ou, si l'on préfère, tout aspect autre que ceux ayant trait à l'exécution de l'obligation enfreinte et à la réparation du dommage²¹². Il en irait ainsi même dans le cas d'un crime, du moins en ce qui concerne les contre-mesures qui pourraient être adoptées par les États *ut singuli*²¹³. En revanche, M. Riphagen ne dénie pas expressément l'aspect punitif aux « sanctions » qui pourraient être appliquées à la suite de décisions collectives prises par des organes internationaux compétents.

138. Une dernière remarque peut être faite concernant le rôle à assigner aux procédures et mesures déjà prévues dans la Charte des Nations Unies. La majorité des membres de la Commission semble approuver formellement l'inclusion, dans le régime qui doit gouverner les crimes, de dispositions prévoyant l'application des mesures qui sont admises ou carrément imposées par la Charte, selon les circonstances particulières de chaque cas, à savoir, essentiellement : les mesures de légitime défense dans le cas d'agression et les procédures prévues dans la Charte pour assurer le maintien de la paix et de la sécurité internationales²¹⁴.

h) *Récapitulation des positions de la Commission*

139. Essayons maintenant de récapituler les conclusions sur lesquelles la Commission, à la suite de ses travaux sur la première partie du projet et de l'examen des propositions de M. Riphagen, semble être parvenue à un certain accord en ce qui concerne le régime « spécial » des crimes internationaux des États :

a) Il semble ressortir de la position qu'a prise expressément le Rapporteur spécial, sans que d'autres

²¹⁰ *Ibid.*, par. 6. Cette position de M. Riphagen apparaissait déjà clairement dans son troisième rapport (*Annuaire... 1982*, vol. II (1^{re} partie) [voir *supra* note 204]), par. 95 et 96, ainsi que par. 136 à 143. À cet égard, voir aussi Spinedi, *loc. cit.*, p. 124.

²¹¹ M. Reuter (*Annuaire... 1976*, vol. I, 1402^e séance, *Annuaire... 1981*, vol. I, 1666^e séance, et *Annuaire... 1982*, vol. I, 1731^e séance) et M. Schwebel (*Annuaire... 1980*, vol. I, 1601^e séance).

²¹² Deuxième rapport (*Annuaire... 1981*, vol. II (1^{re} partie) [voir *supra* note 195]), par. 35. Voir aussi la déclaration de M. Riphagen à la 1759^e séance de la Commission (*Annuaire... 1983*, vol. I).

²¹³ Troisième rapport (*Annuaire... 1982*, vol. II (1^{re} partie) [voir *supra* note 204]), par. 140.

²¹⁴ Voir les déclarations faites par M. Evensen (*Annuaire... 1982*, vol. I, 1733^e séance), M. Ouchakov (*ibid.*, 1736^e et 1737^e séances), M. Yankov (*ibid.*), M. Flitan (*Annuaire... 1983*, vol. I, 1773^e séance), M. Al-Qaysi (*ibid.*, 1775^e séance), M. Balandia (*ibid.*, 1776^e séance), M. Jagota (*ibid.*, 1777^e séance), M. Koroma (*ibid.*), M. Barboza (*ibid.*) et M. McCaffrey (*ibid.*, 1779^e séance). Des doutes concernant la pertinence juridique et politique d'une référence aux mécanismes prévus par la Charte pour assurer le maintien de la paix et de la sécurité internationales ont cependant été exprimés par M. Reuter (*Annuaire... 1984*, vol. I, 1861^e séance) et M. Malek (*ibid.*, 1866^e séance).

membres de la Commission y fassent objection, que la tâche à accomplir consisterait moins à codifier la *lex lata* pouvant exister sur le sujet (et qui est confuse) qu'à déterminer, à titre de développement progressif, le seuil minimal commun au-delà duquel les conséquences des crimes seraient, à juste titre, « aggravées » par rapport à celles des délits;

b) On ne trouvera pas ce minimum dans la situation juridique de l'État qui est la « victime principale » de la violation (s'il y en a une) : les droits et facultés de cet État ne sont pas différents — sinon quantitativement, selon la gravité du préjudice — de ceux dont il jouirait en tant que principale victime de tout fait internationalement illicite;

c) D'autre part, la situation juridique des États « indirectement » lésés, considérés du point de vue de leur réaction *ut singuli*, présente un « caractère spécial ». À la différence de la situation des États qui sont « indirectement » lésés par un délit, celle des États qui sont « indirectement » lésés par un crime serait caractérisée par un seuil minimal nécessaire. Ce seuil impliquerait sans aucun doute les obligations de « non-reconnaissance » et de « non-collaboration » avec l'auteur du « crime » indiquées par M. Riphagen; mais il impliquerait sans doute aussi d'autres obligations, puisque la Commission a de façon générale trouvé cette indication « insuffisante ». Il semble aussi être admis que l'engagement juridique des États en question ne doit pas aller jusqu'à justifier l'adoption unilatérale, par un ou plusieurs d'entre eux, de mesures ayant pour but de punir l'auteur du fait illicite;

d) Les restrictions qui limiteraient la possibilité de « sanction » individuelle d'un crime de la part des États *ut singuli* seraient moindres dans le cas d'une décision collective prise par une autorité représentative de « la communauté internationale » dans son ensemble. Dans ce cas, tout État « non directement » lésé pourrait être autorisé à adopter, ou pourrait en fait être obligé d'adopter, à l'égard de l'auteur du fait illicite, les mesures décidées par la « communauté internationale organisée » — et ces mesures pourraient être plus sévères que celles permises autrement;

e) Le phénomène évoqué à l'alinéa d ci-dessus pourrait bien se produire dans l'hypothèse — qui, aux yeux de la majorité des membres de la Commission, a une importance essentielle — où des mesures seraient décidées collectivement par les organes compétents de l'ONU à l'occasion de violations exigeant l'application de procédures spécifiques prévues dans la Charte;

f) Ce régime général « minimal » laisserait à part l'agression, seul crime qui justifie une réaction armée unilatérale, à titre de légitime défense collective, de la part de tout État autre que l'agresseur. L'agression autorise en outre tout État à recourir à des contre-mesures non armées, avec des limitations (substantielles ou procédurales) moins rigoureuses que dans le cas d'autres faits illicites. Les seules restrictions applicables seraient celles qu'impliquent la proportionnalité et l'interdiction de violer les obligations de *jus cogens*. Toutes ces mesures (la légitime défense et les contre-mesures « aggravées ») seraient régies par les dispositions du Chapitre VII de la Charte relatives au maintien de la paix et de la sécurité internationales.

3. LES RÉACTIONS DES ÉTATS À LA SIXIÈME COMMISSION

a) *Le problème de la responsabilité pénale*

140. Pour ce qui est des réactions à la Sixième Commission au moment de l'adoption de l'article 19 de la première partie du projet, la majorité des États, en particulier ceux du « secteur socialiste » et du « monde en développement » ont approuvé le choix de la Commission. Seul un petit nombre d'États occidentaux, dont l'Australie²¹⁵, la France²¹⁶, la Grèce²¹⁷, le Portugal²¹⁸, la Suède²¹⁹ et les États-Unis d'Amérique²²⁰ y étaient résolument hostiles. Les critiques qui revenaient régulièrement dans les prises de position de ces États avaient trait essentiellement au risque de « criminalisation » du comportement des États, qu'ils estimaient inhérent à la distinction proposée par la Commission. Selon ces États, le droit international ne reconnaissait pas, à ce stade, de formes de responsabilité analogues à celles que prévoyait le droit pénal des États. Il n'y avait pas, à l'heure actuelle, au niveau interétatique, d'organisme international généralement accepté, pouvant être considéré comme suffisamment représentatif et impartial pour qu'on lui confie la fonction de décider de « sanctions » d'un type pénal. En outre, « criminaliser » le comportement des États signifierait élever la possibilité de responsabilité pénale collective au rang de règle de droit — ce qui serait incompatible avec la civilisation juridique. Le projet de la Commission aurait dû traiter seulement des aspects de la responsabilité des États concernant la réparation, et non des sanctions. Les sanctions, le cas échéant, devaient être décidées au niveau politique, et non dans le cadre de la détermination de la responsabilité pour faits internationalement illicites²²¹.

141. Un groupe d'États européens a également exprimé son opposition aux mesures punitives, comprises comme étant des mesures correspondant aux formes de responsabilité pénale prévues dans les systèmes juridiques nationaux. Tout en acceptant en principe la distinction proposée, ces États souhaitaient réserver leur opinion jusqu'au moment où la Commission définirait les conséquences des crimes²²². Il faut souligner, toutefois,

²¹⁵ Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Sixième Commission, 27^e séance, par. 17 à 20, et, ultérieurement, *ibid.*, trente-huitième session, Sixième Commission, 50^e séance, par. 53 à 55.

²¹⁶ *Ibid.*, trente et unième session, Sixième Commission, 26^e séance, par. 4, et, ultérieurement, *ibid.*, trente-huitième session, Sixième Commission, 41^e séance, par. 26.

²¹⁷ *Ibid.*, trente et unième session, Sixième Commission, 23^e séance, par. 11 et 12.

²¹⁸ *Ibid.*, par. 17.

²¹⁹ La position de la Suède est exposée essentiellement dans des observations écrites sur le projet de la Commission (*Annuaire... 1981*, vol. II [1^{re} partie], p. 78 et suiv., doc. A/CN.4/342 et Add.1 à 4, en particulier p. 79).

²²⁰ Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Sixième Commission, 17^e séance, par. 8 à 12; *ibid.*, trente-troisième session, Sixième Commission, 40^e séance, par. 2; et, ultérieurement, *ibid.*, trente-huitième session, Sixième Commission, 47^e séance, par. 67.

²²¹ Cette dernière observation a été formulée seulement par la Grèce (voir *supra* note 217).

²²² Autriche (*Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Sixième Commission, 20^e séance, par. 2, et *ibid.**,

(Suite de la note page suivante.)

que les États qui ont formulé ces réserves se sont néanmoins prononcés en faveur d'un « régime spécial » de responsabilité « pour les crimes ». Pour ces États, les conséquences des crimes ne devaient en aucune manière comprendre des formes de responsabilité pénale ou punitive qui, outre qu'elles seraient contraires au principe de l'égalité souveraine des personnes internationales, favoriseraient les prétentions impérialistes des États capables d'imposer des « sanctions punitives »²²³.

142. Pour conclure sur ce point, il faut noter qu'un certain nombre des États qui, à l'origine, avaient rejeté ou sérieusement mis en doute l'idée d'une responsabilité « pour crime » se sont montrés, au moment de commenter les propositions présentées ultérieurement par M. Riphagen, moins hostiles à la possibilité de définir un régime « spécial » pour les conséquences de faits illicites particulièrement graves. Cela s'explique sans doute par le caractère modéré, non pénaliste de ces propositions²²⁴.

b) Les conséquences « substantielles » des crimes

143. Une fois réglé le débat sur l'admissibilité d'une responsabilité « pénale » des États, il n'a pas été dit grand-chose à la Sixième Commission concernant les « caractéristiques particulières » qui devaient marquer — *de lege lata* ou *ferenda* — le régime des types de faits illicites visés à l'article 19²²⁵.

c) Faculté de réaction

144. En ce qui concerne la faculté de réaction, deux États seulement ont mis en doute que la perpétration

(Suite de la note 222.)

trente-huitième session, Sixième Commission, 41^e séance, par. 41), Danemark (ibid., trente et unième session, Sixième Commission, 19^e séance, par. 5), Espagne (ibid., trente-huitième session, Sixième Commission, 54^e séance, par. 35), Japon (ibid., trente et unième session, Sixième Commission, 21^e séance, par. 8) et République fédérale d'Allemagne (ibid., 24^e séance, par. 73, et *Annuaire... 1981*, vol. II (1^{re} partie) [voir *supra* note 219], p. 75).

²²³ Bulgarie (ibid., trente-huitième session, Sixième Commission, 52^e séance, par. 57), Hongrie (ibid., 53^e séance, par. 22), Pologne (ibid., par. 33), République démocratique allemande (ibid., trente-cinquième session, Sixième Commission, 49^e séance, par. 15, et ibid., trente-huitième session, Sixième Commission, 36^e séance, par. 67), République socialiste soviétique d'Ukraine (ibid., 50^e séance, par. 24) et Union des Républiques socialistes soviétiques (ibid., 53^e séance, par. 43).

²²⁴ Voir, par exemple, la position prise par l'Australie (ibid., trente-septième session, Sixième Commission, 48^e séance, par. 9), les États-Unis d'Amérique (ibid., 52^e séance, par. 22 et 23), la Grèce (ibid., 40^e séance, par. 47), le Japon (ibid., 46^e séance, par. 19) et la Suède (ibid., 41^e séance, par. 12).

²²⁵ Il est peut-être utile, néanmoins, de rappeler les positions prises sur ce point par la Bulgarie, la République fédérale d'Allemagne et les États-Unis d'Amérique. La première, par exemple, était d'avis que, dans le cas d'un crime, l'État lésé pouvait adopter immédiatement des contre-mesures sans attendre le résultat négatif d'une demande préalable de réparation (ibid., trente-sixième session, Sixième Commission, 51^e séance, par. 6). Selon la République fédérale d'Allemagne, par contre, il serait nécessaire, même dans le cas d'un crime, d'épuiser les moyens disponibles de règlement pacifique avant de pouvoir légitimement recourir à une mesure unilatérale quelconque (ibid., trente-huitième session, Sixième Commission, 39^e séance, par. 7). Quant aux États-Unis (qui, il faut le rappeler, étaient opposés à la distinction), ils estimaient que s'il était nécessaire d'inclure dans le projet, à titre de développement progressif, une disposition concernant les conséquences « spéciales » des faits illicites particulièrement graves, il fallait alors mentionner l'obligation de l'État responsable de verser des dommages-intérêts « exemplaires » ou « punitifs » (ibid., trente et unième session, Sixième Commission, 17^e séance, par. 12).

d'un crime — ou, en tout cas, une violation grave des règles qui sauvegardent les intérêts de la communauté internationale dans son ensemble — fit naître une responsabilité *erga omnes*. Mais peu d'États se sont prononcés sur la question de savoir si cette responsabilité impliquait la possibilité pour un État, même s'il n'était lésé qu'« indirectement », de recourir unilatéralement à des contre-mesures²²⁶. Aucune observation importante n'a été faite au sujet de la proposition de M. Riphagen concernant les obligations « minimales » du droit général (« non-reconnaissance » et « solidarité ») qui incomberaient à tous les États autres que l'État auteur du fait illicite en cas de crime international²²⁷. Mais, de façon générale, et également à la Sixième Commission, on a été hostile à l'idée de réduire la « spécificité » des crimes à ces obligations « minimales » sans préciser dûment le régime des obligations de l'État auteur du fait illicite et les droits de l'État « directement » lésé.

d) Le rôle de la « communauté internationale organisée »

145. Toujours en ce qui concerne la faculté de réaction, un certain nombre d'États n'ont pas hésité à souscrire à la position de la Commission, selon laquelle une conséquence typique d'un crime devait être l'adoption de mesures par tous les États *ut universi*, c'est-à-dire dans le cadre de la « communauté internationale organisée ». Cette position reposait, comme on l'a noté, sur la référence implicite aux cas exigeant l'application des mesures prévues dans la Charte des Nations Unies, en particulier au Chapitre VII. Mais certains États ont estimé qu'il serait inapproprié de mentionner ces mesures dans le projet, soit parce que leur application était déjà régie par la Charte — qui plus est, dans une perspective différente de celle des conséquences des actes illicites²²⁸ —, soit parce qu'on risquerait d'élargir le « pouvoir de sanction » des organes de l'Organisation des Nations Unies, notamment du Conseil de sécurité, au-delà des limites que leur imposait la Charte. Ce risque était considéré comme très sérieux, en particulier compte tenu du fait que les organes de l'Organisation des Nations Unies concernés seraient les organes politiques, qui, par nature, n'étaient pas aptes à procéder à une évaluation juridique impartiale des cas à examiner²²⁹.

146. Finalement, un large accord s'est dessiné à la Sixième Commission pour considérer que la légitime défense, tant individuelle que collective, en réaction à

²²⁶ Certains ont approuvé cette idée, bien qu'en termes assez généraux : l'Indonésie (ibid., 30^e séance, par. 33), la République fédérale d'Allemagne (*Annuaire... 1981*, vol. II (1^{re} partie) [voir *supra* note 219], p. 74) et Sri Lanka (*Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Sixième Commission*, 31^e séance, par. 15).

²²⁷ Seules l'Algérie et la Roumanie (ibid., trente-septième session, Sixième Commission, 48^e séance, par. 35, et ibid., 49^e séance, par. 9, respectivement) y ont été résolument favorables, bien qu'elles aient plutôt insisté sur la nécessité de préciser ces obligations et d'en déterminer la portée.

²²⁸ France (ibid., trente-sixième session, Sixième Commission, 26^e séance, par. 5) et Grèce (ibid., 23^e séance, par. 11 et 12).

²²⁹ Australie (ibid., 27^e séance, par. 20), Espagne (*Annuaire... 1982*, vol. II [1^{re} partie], p. 18 et suiv., doc. A/CN.4/351 et Add.1 à 3, en particulier p. 19 et 20) et Japon (*Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Sixième Commission*, 21^e séance, par. 8).

l'agression, pouvait être considérée comme la conséquence « spéciale » d'un fait illicite, qui autoriserait le recours unilatéral à la force armée, même de la part des États « non directement » lésés. Certaines délégations ont néanmoins mis en doute l'opportunité d'envisager cette hypothèse dans le projet, attendu qu'elle était déjà prévue par la Charte des Nations Unies²³⁰.

e) *Récapitulation des positions
à la Sixième Commission*

147. Les maigres indications qui ressortent des débats de la Sixième Commission peuvent se résumer comme suit :

a) Il semble qu'il y ait un accord quasi unanime pour considérer que la responsabilité pour des violations graves d'obligations ayant une importance essentielle pour la communauté internationale devrait, d'une manière ou d'une autre, être distinguée des conséquences d'un fait internationalement illicite « ordinaire ». Une partie considérable de la communauté internationale marque néanmoins une certaine hésitation quand il s'agit d'utiliser la notion de « responsabilité pour crime » pour caractériser un tel régime;

b) Il y a aussi un large accord pour considérer que tout régime « spécial » des crimes devrait être dépourvu de toute connotation « pénaliste », en ce sens que, même dans le cas d'un crime, on ne devrait pas admettre des mesures « punitives » qui seraient laissées à la discrétion unilatérale des parties lésées, en particulier des États « non directement » lésés;

c) Il y a toutefois une vague tendance à considérer que la « spécificité » des conséquences des crimes ne réside pas seulement dans l'existence d'obligations généralisées de « non-reconnaissance » et de « solidarité » incombant à tous les États, mais aussi dans une plus grande rigueur des obligations « substantielles » de l'État auteur du fait illicite et des droits « instrumentaux » de l'État (s'il en existe) « directement » lésé par la violation;

d) La conviction est largement répandue que, dans le cas d'un crime, la responsabilité *erga omnes* se ramène essentiellement à la possibilité, pour la « communauté internationale organisée », d'autoriser ou même d'obliger tout État, en vertu de décisions prises par des organes « compétents », à adopter des « sanctions » — même des sanctions rigoureuses — contre l'auteur du fait illicite. Les procédures et les mesures prévues dans certaines situations par la Charte des Nations Unies en fournissent des exemples. Il n'y a cependant pas d'unanimité parmi les membres de la Sixième Commission concernant l'opportunité d'évoquer « expressément » ces procédures ou ces mesures dans le projet;

e) L'agression est distinguée de tous les autres crimes. Elle est considérée comme le seul fait illicite qui puisse autoriser une réaction armée unilatérale, à titre de légitime défense, de la part d'États « non directement » lésés, ainsi que de l'État ou des États victimes.

4. LA DOCTRINE

a) *Introduction*

148. Bien qu'elles n'aient pas atteint un stade d'élaboration avancé, les propositions de la CDI concernant le régime des crimes ont suscité des observations de la part de nombreux spécialistes. Nous tenterons, dans les pages qui suivent, de présenter les tendances de la doctrine touchant l'état actuel du droit international relatif aux conséquences « spéciales » des crimes et les lignes suivant lesquelles ce droit pourra se développer à l'avenir²³¹. Nous examinerons d'abord la relation entre l'État qui est la « victime principale » du crime et l'État auteur du fait illicite, afin de voir si, selon les auteurs, elle est différente de la relation qu'établit un fait illicite « ordinaire » entre un État lésé et un État auteur.

b) *La relation État auteur — État victime*

149. Peu d'auteurs considèrent que la « spécificité » du régime des crimes se manifeste dans le cadre de cette relation. Parmi ceux qui s'expriment sur ce point, seuls quelques-uns examinent les obligations « substantielles » de l'État auteur à l'égard de l'État « directement » lésé. Cet aspect, comme on l'a vu, n'a guère retenu non plus l'attention de la Commission. En ce qui concerne la réparation (*lato sensu*), un auteur souligne, par exemple, que dans le cas d'un crime, à la différence de ce qui se passe dans le cas d'un délit, il ne doit être admise aucune dérogation (entre État lésé et État auteur) à l'obligation de restitution en nature, dans la mesure où des intérêts « inaliénables » faisant l'objet de règles incontestables sont en cause²³². Un autre auteur souligne que, dans le cas d'un crime, l'État auteur serait toujours soumis, même après avoir fait réparation, à l'obligation de fournir les garanties de non-répétition nécessaires²³³.

150. En ce qui concerne les conséquences « instrumentales », la doctrine est divisée quant aux conditions de recours licite aux contre-mesures par l'État « directement » lésé. Certains auteurs pensent que le droit de l'État lésé de recourir à des contre-mesures ne naît, même dans le cas d'un crime, qu'après que des demandes de cessation ou de réparation ont été faites sans

²³¹ L'analyse qui suit porte sur les observations de spécialistes concernant la manière dont les conséquences des crimes devraient être traitées dans le projet de la Commission. Elle ne concerne pas ce que les auteurs ont écrit sur des exemples précis de crimes (comme l'agression, le génocide ou l'apartheid) ou les conséquences typiques et peut-être « spéciales » de ces crimes qui peuvent être déduites de la pratique des États ou des organisations internationales ou des instruments qui y sont liés.

²³² Graefrath, « International crimes—A specific régime of international responsibility of States and its legal consequences », en particulier p. 165. En ce qui concerne le point mentionné par Graefrath, rappelons que l'interdiction de « remplacer », par convention, la *restitutio* par une indemnisation pécuniaire lorsque cela mettrait en péril des intérêts juridiquement inaliénables a déjà été soulignée par le Rapporteur spécial, même en ce qui concerne les conséquences des « délits »; en fait, ces intérêts pourraient être violés s'il n'y a pas *restitutio* même à la suite d'actes délictueux « *minoris generis* », par opposition aux crimes. La seule question à résoudre pourrait alors être celle de l'exception de charge excessive, évoquée à l'alinéa c du paragraphe 1 du projet d'article 7 de la deuxième partie (voir *Annuaire... 1989*, vol. II [2^e partie], p. 80, par. 230).

²³³ Lattanzi, *Garanzie dei diritti dell'uomo nel diritto internazionale generale*, p. 530 et 531.

²³⁰ Australie (ibid., trente-huitième session, Sixième Commission, 50^e séance, par. 42), États-Unis d'Amérique (ibid., 41^e séance, par. 4) et République fédérale d'Allemagne (ibid., 39^e séance, par. 3).

succès et que les moyens de règlement disponibles ont été utilisés²³⁴, tandis que d'autres croient que l'État lésé peut recourir immédiatement²³⁵ au moins aux contre-mesures qui semblent être raisonnablement nécessaires pour amener la cessation d'un comportement illicite²³⁶.

151. Il existe un plus large accord en ce qui concerne les limites à l'exercice de contre-mesures par l'État lésé. La plupart des commentateurs sont d'avis que la limitation imposée par la proportionnalité²³⁷ ou la limitation imposée par le *jus cogens*²³⁸ s'appliquent également dans le cas de crimes.

152. Il existe aussi un large consensus concernant la fonction des contre-mesures prises par l'État lésé. En fait, si personne ne conteste qu'elles puissent être adoptées pour amener la cessation du comportement « criminel » ou, à titre d'*extrema ratio*, pour garantir la réparation *lato sensu*, presque tous les auteurs excluent la possibilité de leur utilisation à des fins purement punitives²³⁹.

153. Enfin, il est à peine nécessaire de rappeler que la vaste majorité des auteurs considère le crime d'agression comme une exception au régime général, au moins en ce sens que l'État « directement » lésé est en droit d'adopter des mesures comportant l'emploi de la force à titre de légitime défense²⁴⁰. Il faut toutefois noter que de nombreux auteurs étendent la légitimité de l'emploi de la force par la « victime d'une violation » même à des cas de réaction à la domination coloniale (ou de la « domina-

tion étrangère ») imposée par la contrainte, c'est-à-dire optent en faveur du peuple qui subit cette contrainte²⁴¹.

c) *La relation État auteur - États « non directement » lésés*

154. Pour ce qui est de la relation entre l'auteur d'un crime (violation *erga omnes* par définition) d'une part, et les États « non directement » lésés — *ut singuli* — d'autre part, tant la Commission que les auteurs qui ont analysé la question sont unanimes à considérer que c'est, au premier chef, dans le régime de cette relation que réside l'aspect « spécial » des conséquences des crimes, par opposition aux faits illicites « ordinaires ».

155. En ce qui concerne les conséquences « substantielles », on ne trouve pas vraiment dans la doctrine d'objections à l'idée que, dans le cas des crimes, tout État autre que l'État auteur du fait illicite serait en droit de réclamer la cessation et la réparation *lato sensu*²⁴². Ce droit paraît exister même en l'absence de toute intervention préalable de la part d'organismes internationaux plus ou moins représentatifs.

156. Les positions sont plus variées sur la faculté des États « non directement » lésés de recourir unilatéralement à des contre-mesures. Pour quelques auteurs, ce droit ou cette faculté peut être considéré comme admis *de lege lata* en droit international général, et constitue même le plus certain des traits distinctifs du régime des crimes internationaux des États²⁴³. D'autres, plus circonspects, soulignent que cette faculté de tous les États et de chaque État à titre individuel ne naît pas automatiquement de la commission d'un crime. Elle n'apparaît, pour ainsi dire, que subsidiairement, lorsque l'intervention de la « communauté internationale organisée » est exclue ou que la « communauté » demeure à l'écart parce que ses mécanismes de décision sont bloqués²⁴⁴ — ou par « solidarité » avec la victime principale (le cas échéant) du crime, qui devrait alors avoir au préalable

²³⁴ Dupuy, « Implications of the institutionalization of international crimes of States », en particulier p. 180; Carella, *La responsabilità dello Stato per crimini internazionali*, p. 134 et 143.

²³⁵ Lattanzi, *op. cit.*, p. 530; Hofmann, *loc. cit.*, p. 221 et 222.

²³⁶ Graefrath, *loc. cit.*

²³⁷ Carella, *op. cit.*, p. 143 et 144; Hailbronner, « Sanctions and third parties and the concept of international public order », en particulier p. 4; Dinstein, « The *erga omnes* applicability of human rights », en particulier p. 19; Graefrath et Mohr, « Legal consequences of an act of aggression: The case of the Iraqi invasion and occupation of Kuwait », en particulier p. 133 à 136. Dans le sens contraire, Lattanzi, selon qui, dans le cas de réaction à des crimes, la question de la proportionnalité ne peut pas être posée (*op. cit.*, p. 531).

²³⁸ Dinstein, *loc. cit.*, en particulier p. 19 et 20; Graefrath et Mohr, *loc. cit.*, en particulier p. 136; Oellers-Frahm, « Comment: The *erga omnes* applicability of human rights », en particulier p. 36; de Hoogh, « The relationship between *jus cogens*, obligations *erga omnes* and international crimes: Peremptory norms in perspective », en particulier p. 201. Voir aussi Cardona Lloréns, « La responsabilidad internacional por violación grave de obligaciones esenciales para la salvaguardia de intereses fundamentales de la comunidad internacional (el « crimen internacional ») », p. 326.

²³⁹ Très claires à cet égard sont les positions prises, notamment, par Cardona Lloréns (*loc. cit.*, p. 325 à 332), Graefrath, *loc. cit.*, et Dupuy (*loc. cit.*, p. 180). Toute différente est l'opinion de Spinedi (« Contribution à l'étude de la distinction entre crimes et délits internationaux », notamment p. 35 à 42), selon qui le droit international reconnaît toujours aux contre-mesures-représailles une fonction essentiellement punitive, c'est-à-dire qui n'est pas strictement une fonction exécutoire-réparatoire; et, manifestement, cela ne peut manquer de s'appliquer aux mesures qui peuvent être prises par un État contre lequel un crime international a été perpétré.

²⁴⁰ Pour la bibliographie concernant cette conséquence « spéciale » de l'agression et concernant les diverses manières dont elle est interprétée, voir le troisième rapport (*Annuaire... 1991*, vol. II (1^{re} partie) [*supra* note 78], par. 9, note 7, et par. 97 à 102) et le quatrième rapport (*Annuaire... 1992*, vol. II (1^{re} partie) [*supra* note 79], par. 58 à 69).

²⁴¹ Les auteurs ont écrit d'abondance sur ce sujet. Voir notamment Higgins, *The Development of International Law through the Political Organs of the United Nations*, p. 103 et suiv., Cassese, « Political self-determination. — Old concepts and new developments », Ronzitti, *Le guerre di liberazione nazionale e il diritto internazionale*, p. 98 et suiv., Ben Salah, « Autodétermination des peuples. — Les deux niveaux », et White, « Self-determination: Time for a re-assessment », en particulier p. 151. Il convient aussi de se reporter aux travaux préparatoires pour la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies (voir *supra* note 138), et aux commentaires sur la partie pertinente de la Déclaration.

²⁴² Notamment Graefrath, *loc. cit.*, Abi-Saab, « The concept of "international crimes" and its place in contemporary international law », en particulier p. 149, Jiménez de Aréchaga, « Crimes of State, *ius standi*, and third States », en particulier p. 255, et Hutchinson, « Solidarity and breaches of multilateral treaties », en particulier p. 197.

²⁴³ À diverses nuances près, c'est, semble-t-il, la position, par exemple, de Lattanzi, *op. cit.*, p. 533, de Dominicé, « Legal questions relating to the consequences of international crimes », en particulier p. 262, et de Dinstein, *loc. cit.*, en particulier p. 19.

²⁴⁴ Abi-Saab, *loc. cit.*, en particulier p. 150, Sinclair, « State crimes implementation problems: Who reacts? », notamment p. 257, Spinedi, *loc. cit.* (*supra* note 170), en particulier p. 133, Hutchinson, *loc. cit.*, notamment p. 212 et 213, et Sicilianos, *Les réactions décentralisées à l'illicite. — Des contre-mesures à la légitime défense*, p. 171, 205 et 206.

demandé l'aide d'autres États²⁴⁵. Quelques auteurs, italiens en particulier, sont d'avis que l'on peut admettre des contre-mesures unilatérales de la part de tout État « non directement » lésé dans le cas de certains faits illicites, mais non pour la catégorie tout entière des violations envisagées à l'article 19 de la première partie du projet de la Commission. Selon eux, les seules contre-mesures admissibles *de lege lata* seraient, dans la situation envisagée, la légitime défense collective contre l'agression, ou les interventions non armées en faveur d'un peuple « sous domination étrangère » dont les aspirations à l'indépendance sont réprimées par la force²⁴⁶. Pour un certain nombre d'auteurs, au contraire, le recours « généralisé » à des contre-mesures unilatérales est inadmissible (ou doit être interdit) — sauf en cas d'agression — même pour riposter à un crime international, car autrement on risquerait de justifier absolument tous les abus et d'en arriver à une situation d'anarchie et de *bellum omnium contra omnes*²⁴⁷. La seule exception à cette interdiction serait précisément le cas de réaction à une agression, où il serait non seulement permis d'employer la force en légitime défense, mais encore admissible, de la part de tous les États, de prendre des mesures unilatérales immédiates et particulièrement dures²⁴⁸.

157. Les auteurs qui admettent le recours à des contre-mesures unilatérales de la part de tout État « non directement » lésé ne vont guère au-delà de cette acceptation générale. Ils n'apportent rien de plus au sujet du régime juridique éventuel de ces contre-mesures (différent peut-être de celui des contre-mesures qui peuvent être prises pour un simple délit)²⁴⁹. La majorité des auteurs en question insiste sur un seul point : il ne serait pas licite pour

les États « non directement » lésés de poursuivre, à travers leurs mesures, des buts punitifs, c'est-à-dire autres que la cessation du fait illicite ou la réparation *lato sensu*²⁵⁰.

158. Quand on passe du domaine des droits ou facultés des États « non directement » lésés à celui des obligations qui pourraient leur incomber en vertu du droit général, on se trouve devant ce qui semble être un très large consensus doctrinal sur l'idée que ces obligations doivent être considérées comme une conséquence véritable et « spéciale » des crimes internationaux²⁵¹. Nous songeons en particulier aux obligations de « non-reconnaissance » et de « solidarité » mentionnées par M. Riphagen au paragraphe 2 de l'article 14 de la deuxième partie du projet. De ces deux sortes d'obligation, c'est plus particulièrement celle de ne reconnaître comme « légal » (c'est-à-dire, vraisemblablement, comme générateur d'effets juridiques au niveau international et dans les différents systèmes nationaux) aucun acte accompli par l'État auteur du point de vue de la « maîtrise de la situation » créée par le crime, qui est considérée par la plupart des auteurs, *de lege lata*, comme une conséquence « spéciale » des crimes, par opposition aux délits²⁵². Il est moins aisé, en revanche, d'en trouver qui souscrivent expressément à la conclusion d'après laquelle le droit international général prévoit effectivement des « obligations positives de solidarité » incombant à tous les États « non directement lésés » par un crime, et exigeant de chacun d'eux qu'il participe à l'adoption de mesures (éventuellement décidées par un

enfin, le régime des contre-mesures en question ne diffère pas sensiblement de celui des mesures qui peuvent être adoptées par un État directement lésé par un crime (*op. cit.*, p. 533).

²⁵⁰ Parmi eux, les plus explicites à cet égard sont Mohr, *loc. cit.* (notamment p. 139), Dominicé, « The need to abolish the concept of punishment », p. 257 et 258, Sicilianos, *op. cit.*, p. 52 à 54, et Graefrath et Mohr, *loc. cit.*, notamment p. 133 et 138; et parmi ceux qui refusent totalement l'admissibilité des contre-mesures en question, Marek, *loc. cit.*, notamment p. 463. On trouve en revanche des positions moins radicales chez Spinedi, *loc. cit.* (*supra* note 239), notamment p. 28 et suiv., et Zemanek, « The unilateral enforcement of international obligations », notamment p. 37 et 38. Pour sa part, Lattanzi, *op. cit.*, p. 533, admet, pour les contre-mesures prises par les États « indirectement lésés » par un crime, une fonction afflictive, et non point seulement exécutoire-réparatoire.

²⁵¹ Simma observe effectivement que « la majorité des observateurs, suivant en cela la démarche du bilatéralisme, admettrait probablement que l'idée même d'obligations des États tiers en cas de violation du droit international est une innovation remarquable, sans parler de la teneur de cette solidarité » (« International crimes: Injury and countermeasures. Comments on part 2 of the ILC work on State responsibility », en particulier p. 305).

²⁵² Notamment par Cardona Lloréns, *loc. cit.*, en particulier p. 312 et suiv.; Abi-Saab, *loc. cit.*, en particulier p. 149; Graefrath, *loc. cit.*, en particulier p. 168, qui appelle l'attention sur divers signes pointant dans cette direction (la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies [voir *supra* note 138], la Définition de l'agression [résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale], les résolutions de l'Assemblée générale concernant la Rhodésie du Sud, la présence de l'Afrique du Sud en Namibie, la création debantoustans par l'Afrique du Sud et les territoires occupés par Israël); Dupuy, *loc. cit.* (*supra* note 234), en particulier p. 181; Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*; Conforti, *loc. cit.*, en particulier p. 108 et 109, qui, il est vrai, circonscrit cette conséquence juridique « spéciale » aux seules hypothèses d'agression et de violation du droit à l'autodétermination « externe »; Frowein, « Collective enforcement of international obligations », en particulier p. 77; et Graefrath et Mohr, *loc. cit.*, en particulier p. 110 et 114.

²⁴⁵ Cardona Lloréns, *loc. cit.*, notamment p. 322, Mohr « The ILC's distinction between "international crimes" and "international delicts" and its implications », notamment p. 131 et 132, Hofmann, *loc. cit.*, notamment p. 226 à 228, Hailbronner, *loc. cit.*, notamment p. 9, et de Hoogh, *loc. cit.*, notamment p. 213.

²⁴⁶ C'est l'avis, par exemple, de Cassese (« Remarks on the present legal regulation of crimes of States », notamment p. 49 à 54), et de Conforti (« Il tema di responsabilità degli Stati per crimini internazionali », notamment p. 108 à 110).

²⁴⁷ Marek, « Criminalizing State responsibility », en particulier p. 481; Graefrath, *loc. cit.*, en particulier p. 167; Dupuy, *loc. cit.*, en particulier p. 177 à 179, et « Observations sur la pratique récente des « sanctions » de l'illicite », en particulier p. 483 et 484; Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*; Elias, « Introduction to the debate », en particulier p. 193; Elagab, *The Legality of Non-Forcible Counter-Measures in International Law*, p. 59; Sachariew, « State responsibility for multilateral treaty violations: Identifying the "injured State" and its legal status », en particulier p. 280; et Ten Napel, « The concept of international crimes of States: Walking the thin line between progressive development and disintegration of the international legal order », en particulier p. 165 et 166.

²⁴⁸ À ce propos voir, par exemple, Hofmann, *loc. cit.*, notamment p. 229, et Graefrath, *loc. cit.*, notamment p. 166, où il s'agit « de la mise sous séquestre ou confiscation de biens de l'agresseur ou de ses nationaux situés à l'étranger, de la suspension de tous les traités bilatéraux avec l'État agresseur, du châtiement de ses dirigeants pour le crime commis contre la paix ».

²⁴⁹ Pour ce qui est de leurs conditions préalables, Sicilianos affirme que des contre-mesures immédiates peuvent être prises pourvu que le comportement criminel n'ait pas cessé et qu'il y ait urgence (*op. cit.*, p. 206). Pour les limites, Mohr considère que les États non directement lésés ne peuvent réagir, en vertu du principe de proportionnalité-réciprocité, que par des contre-mesures proportionnelles au préjudice subi par suite du crime (*loc. cit.*, notamment p. 137). Selon Lattanzi,

organisme international) destinées à venir en aide à l'État « le plus directement » lésé ou à restaurer la légalité²⁵³.

d) *Le rôle de la « communauté internationale organisée »*

159. Pour finir, il paraît indispensable de regarder de près les positions doctrinales sur la situation juridique des États autres que l'auteur du crime, considérés *ut universi*. Nous songeons à la possibilité, pour la « communauté internationale organisée », de s'occuper des divers problèmes et implications de la responsabilité internationale « pour crime ». Là encore, l'éventail des opinions se révèle fort large.

160. À l'une de ses extrémités, certains auteurs estiment que, *de lege lata*, la compétence appartient exclusivement aux organes de l'Organisation des Nations Unies. De toute évidence, ils songent plus particulièrement au Conseil de sécurité, l'organe habilité à prendre des mesures coercitives, en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, et à mettre en œuvre toutes les mesures que peut exiger un crime international d'un État²⁵⁴. Selon eux, l'hypothèse d'une « menace contre la paix », prévue à l'Article 39 de la Charte, est effectivement susceptible d'une interprétation suffisamment large pour permettre au Conseil de s'occuper des actes définis comme des « crimes internationaux »²⁵⁵. De toute évidence, dès lors qu'on admettait ladite compétence du Conseil de sécurité en vertu de la Charte comme constitutive de la spécificité du régime des crimes, l'obligation de tous les États de donner effet à toute « sanction » décidée par cet organe devait en découler tout naturellement²⁵⁶.

161. Assez proches de cette position, d'autres auteurs, tout en ne considérant pas — à la différence de ceux qui viennent d'être cités — que le système institué par le Chapitre VII de la Charte se prête, en l'état actuel, à la mise en œuvre du régime « spécial » de responsabilité pour tous les crimes (et en ayant tendance plutôt à ne le juger applicable qu'à l'agression et aux crimes constituant une rupture de la paix ou une menace contre la paix), n'en souhaitent pas moins, eux aussi, voir cette mise en œuvre assurée par le système de sécurité de l'Organisation des Nations Unies. À leur avis, ce devrait être là le fait du développement progressif (*lex ferenda*).

²⁵³ Voir, par exemple, les réserves de Sicilianos, *op. cit.*, p. 171, et de Hailbronner, *loc. cit.*, notamment p. 11 à 15, pour qui, *de lege lata*, il n'existe aucune obligation de « solidarité active », tout au plus celle de ne se mettre en travers d'aucune action éventuellement engagée par la « communauté internationale organisée ».

²⁵⁴ Graefrath, *loc. cit.*, notamment p. 164 à 168.

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 164. Selon Graefrath, « un crime international, du fait qu'il constitue une violation grave d'une obligation internationale essentielle à la protection des intérêts fondamentaux de la communauté internationale, est nécessairement, par définition, une affaire internationale qui établit la compétence de l'Organisation des Nations Unies » (*ibid.*). Et encore : « Les États ont autorisé le Conseil de sécurité à constater l'existence d'un crime international et à décider des mesures nécessaires pour arrêter la poursuite du comportement illicite et imposer le respect universel de l'accomplissement des obligations internationales qui sont fondamentales pour le maintien de la paix internationale. » (*Ibid.*, p. 167.)

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 167.

Ce système est, à leur sens, le seul qui puisse « assurer le minimum de garanties d'objectivité qui devrait inspirer un régime de responsabilité pour crime de caractère général »²⁵⁷.

162. D'autres auteurs encore, à partir d'une lecture analogue (dans la perspective de la responsabilité) du Chapitre VII de la Charte, en arrivent à une conclusion différente, plus « restrictive », à savoir qu'il faudrait limiter la catégorie des crimes aux faits illicites constituant une rupture de la paix ou une menace contre la paix, de manière à donner à la notion de responsabilité pour crime une assise juridique plus solide, sans pour autant élargir indûment le champ du système de sécurité de la Charte²⁵⁸.

163. Selon une autre opinion, proche de la précédente mais plus clairement définie, la compétence pour « sanctionner » les crimes, tout au moins ceux qui comportent une menace contre la paix, appartient bien à la communauté internationale, telle que celle-ci est « organisée » dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, et plus précisément du Conseil de sécurité. C'est toutefois là une compétence « principale », certes, mais non « exclusive » de l'ONU. Les États *ut singuli* conserveraient encore la possibilité de recourir légitimement à des contre-mesures pacifiques à l'encontre de l'auteur d'un crime si la réaction de l'ONU se trouvait paralysée ou privée d'efficacité²⁵⁹. Le passage à cette compétence unilatérale « secondaire » serait envisagé assez favorablement, selon quelques auteurs, si les organes compétents de l'ONU — quoique « incapables » d'agir — délivraient ne fût-ce qu'une simple condamnation « verbale » du crime, comme garantie de la légitimité des

²⁵⁷ Conforti, *loc. cit.*, notamment p. 107. Dans le même esprit, Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*

²⁵⁸ Starace, « La responsabilité résultant de la violation des obligations à l'égard de la communauté internationale », p. 294 et suiv. Dans le même esprit, voir Quigley, « The International Law Commission's crime-délit distinction: A toothless tiger? », p. 137 et 133 et suiv. Selon Dupuy, « Observations sur la pratique récente des « sanctions » de l'illicite », il ne conviendrait pas, en particulier, que le projet de la Commission prévoie pour le crime d'agression un régime de responsabilité qui soit différent — substitutif ou subsidiaire — du mécanisme institué au Chapitre VII de la Charte des Nations Unies avec la compétence correspondante du Conseil de sécurité, surtout si, sur la base de ce régime différent, le recours à des contre-mesures unilatérales devait être admis. Pour cet auteur, il y a lieu de craindre qu'une telle substitution ait pour effet d'affaiblir le prestige et l'autorité de l'organisation mondiale, dont l'incapacité à assurer le maintien de la paix se trouverait accrue en raison des interventions incontrôlées, encore que généreuses, de certains États. La base même de la notion de crime, qui répond avant tout au souci de veiller au respect des obligations essentielles pour la communauté internationale dans son ensemble, risque trop souvent de servir d'excuse commode aux États qui y puiseront le « blanc-seing d'ordre public » au nom duquel ils légitimeront des actions destinées à servir leurs propres objectifs de politique étrangère. Après tout, quelle que puisse être la bonne foi des États qui appliquent les sanctions, ceux contre lesquels celles-ci sont dirigées pourront plus facilement s'y opposer parce qu'elles ne seront pas placées sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies. Et il faut ici se demander si l'institutionnalisation même du crime ne risquerait pas de contenir en germe l'anarchie internationale.

²⁵⁹ Hofmann, *loc. cit.* (notamment p. 226), Mohr, *loc. cit.* (notamment p. 131, 132 et 138), Sinclair, *loc. cit.* (notamment p. 257), Dominici, *loc. cit.* (notamment p. 262 et 263), et Sicilianos, *op. cit.* (p. 171 et 206 à 213).

mesures que les États pourraient souhaiter prendre *ut singuli*²⁶⁰.

164. La tendance à dégager, lorsque c'est possible, la « sanction » des crimes visés par le système de sécurité du Chapitre VII et d'une « compétence exclusive » du Conseil de sécurité, souvent considérée comme risquant d'entraîner non seulement l'immobilisation²⁶¹ mais aussi la « manipulation politique »²⁶², se manifeste aussi dans les suggestions des auteurs qui seraient enclins à attribuer un certain rôle à la CIJ en la matière. Ce rôle est conçu sous la forme soit d'une compétence de la Cour pour les différends relatifs à un crime international²⁶³, soit d'une vérification *ex post facto* de la « légitimité » des sanctions dont la menace a été agitée²⁶⁴.

²⁶⁰ Hutchinson, *loc. cit.* (notamment p. 203), Sicilianos, *op. cit.* (p. 213), et Quigley, *loc. cit.* (notamment p. 144 et 150). On trouve aussi l'indication d'une compétence « principale » et non « exclusive » de l'Organisation des Nations Unies chez Oellers-Frahm, pour qui une intervention à titre « auxiliaire », par des États *ut singuli*, ne serait pas encore légitime, mais le serait plutôt dans le cadre d'« organisations régionales » comme l'OEA ou la Communauté européenne : si même ces institutions régionales se révélaient incapables de décider de l'application de « sanctions » collectives, cela signifierait qu'*a fortiori* la communauté internationale ne serait pas non plus d'accord pour l'adoption de mesures unilatérales par des États agissant individuellement, et que de telles mesures ne pourraient par conséquent pas être jugées légitimes (*loc. cit.*, en particulier p. 34 et 35).

²⁶¹ Sur ce point, voir, par exemple, les doutes exprimés par Simma, *loc. cit.*, notamment p. 312 et 313.

²⁶² Notamment par Dominicé, *loc. cit.* (en particulier p. 262 et 263), Hutchinson, *loc. cit.* (en particulier p. 210 et 211), et aussi Leben, « Les contre-mesures inter-étatiques et les réactions à l'illicite dans la société internationale » (p. 28).

²⁶³ Torres Bernardez, « Problems and issues raised by crimes of States: An overview » (notamment p. 278 et 279), et Quigley, *loc. cit.* (notamment p. 128 et 129).

²⁶⁴ Hutchinson, *loc. cit.*, notamment p. 211; et Dupuy, *loc. cit.* (*supra* note 234), notamment p. 182 et 183, qui réclame un mécanisme dans lequel l'Assemblée générale déciderait à une majorité qualifiée s'il y a lieu de demander au Conseil de sécurité d'intervenir en vue de « sanctionner » un crime; le Conseil déciderait alors également à une majorité qualifiée, et à l'exclusion du droit de veto, les mesures à prendre; enfin, pour compléter l'ensemble, une procédure de règlement des différends serait indispensable. On pourrait ici prendre pour point de départ l'article IX de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et l'article XII de la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, mais à comparer ces deux dispositions, on constate que la première autorise le recours unilatéral à la CIJ, alors que la seconde paraît maintenir l'exigence d'une démarche consensuelle. L'auteur souligne l'importance des options offertes (*ibid.*, en particulier p. 183). Sans mentionner expressément la CIJ, Elias, lui aussi, souligne qu'il y a lieu de prévoir des « voies judiciaires » dans le régime de responsabilité à proposer pour les crimes, en ces termes :

« on ne saurait oublier qu'une solution judiciaire n'a en pratique qu'un champ d'application limité, et que l'action judiciaire internationale demeure en principe facultative. Mais c'est dans ce contexte qu'apparaît l'importance de l'élaboration, dans le droit international contemporain, de procédures par lesquelles l'application du droit est confiée à des tiers et non au seul État ou États immédiatement intéressés. Ce n'est là que le véhicule destiné à manifester de façon patente les exigences de la communauté internationale, les préoccupations et les intérêts généraux de cette entité collective et interdépendante qu'est aujourd'hui la communauté internationale. » (*Loc. cit.*, en particulier p. 193.)

Simma se montre plus sceptique lorsque, commentant les propositions de M. Riphagen, il fait les remarques suivantes :

« le lien entre l'article 14 et la garantie procédurale de la juridiction obligatoire de la Cour internationale [de Justice], proposé en 1986, ne résistera pas à l'épreuve des réalités politiques. Certes, il faut saluer cette clause de règlement par tierce partie, d'aucuns diraient même la considérer comme le corollaire indispensable de l'accep-

165. Enfin, il faut mentionner, dans une position presque diamétralement opposée à celle que nous évoquons au paragraphe 52 ci-dessus, les auteurs pour qui ni l'ONU (et en particulier le Conseil de sécurité), ni aucune autre organisation internationale n'a — *de lege lata* et dans la sphère du droit général — la moindre compétence, exclusive ou principale, pour régler les réactions des États « non directement » lésés par un crime. Ces États, dans cette optique, conservent ainsi l'entière possession, *ut singuli*, de leur droit de réagir, au besoin, par des contre-mesures à l'encontre d'un État qui s'est rendu coupable d'un grave manquement aux obligations destinées à sauvegarder les intérêts fondamentaux de la communauté internationale. Il faut toutefois ajouter que ces mêmes auteurs formulent aussi d'ordinaire le vœu que la question soit tranchée par le biais du développement progressif, à savoir l'attribution des fonctions et pouvoirs nécessaires aux institutions internationales appropriées, lesquelles ne se confondraient pas nécessairement avec tel ou tel organe de l'ONU²⁶⁵.

166. La doctrine s'est très rarement penchée sur la limitation possible du champ d'application des « sanctions » dont la « communauté internationale organisée » disposerait en cas de crime. Quelques auteurs soulignent, par exemple, que les mesures décidées par les organes de l'ONU ne sauraient en tout état de cause répondre à des fins punitives²⁶⁶. D'autres s'inquiètent de la possibilité de mesures collectives dont la mise en œuvre risquerait, en dernier ressort, d'être préjudiciable aux intérêts d'États « innocents », auquel cas il faudrait que soit prévue une obligation de « solidarité ». Il faudrait aussi prévoir une répartition équitable, à l'aide de mécanismes de compensation, des charges supportées par les États par suite des opérations donnant effet aux « sanctions »²⁶⁷. Enfin, il est parfois rappelé que la gravité de la réaction de la « communauté internationale organisée » devrait

tation des « crimes internationaux ». Mais soyons réalistes : l'idée qu'une proportion appréciable des États Membres de l'Organisation des Nations Unies seraient prêts à faire intervenir la Cour dans les problèmes énumérés à l'article 19 est tout simplement utopique. » (*Loc. cit.*, en particulier p. 307.)

Enfin, Graefrath est pour sa part résolument opposé à ce qu'une cour internationale soit reconnue comme organe approprié pour s'occuper de crimes (*loc. cit.*, en particulier p. 168 et 169).

²⁶⁵ Abi-Saab, *loc. cit.*, notamment p. 148 et 149; Hailbronner, *loc. cit.*, notamment p. 9 et 10; Klein, « Sanctions by international organizations and economic communities »; de Hoogh, *loc. cit.*, notamment p. 207 à 211; et, pareillement, Simma, « Grundfragen der Staatenverantwortlichkeit in der Arbeit der International Law Commission », notamment p. 402. À cette liste, il convient évidemment d'ajouter les auteurs qui se prononcent encore plus résolument en faveur de la possibilité, pour les États « non directement » lésés, de recourir *ut singuli* à des contre-mesures contre un État coupable d'un crime international (voir *supra* note 238).

²⁶⁶ Dupuy, *loc. cit.* (*supra* note 234), notamment p. 184, et Cardona Lloréns, *loc. cit.*, notamment p. 331 à 333, qui, il est vrai, se réfère essentiellement à la possibilité d'appliquer, en conséquence d'un crime, des « sanctions » comme l'exclusion ou la suspension d'un État membre d'une organisation internationale.

²⁶⁷ Hailbronner, *loc. cit.*, notamment p. 12 à 15; Doehring, « Die Selbstdurchsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen », notamment p. 50; et Delbrück, « International economic sanctions and third States », notamment p. 92 et 93 ainsi que p. 96 et 98. Selon ces auteurs, les mesures en question sont absolument interdites, quand bien même elles seraient décidées par la « communauté internationale organisée », si elles portent atteinte aux intérêts « vitaux » ou « essentiels » d'États « innocents ».

être à la mesure de celle du crime — et tout particulièrement quand il s'agit d'agression²⁶⁸.

B. — Les problèmes d'un éventuel « régime spécial » de responsabilité pour les crimes

1. INTRODUCTION

167. Après avoir résumé les principales positions prises à la Commission du droit international, à la Sixième Commission et dans la doctrine à propos des règles appelées à gouverner les conséquences des crimes, nous nous efforcerons ci-après de cerner les problèmes majeurs à résoudre pour codifier la matière. Ce n'est qu'une fois que la Commission aura donné son avis sur ces problèmes que le Rapporteur spécial pourra, sur la base d'un examen plus approfondi de la pratique et de la doctrine, lui soumettre une proposition quant au régime applicable aux crimes.

168. Ainsi qu'il ressort de l'article 19 de la première partie et du paragraphe 3 de l'article 5 de la deuxième partie du projet, tels qu'ils ont été adoptés en première lecture, et des commentaires relatifs à ces articles²⁶⁹, les crimes sont des violations graves d'obligations *erga omnes* visant à sauvegarder des intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble. Le premier problème est donc d'apprécier dans quelle mesure le fait que la violation porte gravement atteinte à un intérêt commun à tous les États affecte la relation complexe

²⁶⁸ Nous ne songeons point tant ici aux mesures collectives impliquant l'emploi de la force armée, prévues au Chapitre VII de la Charte (et plus précisément à l'Article 42) — dont il est généralement admis qu'elles peuvent être mises en œuvre à l'encontre d'un État agresseur —, qu'à un autre type particulièrement grave de « sanction » (ou plutôt, sans doute, de « garanties de non-répétition ») que, aux yeux de quelques-uns — si nous comprenons bien —, la « communauté internationale organisée » pourrait à coup sûr appliquer en cas d'agression, mais pas toujours pour les autres crimes internationaux. Selon Graefrath et Mohr, par exemple,

« Autre conséquence juridique spécifique des crimes internationaux, des limitations peuvent être apportées à l'exercice des droits souverains pour veiller à la non-répétition du crime. Après la deuxième guerre mondiale, ces limitations avaient pris la forme de dispositions relatives à la démilitarisation, à la création de zones démilitarisées et à l'interdiction de certaines armes de destruction massive, en particulier, ainsi que de certains types de missiles. On retrouve des dispositions très semblables, ou du moins la même démarche, dans la résolution 687 (1991) [du Conseil de sécurité]. »

En particulier, les procédures de vérification instituées en vertu de cette résolution

« vont bien au-delà de ce que l'AIEA a jusqu'ici appliqué ou de ce qui était prévu dans le projet de convention contre les armes chimiques. Les procédures de contrôle et de vérification font manifestement partie des sanctions et des conséquences juridiques appliquées par le Conseil de sécurité pour veiller à la non-répétition de l'agression*. Elles peuvent s'entendre comme une limitation de l'exercice des droits souverains et se justifier comme conséquence légale en cas de crime d'agression*. » (Loc. cit., en particulier p. 128.)

²⁶⁹ Cinquième rapport de M. Ago (*Annuaire... 1976*, vol. II (1^{re} partie) [voir *supra* note 177], par. 75 à 154); rapport de la Commission sur les travaux de sa vingt-huitième session (ibid., vol. II [2^e partie], p. 89 et suiv.); sixième rapport de M. Riphagen (*Annuaire... 1985*, vol. II (1^{re} partie) [voir *supra* note 2], p. 5 à 9, article 5 et commentaire s'y rapportant); rapport de la Commission sur les travaux de sa trente-septième session (ibid., vol. II [2^e partie], p. 25 et suiv.).

de responsabilité à laquelle, comme nous l'expliquons dans notre précédent rapport²⁷⁰, donne naissance même une violation « ordinaire » d'une obligation *erga omnes*.

169. Le plus facile semble être d'envisager la question « objectivement » puis « subjectivement », en se demandant :

a) Du point de vue objectif, si, et de quelle manière, la gravité de ces violations accroît la rigueur et assouplit les limites des conséquences — substantielles et instrumentales — qui s'attachent à la violation d'une obligation *erga omnes* « ordinaire »;

b) Du point de vue subjectif, si l'importance fondamentale de la règle enfreinte entraîne une modification dans les relations multilatérales inorganisées et non institutionnellement coordonnées auxquelles donne normalement naissance, en droit général, la violation ordinaire d'une obligation *erga omnes*, qu'il s'agisse des relations entre l'État auteur et tous les autres États ou entre les États lésés eux-mêmes.

170. C'est autour de ces deux séries de questions fondamentales que nous articulerons l'analyse de chacun des problèmes que posent les conséquences des crimes. Suivant l'ordre suivi jusqu'ici, nous commencerons par les conséquences substantielles.

2. CONSÉQUENCES SUBSTANTIELLES

171. En ce qui concerne la cessation de la violation, les crimes ne semblent pas présenter de particularité par rapport aux actes illicites « ordinaires » (qu'il s'agisse de violations *erga omnes* ou non)²⁷¹. Il n'y a rien d'étonnant à cela, puisque, d'une part, le contenu de l'obligation de cessation n'est pas susceptible d'aggravation, d'atténuation ou de modification « qualitative », et que, d'autre part, il s'agit, même dans le cas des délits, d'une obligation qui s'impose à l'État responsable même en l'absence de demande de l'État ou des États lésés (aspect subjectif).

172. Non seulement la pratique montre qu'un État qui perpète un crime est tenu de mettre fin immédiatement à son comportement « criminel », mais elle met aussi en lumière les diverses manières dont l'État ou les États lésés peuvent demander la cessation de ce comportement sans que la licéité d'une telle demande puisse donner lieu à contestation — sauf évidemment de la part de l'État auteur.

173. Deux exemples flagrants de crimes internationaux commis par des États — le régime d'apartheid en Afrique du Sud et l'invasion du Koweït — peuvent servir à illustrer notre propos. Dans le premier cas, la demande de cessation de la politique sud-africaine de violation systématique des droits de l'homme ne provenait pas seulement d'organes multilatéraux comme le Conseil de sécurité, le Conseil économique et social ou

²⁷⁰ Quatrième rapport du Rapporteur spécial (*Annuaire... 1992*, vol. II (1^{re} partie) [voir *supra* note 79]), par. 128 à 151.

²⁷¹ Voir le rapport préliminaire du Rapporteur spécial (*Annuaire... 1988*, vol. II [1^{re} partie], p. 12 et suiv., doc. A/CN.4/416 et Add.1, par. 29 à 63) et son quatrième rapport (*Annuaire... 1992*, vol. II (1^{re} partie) [voir *supra* note 79], par. 127 à 151).

l'Assemblée générale des Nations Unies²⁷², mais aussi d'États agissant *ut singuli*.

174. On se rappellera à cet égard les demandes formulées par l'Éthiopie et le Libéria dans la requête adressée à la Cour internationale de Justice contre l'Afrique du Sud prise en qualité de puissance administrante de la Namibie (Sud-Ouest africain), où ces deux États demandaient la cessation de la pratique de l'apartheid²⁷³.

175. Dans le cas du Koweït, il n'est pas besoin de rappeler que le retrait des troupes iraqiennes fut exigé presque immédiatement par des organisations internationales²⁷⁴ et par des États²⁷⁵.

176. La même chose s'est passée dans le cas des opérations israéliennes contre le Liban²⁷⁶.

177. Bien moins évidente toutefois est la réponse à la question de savoir quelles contre-mesures peuvent être prises, et par qui, pour obtenir la cessation de l'acte illégitime d'un État qui ne fait pas spontanément droit aux demandes de cessation. Mais ce problème relève plutôt des aspects « instrumentaux » de la responsabilité, qui sont examinés ci-après, sous le point 3.

178. S'agissant de la réparation au sens large (*restitutio*, indemnisation, satisfaction et garanties de non-répétition), la question devient plus complexe et pose un certain nombre de problèmes, tant du point de vue objectif que subjectif.

179. Du point de vue objectif, certaines formes de réparation, notamment la *restitutio* et la satisfaction, sont assujetties à certaines limites dans le cas des délits. Il faut donc voir si, lorsqu'il s'agit d'un crime, il peut être dérogé à ces limites (ou à certaines d'entre elles) et, si la

²⁷² On se souviendra des diverses résolutions dans lesquelles ces organes ont demandé à l'Afrique du Sud de mettre fin à l'apartheid, en particulier (mais pas seulement) dans le cadre de la procédure instituée par le Conseil économique et social dans sa résolution 1503 (XLVIII) pour les « violations flagrantes » des droits de l'homme, ou, par exemple, les résolutions du Conseil de sécurité 181 (1963) du 7 août 1963, 182 (1963) du 4 décembre 1963 et 418 (1977) du 4 novembre 1977.

²⁷³ Points 3 et 4 des conclusions finales des deux États demandeurs, en date du 19 mai 1965 (affaires du *Sud-Ouest africain [Éthiopie c. Afrique du Sud; Libéria c. Afrique du Sud]*, deuxième phase, C.I.J. Recueil 1966, p. 15).

²⁷⁴ Le retrait des troupes iraqiennes a été immédiatement exigé, non seulement par le Conseil de sécurité (résolution 660 [1990] du 2 août 1990), mais aussi par le Conseil de la Ligue des États arabes, réuni au Caire le 2 août 1990 (doc. S/21434 du 3 août 1990), et par les États membres de la Communauté européenne (déclaration du 4 août 1990, doc. A/45/383-S/21444 du 6 août 1990).

²⁷⁵ Notamment la France (communiqué du Ministère des affaires étrangères, en date du 2 août 1990, dans AFDI, vol. XXVI, 1990, p. 1041) et la Suisse (note verbale datée du 22 août 1990, adressée au Secrétaire général par le chargé d'affaires de la mission permanente d'observation de la Suisse auprès de l'Organisation des Nations Unies, doc. S/21585 du 22 août 1990).

²⁷⁶ Demandes de cessation formulées par le Conseil de sécurité (notamment résolutions 313 [1972] du 28 février 1972, 332 [1973] du 21 avril 1973, 501 [1982] du 25 février 1982, 508 [1982] du 5 juin 1982, 520 [1982] du 17 septembre 1982, 583 [1986] du 18 avril 1986, 586 [1986] du 18 juillet 1986 et 587 [1986] du 23 septembre 1986) et par des États (France, « Pratique française du droit international », AFDI, vol. XXVIII, 1982, p. 1050 et 1051; et Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, « United Kingdom Materials on International Law », BYBIL, 1982, vol. 53, p. 534).

réponse est affirmative, dans quelle mesure — en d'autres termes, si, dans le cas des crimes, les obligations « substantielles » de l'État auteur sont plus lourdes que dans le cas des violations « ordinaires ».

180. Une première dérogation possible concerne les cas où la *restitutio* est excessivement lourde pour l'État auteur. Que l'on songe, par exemple, aux gros efforts que l'Afrique du Sud déploie depuis quelque temps déjà dans son système juridique interne pour s'acquitter de son obligation internationale d'effacer les effets du régime d'apartheid total : malgré ces efforts, la réaction de la communauté internationale demeure réservée, et certains États ont décidé de ne mettre fin progressivement aux sanctions et de ne rétablir des relations diplomatiques que lorsque la législation promise sera effectivement adoptée; et ils se sont réservé toujours leur droit d'apprécier les effets concrets de cette législation.

181. Une deuxième dérogation pourrait concerner la prohibition des « dommages-intérêts punitifs », des demandes humiliantes ou des demandes touchant des questions généralement considérées comme relevant de la liberté des États. On se souviendra par exemple du cas d'Israël, qui a obtenu de la République fédérale d'Allemagne une indemnité de 3 450 000 000 deutsche marks en réparation de la persécution des Juifs par les nazis; des amputations territoriales imposées à l'Allemagne et à l'Italie à la fin de la seconde guerre mondiale en même temps que l'élimination des vestiges de leurs régimes totalitaires; ou, plus récemment, des obligations imposées à l'Iraq par la résolution 687 (1991) du Conseil de sécurité, en date du 3 avril 1991, relative à la destruction de ses armements et à la détermination de ses frontières avec le Koweït.

182. Une troisième dérogation pourrait concerner les demandes de satisfaction ou de garanties de non-répétition portant sérieusement atteinte à l'autorité interne de l'État auteur. On peut prendre comme exemple certaines des obligations imposées à l'Iraq en ce qui concerne la destruction de ses armements sous contrôle international, la création de zones d'exclusion aériennes et le contrôle de ces zones, *et similia*.

183. Du point de vue subjectif, on se souviendra que les conséquences substantielles correspondent à des obligations dont l'État responsable n'est tenu de s'acquitter, contrairement à ce qui se passe dans le cas de la cessation, qu'à la demande de la partie lésée. Il n'y a évidemment pas de difficulté lorsqu'il s'agit des demandes de l'État qui est la « principale victime ». Mais, si le crime vise directement un ou plusieurs États (dans le cas d'une agression, par exemple), ces États auront incontestablement le droit d'exiger l'exécution des obligations « substantielles ».

184. Toutefois, étant donné qu'un crime met toujours en cause, accessoirement ou exclusivement, des États qui sont moins directement lésés que la « principale victime », la question se pose de savoir si, en l'état actuel du droit international, chacun de ces États a le droit de demander réparation *ut singuli* ou si, au contraire, une forme ou une autre de coordination entre tous les États lésés est obligatoire (sans doute selon des procédures institutionnalisées), coordination qui serait l'expression d'une volonté de la « communauté internationale » ou de

la « communauté internationale organisée ». En tout cas, pour ce qui est du respect de l'obligation en question, la pratique internationale offre des exemples de demandes présentées par des États (autres que la « principale victime » éventuelle) ainsi que par des organismes internationaux à vocation universelle ou régionale.

185. Nous rappellerons à ce propos les demandes de *restitutio* faites par la France²⁷⁷ et par le Conseil de l'Europe à l'occasion de l'intervention soviétique en Afghanistan²⁷⁸; la demande de *restitutio* adressée au Portugal par le Conseil de sécurité à l'occasion des nombreuses incursions armées menées par les forces de cet État contre la Zambie²⁷⁹; la demande en dommages-intérêts adressée à l'Afrique du Sud par la Commission des droits de l'homme au nom des Namibiens emprisonnés ou disparus, de leurs familles ou du gouvernement futur de la Namibie indépendante²⁸⁰; les demandes d'indemnisation adressées à Israël par le Conseil de sécurité²⁸¹ et l'Assemblée générale²⁸², en faveur de l'Iraq, à l'occasion du bombardement de la centrale nucléaire d'Osiraq par Israël; la demande adressée à l'Iraq par la Ligue des États arabes en vue de l'indemnisation de l'État du Koweït pour les dommages causés par l'invasion iraquienne²⁸³; et la demande de garanties de non-répétition adressée par le Conseil de sécurité à la Jamahiriya arabe libyenne au sujet d'une participation directe et indirecte de ce pays à des activités terroristes²⁸⁴.

186. Il faut en outre, en combinant les points de vue subjectif et objectif, se demander si, dans le cas des crimes, les limites mentionnées ci-dessus peuvent, dans certains cas, être outrepassées par une demande formulée de quelque manière que ce soit par tout État lésé *ut singuli*, ou seulement par des demandes précédées d'une forme quelconque de coordination-concertation entre tous les États lésés, concertation qui pourrait être considérée peut-être comme attestant la volonté de la « communauté internationale dans son ensemble ».

187. Une fois la *lex lata* éclaircie sur tous ces points²⁸⁵, peut-être pourrait-on décider si — et dans quelle mesure — il convient de prévoir des correctifs ou des innovations radicales, dans le cadre du développement progressif du droit.

²⁷⁷ AFDI, vol. XXIX, 1983, p. 907.

²⁷⁸ BYBIL, 1981, vol. 52, p. 511.

²⁷⁹ Résolution 281 (1970) du Conseil de sécurité, en date du 9 juin 1970.

²⁸⁰ Résolution 1987/8 de la Commission des droits de l'homme (*Documents officiels du Conseil économique et social, quarante-troisième session, Supplément n° 5* [E/1987/18-E/CN.4/1987/60 et Corr.1 et 2]).

²⁸¹ Résolution 487 (1981) du Conseil de sécurité, en date du 19 juin 1981.

²⁸² Résolutions 36/27 et 41/12 de l'Assemblée générale.

²⁸³ Résolution 5041, adoptée le 31 août 1990 par le Conseil de la Ligue des États arabes au cours de sa session extraordinaire.

²⁸⁴ Résolution 748 (1992) du Conseil de sécurité, en date du 30 novembre 1992 (notamment par. 2).

²⁸⁵ Comme on le verra au sujet des aspects « instrumentaux » de la question (*infra* point 3), la détermination de la *lex lata* pourra effectivement poser des problèmes particuliers pour ce qui est d'apprécier la légitimité, à la lumière du droit positif général et conventionnel, de l'intervention des organes internationaux dans la « gestion » des conséquences de certains crimes commis par les États.

3. CONSÉQUENCES INSTRUMENTALES : LES MESURES IMPLIQUANT L'EMPLOI DE LA FORCE

188. Il faut à présent aborder ce que nous appelons les aspects « instrumentaux » de la responsabilité internationale pour crimes des États, à savoir les mesures qui peuvent être prises en réaction à un crime, en commençant par les plus graves de ces mesures, celles qui impliquent l'emploi de la force, la principale hypothèse étant la légitime défense. Il ne s'agit évidemment pas de nous demander de nouveau si l'emploi de la force est admissible en cas de légitime défense — problème sur lequel la Commission a déjà eu l'occasion de s'exprimer²⁸⁶ : c'est à la légitimité de l'emploi de la force en tant que réaction à un crime, et plus précisément à un crime d'agression, que nous nous intéressons ici.

189. La Commission devrait d'abord définir en quoi consistent certains critères traditionnellement associés à la légitime défense, en particulier les critères d'imédiateté, de nécessité et de proportionnalité.

190. Il faudrait aussi préciser dans quelle mesure le droit à la légitime défense « collective » s'étend à l'emploi de la force armée contre un « agresseur » par des États autres que la cible principale de l'agression : si, par exemple, ce recours à la force n'est légitime que sur demande expresse de l'État visé, ou bien s'il suffit que ce dernier soit présumé avoir consenti, ou bien encore si la réaction des États « tiers » peut, en pareille situation, être déclenchée pour ainsi dire « automatiquement ».

191. Il serait bon que la CDI prenne position sur tous ces problèmes, même si elle juge préférable, en définitive, de ne pas prévoir de dispositions expresses en la matière et de se référer simplement au « droit naturel de légitime défense, individuelle ou collective » : un commentaire sur le sens à donner à ce « droit naturel » permettrait d'éviter de dangereux malentendus.

192. Mais le problème du recours à la force en réaction à un crime international ne se pose pas seulement sous l'angle de la légitime défense contre une agression armée. Il faut, en effet, se demander si l'action armée n'est pas également admissible lorsqu'il s'agit de faire cesser des crimes autres que l'agression. Là encore, le problème comporte avant tout un aspect objectif, à savoir, comment déterminer si le recours à la force est ou non admissible lorsqu'il s'agit de faire cesser un crime dans les situations autres que celles qui justifient la légitime défense. Si le recours à la force est admissible, reste ensuite à savoir, d'abord, s'il doit être assorti de limites et de conditions et, ensuite, s'il est admissible pour tous les types de crimes sans distinction, ou pour certains seulement.

193. Parmi les problèmes qu'il convient d'examiner à ce propos, il y a, d'une part, celui du soutien armé aux peuples soumis à une « domination étrangère », ou en

²⁸⁶ Voir l'additif au huitième rapport de M. Ago (*Annuaire... 1980*, vol. II [1^{re} partie], p. 50 et suiv., doc. A/CN.4/318/Add. 5 à 7), par. 82 à 124; le commentaire de la Commission sur l'article 34 de la première partie du projet d'articles (*Annuaire... 1980*, vol. II [2^e partie]), p. 50 à 59; le troisième rapport du Rapporteur spécial (*Annuaire... 1991*, vol. II (1^{re} partie) [voir *supra* note 78]), par. 97 à 102; et le quatrième rapport du Rapporteur spécial (*Annuaire... 1992*, vol. II (1^{re} partie) [voir *supra* note 79]), par. 58 à 69.

tout cas opprimés par des régimes auteurs de violations graves du principe de l'autodétermination²⁸⁷, et, d'autre part, celui de l'intervention armée contre un État responsable de violations massives des droits « fondamentaux » de la personne humaine ou perpétrant, par exemple, un génocide ou des formes violentes de « nettoyage ethnique »²⁸⁸.

194. S'agissant d'hypothèses comme celles-ci, et que l'on juge l'emploi de la force armée admissible *de lege lata* ou souhaitable *de lege ferenda*, il faut de toute manière se demander si le recours à la force constitue la sanction « normale » d'un crime (c'est-à-dire une réaction consistant à appliquer à l'État auteur le droit de la responsabilité des États), ou s'il correspond à une raison différente. Nous pensons, par exemple, à la raison qui fonde l'« état de nécessité » ou le « danger extrême » — situations qui excluent certes l'illégitimité, mais qui, contrairement à la légitime défense, n'ont pas pour caractéristique d'autoriser une réaction directe contre l'auteur d'une violation particulièrement grave du droit international. Ces cas de figure échapperaient au régime particulier de la responsabilité pour crimes.

195. Le recours à la force en réaction à un crime soulève un autre problème, toujours du point de vue objectif : savoir si les contre-mesures armées sont admissibles lorsqu'elles ont pour but, non pas de faire cesser un crime en train d'être commis, mais d'obtenir une réparation *lato sensu* ou des garanties suffisantes de non-répétition.

196. Nous pensons par exemple au *debellatio* d'un État qui a déclenché une guerre d'agression, à l'application d'un régime d'occupation militaire au territoire d'un État par des puissances victorieuses, ou à toute autre « sanction » imposée par la force des armes à un

²⁸⁷ Voir, à ce propos, les paragraphes 2 et 3 de la résolution 3070 (XXVIII) de l'Assemblée générale, et la résolution 424 (1978) du Conseil de sécurité, en date du 17 mars 1978. Voir aussi l'arrêt de la CIJ dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, qui affirme la légitimité de l'assistance armée aux mouvements d'opposition dans le cas des guerres civiles, sans toutefois se prononcer sur l'assistance aux mouvements de libération nationale (C.I.J. Recueil 1986, p. 108, par. 206).

²⁸⁸ Il y a lieu de noter que pour certains auteurs, hormis la légitime défense, seule l'intervention humanitaire justifierait le recours à la force armée. La pratique de certains États semble cependant indiquer que les raisons humanitaires sont invoquées par l'État qui intervient, non pas isolément, mais concurremment avec la légitime défense contre une agression armée. On se rappellera, par exemple, les raisons invoquées par l'Inde pour justifier son intervention au Bangladesh en 1971 (*Documents officiels du Conseil de sécurité, vingt-sixième année, 1606^e séance, par. 158 à 163*). Sur cette affaire, voir Lillich, *International Human Rights: Problems of Law, Policy and Practice*, p. 565 et suiv. L'invasion du Kampuchea démocratique par le Viet Nam en 1978 est un autre exemple. Selon un commentateur, « le Viet Nam n'a jamais prétendu avoir aidé militairement les rebelles, ou être intervenu pour rétablir les droits de l'homme au Kampuchea » (Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad Through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, p. 99; voir la déclaration du Viet Nam devant le Conseil de sécurité dans *Documents officiels du Conseil de sécurité, trente-quatrième année, 2108^e séance, par. 126 et 127* ainsi que 135 et 136). Selon Ronzitti (*op. cit.*, p. 102 et suiv.), il n'y aurait pas eu de raisons humanitaires invoquées pour justifier l'intervention tanzanienne en Ouganda en 1979 : le seul argument invoqué aurait été la légitime défense contre une agression armée. Pour d'autres observations sur la même affaire, voir Lillich, *op. cit.*, p. 74 et suiv.

État qui est tenu de « défaire » toutes les conséquences de son crime²⁸⁹. Les mesures de cet ordre sont-elles aujourd'hui légitimes ? Si oui, le sont-elles après tout crime, ou ne sont-elles admises qu'à titre de réaction contre un type déterminé de crimes, plus précisément contre une guerre d'agression ?

4. LA QUESTION DE LA FACULTÉ DE RÉACTION : ASPECTS « SUBJECTIFS-INSTITUTIONNELS »

197. Plus importants encore, et plus difficiles sont les problèmes que posent les aspects « subjectifs » des conséquences instrumentales des crimes qui entraînent le recours à la force armée. Ces problèmes ont essentiellement trait à la faculté d'adopter des mesures impliquant l'emploi des armes, que ce soit en réaction à une agression ou, éventuellement, à des crimes autres que l'agression.

198. Le problème peut être formulé, *grosso modo*, en ces termes : les actions armées sont-elles admissibles ou inadmissibles selon qu'elles sont le fait d'un ou de plusieurs États lésés *ut singuli* ou de la communauté des nations *ut universi* ? Autrement dit, peut-on considérer que ces actions sont inadmissibles lorsqu'elles sont prises unilatéralement par un État lésé ou par un petit groupe d'États lésés, mais légitimes lorsqu'elles sont l'expression d'une « volonté commune » (de la communauté internationale ou de la « communauté internationale organisée ») ?

199. De toute évidence, il s'agit là d'un problème essentiel pour le régime des crimes tout entier, et pas seulement dans le cas des actions armées visant à faire cesser ces crimes. Le problème se pose, comme on l'a déjà vu, à propos d'un certain nombre de conséquences « de fond », et pèse sur toutes les conséquences « instrumentales » dès lors que le régime des crimes internationaux des États envisage la possibilité d'une compétence de la « communauté internationale dans son ensemble » ou de la « communauté internationale organisée ».

200. Essayons à présent, en passant de la question particulière des actions armées au domaine plus vaste des

²⁸⁹ Il n'est peut-être pas sans intérêt de rappeler ici la situation de l'Allemagne à l'issue de la seconde guerre mondiale. Selon Kelsen (« The legal status of Germany according to the Declaration of Berlin », p. 518),

« le statut juridique de l'Allemagne ne relève pas de l'occupation par un belligérant au sens des articles 42 à 56 du Règlement en annexe à la Convention de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre ».

Peu importe la définition exacte de ce statut (voir à cet égard, notamment, Oppenheim, *International Law: A Treatise*, vol. II, *Disputes, War and Neutrality*, p. 602 et suiv.), ce qui nous intéresse ici, c'est que l'occupation de l'Allemagne visait, entre autres buts, à garantir un changement complet de système politique et à empêcher que l'industrie allemande ne puisse un jour mettre en danger la paix internationale.

S'agissant d'une affaire plus récente, la possibilité d'utiliser la force, pour garantir que l'Iraq s'acquitte des obligations en matière de désarmement qui lui sont imposées par la résolution 687 (1991) du Conseil de sécurité, en date du 3 avril 1991, semble envisagée au paragraphe 33 de ladite résolution (qui subordonne le cessez-le-feu à l'acceptation des termes de la résolution par l'Iraq) et au paragraphe 34 (qui précise que le Conseil reste saisi de la question et peut « prendre toutes nouvelles mesures qui s'imposeraient en vue d'assurer l'application de la [...] résolution et de garantir la paix et la sécurité dans la région »).

contre-mesures en général, de cerner les différents aspects de ce problème « subjectif-institutionnel ».

201. La pratique offre maints exemples d'États lésés aux prises avec les conséquences d'une violation très grave — notamment d'une violation très grave encore en train d'être perpétrée —, non pas « inorganiquement » (*ut singuli*), mais par l'intermédiaire d'un organe international faisant partie d'un « système » dont l'État auteur est lui-même membre. Cette observation s'applique surtout aux organes de l'Organisation des Nations Unies, et en particulier, s'agissant de l'adoption de mesures, au Conseil de sécurité. Le présent rapport ne citera que brièvement des exemples d'un corps de pratiques qui sera examiné de façon plus approfondie dans le prochain rapport, qui — grâce aux orientations que la Commission voudra bien donner — tentera d'apporter des réponses aux problèmes ici exposés.

202. Qu'il nous suffise, aux présentes fins, de mentionner les cas suivants de réaction « organique » à des violations très graves :

a) S'agissant de l'adoption de mesures armées : la résolution 221 (1966) du Conseil de sécurité, en date du 9 avril 1966, autorisant l'emploi de la force, par le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, pour rendre effectif l'embargo décrété contre la Rhodésie du Sud; les résolutions 665 (1990) et 678 (1990) du Conseil de sécurité, en date respectivement des 25 août et 29 novembre 1990, par lesquelles le Conseil a exprimé son consentement à l'emploi de la force contre l'Iraq, « agresseur » à l'égard du Koweït;

b) S'agissant de l'adoption de mesures n'impliquant pas le recours à la force : les résolutions 180 (1963) et 183 (1963) du Conseil de sécurité, en date respectivement des 31 juillet et 11 décembre 1963, préconisant l'application au Portugal d'un embargo sur le commerce des armes, en raison de la politique de répression pratiquée par ce pays à l'égard de ses colonies; les résolutions du Conseil de sécurité 232 (1966) du 16 décembre 1966 et 253 (1968) du 29 mai 1968, établissant un embargo économique contre la Rhodésie du Sud; la résolution 418 (1977) du Conseil de sécurité, en date du 4 novembre 1977, établissant un embargo sur les armes contre l'Afrique du Sud en raison de sa politique d'apartheid; la résolution 748 (1992) du Conseil de sécurité, en date du 31 mars 1992, imposant à la Jamahiriya arabe libyenne un embargo sur les armes et un blocus des communications aériennes en raison de sa participation à des activités terroristes; et la résolution 757 (1992) du Conseil de sécurité, en date du 30 mai 1992, décidant l'adoption d'une série de mesures économiques contre la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro).

203. Dans diverses sphères, les précédents du type de ceux rappelés dans le paragraphe 202 *supra* sont invoqués — comme nous l'avons noté — à l'appui de la conception selon laquelle la compétence pour adopter des sanctions contre des délits internationaux particulièrement graves n'appartient pas, et ne doit pas appartenir aux États *ut singuli*. Cette compétence appartient plutôt ou doit appartenir plutôt *de lege lata* — ou *de lege ferenda* — à la « communauté internationale organisée », telle qu'elle est représentée par l'Organisation des Nations

Unies, et en particulier par le Conseil de sécurité en tant qu'organe doté des pouvoirs d'action les plus importants²⁹⁰.

204. Pour apporter une réponse juridique réfléchie à cette question aux fins de la codification ou du développement progressif des conséquences juridiques des crimes internationaux des États, tels qu'ils sont définis dans le projet d'article 19 de la première partie (nous disons bien réponse *juridique* réfléchie, par opposition au simple constat de faits ou de situations qui aurait pu être effectué jusqu'ici), il faudrait procéder à une analyse des problèmes qui sont au cœur même du système juridique international. Ces problèmes vont de la nature de la communauté internationale et du système interétatique et de la notion de « communauté internationale organisée » à la nature de l'Organisation des Nations Unies et des fonctions et des pouvoirs de ses organes. C'est essentiellement parce que les problèmes d'une telle importance juridique et politique sont complexes et éminemment délicats, et qu'on ne peut les traiter à partir de la démarche « simpliste » qui permettrait de les résoudre en assimilant le droit au fait que le Rapporteur spécial a choisi de s'abstenir de soumettre quelque proposition que ce soit sur les conséquences des crimes internationaux des États avant que la Commission lui ait donné des directives. En fait, on ne peut essayer à ce stade, dans ce domaine plus que dans tout autre, que de recenser les principaux points sur lesquels le débat devrait porter.

205. Mis à part, pour le moment, les problèmes plus généraux, le problème central est de savoir si et dans quelle mesure les divers fonctions et pouvoirs des organes de l'Organisation des Nations Unies dans les domaines du droit international régis par le projet d'article 19 de la première partie sont (*de lege lata*) ou devraient être (*de lege ferenda*) adaptés en droit à la mise en œuvre des conséquences des « crimes » internationaux des États.

²⁹⁰ Pour les écrits doctrinaux, voir *supra* notes 254 à 268. À la CDI, cette opinion a été partagée par M. Ago (*Annuaire... 1976*, vol. I, 1371^e séance, par. 24 à 26, 1372^e séance, par. 40 à 45, et 1376^e séance, par. 29 à 33), M. Yasseen (*ibid.*, 1372^e séance, par. 16 à 19), M. Sette Câmara (*ibid.*, 1373^e séance, par. 7 à 10), M. Vallat (*ibid.*, par. 14 à 16), M. Martínez Moreno (*ibid.*, par. 23 à 35), M. Ramangasoavina (*ibid.*, 1374^e séance, par. 24 à 26), M. Kearney (*ibid.*, par. 29 à 39), M. Tsuruoka (*ibid.*, par. 1 à 4), M. Rossides (*ibid.*, par. 27 à 34), M. Ustor (*ibid.*, par. 40 à 44), M. El-Erian (*ibid.*, 1376^e séance, par. 1 à 13) et M. Bilge (*ibid.*, par. 14 à 18). Voir aussi des déclarations plus récentes sur cette question, à la Commission (M. Evensen [*Annuaire... 1982*, vol. I, 1733^e séance, par. 17], M. Ouchakov [*ibid.*, 1736^e séance, par. 33 à 35, et 1737^e séance, par. 25 et 26], M. Yankov [*ibid.*, 1737^e séance, par. 12], M. Flitan [*Annuaire... 1983*, vol. I, 1773^e séance, par. 2 et suiv.], M. Al-Qaysi [*ibid.*, 1775^e séance, par. 1 à 6], M. Balanda [*ibid.*, 1775^e séance, par. 17 et suiv.], M. Jagota [*ibid.*, 1777^e séance, par. 1 et suiv.], M. Koroma [*ibid.*, par. 19 à 21], M. Barboza [*ibid.*, par. 47] et M. McCaffrey [*ibid.*, 1779^e séance, par. 27]).

Des doutes sur le bien-fondé juridique et l'opportunité politique du recours au mécanisme prévu par la Charte pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales ont été exprimés par M. Castañeda (*Annuaire... 1976*, vol. I, 1402^e séance, par. 27), M. Reuter (*ibid.*, par. 63, et *Annuaire... 1984*, vol. I, 1861^e séance, par. 9) et M. Malek (*ibid.*, 1866^e séance, par. 13). Parmi les États, une opinion analogue a été exprimée par le Japon (*Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Sixième Commission*, 21^e séance, par. 8), l'Australie (*ibid.*, 27^e séance, par. 20) et l'Espagne (*Annuaire... 1982*, vol. II [1^{re} partie], p. 19, doc. A/CN.4/351 et Add. 1 à 3, par. 4, al. a).

Ce n'est qu'une fois cette série de problèmes résolue qu'il sera possible de déterminer :

a) *De lege lata*, si et dans quelle mesure les fonctions et les pouvoirs actuels des organes de l'Organisation des Nations Unies ou de l'un d'entre eux (Assemblée générale, Conseil de sécurité, CIJ, etc.) sont tels qu'ils permettent de traiter des faits internationalement illicites du genre de ceux qui sont visés à l'article 19 de la première partie, à savoir d'établir l'existence, l'imputation et les conséquences de ces faits illicites;

b) *De lege ferenda*, si et dans quelle mesure les fonctions et les pouvoirs actuels desdits organes doivent être adaptés en droit à des tâches spécifiques telles que l'établissement de l'existence, de l'imputation et des conséquences des faits internationalement illicites en question;

c) À la fois *de lege lata* et *de lege ferenda* — plus particulièrement — dans quelle mesure les fonctions et les pouvoirs susmentionnés des organes de l'Organisation des Nations Unies affectent ou devraient affecter la faculté, le droit ou l'obligation des États de réagir à l'un quelconque des faits internationalement illicites en question, en ce qu'il s'agirait soit de se substituer aux réactions individuelles, soit de légitimer, coordonner, imposer ou encadrer d'une autre manière ces réactions individuelles.

206. Pour ce qui est de la première question (*supra* par. 205, al. a), il conviendrait de déterminer si la compétence des organes de l'Organisation des Nations Unies (ou de l'un quelconque d'entre eux) pour connaître des faits internationalement illicites visés à l'article 19 de la première partie peut être fondée sur la Charte des Nations Unies ou toute règle née de la coutume internationale. Il est à souligner, cependant, qu'il ne s'agit pas simplement de savoir si les organes de l'Organisation des Nations Unies ont effectivement pris une mesure (décision, recommandation ou mesure plus concrète) en ce qui concerne un comportement étatique du genre de ceux visés au paragraphe 3 de l'article 19. La question est, *de lege lata*, de savoir si tel ou tel organe de l'Organisation des Nations Unies a exercé *dans le cadre du droit* (écrit ou non écrit) la fonction spécifique consistant à établir que pareil comportement s'est produit et qu'il constituait un crime d'un ou plusieurs États donnés, à établir la responsabilité (*liability*) de l'État ou des États intéressés et à appliquer des sanctions ou à participer à leur application. Ce n'est qu'à partir de là qu'il sera possible de voir si une réaction organisée en droit à des crimes internationaux d'États est prévue *de lege lata*, autrement dit par les structures actuelles de la « communauté internationale organisée ».

207. L'analyse combinée des différents types de crimes internationaux envisagés aux alinéas a, b, c et d du paragraphe 3 de l'article 19, d'une part, et des fonctions et pouvoirs des organes de l'ONU, de l'autre, ne permet pas de donner facilement une réponse à la première question. Pour les besoins de la présente section, nous nous en tiendrons à quelques exemples, parmi bien d'autres.

208. *Ratione materiae*, l'Assemblée générale, c'est-à-dire l'organe le plus représentatif dans le système inter-étatique, est certainement, en vertu de la Charte, l'organe

compétent en matière de promotion et de protection des droits de l'homme et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes²⁹¹. Mais la Charte ne confère pas à l'Assemblée générale des pouvoirs qui lui permettraient de forger une réaction adéquate face à des violations des droits de l'homme et du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, comme celles envisagées aux alinéas b, c et d du paragraphe 3 de l'article 19. Dans ces domaines-là, l'Assemblée ne peut qu'œuvrer pour l'adoption d'instruments non contraignants, créer des organes subsidiaires et, de manière plus générale, adresser des recommandations aux États, collectivement ou individuellement. Le plus qu'elle puisse faire, c'est recommander au Conseil de sécurité une « intervention » en vertu du Chapitre VII.

209. Il semble donc qu'en ce qui concerne, notamment, des faits illicites comme ceux envisagés aux alinéas b, c et d du paragraphe 3 de l'article 19, l'Assemblée générale ne peut guère faire plus que déclarer, sans effet contraignant, le fait illégal et l'imputer à un auteur, et recommander, sans plus de contrainte, aux États ou au Conseil de sécurité de réagir²⁹². Nous laissons de côté, pour le moment, le crime envisagé à l'alinéa a de l'article 19, matière pour laquelle la compétence principale n'est de toute évidence pas celle de l'Assemblée générale.

210. Le Conseil de sécurité, pour sa part, est compétent *ratione materiae* lorsqu'il s'agit du maintien de la paix et de la sécurité internationales, et les pouvoirs que lui confèrent le Chapitre VII et les Articles 24 et 25 de la Charte sont bien *en principe* de nature à lui permettre d'apporter, directement ou indirectement mais, *tendanciellement*, toujours de manière effective, une réponse adéquate sous forme de mesures économiques, politiques ou militaires pour parer, au premier chef, l'atteinte la plus grave à la paix définie comme étant le « crime » d'agression à l'alinéa a du paragraphe 3 de l'article 19. En second lieu, le Conseil peut prendre lesdites mesures en réaction à tout autre « crime » parmi ceux envisagés

²⁹¹ Aux termes du paragraphe 1 de l'Article 13 de la Charte :

« 1. L'Assemblée générale provoque des études et fait des recommandations en vue de :

[...]

« b. développer la coopération internationale dans les domaines économique, social, de la culture intellectuelle et de l'éducation, de la santé publique, et faciliter pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion, la jouissance des droits de l'homme et des libertés fondamentales. »

La conjonction des Articles 55 et 60 de la Charte confère à l'Assemblée générale la compétence principale en matière de coopération économique et sociale internationale,

« En vue de créer les conditions de stabilité et de bien-être nécessaires pour assurer entre les nations des relations pacifiques et amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité des droits des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes ».

Sur le rôle prééminent de l'Assemblée générale dans ces domaines, voir, *inter alia*, *Charta der Vereinten Nationen: Kommentar* (publié sous la direction de B. Simma), p. 319; Goodrich, Hambro et Simons, *Charter of the United Nations: Commentary and Documents*, p. 453 et suiv.; et Guarino, *Autodeterminazione dei popoli e diritto internazionale*.

²⁹² Il ne semble pas que l'on puisse réellement déduire le contraire d'épisodes bien connus comme l'abrogation du mandat sur l'Afrique du Sud-Ouest (Namibie) ou la résolution 377 (V) de l'Assemblée générale sur l'union pour le maintien de la paix.

aux alinéas *b*, *c* et *d*, du paragraphe 3 de l'article 19, qui, *ratione materiae*, relèvent de la compétence de l'Assemblée générale, mais peuvent relever des attributions du Conseil lorsqu'ils correspondent au cas visé par l'Article 39 de la Charte, à savoir l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression.

211. Mais il n'échappera à aucun juriste que le Conseil de sécurité a le pouvoir d'apprécier comme il le juge bon toute situation comportant une menace contre la paix, une rupture de la paix ou un acte d'agression, en vue de maintenir ou de rétablir la paix. Le Conseil n'est ni constitutionnellement habilité ni techniquement outillé pour déterminer en droit l'existence, l'imputation ou les conséquences d'un fait illicite quel qu'il soit, « délit » ou « crime ». Le pouvoir qu'a le Conseil de statuer comme bon lui semble sur l'existence d'une situation parmi celles énumérées plus haut se limite, en principe, aux buts des Articles 39 et suivants du Chapitre VII de la Charte. Celui-ci et les autres dispositions pertinentes de la Charte ne semblent pas viser l'appréciation de la responsabilité au-delà de la détermination de l'existence et de l'auteur d'un acte d'agression.

212. Les considérations ci-dessus ne font pas pour autant le tour de tous les problèmes relatifs à la compétence du Conseil de sécurité. Les rédacteurs de la Charte n'ont certes pas voulu confier à cet organe le soin de déterminer, imputer et sanctionner les violations graves en question, mais la situation n'est peut-être plus la même aujourd'hui. On peut effectivement se demander, en particulier, si la pratique récente ne dénote pas une évolution de la portée de la compétence du Conseil, depuis la fin de la situation de blocage qui caractérisait auparavant son fonctionnement, justement sur le plan de la « réaction organisée » face à certains types d'infractions internationales particulièrement graves. L'on songe ici à certaines résolutions prises dernièrement par le Conseil, qui ne semblent pas aisées à justifier si l'on s'en tient aux pouvoirs que la Charte confère expressément à ce dernier. Il s'agit notamment de la résolution 687 (1991), en date du 3 avril 1991, en tout cas de la partie de cette résolution qui impose à l'Iraq des réparations pour « dommages de guerre » et en fixe le mode d'évaluation et de paiement; de la résolution 748 (1992) du 31 mars 1992, dans laquelle le fameux Article 39 de la Charte est entendu dans un sens très large, comme autorisant l'adoption de mesures contre la Jamahiriya arabe libyenne pour réagir, en substance, à son refus d'extrader les auteurs présumés d'un acte de terrorisme; et de la résolution 808 (1993) du 22 février 1993 sur la création d'un tribunal spécial chargé de juger les crimes commis par les membres des diverses factions actuellement en conflit sur le territoire de l'ex-Yougoslavie²⁹³.

²⁹³ Cette récente pratique du Conseil de sécurité a déjà retenu l'attention des analystes. Nous citerons, en particulier, Cottereau, « De la responsabilité de l'Iraq selon la résolution 687 du Conseil de sécurité »; Marauhn, « The implementation of disarmament and arms control obligations imposed upon Irak by the Security Council »; Weller, « The Lockerbie case: A premature end to the 'New World Order'? »; Tomuschat, « The Lockerbie case before the International Court of Justice »; Reisman, « The constitutional crisis of the United Nations »; Bedjaoui, « Du contrôle de légalité des actes du Conseil de sécurité »; et Gaja, « Réflexions sur le rôle du Conseil de sécurité dans le nouvel ordre mondial. — À propos des rapports entre maintien de la paix et crimes internationaux des États ». Voir aussi *The*

213. Pour affirmer que la pratique en question a concouru ou concourt à la création ou au renforcement de la compétence du Conseil de sécurité dans le domaine de la responsabilité des États pour crimes (conclusion qui serait problématique), il faudrait prouver, à l'aide d'arguments convaincants, que cette pratique est « juridiquement décisive ». Il faudrait notamment prouver qu'il s'agit d'une pratique normative, soit dans le cadre du système de la Charte (ce qu'on appelle le « droit des Nations Unies »), soit dans le cadre du droit international général. Il faudrait prouver précisément que cette pratique constituerait, pour ainsi dire, une application « physiologique », à l'action du Conseil, de la doctrine des « pouvoirs implicites », ou matérialiserait une règle coutumière plus ou moins « instantanée » ou un accord tacite accepté ou adopté par les États Membres de l'Organisation des Nations Unies et susceptible, en tant que tel, de déroger aux dispositions écrites de la Charte. Dans ce dernier cas, on devrait évidemment pouvoir indiquer et démontrer le sens précis qu'une telle règle aurait pris en dérogation de la Charte.

214. Actuellement, le seul organe permanent qui possède, en principe, la compétence et les moyens techniques nécessaires pour établir l'existence, l'imputation et les conséquences d'un fait internationalement illicite — y compris éventuellement le crime d'un État — est la Cour internationale de Justice. La Cour a en effet pour fonction de « régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis » (Statut, Art. 38, par. 1), et ses décisions — concernant, dans le cas qui nous occupe, l'existence et les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite — sont « obligatoire[s] [...] pour les parties en litige » (Statut, Art. 59). Du fait de cette double fonction — et compte non tenu de sa composition —, la Cour serait certainement plus qualifiée que les autres organes de l'Organisation des Nations Unies. Il y a toutefois deux séries de difficultés majeures résultant, notamment, d'autres aspects du système de la CIJ tel qu'il est à présent constitué.

215. La première série de difficultés découle de la nature essentiellement volontaire de la soumission d'un État à la juridiction de la CIJ, cette soumission n'étant une conséquence *directe* de la participation au Statut qu'à des fins marginales (comme le règlement des questions préliminaires). Pour que la Cour ait le droit d'exercer sa juridiction à l'égard d'un crime, il faudrait que sa compétence découle de l'acceptation préalable de sa juridiction par l'auteur présumé du crime, de manière à permettre à un ou plusieurs États lésés — y compris, peut-on penser, les États « indirectement lésés » — de citer unilatéralement le coupable présumé à comparaître devant le tribunal. Cette condition pourrait exister soit en vertu de l'acceptation par *tous les États* de la « clause facultative » du paragraphe 2 de l'Article 36 du Statut, soit en vertu du fait que l'État ou les États lésés qui prennent l'initiative se trouvent être parties, avec le présumé coupable, à des instruments bilatéraux, par ailleurs subjectivement limités, qui envisagent la possibilité d'une application unilatérale. Le seul autre cas dans lequel la

Future of International Law Enforcement: New Scenarios — New Law?, *Proceedings of an International Symposium of the Kiel Institute of International Law, March 25 to 27, 1992* (publié sous la direction de Delbrück), qui contient notamment des études et des commentaires de Reisman, Farer, Rubin et Schreuer.

Cour pourrait statuer est celui, très improbable, d'une acception ad hoc de sa juridiction par l'auteur présumé lui-même.

216. Une deuxième série de difficultés — pour s'en tenir aux plus manifestes — concerne l'absence presque totale, aux côtés pourrait-on dire de la CIJ, d'organes juridiquement habilités à :

a) Enquêter sur les faits en présence desquels l'existence d'un acte internationalement illicite et son imputation pourraient être établis à titre préliminaire;

b) Jouer le rôle de « ministère public » pour déférer l'affaire à la Cour; et

c) Déterminer les « sanctions » et imposer l'exécution du prononcé censément « pénal » de la Cour (sous réserve de la fonction conférée au Conseil de sécurité par l'Article 94 de la Charte).

217. En particulier, la mise en œuvre de la responsabilité d'un État reconnue par une décision de la CIJ échapperait, en quelque sorte, à tout contrôle de la Cour elle-même. Toute « sanction » autre que la simple constatation de la violation et son imputation devrait donc être déterminée et appliquée soit par la partie ou les parties lésées ou être laissée à la discrétion d'autres organes de l'ONU.

218. Nous en arrivons à la question de savoir si et dans quel sens les fonctions et compétences actuelles des organes de l'ONU devraient ou pourraient être juridiquement adaptées à des tâches aussi spécifiques que la détermination de l'existence, de l'imputation et des conséquences de crimes internationaux commis par des États (voir *supra* par. 202, al. b). Bien que, sur cette question, nous attendions avec un très vif intérêt les directives de la Commission, nous présentons quelques propositions visant à un accroissement possible de la participation du Conseil de sécurité à une « réaction organisée » aux crimes des États.

219. Chacun sait que le Conseil de sécurité est un organe de composition restreinte, au sein duquel certains membres jouissent d'un statut privilégié aux fins d'une action collective. D'où une question : s'il est exact qu'il existe une compétence de la « communauté internationale dans son ensemble » pour réprimer les crimes commis par des États, le Conseil de sécurité est-il vraiment capable, dans le cadre de sa constitution et de son mode de fonctionnement actuels, d'exprimer par ses délibérations la « volonté » de cette communauté ?

220. Le Conseil de sécurité est un organe politique investi de la mission essentiellement politique du maintien de la paix. Il s'ensuit un certain nombre de conséquences que l'on pourrait résumer comme suit :

a) Le fonctionnement du Conseil témoigne d'une grande liberté d'appréciation. Il n'intervient ni nécessairement ni régulièrement dans toutes les situations qui pourraient sembler requérir l'exercice de sa compétence. Il fonctionne au contraire de manière sélective;

b) Le Conseil n'est pas tenu d'appliquer des critères uniformes à des situations qui pourraient paraître identiques. En conséquence, des crimes de même nature et de

même gravité que d'autres peuvent être traités différemment ou ne pas être traités du tout;

c) La nature même des résolutions du Conseil semble exclure toute obligation de sa part de motiver ses décisions, son action ou son inaction. Le caractère discrétionnaire, voire arbitraire, des choix de cet organe est donc aggravé puisque l'absence de motifs fait obstacle à une vérification concomitante ou ultérieure de la légitimité de ses choix.

221. Ces caractéristiques discutables sont peut-être acceptables — bien qu'avec des réserves — en tant qu'inconvénients inéluctables de la prévention et de la répression de l'agression et d'autres ruptures graves de la paix. Dans ce type d'hypothèses, où il est indispensable de réagir à temps, on peut accepter de sacrifier, jusqu'à un certain point, l'évaluation objective de la culpabilité et de la responsabilité, quelles qu'elles soient, à la nécessité impérieuse de sauvegarder la paix, contenir l'effusion de sang et les destructions et maintenir un minimum d'ordre. On est très près, ici, de la fonction caractéristique de la légitime défense (*vim vi repellere*) et on peut admettre, faute de meilleure solution, que la force (*vis*) de l'organe politique soit déployée sans les garanties d'une procédure judiciaire, laquelle est dans tous les cas incertaine et surtout trop lente.

222. Quoi qu'il en soit du cas de l'agression, la possibilité de trop s'en remettre à des organes politiques pour la mise en œuvre de la responsabilité en cas de crimes commis par des États devient extrêmement discutabile dans les autres hypothèses envisagées au paragraphe 3 de l'article 19 de la première partie. Les types de délits énoncés aux alinéas b, c et d du paragraphe 3 devraient relever — au moins *de lege ferenda* — de voies judiciaires. L'histoire du droit pénal dans les sociétés nationales montre que, dès lors que la répression d'infractions pénales est confiée à des organes plus ou moins centralisés, l'action de ces organes est presque toujours caractérisée par certains traits comme :

a) La soumission au principe de la légalité, procédurale et substantielle, aucune société civilisée ne tolérant normalement des lois pénales de circonstance ou des juridictions extraordinaires ou « spéciales »;

b) La conduite régulière, continue et systématique des poursuites et du jugement en matière pénale, principalement attestée par le caractère impératif de l'action des institutions de droit pénal;

c) L'impartialité — ou la « non-sélectivité » — de cette action, en ce qui concerne les décisions des juridictions pénales, mais aussi, et surtout, la procédure d'enquête et les poursuites engagées dans le cadre de toute infraction connue.

223. Pour les raisons exposées dans les paragraphes précédents, l'action du Conseil de sécurité ne semble pas — étant donné les caractéristiques et le mode d'action de cet organe — satisfaire aux impératifs élémentaires, mais fondamentaux, de la justice pénale qui sont visés ci-dessus. Si la Commission proposait dans son projet — *de lege ferenda* — que le Conseil de sécurité reste chargé au premier chef de mettre en œuvre la « réaction organisée » de la communauté internationale aux crimes

des États, elle aurait à déterminer comment combler les graves lacunes que représentent lesdits facteurs²⁹⁴.

224. Une autre question, sur laquelle il est souhaitable que la Commission se prononce, concerne le type des dispositions relatives au règlement des différends qui doivent figurer dans la troisième partie du projet, censées viser les controverses pouvant naître au sujet des crimes des États. Cette question, traitée à l'alinéa *b* de l'article 4 de la troisième partie proposée par M. Riphagen en 1985 et 1986²⁹⁵, n'est pas envisagée dans les projets d'articles de la troisième partie (et de l'annexe *y* relative) proposés au paragraphe 106 *supra*. La Commission devrait étudier la possibilité d'améliorer les propositions de M. Riphagen en la matière.

225. La dernière question (*supra* par. 205, al. *c*) est celle de la relation entre la réaction de la « communauté organisée » par le truchement d'organes internationaux, d'une part, et les réactions individuelles des États, de l'autre. De fait, la reconnaissance *de lege lata* ou la proposition *de lege ferenda* d'une compétence autorisant la « communauté organisée » à adopter des mesures contre un État « criminel » pose le problème de l'harmonisation de l'exercice de cette compétence avec la mise en œuvre des mesures (qu'elles soient nombreuses ou non, armées ou pas) que tous les États lésés, ou certains d'entre eux, peuvent encore avoir le droit d'adopter unilatéralement (*ut singuli* ou dans le cadre d'arrangements régionaux) en réaction au même crime. Même si on laisse de côté les cas notoires d'agression (et les actes consécutifs de légitime défense), il n'est pas rare que des mesures « institutionnalisées » (adoptées par des organisations à vocation universelle ou régionale) et des mesures arrêtées unilatéralement par des États ou des groupes d'États soient adoptées (de manière pas toujours très ordonnée) en réaction au même crime. Citons seulement deux exemples, à savoir les sanctions contre l'Afrique du Sud²⁹⁶, et les mesures adoptées contre la République fé-

dérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) tant par le Conseil de sécurité (résolutions 757 [1992] et 781 [1992] des 30 mai et 9 octobre 1992) et d'autres organes que par certains États individuellement²⁹⁷. De tels cas posent aussi des problèmes multiples et complexes.

5. MESURES N'IMPLIQUANT PAS L'USAGE DE LA FORCE. — LE PROBLÈME DES DÉROGATIONS AUX LIMITES DU RECOURS AUX CONTRE-MESURES

226. Le recours à toutes mesures autres que la force pour réagir à un crime ne soulève pas, à la différence des mesures impliquant l'usage de la force, de questions concernant l'admissibilité, dans la mesure où il y est généralement répondu par l'affirmative dans le cas de toute violation *erga omnes*. Le problème qui se pose plutôt ici est celui de l'aggravation possible des mesures prises lorsqu'il s'agit de crimes (par comparaison à des délits). Cette aggravation pourrait résulter de la suppression ou de l'atténuation des conditions ou des restrictions auxquelles le recours aux contre-mesures en réaction à des actes illicites ordinaires (délits) est assujéti. Nous voulons parler des conditions et des restrictions à la fois « de fond » et « procédurales ».

227. En ce qui concerne les limites « procédurales », à savoir les conditions du type de celles qui sont énoncées ou indiquées implicitement aux articles 11 et 12 de la deuxième partie du projet proposés en 1992²⁹⁸, il se pose en particulier la question de savoir si, dans le cas de crimes, le recours aux contre-mesures n'est pas ou ne devrait pas être admissible même en l'absence de notification préalable et avant l'application des procédures disponibles de règlement des différends. On peut, en effet, se demander si dans le cas de crimes, par rapport aux violations « ordinaires », l'obligation de remplir ces conditions préliminaires devrait être maintenue, comme certains semblent le penser²⁹⁹. On a eu récemment un exemple d'adoption véritablement soudaine de mesures lors de l'invasion du Koweït par l'Iraq. Pas moins de quinze États, en fait, ont adopté des mesures économiques, de leur propre initiative, quelques jours après l'invasion, avant même qu'une quelconque tentative eût été faite pour régler la question à l'aide des mécanismes de règlement des différends. Ces mesures ont même

Canada, la France, le Japon, les États-Unis d'Amérique, le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, Israël et le Kenya, dans RGDIP, « Chronique... », t. LXXX-1986, p. 173 et suiv., et *ibid.*, t. LXXXI-1987, p. 587 et suiv., et p. 916 et 917). Le Conseil de sécurité, dans sa résolution 569 (1985) du 26 juillet 1985, a rendu hommage aux États qui avaient déjà adopté des mesures volontaires contre le Gouvernement sud-africain, les a engagés à adopter de nouvelles dispositions, et a invité les États qui ne l'avaient pas encore fait à suivre leur exemple.

²⁹⁷ En ce qui concerne les mesures adoptées par la partie de la Conférence internationale sur l'ex-Yougoslavie qui s'est tenue à Londres (26 et 27 août 1992), voir ILM, vol. XXXI, n° 6, 1992, p. 1539 et suiv. On rappellera, à cet égard, le paragraphe 4 de la résolution 770 (1992) du Conseil de sécurité, en date du 13 août 1992, dans lequel celui-ci prie les États de faire rapport au Secrétaire général sur les mesures qu'ils prennent en coordination avec l'Organisation des Nations Unies pour appliquer la résolution en question.

²⁹⁸ Voir *supra* note 153.

²⁹⁹ Voir, sur cette question, le paragraphe 3 du commentaire de l'article 30 de la première partie du projet (*Annuaire... 1979*, vol. II [2^e partie], p. 128). Voir aussi les auteurs cités *supra* dans les notes 234 à 236 et 248 et 249).

²⁹⁴ Certains des commentateurs de la pratique récente du Conseil de sécurité que l'on a cités envisagent divers correctifs aux procédures actuelles de prise de décisions du Conseil, s'agissant en particulier du rôle de cet organe dans la « réaction organisée » contre les violations graves (mais voir aussi les propositions moins récentes des auteurs cités *supra* aux notes 263 et 264). Certains auteurs proposent, par exemple, de recourir à des avis préventifs de la CIJ avant que le Conseil de sécurité n'intervienne (Simma, *The Future of International Law Enforcement: New Scenarios — New Law?*, *Proceedings of an International Symposium of the Kiel Institute of International Law, March 25 to 27, 1992*, p. 145; et Klein, « Paralleles Tätigwerden von Sicherheitsrat und Internationalem Gerichtshof bei friedensbedrohenden Streitigkeiten », p. 481 et suiv.). Une contribution plus substantielle de la CIJ au contrôle de la légalité de l'action du Conseil de sécurité (par un élargissement de la compétence de la Cour *ratione personae* ou *ratione materiae*) est aussi proposée par Bedjaoui (*loc. cit.*, p. 88 et suiv.). D'autres auteurs proposent en revanche que l'Assemblée générale joue un rôle accru. En ce sens, voir Rezek, allocution prononcée le 2 juillet 1991 lors de la onzième Conférence commémorative Gilberto Amado, et ayant pour sujet « Le droit international, la diplomatie et l'Organisation des Nations Unies à la fin du XX^e siècle », et Reisman, *loc. cit.* Ce dernier propose la création d'un comité spécial de l'Assemblée générale.

²⁹⁵ Voir *supra* note 2.

²⁹⁶ De nombreux États et organisations internationales ont, durant les années 80, adopté des mesures économiques contre ce pays en réaction à sa politique d'apartheid (voir, par exemple, les mesures adoptées par la Communauté européenne, dans ILM, vol. XXIV, 1985, n° 5, p. 1479; et les mesures adoptées par les États scandinaves, le

précédé celles que le Conseil de sécurité a lui-même adoptées³⁰⁰.

228. La première question qui se pose est de savoir si le régime dit « spécial » des crimes ne pourrait s'expliquer en fait soit par la spécificité des mesures envisagées — « mesures conservatoires » ou autres mesures admissibles, même pour de simples délits, puisque compatibles avec le recours simultané ou ultérieur à des procédures de règlement à l'amiable³⁰¹ — soit par la situation particulière provoquée en l'espèce par la violation — par exemple, un état de nécessité ou de détresse, dans le cas notamment de circonstances excluant l'illégalité, qu'un crime ou même un délit ait été ou non commis.

229. Deuxièmement, s'il s'avère que, dans le cas d'un crime, le recours à des contre-mesures est soumis à des conditions de procédure minimales ou sujettes à dérogation, il faut aussi déterminer si pareille procédure s'applique à n'importe quel type de crimes ou à certains types seulement : ceux, par exemple, qui ont un caractère continu ou qui sont encore en cours, ou ceux qui violent des principes d'une importance capitale pour le maintien de la paix et de la sécurité internationales.

230. Pour ce qui est des règles de fond limitatives, on peut concevoir, semble-t-il, d'y déroger à la lumière de l'admissibilité :

- a) De mesures de caractère économique ou politique extrêmes;
- b) De mesures portant atteinte à l'indépendance, à la souveraineté ou à la juridiction interne de l'État auteur;
- c) De mesures portant atteinte à des États « tiers »;
- d) De mesures « punitives ».

On trouvera exposées brièvement ci-après ces quatre possibilités.

231. En ce qui concerne le point *a*, une dérogation importante s'appliquerait peut-être aux mesures de contrainte de nature économique ou politique. S'il est vrai qu'à l'égard d'un État qui a commis un simple délit, il n'est pas permis de recourir à des mesures d'étranglement économique, est-ce également vrai à l'égard d'un État qui a commis un crime, surtout s'il n'abandonne pas sa conduite illicite ?

232. La pratique internationale ne manque pas d'indications d'une plus grande sévérité dans la configuration des mesures économiques en cas de crime. Qu'il suffise ici de rappeler les résolutions 661 (1990), 665 (1990) et 670 (1990) du Conseil de sécurité, en date respectivement des 6 août, 25 août et 25 septembre 1990, qui prévoient de sévères mesures économiques à l'encontre de l'Iraq, et ses résolutions 713 (1991), 757 (1992) et 787 (1992), datées respectivement des 25 septembre 1991, 30 mai et 16 novembre 1992, relatives à

des mesures économiques, dirigées contre la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro).

233. Pour ce qui est du point *b*, il y aurait peut-être aussi une dérogation à l'interdiction des mesures portant atteinte à l'indépendance, la souveraineté ou la juridiction interne de l'État auteur du fait illicite. On pourrait en voir des exemples dans l'ingérence directe dans les relations commerciales de l'État cible et dans la soumission des fonctionnaires responsables de l'État cible à la compétence personnelle de l'État lésé, ces fonctionnaires étant par ailleurs protégés par l'immunité.

234. Dans ce dernier cas, le problème serait, de toute évidence, lié à celui de la responsabilité individuelle pour les crimes de guerre, crimes contre la paix et crimes contre l'humanité. Cela dit, dans l'optique qui est la nôtre, il faudrait seulement vérifier si la poursuite, par l'État lésé, des individus qui ont commis un crime international peut aussi à juste titre être considérée comme une forme légale de sanction à l'encontre de l'État auteur³⁰².

235. Dans le cadre du point *c*, il y a encore une autre possibilité qui a trait à l'admissibilité des mesures portant atteinte aux droits d'États autres que l'État auteur. Selon l'alinéa *b* iv du paragraphe 1 du projet d'article 14³⁰³, la légitimation des contre-mesures visant un État auteur ne s'étend pas, dans le cas des délits, à celles qui englobent des États tiers. Cette limite peut-elle être outrepassée quand il s'agit de la réaction à un crime ? Il est effectivement fort possible que, du fait de l'interdépendance économique des États, l'adoption de mesures collectives soit préjudiciable non seulement à l'État auteur, mais encore à des États qui n'ont aucun lien avec la perpétration du crime. Une telle considération peut-elle empêcher l'adoption de mesures ? Ou ne fait-elle, comme certains le soutiennent, qu'entraîner l'exigence de mesures simultanées ou subséquentes de

³⁰² Tel pourrait être le cas de l'exercice d'une compétence qui serait à d'autres égards « inadmissible » envers un fonctionnaire directement coupable du comportement constitutif d'un crime international d'État (ou y ayant contribué). On pourrait trouver des indications dans ce sens, d'une part dans la jurisprudence récente des tribunaux des États-Unis d'Amérique (depuis l'affaire *Filartiga c. Pena-Irala* [voir *Federal Reporter, Second Series*, St. Paul (Minn.), vol. 630, 1981, p. 876 et suiv.]), encore qu'il s'agisse là de compétence en matière civile, et, d'autre part, dans les dispositions prévoyant des obligations — obligations primaires — de punir (ou d'extrader) les individus responsables des actions coupables envisagées par d'importants traités (nous songeons ici à l'article IV de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, à l'article III de la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, et à l'article 5 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants).

Pour les poursuites dans les cas de responsabilité individuelle pour violation du droit international humanitaire, il faut aussi attirer l'attention sur la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité, en date du 22 février 1993. Après avoir rappelé qu'il en avait déjà demandé la cessation (« que toutes les parties et les autres intéressés dans l'ex-Yougoslavie, ainsi que toutes les forces militaires en Bosnie-Herzégovine, mettent immédiatement fin à toutes violations du droit international humanitaire »), le Conseil a décidé « la création d'un tribunal international pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991 ».

³⁰³ Voir le quatrième rapport du Rapporteur spécial (*Annuaire... 1992*, vol. II (1^{re} partie) [*supra* note 79], p. 37).

³⁰⁰ Voir *The Kuwait Crisis: Sanctions and their Economic Consequences*, publié sous la direction de D. L. Bethlehem, première partie, *Cambridge International Document Series*, vol. 2, 1991, p. xxxiii.

³⁰¹ Voir les alinéas *b* et *c* du paragraphe 2 du projet d'article 12 (quatrième rapport, *Annuaire... 1992*, vol. II (1^{re} partie) [*supra* note 79], par. 52).

« solidarité » à l'égard des États « innocents » ainsi touchés ?

236. La question a été plus d'une fois soulevée au Conseil de sécurité — dans l'affaire de la Rhodésie du Sud, par exemple, où les États-Unis d'Amérique avaient rappelé que l'adoption de mesures d'embargo ne saurait porter atteinte aux droits des États voisins³⁰⁴, et, à une date plus récente, lorsque la Chine s'est abstenue lors du vote de la résolution 757 (1992) du Conseil de sécurité, en date du 30 mai 1992 (appelant à un embargo économique à l'encontre de la République fédérative de Yougoslavie [Serbie et Monténégro]), parce qu'elle jugeait l'adoption de mesures économiques malavisée en raison de leurs répercussions possibles sur des États tiers³⁰⁵. Il semble en outre que la résolution 253 (1968) du Conseil de sécurité, en date du 29 mai 1968, durcissant les mesures d'embargo dirigées contre la Rhodésie du Sud, et sa résolution 748 (1992) du 31 mars 1992, par laquelle il a adopté des mesures économiques à l'encontre de la Jamahiriya arabe libyenne pour son implication dans des activités terroristes internationales, plaident en faveur d'une protection, sous une forme ou une autre, des intérêts des États « innocents »³⁰⁶. Le problème des effets des sanctions économiques sur les États tiers s'est aussi posé à propos du blocage, par les États-Unis d'Amérique, des avoirs iraniens déposés dans des succursales étrangères de banques américaines³⁰⁷.

237. S'agissant du point *d*, on peut concevoir certaines dérogations pour ce qui est de l'aspect « fonctionnel » de ces mesures. Sans doute l'élément « punitif » joue-t-il un rôle mineur dans le cas des actes délictueux d'une gravité inférieure, vu qu'il est alors absorbé dans les formes « substantielles » de la responsabilité (cessation, réparation *lato sensu*, garanties de non-répétition). Mais n'est-il pas possible que les mesures prises contre l'auteur d'un « crime » aillent au-delà d'une fonction strictement réparatrice ? C'est ce qui semble ressortir de la pratique, surtout en cas d'agression.

238. On se rappellera, par exemple, la façon dont, après l'arrêt de l'invasion du Koweït et la suspension des hostilités, les États-Unis d'Amérique ont plusieurs fois menacé l'Iraq et sont même passés à l'action afin d'obliger ce pays à respecter les obligations de garantie et de réparation que lui avait imposées le Conseil de sécurité dans sa résolution 687 (1991), en date du 3 avril 1991. La gravité de ces mesures serait difficile à comprendre si l'on s'en tenait à la simple question de l'exécution des obligations précises imposées à l'Iraq ou à la question de la proportionnalité avec leur inexécution

³⁰⁴ Le représentant des États-Unis d'Amérique songeait en particulier à la Zambie (voir *Documents officiels du Conseil de sécurité, vingt et unième année*, 1276^e séance, par. 71).

³⁰⁵ Voir doc. S/PV.3082 du 30 mai 1992, p. 8/10.

³⁰⁶ Sur la résolution 748 (1992) du Conseil de sécurité et l'affaire de Lockerbie, voir, notamment, Graefrath, « Leave to the Court what belongs to the Court: The Libyan case »; Arcari, « Le risoluzioni 731 e 748 e i poteri del Consiglio di sicurezza in materia di mantenimento della pace », p. 932 et suiv.; Tomuschat, *loc. cit.*; Sciso, « Può la Corte internazionale di giustizia rilevare l'invalidità di una decisione del Consiglio di sicurezza? »; et Bedjaoui, *loc. cit.*, en particulier p. 106.

³⁰⁷ Voir ILM, vol. XX, n° 2, 1981, p. 414 et suiv., 769 et suiv. et 923 et suiv.

présumée³⁰⁸. D'un autre côté, on se souviendra que le Conseil de sécurité avait décidé, dans la même résolution, « de rester saisi de la question » afin de pouvoir prendre les mesures voulues pour l'application de la résolution et pour garantir la paix et la sécurité dans la région.

239. Outre l'élément « objectif » étudié plus haut, que ce soit dans le cas des mesures armées ou non armées, il convient de se pencher sur l'élément « subjectif », et notamment « institutionnel » — la seule différence avec le problème des mesures armées étant peut-être la moindre « dangerosité » des mesures prises, et par conséquent le moindre risque d'abus de pouvoir dans l'action unilatérale des États lésés ou de la part des organes censés représenter la « volonté commune » des États ou de la communauté internationale.

240. Sans entrer de nouveau dans les détails, rappelons les termes dans lesquels on peut poser les questions « subjectives-institutionnelles » à propos des mesures non armées :

a) Les dérogations possibles à la limitation du recours aux contre-mesures « pacifiques » s'appliquent-elles seulement à la « victime principale » (le cas échéant) du crime, ou à tout État lésé ? Ou bien toute contre-mesure dépend-elle *de lege lata* (ou devrait-elle dépendre *de lege ferenda*) de la « communauté internationale organisée » ?

b) À supposer qu'elle existe — ou qu'elle devrait être instituée —, cette compétence « collective » en matière de mesures non armées a-t-elle un caractère « exclusif » ou seulement « primaire » ?

c) Dans la dernière hypothèse, comment cette compétence « collective » coexisterait-elle avec la *faculté* résiduelle de réaction unilatérale de l'État ou du groupe d'États lésés ?

d) Enfin, sous quelles formes « collectives » ou « institutionnelles » s'exprimerait la « volonté commune » des États ?

6. LE PROBLÈME DE L'« OBLIGATION DE RÉAGIR » DES ÉTATS LÉSÉS

241. La dernière série de problèmes a trait à l'éventuel devoir des États lésés de réagir contre l'auteur d'un crime international (par opposition à leur *faculté* de réagir). Nous pensons ici au type d'obligations signalé par M. Riphagen³⁰⁹, et en particulier l'obligation de ne pas reconnaître comme légaux et valides les actes commis par l'État auteur au cours de la violation ou à sa suite.

242. La pratique montre qu'il est fréquent que les États s'estiment tenus de ne pas accepter les effets juridiques des situations produites par un acte illicite, surtout en cas d'agression. Sans remonter plus haut dans le temps, rappelons la Déclaration relative aux principes du droit

³⁰⁸ Voir, par exemple, la déclaration du président Bush, en date du 23 septembre 1991, *United States Department of State Dispatch: Bureau of Public Affairs*, vol. 2, n° 39, 30 septembre 1991, p. 718.

³⁰⁹ Voir le sixième rapport de M. Riphagen (*Annuaire... 1985*, vol. II (1^{re} partie) [*supra* note 2], p. 14 et 15, en particulier l'article 14 et le commentaire s'y rapportant).

international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies³¹⁰, dans laquelle l'Assemblée générale déclare que « nulle acquisition territoriale obtenue par la menace ou l'emploi de la force ne sera reconnue comme légale » — principe qui a été repris par l'Assemblée générale dans la Définition de l'agression³¹¹. Rappelons aussi la Déclaration sur le renforcement de l'efficacité du principe de l'abstention du recours à la menace ou à l'emploi de la force dans les relations internationales³¹². Autre exemple : les déclarations réitérées des États et des organes internationaux sur l'illégalité des « mesures gouvernementales » israéliennes concernant les territoires occupés et la ville de Jérusalem³¹³. Rappelons enfin, s'agissant des conséquences de l'agression, la négation répétée des effets juridiques de l'annexion du Koweït par l'Iraq, qu'il s'agisse des résolutions 661 (1990), 662 (1990) et 670 (1990) du Conseil de sécurité, en date respectivement des 6 août, 9 août et 25 septembre 1990, ou des prises de position de l'Organisation de la Conférence islamique³¹⁴, de la Ligue des États arabes³¹⁵ et de la Communauté européenne³¹⁶.

243. En ce qui concerne les violations autres que l'agression, il faut mentionner la résolution 217 (1965) du Conseil de sécurité, en date du 20 novembre 1965, où il est instamment demandé aux États de ne pas reconnaître « les autorités illégales » de Rhodésie du Sud; la résolution 264 (1969) du Conseil, en date du 20 mars 1969, relative aux opérations de l'Afrique du Sud en Namibie; et la résolution 47/20 de l'Assemblée générale, adoptée à la suite du coup d'État en Haïti, qui condamne la tentative de remplacer illégalement le Président constitution-

³¹⁰ Voir *supra* note 138.

³¹¹ Voir *supra* note 252.

³¹² Résolution 42/22 de l'Assemblée générale, annexe.

³¹³ À propos des territoires arabes et palestiniens occupés en 1967, voir les résolutions 242 (1967) et 465 (1980) du Conseil de sécurité, en date respectivement des 22 novembre 1967 et 1^{er} mars 1980; sur le statut de Jérusalem, voir la résolution 478 (1980) du Conseil de sécurité, en date du 20 août 1980, la résolution 35/169 E de l'Assemblée générale, la déclaration de la Suisse (Caflisch, « La pratique suisse en matière de droit international public 1980 », *Annuaire suisse de droit international*, 1981, en particulier p. 277) et la déclaration des neuf États membres de la Communauté européenne (*Bulletin des Communautés européennes*, vol. 13, n° 6, 1980, p. 10); au sujet des hauteurs du Golan, voir la résolution 497 (1981) du Conseil de sécurité, en date du 17 décembre 1981, la résolution ES-9/1 de l'Assemblée générale, la déclaration du représentant de la Belgique à l'Assemblée générale, parlant au nom de la Communauté européenne (*Documents officiels de l'Assemblée générale, neuvième session extraordinaire d'urgence, séances plénières*, 5^e séance, par. 22 à 33), les déclarations pertinentes du Ministre britannique des affaires étrangères (BYBIL, 1983, vol. 53, p. 532 et suiv.), la déclaration du représentant permanent de la France au Conseil de sécurité (*Documents officiels du Conseil de sécurité, trente-sixième année*, 231^e séance, par. 88 à 92) et la résolution 1990/3 de la Commission des droits de l'homme.

³¹⁴ Communiqué de la dix-neuvième Conférence ministérielle de l'Organisation de la Conférence islamique, en date du 4 août 1990 (voir doc. S/21448 du 10 août 1990).

³¹⁵ Résolution adoptée par la Conférence arabe extraordinaire au sommet, tenue au Caire le 10 août 1990 (voir doc. S/21500 du 13 août 1990).

³¹⁶ Déclaration sur l'invasion du Koweït par l'Iraq, publiée par les douze États membres de la Communauté européenne (voir doc. A/45383-S/21444 du 6 août 1990, annexe), et leur déclaration, publiée le 10 août 1990 à la réunion ministérielle extraordinaire tenue à Bruxelles (voir doc. A/45/409-S/21502 du 13 août 1990, annexe).

nel d'Haïti et déclare « inacceptable toute entité issue de cette situation illégale ».

244. Outre le devoir de non-reconnaissance, il est aussi fait mention de l'obligation, moins bien circonscrite, de ne pas donner aide ou assistance aux États auteurs pour maintenir la situation créée par le fait illicite. Il y a, dans la pratique internationale, des indices qui laissent supposer l'existence d'une *opinio juris* en faveur d'un devoir des États de ne pas aider un État auteur à jouir des avantages résultant d'actes d'agression et d'autres violations majeures, ou à conserver ces avantages.

245. On peut citer, comme exemples, la résolution 269 (1969) du Conseil de sécurité, en date du 12 août 1969, où il est demandé « à tous les États de s'abstenir de toute relation avec le Gouvernement sud-africain agissant prétendument au nom du Territoire de Namibie »; la résolution 465 (1980) du Conseil, en date du 1^{er} mars 1980 dans laquelle celui-ci « demande à tous les États de ne fournir à Israël aucune assistance qui serait utilisée spécifiquement pour les colonies de peuplement des territoires occupés »; et la proclamation plus péremptoire de l'Assemblée générale, selon laquelle « quiconque fournit à Israël des armes ou une assistance économique qui augmentent son potentiel de guerre assume une responsabilité au regard du droit international »³¹⁷. Méritent d'être notées, à propos de la même situation, les déclarations de la Ligue des États arabes³¹⁸, du mouvement des pays non alignés³¹⁹ et de l'OUA³²⁰.

246. Également significatif est le cas de l'appui militaire et financier fourni par les États-Unis d'Amérique à l'Afrique du Sud dans son agression contre l'Angola et l'occupation d'une partie du territoire de ce pays. Aux protestations individuelles émises par l'Angola, Cuba et l'Union soviétique³²¹, il faut ajouter la réprobation de l'Assemblée générale, qui

affirme que l'occupation du sud de l'Angola par le régime raciste a été grandement facilitée par la politique du Gouvernement des États-Unis dans la région, en particulier par l'appui qu'il fournit aux criminels armés de la União Nacional para a Independência Total de Angola et par sa politique d'« engagement constructif » et de « couplage »³²².

L'existence éventuelle d'une *opinio juris* concernant le « devoir de non-assistance » a été confirmée récemment par la réaffirmation de l'obligation de non-assistance à l'Iraq dans la résolution 661 (1990) du Conseil de sécurité, en date du 6 août 1990, et la décision du Gouvernement tchécoslovaque (prise le 3 août 1990, avant l'adoption de ladite résolution) de suspendre toutes les fournitures de caractère militaire à la République d'Iraq. En même temps, la République fédérale tchèque et

³¹⁷ Résolution 38/180 E de l'Assemblée générale.

³¹⁸ Résolution du Conseil de la Ligue des États arabes, en date du 11 juin 1981.

³¹⁹ Communiqué transmis à l'Organisation des Nations Unies le 16 juin 1981 (doc. S/14544 du 16 juin 1981, annexe).

³²⁰ Le Conseil des ministres de l'OUA a récemment demandé aux États-Unis d'Amérique de faire tout ce qui était en leur pouvoir pour empêcher l'installation de colonies de juifs migrants dans les territoires palestiniens et arabes occupés (résolution 1277 [LII], juillet 1990).

³²¹ Voir doc. A/41/218-S/17921 du 14 mars 1986 (annexe), et S/17931 du 20 mars 1986 (annexe).

³²² Résolution 41/35 A de l'Assemblée générale, par. 12.

slovaque a cessé de livrer également à l'Iraq tous autres articles pouvant être utilisés à des fins militaires³²³.

247. Il convient également d'appeler l'attention sur la tendance de la Communauté européenne, de plus en plus marquée ces dernières années, à suspendre les accords de coopération économique en cas de violation grave et persistante des droits de l'homme et des droits des citoyens³²⁴.

248. Il faut mentionner également, de façon générale, les obligations des États de ne pas interférer avec la réaction de la « communauté internationale dans son ensemble » à un crime et d'exécuter les décisions qui peuvent être adoptées par cette communauté pour sanctionner un crime.

249. Lorsqu'on considère ces obligations au titre de la codification ou du développement progressif, il convient de ne pas négliger deux questions :

a) En premier lieu, il faudrait déterminer si les États adoptent de tels comportements en vertu d'une obligation « spéciale » de réagir à un crime, ou simplement dans l'exercice de leur faculté d'appliquer, à l'encontre de l'État auteur, des contre-mesures ayant un caractère ou un contenu similaire ou identique;

b) En second lieu, dans la mesure où l'on constate que ces comportements sont (ou font) l'objet d'une obligation, il faudrait déterminer si l'obligation est prévue par le droit général de la responsabilité des États comme une réponse aux crimes d'un État, ou si elle n'est qu'indirectement liée à la perpétration d'un fait illicite. Dans ce dernier cas, l'obligation pourrait découler de règles « primaires » fixant les obligations de coopération, institutionnalisées ou non, entre les États concernés, obligations sans lesquelles la survenance du crime n'entraînerait pas l'action commune ou concertée.

C. — La responsabilité pour crime international : étatique, individuelle ou les deux ?

250. N'était la présence, dans la première partie, de l'article 19, on pourrait penser que les travaux de la CDI sur la responsabilité internationale reposent sur une division implicite entre, d'une part, une responsabilité essentiellement « civile » des États, et une responsabilité pénale des individus, d'autre part. Cette division, semble-t-il, correspondrait en gros — bien que la distinction entre responsabilité « civile » et responsabilité « pénale » soit relative³²⁵ — au champ d'application du pro-

³²³ Voir *The Kuwait Crisis: Sanctions and their Economic Consequences* (supra note 300), p. 101.

³²⁴ Voir la résolution adoptée par le Conseil de l'Europe le 28 novembre 1991 (*Bulletin des Communautés européennes*, vol. 24, n° 11, 1991, p. 130). Voir également la résolution de l'Assemblée paritaire ACP-CEE suspendant l'aide et les autres formes de coopération à l'égard d'Haïti, et la résolution adoptée par le Parlement européen le 22 janvier 1993, dans laquelle la même mesure a été demandée en ce qui concerne la Guinée équatoriale.

³²⁵ On trouvera des observations aussi savantes que stimulantes sur cette relativité (en droit interne et en droit international) dans les remarquables écrits de Spinedi, en particulier dans son exposé très fouillé dans « International crimes of State: The legislative history » (supra note 170), et surtout dans « Contribution à l'étude de la distinction entre crimes et délits internationaux » (supra note 239), en particulier p. 19 et suiv. et p. 28 et suiv.

jet sur la responsabilité des États (à l'exception de l'article 19 de la première partie), pour la première, et à celui du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, pour la seconde. Les États n'engageraient que leur responsabilité civile pour la violation des obligations leur incombant en vertu du droit que le projet d'articles sur la responsabilité des États est appelé à codifier et à développer. Et la responsabilité pénale prévue dans le projet de code ne retomberait que sur les individus, soit en vertu des règles internationales qui leur sont directement applicables, soit en vertu des règles correspondant à un fragment de droit criminel uniforme que les États grefferaient sur leurs systèmes juridiques³²⁶. Alors que les individus seraient incontestablement justiciables de la juridiction pénale, il semble que les États se trouveraient dans une situation différente. La responsabilité des États, quelle qu'elle soit, échapperait en principe (exception faite de l'article 19) à toute sanction pénale, soit du simple fait de leur nature collective (*societas delinquere non potest*), soit parce qu'ils ne sont pas punissables, soit parce qu'une responsabilité pour crime serait incompatible avec la majesté des États souverains³²⁷. Et de fait, dans l'esprit de l'actuelle majorité des membres de la Commission, la responsabilité des États est rigoureusement circonscrite, dans le cadre du projet sur la responsabilité des États, à l'obligation de réparation, ce qui ne suppose aucune fonction punitive³²⁸. Le projet d'article 19 pourrait ainsi apparaître comme un

³²⁶ Après une première phase d'indécision sur la possibilité de considérer les États eux-mêmes comme responsables des crimes visés par le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, les travaux sur ce projet sont, depuis un certain temps déjà, résolument fondés sur l'hypothèse que le code ne s'appliquera qu'aux crimes individuels, même s'ils sont surtout, sinon exclusivement (vu la nature des infractions considérées), le fait d'individus occupant des postes de responsabilité dans l'appareil des États.

³²⁷ La maxime *societas delinquere non potest* a été invoquée par un nombre considérable d'États opposés à l'adoption de l'article 19 de la première partie. Pour l'Autriche,

« Manifestement, la CDI propose un changement radical de la notion fondamentale de responsabilité de l'État lorsqu'elle introduit la notion de crime international, alors que, d'après le droit international contemporain, cette notion a été exclusivement réservée à la responsabilité pénale de l'individu. Depuis longtemps, la doctrine a rejeté l'idée d'une responsabilité et d'une répression collectives. Il serait regrettable que cette idée périmée soit exhumée, ce qui se produirait si l'on établissait une responsabilité pénale internationale des États. » (*Documents officiels de l'Assemblée générale, trente et unième session, Sixième Commission, 20^e séance, par. 2*).

La France a soutenu que

« la création d'un nouveau type de responsabilité de l'État équivaldrait à la création d'une responsabilité pénale collective, ce qui est contraire au droit pénal moderne. » (*ibid.*, 26^e séance, par. 7).

Selon Israël,

« Introduire la notion de crime international dont l'État serait responsable serait une mesure rétrograde, qui irait à l'encontre de la vieille maxime *impossibile est quod societas delinquat* » (*ibid.*, 28^e séance, par. 17).

Sont intervenus dans le même sens, mais en défendant avec plus de nuances l'idée qu'il n'est pas souhaitable de criminaliser les États, les États-Unis d'Amérique (*ibid.*, 17^e séance, par. 8 à 12), le Japon (*ibid.*, 21^e séance, par. 8), le Portugal (*ibid.*, 23^e séance, par. 17), la République fédérale d'Allemagne (*ibid.*, 24^e séance, par. 71) et l'Australie (*ibid.*, 27^e séance, par. 20).

³²⁸ Il faudrait ainsi — de façon assez contradictoire — exclure toute fonction punitive (sous forme de dommages-intérêts punitifs ou sous toute autre forme) même des modes de réparation ayant aussi manifestement le caractère de sanctions que les diverses formes de satisfaction et de garanties de non-répétition.

élément illogique dans le cadre de la responsabilité des États³²⁹.

251. On ne peut souscrire inconditionnellement ni à l'idée que les États échapperaient par nature à toute responsabilité pénale dans le droit international actuel, ni au point de vue — qui ne recoupe que partiellement cette idée — selon lequel la responsabilité internationale de l'État serait limitée *de lege lata* par une étroite analogie avec la responsabilité civile du droit interne. Même si, à première vue, la responsabilité des États en droit international ne semble présenter d'analogies qu'avec le droit civil interne, il y a aussi des analogies avec le droit pénal interne. Mais revenons, pour commencer, au premier point : la prétendue incompatibilité de la responsabilité pénale avec la nature générale de l'État.

252. La cause de cette prétendue incompatibilité réside d'abord et surtout dans la maxime *societas delinquere non potest*. Cette maxime est assurément justifiée, jusqu'à un certain point, pour les personnes morales du droit interne et pour l'État lui-même en tant que personne morale du droit national. Il est en revanche très douteux qu'elle le soit pour des entités comme les États lorsqu'elles sont envisagées dans leur personnalité internationale. Dans ce cas, cette maxime est aussi indéfendable en théorie qu'en pratique. En théorie, ce qui fait que *societas delinquere non potest*, c'est essentiellement la nature juridique « collective », abstraite, de la personne morale par opposition à l'unité matérielle de la personne physique. Que ce soit en tant qu'entité collective ou en tant qu'instrument des rapports juridiques entre personnes physiques, la personne morale — une société privée, par exemple — n'est, jusqu'à un certain point, pas punissable, soit parce qu'elle ne peut être soumise à des peines physiques, soit parce que la responsabilité pénale est attachée à ses représentants ou à ses membres. Cette difficulté, au demeurant, n'est certainement pas absolue, et l'on connaît, par exemple, des cas de responsabilité pénale des sociétés. Il est en revanche plus difficile de concevoir une responsabilité pour crime de l'État en tant que personne morale de droit interne. Les raisons en sont trop évidentes pour que l'on s'y attarde ici.

253. Il en va différemment des États en tant que personnes internationales. En effet, les États ont beau se présenter comme des entités collectives, ils ne se confondent pas totalement, au regard du droit international, avec les personnes morales du droit interne. Au contraire, ils paraissent présenter, du point de vue du droit international, les caractéristiques de simples entités collectives *de fait*³³⁰. Cette vérité d'évidence, dissimulée aux étudiants par la conception rudimentaire des personnes morales, qui envisage celles-ci comme des entités collectives de fait, trouve sa consécration la plus manifeste dans l'idée couramment admise que le droit inter-

national est le droit du système interétatique, et non pas le droit d'un État fédéral mondial.

254. Pour en venir maintenant à la deuxième cause de l'incompatibilité alléguée, et aussi convaincu que l'on puisse être que la responsabilité des États que visera le projet ne dépasse pas le strict domaine de la réparation, la pratique montre bien que les entités qui prennent part aux relations internationales sont fort capables des comportements criminels les plus graves. Pour reprendre la formule de Drost (qui est pourtant farouchement hostile à toute « criminalisation » des États), « indubitablement, l'État « criminel » est infiniment plus dangereux que le criminel individuel en raison de sa puissance collective »³³¹. L'étude des relations internationales — qu'on l'entreprenne sous l'angle de la politique, de la morale ou du droit — montre aussi que, de même que ces entités peuvent agir de façon délictueuse l'une envers l'autre, il n'est pas rare qu'elles soient traitées comme des délinquants par leurs pairs, lesquels les soumettent à des traitements expressément ou implicitement punitifs — et souvent très sévèrement punitifs³³². Il ne faut pas se laisser égarer par le fait — sans parler de la maxime *societas delinquere non potest* — que les États, à la différence des personnes physiques en droit interne, ne sont pas soumis, en droit international, à des institutions comme le ministère public ou les juridictions pénales. Certes, du fait qu'elle n'est toujours pas institutionnalisée, la structure du système interétatique confine ordinairement le lien de responsabilité entre État lésé et État auteur dans une relation bilatérale, purement horizontale, où normalement il n'est pas question de tierce partie, et encore moins d'autorité. Il s'ensuit que toute réaction à un fait internationalement illicite demeure, en principe, une affaire de choix pour la partie lésée, quelques risques que ce choix puisse comporter : c'est à la partie lésée de réclamer cessation, réparation ou satisfaction, et d'user de représailles pour y parvenir. La responsabilité pour fait internationalement illicite paraîtrait donc, à première vue, cadrer exclusivement avec la responsabilité civile de droit privé des systèmes de droit interne. Si, pourtant, l'on ne se contente pas de cette première impression, il n'est pas difficile de se rendre compte, pour peu que l'on veuille aller au-delà de la surface dans la « relation État lésé-État auteur », que le contenu de cette relation n'est pas purement « civil » ou « réparatoire » — même si l'on admet une distinction absolue avec la responsabilité pénale. Même dans le cas des faits illicites les plus ordinaires (autres que ceux qui sont envisagés à l'article 19 de la première partie), l'absence d'élément punitif n'est qu'apparente.

³³¹ Drost, *The Crime of State: Penal Protection for Fundamental Freedoms of Persons and Peoples*, livre 1, p. 294. Après un plaidoyer solidement argumenté contre toute idée de responsabilité pénale des États — plaidoyer fondé essentiellement sur la maxime *societas delinquere non potest* —, l'auteur admet cependant que les États « criminels » sont, en fait, la cible de mesures « politiques » (qu'il distingue des sanctions légales), dans lesquelles il est très difficile de ne pas reconnaître autant de formes de châtement sévère. La liste qu'il donne est reproduite *infra* au paragraphe 255, et nous y revenons à l'alinéa c du paragraphe 262. Mais Drost n'est qu'un exemple parmi bien d'autres.

³³² Voir Drost, *op. cit.* Même Graefrath et Mohr (*loc. cit.*), qui sont eux aussi opposés à la possibilité d'infliger des sanctions punitives aux États, n'en admettent pas moins la légitimité de mesures dont la teneur constitue un châtement sévère.

³²⁹ Comparer avec Spinedi, *loc. cit.* (*supra* note 239), en particulier p. 9 à 19.

³³⁰ Arangio-Ruiz, « The normative role of the General Assembly of the United Nations and the Declaration of Principles of Friendly Relations », annexe, p. 629 et suiv., en particulier par. 123; « State fault and the forms and degrees of international responsibility: Questions of attribution and relevance », notamment p. 29 à 31; et « Le domaine réservé. — L'organisation internationale et le rapport entre droit international et droit interne : cours général de droit international public », notamment p. 439 et suiv., et en particulier p. 443 à 446.

255. Dans les cas les plus ordinaires de comportement internationalement illicite, la pénalité est soit implicite — cessation de l'acte illicite et réparation par voie de restitution en nature ou d'indemnisation — soit évidente — et l'on a ici l'exemple de cette institution des relations interétatiques qu'est la « satisfaction ». Dans les cas les plus graves, tels que ceux qui appellent des représailles politiques ou économiques particulièrement sévères, ou même une réaction militaire, que suivent des règlements de paix plus ou moins rigoureux, l'intention punitive poursuivie et réalisée par les États lésés est manifeste. Citons de nouveau, à ce propos, Drost, lorsqu'il décrit, non sans quelque candeur, les différentes formes de mesures « politiques » (contre les États), qu'il distingue des « sanctions légales » (contre les gouvernants) :

Ces mesures politiques, collectives à un double titre, parce que décidées et imposées collectivement et parce que supportées et endurées collectivement, revêtent toutes sortes de formes, et utilisent toutes sortes de moyens : le transfert de territoire; l'occupation militaire; le démantèlement des industries; la migration des habitants; l'indemnisation en argent, en biens ou en services; la mise sous séquestre et la confiscation d'avoirs; le contrôle des armements; la démilitarisation; la supervision du gouvernement — ainsi que beaucoup d'autres mesures internationales... [e]n plus des deux grandes catégories de sanctions économiques et militaires...³³³

Cet auteur ne paraît pas se douter, non seulement que la plupart des mesures qu'il énumère comprennent des éléments de réparation « civils », mais qu'elles sont toutes de nature à toucher — certaines de façon très dramatique — les peuples mêmes qu'il entend à juste titre préserver en limitant les « sanctions légales » aux gouvernants. Nous reviendrons sur ce point au paragraphe 266 *infra*.

256. Le fait que de nombreux auteurs et diplomates spécialistes du droit international préfèrent dissimuler ces vérités évidentes en omettant toute allusion à l'aspect punitif de la responsabilité internationale (ou en indiquant expressément, comme il a été suggéré, que la seule fonction des contre-mesures est d'obtenir réparation) ne change rien à la réalité profonde du système interétatique. En fait, les autorités les plus respectées reconnaissent que la responsabilité internationale présente des éléments civils *et pénaux*, et le fait que ce soit l'un ou l'autre de ces éléments qui prévaut dépend des caractéristiques objectives et subjectives et des circonstances de chaque cas particulier. Dans les cas les plus graves, l'élément « civil » est absorbé dans l'élément « pénal »; dans les cas les plus courants, où il ne s'agit que d'infractions mineures, c'est l'élément pénal qui est absorbé dans l'élément civil. En tout cas, le fait que la sanction ne soit pas infligée par une institution, mais par la partie lésée, ou même que ce soit l'État auteur qui se l'inflige lui-même, n'exclut pas la présence d'un élément pénal, occulte ou manifeste³³⁴. L'extension aux États souverains de la maxime *societas delinquere non potest*

n'est pas plus près de la vérité en pratique qu'elle ne l'est en théorie.

257. Un adversaire résolu de l'idée de base de l'article 19 de la première partie du projet pourrait sans doute soutenir — non sans raison — que, si la maxime *societas delinquere non potest* est incompatible avec les caractéristiques actuelles des États souverains et du système interétatique, elle pourrait bien devenir compatible avec les caractéristiques que ce système présentera, espérons-le, dans un avenir plus ou moins rapproché. Ce critique pourrait faire valoir en particulier que, si les États ne sont pas à l'heure actuelle des *societates* ou des *personnes morales* au sens propre du terme, ils devront inévitablement le devenir au sein d'une véritable communauté mondiale juridiquement organisée. Dans ce cas, les États ne différencieraient pas essentiellement des subdivisions d'une fédération plus ou moins décentralisée : ils seraient des subdivisions *juridiques* de la communauté juridique formée par l'humanité, et, à ce titre, ce serait moins leur responsabilité pénale qui serait engagée (ou ne le serait pas du tout) que leur responsabilité « civile », de caractère simplement réparatoire. La responsabilité pénale s'appliquerait aux gouvernants, aux agents officiels des États et à leurs représentants, mais non aux États en tant qu'institutions³³⁵.

258. Dans la mesure où on peut supposer qu'un tel scénario représente une prévision valable, notre adversaire de l'idée exprimée dans l'article 19 pourrait affirmer en outre que la bonne manière de procéder, pour la Commission, serait précisément de maintenir la distinction à laquelle nous faisons allusion au paragraphe 250 *supra*, c'est-à-dire la distinction entre, d'une part, un code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité prévoyant exclusivement la responsabilité pénale des individus, et, d'autre part, un projet d'articles sur la responsabilité des États prévoyant une responsabilité purement civile des États. Selon cet adversaire, ladite responsabilité « civile » des États devrait être codifiée et développée sous la forme d'une convention sur la responsabilité des États où l'article 19 de la première partie du projet n'aurait pas sa place. Cela serait, toujours selon le même adversaire, le moyen d'orienter le projet actuel de la Commission dans le sens dans lequel on peut supposer que se fera l'évolution progressive du système

³³⁵ Curieusement, il semble que certains auteurs suggèrent tout le contraire. Voir Schwarzenberger (« The problem of an international criminal law », notamment p. 35 et 36), selon qui,

« en pareil cas, un droit pénal international destiné à être appliqué aux pouvoirs mondiaux est une contradiction dans les termes, car il présuppose une autorité internationale qui soit supérieure aux États. En réalité, toute tentative pour imposer un code pénal international à l'Union soviétique ou aux États-Unis serait une guerre déguisée. Ainsi, les propositions tendant à l'institution d'un droit pénal international universel tombent dans la catégorie des plans à sens unique de réorganisation de la société internationale. Comme d'autres plans de ce type, ils ont le défaut de tenir pour acquise une condition essentielle de leur réalisation — une condition *sine qua non* et qui ne peut être aisément satisfaite : la transformation du système actuel de prépondérance politique en, tout au moins, une fédération mondiale. Ce n'est que si et quand les épées de la guerre seront ôtées à leurs gardiens actuels que la communauté internationale sera assez forte pour tenir le glaive de la justice pénale universelle. »

Comparer toutefois avec Dahm, *Völkerrecht*, p. 265 et 266, et 270 et 271, et Spinedi, *loc. cit.* (*supra* note 239), notamment p. 31.

³³³ Drost, *op. cit.*, p. 296 et 297.

³³⁴ L'absence d'institution n'est pas le facteur décisif, ce qui ressort aussi du fait que, dans les systèmes juridiques nationaux, l'institution est présente dans la mise en œuvre, non seulement de la responsabilité pénale, mais aussi de la responsabilité civile. Si l'absence d'une institution « supérieure » était un élément décisif permettant d'écarter toute forme de responsabilité pénale internationale (comme semblent le croire les tenants de l'opinion discutée ici), on devrait admettre que la même lacune existe dans toute forme de responsabilité (civile) internationale, comme d'ailleurs dans tout autre aspect des relations juridiques internationales.

international vers le but « ultime » — pour employer l'adjectif de Lorimer³³⁶ — que représente la création d'une communauté humaine organisée plus centralisée (ou moins décentralisée).

259. Cependant, il semble également évident que la création d'une telle communauté se situe dans un avenir extrêmement lointain. Nous songeons, en l'occurrence, à une communauté mondiale véritablement interindividuelle, juridiquement organisée en institutions représentatives englobant en un sens les États eux-mêmes en tant qu'institutions juridiques également représentatives des différentes communautés nationales. Comme indiqué *supra* au paragraphe 257, les États deviendraient ainsi, dans une certaine mesure, moins éloignés de ce que sont les subdivisions d'un État fédéral organisé démocratiquement. Mais une telle évolution ne suppose rien moins que l'intégration politique et juridique de tous les peuples en un seul peuple, d'une façon comparable, au moins jusqu'à un certain point, au processus qui a eu lieu en Amérique du Nord avec l'établissement de la Constitution fédérale, et qui est encore loin d'avoir commencé parmi les peuples des douze États membres de la Communauté européenne. C'est un processus qui demandera de nombreuses générations, sinon plusieurs siècles.

260. La conséquence inévitable en est que l'humanité demeurera longtemps, pour le meilleur ou pour le pire, dans cette situation de non-intégration qui est en même temps la principale cause et le principal effet de ce que les sociologues et les juristes appellent le système interétatique.

261. Dans ce système, les États, qu'on le veuille ou non, semblent devoir continuer à être régis par le droit international, qui est le droit interétatique et non le droit de l'humanité organisée en tant que communauté. Et, conformément au droit de ce système interétatique — qui est un droit international et non supranational —, les États demeurent essentiellement des entités collectives de fait, et non des entités juridiques. En tant que telles, ils restent non seulement capables de commettre des actes illicites de toutes sortes — notamment des « crimes » aussi bien que des « délits » —, mais également susceptibles de réactions tout à fait comparables, *mutatis mutandis*, à celles auxquelles s'exposent les individus reconnus coupables de crimes sur le plan national.

262. On a beaucoup écrit, à juste titre, pour condamner la responsabilité « collective »³³⁷. Il s'agit, en effet, d'une institution tout à fait primitive et insuffisante. D'un autre côté, il est difficile d'échapper à certaines constatations évidentes :

a) Le système interétatique se trouve à un stade de son évolution juridique qui — bien que loin d'être primitif, vu que le système existe depuis plusieurs siècles — présente des aspects rudimentaires que l'on ne peut ignorer sans danger;

b) L'un de ces aspects est que les États commettent, en effet, non seulement des actes délictueux que l'on

peut qualifier d'« ordinaires » ou « civils », mais aussi des actes que leur gravité permet certainement de qualifier de « criminels » dans le sens habituel de ce terme;

c) Un autre de ces aspects est que les États opposent à ces actes délictueux graves (par exemple, l'agression) des formes de réaction qui, même aux yeux d'un adversaire aussi résolu de la responsabilité pénale des États que Drost, paraissent aussi sévères et nombreuses que les formes de réaction mentionnées au paragraphe 254 *supra*. Pour reprendre la classification donnée par Drost lui-même à ces formes de réaction (mesures qu'il appelle « politiques » par opposition aux « sanctions individuelles »), les réactions

peuvent être territoriales, démographiques et stratégiques; industrielles, commerciales et financières; ou relever du domaine de la culture, du social et du domaine éducatif; ou enfin, ce qui n'est pas le moins important, d'ordre technique et idéologique³³⁸.

Il est très difficile de croire que des mesures d'une telle importance ne soient pas, *mutatis mutandis*, très semblables, dans leurs conséquences, aux sanctions du droit pénal national.

263. En conclusion, il semble que, du moins pour un certain temps, et sans doute pour longtemps encore, il faille admettre l'existence de réactions licites aux actes délictueux du type envisagé à l'article 19 de la première partie du projet d'articles. La Commission devrait donc prévoir, dans la deuxième et la troisième partie du projet, des dispositions faisant suite à cet article.

264. Cependant, les problèmes à résoudre, *de lege lata* ou *de lege ferenda*, nous semblent encore plus difficiles que les problèmes — non encore résolus de façon satisfaisante — de la sécurité collective. Cela est particulièrement vrai pour ceux de ces problèmes qui sont liés à la structure actuelle de ce que l'on veut bien appeler la « communauté internationale organisée ».

265. Plusieurs de ces problèmes, *de lege lata* ou *de lege ferenda*, ont été évoqués brièvement et de façon provisoire *supra*. Il en reste d'autres. Sous réserve de ce que la Commission jugera bon d'ajouter ou de corriger, il nous paraît nécessaire de nous arrêter sur trois de ces problèmes avant de nous en tenir là pour cette année.

266. Un problème crucial est celui que pose la distinction entre, d'une part, les conséquences du crime international d'un État pour l'État lui-même — et éventuellement pour ses dirigeants — et, d'autre part, les conséquences du même crime pour le peuple. L'étude de Drost constitue un excellent élément de comparaison : cet auteur, dont — comme on l'a vu — l'hostilité à la « criminalisation » des États est loin d'être absolue, souligne fort bien la nécessité morale et politique de séparer les mesures politiques dirigées contre l'État auteur des sanctions individuelles applicables à ses responsables politiques, les premières de ces mesures devant être de nature à épargner (et non pas à frapper) la population « innocente » de l'État « criminel ». On ne peut qu'applaudir à cette façon de voir. Pourtant, et compte tenu du type de mesures que Drost lui-même semble admettre si libéralement (voir *supra* par. 255) — mesures qui semblent dépasser d'assez loin celles que prévoit

³³⁶ Lorimer, *Institutes of the Law of Nations: a Treatise of the Jural Relations of Separate Political Communities*, vol. II, p. 183 et suiv.

³³⁷ Voir, par exemple, Kelsen, *Pure Theory of Law*, p. 121 et 122, et p. 324 et suiv.

³³⁸ Drost, *op. cit.*, p. 296 et 297.

les Articles 41 et 42 de la Charte des Nations Unies —, la distinction ne paraît pas facile à faire, notamment dans le cas des mesures économiques et des mesures de rétablissement de la paix (après un acte d'agression), qui semblent parfois frapper directement le peuple lui-même. Une question supplémentaire se pose d'ailleurs, que ne doit ignorer ni le sociologue ni le juriste ou le moraliste (bien que Drost paraisse n'en faire aucun cas), à savoir : peut-on supposer dans tous les cas qu'un peuple soit totalement exempt de culpabilité — et de responsabilité — pour un acte d'agression commis par le régime manifestement despotique d'un dictateur applaudi avec enthousiasme avant, pendant et après ledit acte ?

267. Le deuxième problème est celui de la faute de l'État. La Commission doit-elle ou non revenir sur cette question, qu'elle a mise de côté (de façon peu convaincante) à propos des actes délictueux « ordinaires » ? Pouvons-nous, en tant que « législateurs », nous occuper de la question des violations du droit international visées à l'article 19 de la première partie sans tenir compte de l'importance d'un élément aussi crucial que l'intention délibérée ?

268. Le dernier problème sur lequel il est indispensable d'attirer l'attention de la Commission est celui, à proprement parler, de l'article 19 de la première partie. Nous laisserons de côté les éléments qui posent le plus de difficultés dans le texte de cet article — texte qui, selon nous, soulevait peut-être moins de problèmes dans sa version originale, proposée par M. Ago en 1976 : ces éléments, dont le moindre n'est pas le manque de clarté de l'article, comparé avec le caractère « secondaire » des autres articles du projet, pourront être réexaminés en seconde lecture par la Commission.

269. Nous nous contenterons pour le moment de signaler des questions de fond telles que les suivantes :

a) S'il existe des différences substantielles, ou tout au moins significatives, dans la façon dont l'article 19 de la première partie envisage divers types de crimes (par

exemple l'agression, l'esclavage et la pollution), peut-on vraiment se satisfaire d'une simple dichotomie entre « crimes » et « délits » ? Ne serait-il pas préférable, par exemple, de distinguer entre l'agression et les autres crimes ? Ou de faire plusieurs sous-distinctions, de façon à éviter de mettre sur le même plan des actes qui sont manifestement éloignés les uns des autres et qui entraîneraient, ou devraient entraîner, des formes également différentes de responsabilité ?

b) La liste d'exemples de faits illicites constituant des crimes, figurant à l'article 19 de la première partie, remonte à 1976. Ces exemples sont-ils encore les meilleurs pour définir les faits illicites que, aujourd'hui encore, la communauté internationale dans son ensemble considère, ou devrait considérer comme des « crimes des États » ? En d'autres termes, cette liste d'exemples, à supposer qu'il faille la conserver, ne pourrait-elle pas être « mise à jour » ?

c) L'étude de la pratique montre qu'il est souvent difficile de faire la distinction entre crimes et délits, surtout lorsqu'il s'agit de délits très graves. La raison ne tient-elle pas, en partie, à la façon dont la notion générale de crimes est exprimée dans l'article 19, où les actes délictueux visés sont caractérisés par des éléments qui rendent peut-être difficile de placer ces actes dans la catégorie des crimes ou dans celle des délits, et par conséquent de dire quels sont ceux de ces actes qui sont ou devraient être soumis à un régime de responsabilité « aggravée » ? On peut se poser la question, par exemple, à propos de la reconnaissance d'un fait illicite comme « crime par [la] communauté [internationale] dans son ensemble », ou de la notion de « gravité », qui n'est pas davantage précisée.

d) Si l'on admet qu'il existe une certaine gradation allant des violations « ordinaires » du droit international aux « crimes internationaux », surtout au point de vue du régime de responsabilité qu'entraînent de tels faits, faut-il vraiment faire une distinction tranchée et explicite entre « crimes » et « délits » ?

PROJET DE CODE DES CRIMES CONTRE LA PAIX ET LA SÉCURITÉ DE L'HUMANITÉ

[Point 3 de l'ordre du jour]

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

Commentaires et observations reçus des gouvernements

TABLE DES MATIÈRES

| | <i>Pages</i> |
|---|--------------|
| Note | 64 |
| INTRODUCTION | 66 |
| <i>Sections</i> | |
| I. — COMMENTAIRES ET OBSERVATIONS REÇUS DES ÉTATS MEMBRES | 66 |
| Australie | 66 |
| Autriche | 71 |
| Biélorus | 73 |
| Belgique | 75 |
| Brésil | 77 |
| Bulgarie | 79 |
| Costa Rica | 80 |
| Danemark* | 87 |
| Équateur | 87 |
| États-Unis d'Amérique | 87 |
| Finlande* | 91 |
| Grèce | 91 |
| Islande* | 91 |
| Norvège* | 91 |
| Paraguay | 91 |
| Pays-Bas | 93 |
| Pays nordiques | 99 |
| Pologne | 103 |
| Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord | 107 |
| Sénégal | 112 |
| Soudan | 112 |
| Suède* | 112 |
| Turquie | 112 |
| Uruguay | 113 |
| II. — COMMENTAIRES ET OBSERVATIONS REÇUS D'UN ÉTAT NON MEMBRE | 114 |
| Suisse | 114 |

* La réponse conjointe du Danemark, de la Finlande, de l'Islande, de la Norvège et de la Suède figure sous **Pays nordiques**.

NOTE

*Instruments multilatéraux cités dans le présent document***Droits de l'homme***Sources*

| | |
|---|--|
| Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (New York, 9 décembre 1948) | Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 78, p. 277. |
| Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Rome, 4 novembre 1950) | Ibid., vol. 213, p. 221. |
| Convention relative au statut des réfugiés (Genève, 28 juillet 1951) | Ibid., vol. 189, p. 137. |
| Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966) | Ibid., vol. 999, p. 171. |
| Convention américaine des droits de l'homme (San José, 22 novembre 1969) | Ibid., vol. 1144, p. 123. |
| Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (New York, 30 novembre 1973) | Ibid., vol. 1015, p. 243. |
| Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 10 décembre 1984) | <i>Documents officiels de l'Assemblée générale, trente-neuvième session, Supplément n° 51, résolution 39/46, annexe.</i> |

Privilèges et immunités, relations diplomatiques

| | |
|---|--|
| Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques (New York, 14 décembre 1973) | Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1035, p. 167. |
|---|--|

Environnement et ressources naturelles

| | |
|--|---|
| Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine (Washington, 2 décembre 1946) | Ibid., vol. 161, p. 73. |
| Convention internationale pour la prévention de la pollution des eaux de la mer par les hydrocarbures (Londres, 12 mai 1954) | Ibid., vol. 327, p. 3. |
| Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction (Washington, 3 mars 1973) | Ibid., vol. 993, p. 243. |
| Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou à toutes autres fins hostiles (New York, 10 décembre 1976) | Ibid., vol. 1108, p. 151. |
| Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance (Genève, 13 novembre 1979) | Doc. E/ECE/100; PNUE, <i>Recueil de traités multilatéraux relatifs à la protection de l'environnement</i> , Série références 3, Nairobi 1982, p. 536. |
| Convention sur la protection physique des matières nucléaires (New York et Vienne, 3 mars 1980) | Doc. NPT/Conf.II/6/Add.1. |
| Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (New York, 9 mai 1992) | <i>International Legal Materials</i> , Washington (D.C.), vol. 31, n° 4, juillet 1992, p. 851. |

Droit applicable aux conflits armés

| | |
|--|--|
| Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et annexe (La Haye, 18 octobre 1907) | J. B. Scott, éd., <i>Les Conventions et Déclarations de La Haye de 1899 et 1907</i> , 3 ^e éd., New York, Oxford University Press, 1918, p. 101. |
|--|--|

Sources

- Convention concernant les droits et les devoirs des puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre (La Haye, 18 octobre 1907) Ibid., p. 133.
- Convention relative à la pose de mines sous-marines automatiques de contact (La Haye, 18 octobre 1907) Ibid., p. 151.
- Convention concernant le bombardement par des forces navales en temps de guerre (La Haye, 18 octobre 1907) Ibid., p. 157.
- Protocole concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques (Genève, 17 juin 1925) Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. XCIV, p. 65.
- Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Genève, 12 août 1949) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, p. 31 et suiv.
- Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne Ibid., p. 31.
- Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer Ibid., p. 85.
- Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre Ibid., p. 135.
- Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre Ibid., p. 287.
- Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatifs à la protection des victimes des conflits armés (Protocoles I et II) [Genève, 8 juin 1977] Ibid., vol. 1125, p. 3 et 609.
- Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires (New York, 4 décembre 1989) *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-quatrième session, Supplément n° 49, résolution 44/34, annexe.*

Désarmement

- Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques ou à toxines) et sur leur destruction (Londres, Moscou et Washington, 10 avril 1972) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1015, p. 163.

Aviation civile

- Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs (Tokyo, 14 septembre 1963) Ibid., vol. 704, p. 219.
- Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (La Haye, 16 décembre 1970) Ibid., vol. 860, p. 105.
- Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (Montréal, 23 septembre 1971) Ibid., vol. 974, p. 177.
- Protocole pour la répression des actes illicites de violence dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale, complémentaire à la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (Montréal, 24 février 1988) OACI, doc. 9518.

Terrorisme

- Convention pour la prévention et la répression du terrorisme (Genève, 16 novembre 1937) Société des Nations, doc. C.546.M.383.1937.V.
- Convention internationale contre la prise d'otages (New York, 17 décembre 1979) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1316, p. 205.

Stupéfiants et substances psychotropes

Sources

| | |
|---|------------------------------|
| Convention sur les substances psychotropes (Vienne, 21 février 1971) | Ibid., vol. 1019, p. 175. |
| Convention unique sur les stupéfiants de 1961, telle que modifiée par le Protocole portant amendement de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961 (New York, 8 août 1975) | Ibid., vol. 976, p. 105. |
| Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (Vienne, 20 décembre 1988) | Doc. E/CONF.82/15 et Corr.1. |

Navigation maritime

| | |
|---|------------------------------|
| Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime (Rome, 10 mars 1988) <i>et</i> | |
| Protocole pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental (Rome, 10 mars 1988) | OMI, Convention n° 18, 1988. |

Introduction

1. À sa quarante-troisième session (1991), la Commission du droit international a adopté, à titre provisoire, en première lecture, le projet d'articles du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité¹. Lors de cette même session, la Commission a décidé que, conformément aux articles 16 et 21 de son statut, le projet d'articles serait transmis, par l'intermédiaire du Secrétaire général, aux gouvernements, afin que ceux-ci formulent leurs commentaires et observations à ce sujet, avec prière de faire tenir ces commentaires et observations au Secrétaire général avant le 1^{er} janvier 1993².

¹ Pour le texte, voir *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 98 à 102.

² Ibid., p. 98, par. 174.

2. Au paragraphe 9 de sa résolution 46/54 et, à nouveau, au paragraphe 12 de sa résolution 47/33, l'Assemblée générale a appelé l'attention des gouvernements sur le fait qu'il est important, pour la CDI, qu'elle puisse disposer de leurs vues sur le projet d'articles précité et les a priés instamment de présenter par écrit leurs commentaires et observations avant le 1^{er} janvier 1993.

3. Comme suite à la demande de la Commission, le Secrétaire général a adressé aux gouvernements des lettres circulaires, datées des 20 décembre 1991 et 1^{er} décembre 1992, les invitant à soumettre leurs commentaires et observations avant le 1^{er} janvier 1993.

4. Au 29 mars 1993, le Secrétaire général avait reçu 23 réponses émanant d'États Membres et une émanant d'un État non membre, dont le texte est inclus dans le présent document.

I. — Commentaires et observations reçus des États Membres

Australie

[Original : anglais]
[14 janvier 1993]

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. L'Australie félicite la Commission du droit international pour l'adoption en première lecture du projet de

code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. L'Australie considère, cependant, que le libellé actuel du projet de code soulève un certain nombre de difficultés. Les observations qui suivent portent sur

des points d'ordre général et sur certains articles qui lui semblent mériter un examen plus approfondi de la part de la Commission.

Manque d'exhaustivité de la liste de crimes

2. L'Australie constate que le projet de code prévoit une longue liste de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Toutefois, en l'état actuel, le projet ignore plusieurs crimes graves comme la piraterie, le détournement d'aéronefs et les crimes contre les personnes jouissant d'une protection internationale. La Commission ne fournit aucune explication à ces omissions. Le code doit viser de façon exhaustive l'ensemble des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

Rapports entre le code et les conventions multilatérales en vigueur

3. Au cours des dernières décennies, la communauté internationale s'est progressivement dotée d'un ensemble important d'instruments de droit criminel international sous la forme de traités multilatéraux. Ces traités jouissent d'un large soutien. Les mécanismes d'application s'appuient sur les systèmes juridiques et judiciaires nationaux, lesquels sont renforcés par la coopération des États parties en matière d'extradition des criminels présumés et par l'entraide judiciaire.

4. L'Australie estime que la Commission devrait s'attacher à creuser la question des rapports entre le projet de code et ces conventions multilatérales. Il faut donner aux États parties les moyens de concilier les obligations qui leur sont dévolues par les conventions multilatérales auxquelles ils sont déjà parties et celles qu'ils contracteront en vertu du code.

5. L'Australie reconnaît que la tâche est difficile. Le code retient des crimes qui tombent déjà sous le coup de conventions existantes. Pour certains d'entre eux, il reprend les mêmes définitions que celles des conventions, mais, dans d'autres cas, il passe sous silence certains éléments — ou réduit la portée — du crime. Par exemple, l'article 25 du code ne reprend que partiellement le paragraphe 1 de l'article 3 de la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (dénommée ci-après Convention des Nations Unies de 1988).

6. Les rapports entre le code et les conventions multilatérales soulèvent également des questions de compétence. Toutes les conventions reconnaissent la compétence universelle sous une forme ou sous une autre. Le code remettra-t-il cela en question en reconnaissant une compétence internationale basée sur le principe de la territorialité ou sur tout autre principe? La Commission devra en tenir compte lorsqu'elle examinera les problèmes de compétence que soulève le code.

Établissement des peines

7. L'Australie note que l'on a inclus des dispositions relatives aux peines dans le projet de code au nom du principe *nulla poena sine lege*, alors que les États parties aux conventions multilatérales susmentionnées ne l'ont pas jugé nécessaire. Ces États ont dû plutôt prévoir dans leur législation nationale des peines proportionnées à la

gravité des crimes visés par les conventions. L'Australie reconnaît toutefois que, si une cour pénale internationale doit être dotée d'une compétence exclusive à l'égard des crimes tombant sous le coup du code, celui-ci devra établir des peines spécifiques.

Rapports entre le projet de code et la proposition de création d'une cour pénale internationale

8. L'Australie note que la proposition de créer une cour pénale internationale est une question distincte de celle du projet de code, mais qui a néanmoins des incidences sur celui-ci. Le commentaire de la Commission laisse entrevoir un lien étroit entre le code et la cour pénale internationale puisqu'il va jusqu'à poser la question de la détermination de la responsabilité de l'engagement des poursuites contre les coupables des crimes visés par le code et envisager de doter la cour d'une compétence exclusive à l'égard de ces crimes. De l'avis de l'Australie, la compétence exclusive n'est envisageable que pour les crimes de guerre d'importance majeure, mais, même dans de tels cas, il n'est pas évident qu'elle soit nécessaire. L'Australie se félicite de la demande formulée par la Sixième Commission, à la quarante-septième session de l'Assemblée générale, tendant à ce que la Commission du droit international traite séparément la question du projet de code et celle d'un projet de statut d'une cour pénale internationale.

OBSERVATIONS RELATIVES À CERTAINS ARTICLES

Article 6

9. L'Australie note que l'article 6 du projet de code (Obligation de juger ou d'extrader) impose à tout État sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité l'obligation de le juger ou de l'extrader. L'obligation « de juger [ou d']extrader » est prescrite par plusieurs conventions multilatérales relatives à des crimes internationaux et elle est essentielle à leur application. Elle doit sans conteste être reprise dans le code.

10. L'Australie se demande, cependant, s'il ne faudrait pas étoffer les dispositions de l'article 6 sur l'extradition des criminels présumés, par exemple en précisant les motifs qui pourraient justifier une demande d'extradition, en explicitant la procédure d'extradition en vertu du code, en prévoyant la possibilité d'une extradition en vertu des traités ou accords conclus entre les pays concernés et en instaurant une coopération en matière d'extradition, aux fins de poursuites sur le fondement du code, entre les pays qui ne la pratiquent pas déjà.

11. Outre l'obligation « de juger [ou d']extrader », l'Australie considère qu'il faudrait mettre à la charge des États l'obligation de s'entraider pour la conduite des enquêtes et des poursuites pénales concernant les crimes visés par le code. L'obtention des preuves de la commission d'un crime peut exiger que l'on s'adresse à plusieurs pays. Si un ou plusieurs pays refusent de coopérer, cela risque d'entraver considérablement les poursuites, voire de les empêcher d'aboutir. L'article 7 de la Convention des Nations Unies de 1988 offre un exemple de disposition très détaillée prévoyant une entraide judiciaire entre les États parties. La portée de toute disposi-

tion de ce genre à insérer dans le code nécessiterait un examen détaillé.

Article 8

12. L'Australie estime que l'article 8 (Garanties judiciaires) offre au criminel présumé le minimum de garanties nécessaire à un procès équitable.

Article 9

13. L'Australie considère que l'article 9 (*Non bis in idem*) présente des difficultés.

14. Le paragraphe 1 assure pleinement la protection contre toutes poursuites en raison d'un crime prévu par le code pour lequel l'intéressé a déjà été condamné ou acquitté par une cour pénale internationale.

15. Le paragraphe 2 prévoit, cependant, une protection plus limitée contre « la dualité de poursuites pour un même fait » dans le cas où l'intéressé a déjà été condamné ou acquitté par un jugement définitif d'un tribunal national. La protection offerte par le paragraphe 2 connaît en effet des exceptions, énoncées aux paragraphes 3 et 4.

16. Le paragraphe 3 prévoit qu'une personne peut être jugée pour un même fait en vertu du code et en vertu du droit pénal interne d'un État. Un tribunal national qui aurait rendu un « jugement » (condamnation ou acquittement) conformément au droit pénal du pays serait, en application du paragraphe 3, compétent pour rejurer la même personne pour le même fait si celui-ci constitue un crime au sens du code. Une personne acquittée en vertu du droit pénal national pourrait donc être condamnée en vertu du code pour le même fait. Bien que de tels cas ne risquent guère d'être très fréquents, ils affaibliraient à coup sûr le principe *non bis in idem*, qui est un principe fondamental du droit pénal de nombreux pays.

17. Le paragraphe 5 vise à protéger un individu qui aurait été condamné une première fois en vertu du droit pénal d'un pays et une seconde fois en vertu du code pour le même fait, en disposant que le tribunal devant lequel se déroulent les poursuites en vertu du code devra déduire toute peine « imposée et subie » à la suite de la première condamnation. On est toutefois en droit de s'interroger sur l'utilité d'un second procès, dans le cas où la peine « imposée et subie » en vertu du droit pénal national est identique à celle imposée par le code. On peut même concevoir que la peine prévue par le code soit inférieure à celle imposée en vertu du droit pénal national.

Article 14

18. L'Australie estime que la référence aux « faits justificatifs conformément aux principes généraux de droit », figurant au paragraphe 1 de l'article 14, doit être précisée. À partir du moment où le code traite de questions essentielles comme les peines, il ne doit pas laisser de côté d'autres questions essentielles comme les faits justificatifs. Dans les systèmes connaissant une protection constitutionnelle des garanties légales (*due process*), l'article 14 risque d'être jugé inconstitutionnel parce que trop vague.

19. L'Australie estime, également, que l'article 14 devrait être scindé en deux articles : l'un traitant des faits justificatifs et l'autre des circonstances atténuantes. Comme plusieurs membres de la Commission l'ont relevé, ce sont là deux notions différentes qui gagneraient à être traitées séparément.

Article 15

20. L'article 15 (Agression) vise non seulement les guerres d'agression mais aussi les actes d'agression injustifiés qui ne vont pas jusqu'à la guerre. On dépasse ici le cadre du droit international actuel qui se borne à criminaliser les guerres d'agression. S'il est vrai que la communauté internationale considérerait ces actes d'agression comme des actes illicites engageant la responsabilité de l'État auteur, il ne s'ensuit pas qu'elle soit disposée à ce que la qualification de crime international soit retenue contre des individus de l'État auteur. L'Australie estime qu'il faut examiner plus avant les incidences de la criminalisation des actes des individus dans ces circonstances.

21. La référence au Conseil de sécurité figurant dans cet article suscite également des difficultés. Aux termes de l'alinéa *h* du paragraphe 4 de l'article, la définition de l'agression englobe « tous autres actes considérés par le Conseil de sécurité comme constituant un acte d'agression conformément aux dispositions de la Charte » et, aux termes du paragraphe 3, exclut les actes considérés par le Conseil de sécurité comme ne constituant pas un acte d'agression compte tenu d'autres circonstances pertinentes. Comme la Commission l'a noté, la référence dans le projet de code au Conseil de sécurité soulève un problème particulièrement épineux. En effet, dans les systèmes constitutionnels basés sur la séparation des pouvoirs judiciaires et exécutifs, on ne pourrait s'en remettre à un organe exécutif international comme le Conseil de sécurité pour établir un élément constitutif aussi essentiel d'une infraction.

Article 16

22. En vertu de l'article 16 (Menace d'agression), une responsabilité pénale serait imputée aux dirigeants qui ont recours à la menace d'agression pour faire avancer leur cause. L'Australie remarque que les résolutions de l'Assemblée générale réaffirmant l'interdiction prévue au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies ne qualifient pas de crime international la menace de recourir à la force. L'Australie admet qu'une telle menace est un fait illicite pouvant engager la responsabilité de l'État qui s'en rend coupable. Cependant, comme dans le cas de l'article 15, on peut se demander si les États sont disposés à accepter que toute menace d'intervention ou d'agression soit ainsi criminalisée.

Article 17

23. L'article 17 (Intervention) vise les dirigeants qui interviennent dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre État en organisant ou en finançant des activités terroristes ou subversives. S'il est légitime qu'une communauté internationale résolue à maintenir la paix et la sécurité et comptant parmi ses principes fondamentaux celui de la souveraineté de ses éléments constitutifs

se préoccupe de l'intervention, celle-ci n'est actuellement pas un crime au regard du droit international. Compte tenu des doutes quant au caractère impératif de la règle de la non-intervention, en particulier s'agissant des formes d'intervention les moins graves visées à l'article 17, et compte tenu de l'absence de confirmation par la jurisprudence de la criminalisation de l'intervention, l'Australie estime que son intégration au code mérite un nouvel examen.

Article 18

24. L'article 18 (Domination coloniale et autres formes de domination étrangère) fait référence au droit des peuples à disposer d'eux-mêmes tel qu'il est consacré dans la Charte. Il existe une vive controverse quant à ce que ce droit englobe et il ne semble pas satisfaisant d'y faire référence dans la définition.

25. L'expression « domination étrangère » pose également des difficultés. Selon le commentaire de la CDI, elle vise « toute occupation ou annexion étrangère »³. Il semblerait qu'il s'agisse d'un type d'agression plutôt que d'une violation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. En outre, cette expression élargit la portée de l'article au-delà du contexte colonial auquel ce principe est traditionnellement appliqué.

Article 19

26. Si le fond de l'article 19 (Génocide) — qui s'appuie entièrement sur la définition contenue à l'article II de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide — ne pose aucune difficulté à l'Australie, la question des peines applicables mérite un nouvel examen de la part de la Commission.

27. La peine qui sera spécifiée au paragraphe 1 de l'article 19 peut très bien s'avérer incompatible avec les dispositions de ladite Convention, laquelle exige, à l'article V, que les États parties « prévoient des sanctions pénales efficaces frappant les personnes coupables de génocide ».

Article 20

28. L'Australie propose de modifier le libellé de l'article 20 (Apartheid) de façon à ce qu'il corresponde davantage au texte de la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid.

29. Aux termes du paragraphe 2 de l'article, les politiques et pratiques incriminées doivent viser à instituer ou entretenir la domination et l'oppression raciales. Ce libellé comprend un élément d'intention qui peut se révéler difficile à prouver. Ladite Convention déclare, à l'article premier, que « les actes inhumains résultant des politiques et pratiques d'apartheid [...] sont des crimes qui vont à l'encontre des normes du droit international ». Ce libellé résout le problème que pose le projet de code concernant l'élément d'intention et précise mieux les choses du point de vue du droit pénal international.

³ L'article 18 a été adopté précédemment adopté en tant qu'article 15. Pour le commentaire, voir *Annuaire... 1989*, vol. II (2^e partie), p. 77, notamment par. 3.

30. Il n'apparaît pas clairement si les dirigeants ou les organisateurs qui agissent de leur propre initiative plutôt qu'en se fondant sur les pratiques et politiques de leur gouvernement sont visés par cet article.

Article 21

31. L'Australie prend note de l'intention déclarée de la Commission de limiter la qualification de crime international aux infractions internationales les plus graves. Cette intention est compatible avec les fondements philosophiques du droit pénal international et avec les prises de position adoptées par les États à cet égard.

32. Le libellé actuel de l'article 21 (Violations systématiques ou massives des droits de l'homme) pose cependant un certain nombre de problèmes. L'Australie est particulièrement préoccupée par l'absence de définition des éléments constitutifs des crimes visés par cet article. Elle prend note du point de vue de la Commission selon lequel il n'est pas nécessaire de répéter dans le code les définitions figurant déjà dans d'autres instruments internationaux. Les crimes visés dans l'article ne sont cependant pas tous définis. Par exemple, il n'existe aucun instrument international qui contienne une définition universellement acceptée de la persécution.

33. Le fait que la définition des crimes prévus à l'article 21 soit à rechercher dans d'autres instruments risque aussi de poser des difficultés. Par exemple, la définition de la torture contenue dans la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ne vise que les actes de torture commis par des agents de la fonction publique ou toute autre personne agissant à titre officiel, alors que, en vertu du texte introductif de l'article 21, est engagée la responsabilité de tout individu qui commet l'une quelconque des violations énumérées par la suite.

34. L'Australie note, à cet égard, que les articles 15, 19, 20, 22 et 23 comportent une définition des crimes visés, bien que ceux-ci soient déjà définis dans d'autres instruments internationaux.

35. Le champ d'application de l'article 21 est également limité dans la mesure où (à la différence des articles 15 et 16) il n'inclut pas une expression comme « tous autres actes » (art. 15, par. 4, *h*) ou « toutes autres mesures » (art. 16, par. 2). L'Australie fait sienne le commentaire de la Commission selon lequel la pratique consistant à faire systématiquement disparaître des personnes mérite d'être nommément mentionnée dans le projet de code⁴. Il n'est pas certain que les dispositions relatives à la persécution pour motifs sociaux, politiques, raciaux, religieux ou culturels englobent la pratique des disparitions systématiques.

Article 22

36. L'article 22 (Crimes de guerre d'une exceptionnelle gravité) énumère les actes réputés être des crimes de guerre d'une exceptionnelle gravité. La plupart de ces

⁴ Voir *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 109, paragraphe 10 du commentaire de l'article 21.

actes tombent déjà sous le coup des traités et conventions qui constituent le droit humanitaire international.

37. L'article 22 se distingue cependant du droit humanitaire international en ceci qu'il crée une nouvelle catégorie de crimes de guerre : les « crimes de guerre d'une exceptionnelle gravité ». Or, au regard du droit humanitaire international, les crimes de guerre sont eux-mêmes des transgressions d'une exceptionnelle gravité des lois de la guerre, que les divers conventions et protocoles définissent comme des infractions graves. On ne sait dès lors pas très bien comment interpréter l'expression « exceptionnelle gravité ». Si elle fait référence à la même catégorie conceptuelle que l'expression « infractions graves » contenue dans les conventions et protocoles, on se doit de relever un certain nombre de disparités entre les infractions graves aux lois de la guerre et les crimes spécifiques énumérés dans l'article 22.

38. Par exemple, l'article 50 de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne et l'article 51 de la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées, toutes deux du 12 août 1949, considèrent comme des infractions graves « la destruction et l'appropriation de biens, non justifiées par des nécessités militaires et exécutées sur une grande échelle de façon illécite et arbitraire ». Or, ni le caractère arbitraire de l'acte ni l'absence de nécessités militaires ne sont posés comme préalables dans l'article 22 du projet de code. Par ailleurs, la destruction à une grande échelle de biens de caractère civil (par. 2, al. e) et l'atteinte délibérée aux biens présentant une valeur religieuse, historique ou culturelle exceptionnelle (al. f) ne sont pas en rapport avec le type de crimes qu'est censé viser cet article.

Article 23

39. L'Australie note que le libellé des paragraphes 2 et 3 de l'article 23 (Recrutement, utilisation, financement et instruction de mercenaires) définissant le terme « mercenaire » est identique à celui adopté par l'Assemblée générale à l'article premier de la Convention contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires, qui fait du mercenariat un crime international.

40. Il existe toutefois un certain nombre de différences importantes entre l'article 23 et le droit international existant, différences que la Commission n'a pas expliquées. L'article 23 se limite, par exemple, aux actes de recrutement, d'utilisation, de financement et d'instruction de mercenaires. Il ne cite pas le fait d'agir en tant que mercenaire, alors que l'article 3 de la Convention contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires considère ce fait comme un crime.

41. Le second problème que soulève l'article 23 concerne la limitation des crimes aux individus agissant en qualité d'agent ou de représentant d'un État. On peut se demander si les agents ou les représentants d'entités non étatiques ne devraient pas également être visés. Si la participation à une activité mercenaire doit être qualifiée de crime international, la responsabilité pénale de tout indi-

vidu s'en étant rendu coupable devrait être engagée, qu'il ait des liens avec un État ou une entité non étatique.

42. La précision apportée à l'article 23 concernant les cibles des activités des mercenaires pose aussi problème. D'après l'article, tant que les activités des mercenaires ne sont pas dirigées contre un autre État ou ne visent pas à s'opposer à l'exercice légitime du droit des peuples à l'autodétermination, il n'y aurait pas crime. Des mercenaires pourraient donc être recrutés, utilisés, financés ou instruits en vue d'activités dirigées non contre un État ou un mouvement d'autodétermination, mais contre une organisation internationale, sans que ces activités tombent sous le coup de l'article 23.

Article 24

43. Le libellé de l'article 24 (Terrorisme international) pose des difficultés à l'Australie. Celle-ci note, en particulier, que la définition du terrorisme international ne prend pas en compte la dimension de violence. On peut donc se demander si le crime de terrorisme international recouvre ou non des actes de terreur non physiques, comme la propagande. L'article n'indique pas non plus avec précision si les agents ou les représentants doivent agir à titre officiel pour que leurs actes soient considérés comme des actes de terrorisme international. L'absence de référence à l'intention ou aux motifs dans la définition mérite aussi des explications (ceci est à comparer avec la Convention pour la prévention et la répression du terrorisme).

Article 25

44. L'Australie appuie fermement les mesures prises au plan international pour lutter contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes. En conséquence, elle a participé activement à la négociation des conventions multilatérales en faveur de l'adoption de mesures nationales et internationales de lutte contre le trafic de stupéfiants.

45. L'Australie partage les préoccupations qui sous-tendent l'article 25 (Trafic illicite de stupéfiants). Elle estime toutefois qu'il faut encore creuser un certain nombre de questions, notamment les rapports entre l'article 25 et les conventions en vigueur, en particulier la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes.

46. La liste des actes constituant des crimes aux termes de l'article 25 ne correspond pas à la liste de crimes figurant dans cette dernière Convention. L'article 3 de cette convention énumère une longue série d'actes auxquels les États parties s'engagent à conférer le caractère d'infractions pénales dans leur droit interne. Bien qu'un grand nombre de ces actes semblent avoir été omis dans l'article 25 au motif qu'ils ne sont pas de nature suffisamment grave pour appeler des sanctions pénales internationales, un certain nombre d'autres actes devraient peut-être être inclus.

47. L'application de tout article relatif au trafic de stupéfiants dépendra étroitement de l'existence de dispositions efficaces en matière d'extradition des criminels présumés, en matière d'entraide judiciaire et en matière de blanchiment de l'argent.

48. Il est également nécessaire de se pencher sur les rapports entre la compétence des systèmes judiciaires nationaux et celle qui pourrait être attribuée par le code à une juridiction internationale pour ce qui est des crimes liés au trafic de stupéfiants.

49. On ne voit pas très bien pourquoi l'expression « substances psychotropes » n'apparaît qu'au paragraphe 3 alors que tout l'article est censé s'y rapporter.

Article 26

50. Le commentaire de la Commission évoque la possibilité d'une contradiction entre les conditions prescrites par l'article 26, à savoir que les dommages sont causés délibérément ou qu'une personne les a ordonnés, et la possibilité de condamner un individu en vertu de l'alinéa d du paragraphe 2 de l'article 22, pour avoir employé des moyens non pas délibérément destinés à causer un dommage, mais seulement « conçus pour causer » ou « dont on pouvait attendre qu'ils causeraient » des dommages⁵. Certains membres de la Commission ont fait valoir qu'il ne fallait pas, dans l'article 26, poser aussi strictement l'intention criminelle comme une condition indispensable à l'incrimination, mais plutôt s'aligner sur l'article 22, faute de quoi une violation délibérée de certains règlements sur la protection de l'environnement, motivée par l'appât du gain, qui causerait des dommages étendus, durables et graves à l'environnement, mais sans intention délibérée d'aboutir à ce résultat, échapperait à l'incrimination. L'Australie juge cet argument fondé et estime que, dès lors qu'on pouvait s'attendre à ce qu'une violation cause des dommages d'un certain niveau, celle-ci doit être considérée comme un crime international.

⁵ Ibid., p. 112, paragraphe 6 du commentaire de l'article 26.

Autriche

[Original : anglais]
[28 janvier 1993]

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. L'Autriche tient tout d'abord à féliciter la Commission du travail qu'elle a réalisé en élaborant le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Elle a noté avec satisfaction les progrès accomplis par la Commission dans l'examen de cette question qui figure en bonne place à l'ordre du jour de la communauté internationale. L'Autriche a toujours appuyé les efforts tendant à créer une cour pénale internationale. Elle soutient sans réserve les initiatives visant à renforcer et à améliorer le système judiciaire international en obligeant les individus qui ont commis de graves crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité à assumer l'entière responsabilité de leurs actes.

OBSERVATIONS RELATIVES À CERTAINS ARTICLES

Article premier

2. Les mots « de droit international » figurant entre crochets devraient être déplacés de l'endroit envisagé dans le projet et être insérés après les mots « constituent

des crimes ». Pour l'Autriche, les crimes énumérés dans le titre II sont passibles d'une peine s'il est établi qu'ils sont prémédités.

Article 2

3. La seconde phrase de cet article, qui traite de la qualification d'une action ou d'une omission comme crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, n'est pas indispensable. L'idée exprimée par cette seconde phrase est sous-entendue dans la première, qui précise que la qualification est indépendante du droit interne.

Article 3

4. Le paragraphe 1 traite uniformément de la responsabilité pénale sans tenir compte des facteurs qui pourraient être exclusifs de responsabilité pénale (voir art. 14). Le texte du paragraphe 1 devrait être complété par le membre de phrase ci-après : « , à moins qu'il n'existe des circonstances exclusives de responsabilité pénale ».

5. Le libellé du paragraphe 3 n'établit pas assez clairement que, en vertu du présent projet de code, la tentative de commettre un crime dans des circonstances qui ne sauraient objectivement permettre la commission de ce crime est exclusive de responsabilité pénale. L'article 3 gagnerait donc en clarté si l'on y insérait un paragraphe 4 ainsi libellé :

« 4. La tentative de commettre un crime ou d'y participer dans des circonstances qui ne sauraient objectivement permettre la commission de ce crime est exclusive de responsabilité pénale. »

6. L'Autriche partage l'opinion de certains membres de la Commission selon lesquels il faut examiner et préciser les types de crimes (envisagés dans le présent projet de code) qui admettent une tentative punissable. En conséquence, les termes qui figurent entre crochets au paragraphe 3 devraient, dans l'état actuel, être maintenus.

Article 4

7. Les mobiles qui ont incité à commettre un crime pourraient être pris en considération en tant que circonstances soit aggravantes, soit atténuantes (voir art. 14).

Article 8

8. D'une façon générale, l'Autriche souscrit à la teneur de cette disposition qui correspond pour l'essentiel aux dispositions de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Dans le texte anglais du premier paragraphe, les mots *have the right to* pourraient être supprimés.

9. L'Autriche est du même avis que la Commission, selon laquelle la désignation d'un avocat est nécessaire dans tous les cas visés dans le projet de code (voir le paragraphe 5 du commentaire de la Commission sur l'article 8)¹.

¹ L'article 8 a été précédemment adopté en tant qu'article 6. Pour le commentaire, voir *Annuaire... 1987*, vol. II (2^e partie), p. 16 et 17.

Article 9

10. L'Autriche attire l'attention sur le problème que ne manquerait pas de soulever l'application du principe *non bis in idem* si un tribunal de l'État sur le territoire duquel le crime a été commis prononçait une sentence d'acquittement — dans le cas où l'auteur du crime aurait agi pour le compte de cet État. Les dispositions de l'alinéa *b* du paragraphe 4 semblent parer à cette éventualité.

11. Dans le paragraphe 2 du texte anglais, le terme *punishment* devrait être remplacé par le mot *penalty*.

12. Les considérations énoncées à l'alinéa *b* du paragraphe 3 du commentaire de la Commission sur l'article 9² devraient trouver leur expression dans le paragraphe 4, qui pourrait donc être complété comme suit : « si ces États estiment que la décision ne correspond pas à une appréciation correcte des faits ou à leur gravité ».

Article 11

13. Après les mots « responsabilité pénale », il faudrait insérer le membre de phrase suivant : « s'il savait ou était censé savoir que l'ordre était illégal et ».

Article 14

14. Cet article traite de deux notions de droit pénal distinctes, les faits exclusifs de responsabilité pénale (par. 1) et les circonstances atténuantes (par. 2). Les circonstances (tant atténuantes qu'aggravantes) permettent de moduler la peine dont est passible l'auteur d'un crime, mais elles sont étrangères à la question de la responsabilité pénale.

15. L'Autriche ne partage pas la répugnance de certains membres de la Commission à admettre des excuses absolutoires, comme la démence, en matière de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

16. Il y a lieu de compléter le paragraphe 2, en y mentionnant la notion de circonstances aggravantes, car il faut également en tenir compte en fixant la durée de la peine. L'Autriche partage l'opinion de certains membres de la Commission qui souhaitent insérer ici une énumération détaillée des circonstances atténuantes (et aggravantes).

TITRE II

17. En principe, il apparaît indispensable de prévoir des dispositions relatives aux peines applicables. Compte tenu du fait que tous les crimes visés dans le code ne présentent pas le même degré de gravité, l'Autriche est en désaccord avec ceux des membres de la Commission qui préconisent d'inclure une échelle des peines qui serait applicable à tous les crimes. Il faut donc maintenir la mention concernant la durée de la peine applicable qui figure entre crochets dans les articles du titre II.

² L'article 9 a été précédemment adopté en tant qu'article 7. Pour le commentaire, voir *Annuaire... 1988*, vol. II (2^e partie), p. 73 et 74.

18. Les termes « une fois reconnu coupable de cet acte », qui figurent dans les articles 15 à 26, sont inutiles et devraient être supprimés.

Article 15

19. La force obligatoire des décisions du Conseil de sécurité prévue au paragraphe 5 semble discutable, car elle risque d'empiéter sur la compétence reconnue à un organe judiciaire à l'effet de constater l'existence d'un élément matériel constitutif d'un crime donné, en l'occurrence un acte d'agression.

Article 16

20. Dans le paragraphe 2 du texte anglais, le terme *would* est inutile et devrait être supprimé.

Article 17

21. Les termes qui figurent entre crochets au paragraphe 2 devraient être maintenus.

Article 18

22. Il faudrait prévoir un second paragraphe qui définirait de façon précise l'expression « domination coloniale ».

23. Le membre de phrase « en violation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes » devrait être remplacé par le membre de phrase suivant : « et viole ainsi le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ».

Article 20

24. L'Autriche souscrit globalement à la teneur de cet article. Toutefois, elle s'interroge sur l'opportunité de conserver la notion d'apartheid dans le présent instrument. Il serait sans doute préférable de donner au titre de cet article un libellé plus général, comme « Discrimination raciale institutionnalisée ».

Articles 21 et 22

25. La relation qui existe entre les dispositions de l'article 21 et celles de l'article 22 (concours ou cumul d'infractions) appelle des éclaircissements. Si l'article 21 n'est applicable qu'en temps de paix, il convient de le préciser.

26. À l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 22, les termes qui figurent entre crochets doivent être maintenus. L'expression « en particulier » indique bien qu'il ne s'agit pas d'une énumération exhaustive.

Article 23

27. Sur le plan du principe, on peut se demander si ce crime est suffisamment grave pour figurer dans le présent projet de code. Au paragraphe 3, les termes « dans toute autre situation » appellent des éclaircissements.

Article 24

28. L'Autriche propose de modifier comme suit le libellé de cet article, ce qui permettrait également de définir l'expression « actes terroristes » :

« 1. Tout individu qui, en qualité d'agent ou de représentant d'un État, commet ou ordonne que soit commis l'un quelconque des actes ci-après :

« — entreprendre, organiser, aider, financer, encourager ou tolérer des actes terroristes contre un autre État, sera condamné [à ...].

« 2. Les actes terroristes sont des actes visant des personnes ou des biens et de nature à provoquer la terreur parmi des dirigeants, des groupes de personnes ou la population. »

Article 25

29. Il n'est pas évident que ce crime doive figurer dans le présent projet de code. On peut se demander si le trafic illicite de stupéfiants est un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité. En outre, les conséquences qui résulteraient de l'inscription de ce crime dans le code (notamment l'imprescriptibilité) ne semblent pas souhaitables d'un point de vue politique.

Article 26

30. Compte tenu du fait que les auteurs de ce crime sont généralement mus par l'appât du gain, l'intention ne devrait pas être un élément constitutif de la responsabilité pénale.

Bélarus

*[Original : russe]
[28 décembre 1992]*

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Le Ministère de la justice et le Ministère des affaires étrangères de la République du Bélarus ont examiné avec attention le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Le document élaboré par la Commission du droit international appelle dans son ensemble un jugement positif. Il est cependant nécessaire, à notre avis, de préciser et de modifier quelques dispositions.

OBSERVATIONS RELATIVES À CERTAINS ARTICLES

Article premier

2. Il serait sans doute bon de supprimer les mots « [de droit international] ». Cette proposition procède du désir d'unifier les expressions désignant les graves violations du droit international que l'on s'accorde à qualifier de crimes. Actuellement, pour traiter de faits identiques considérés sous l'angle d'une même réalité objective, mais accomplis par des sujets différents, on utilise des expressions différentes : « crimes internationaux » des États, « crimes de droit international » des individus. La suppression des mots placés entre crochets permettrait d'éviter toute confusion terminologique.

3. Il est à espérer qu'à l'avenir la Commission du droit international s'efforcera de faire en sorte que les dispositions du code s'appliquent à tous les sujets, y compris les États, ce qui permettra de résoudre, sur le plan théorique, la question de la classification des crimes. Les objections soulevées sur ce point (à savoir les différents modes de responsabilité applicables aux différents sujets du point de vue des châtiments et des règles de procédure) se réfèrent essentiellement au code de procédure et ne peuvent être prises en considération durant les travaux relatifs au code, qui est un recueil de normes concrètes. Il convient d'y répondre au moment de l'examen de la procédure d'application des normes, qui diffère selon les différentes catégories de sujets. L'élaboration de cette procédure se fera manifestement par étapes : depuis la procédure déterminant la responsabilité des individus, compte tenu des critères de participation des États, jusqu'à la procédure définissant la responsabilité juridique des États en matière de crimes internationaux.

Article 3

4. Il faut aussi considérer la responsabilité de tout individu qui fournit une aide, une assistance ou des moyens ou qui rend d'autres services après l'accomplissement d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité dans le but tant de dissimuler la matérialité du crime lui-même que de protéger les individus qui s'en sont rendus coupables. Il semble opportun de considérer aussi la responsabilité de tout individu coupable d'omission — pour n'avoir pas dénoncé aux organes judiciaires le crime de la catégorie visée tant au stade de ses préparatifs qu'après son accomplissement. Il convient de préciser, dans tous les cas, que l'acte ou l'omission ont été prémédités.

5. En outre, le paragraphe 2 de l'article 3 doit faire expressément mention du caractère criminel qui s'attache à l'ordre d'accomplir un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité.

6. Au paragraphe 3, les mots « [visé aux articles...] » devraient être supprimés. Il ne serait ni possible ni souhaitable d'examiner chaque crime dans le but d'établir s'il peut être qualifié de tentative : il faut accorder aux tribunaux compétents le droit de décider par eux-mêmes si cette notion est applicable aux affaires concrètes soumises à leur examen.

Article 6

7. Compte tenu du caractère préliminaire de l'article 6, il conviendrait de soutenir l'inclusion dans cet article des deux types possibles de juridiction propres à assurer l'application du code : juridiction universelle et juridiction internationale.

8. Pour modifier l'état actuel du mécanisme de la juridiction universelle (dont l'élément essentiel — l'extradition — comporte tant de limitations, qui, en outre, ne répondent pas au caractère des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, et qu'il est extrêmement difficile de rendre effective) et en même temps faire en sorte que les avantages que comporterait la mise en place d'un organe de juridiction pénale international puissent apparaître, il conviendrait d'éviter une compa-

raison rigide. Un système de juridiction universelle et un tribunal criminel international ne s'excluent nullement. La majorité des projets de mise en place d'un tel tribunal ne renvoient pas exclusivement à sa juridiction un groupe déterminé de crimes de droit commun, mais donnent aux États la possibilité de choisir entre ces deux mécanismes. Une telle décision apparaît justifiée dans les cas où un État n'a pas participé, sous une forme ou sous une autre, à l'accomplissement d'un crime.

9. Dans la majorité écrasante des cas, le système de juridiction universelle ne constitue pas une solution de rechange au tribunal criminel international pour les crimes internationaux auxquels un État a participé. S'il n'y a pas de contrainte extérieure, ce système sera totalement inefficace. Toutefois, s'il est appliqué sous la contrainte, on aboutira à une situation où les tribunaux nationaux rendront des arrêts condamnant les actes d'un autre État.

10. Cela signifie que ces deux mécanismes, en tant que possibilités diverses de donner effet au code, appellent une élaboration plus précise. Premièrement, il est nécessaire de concrétiser les règles d'extradition pour crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Malheureusement, dans sa formulation actuelle, le paragraphe 2 de l'article 6 ne résout pas le problème de l'ordre de priorité des demandes d'extradition dans le cas des individus coupables de plusieurs crimes de cette nature, notamment sur le territoire d'autres États. Ensuite, il serait utile de poursuivre l'étude de la question de la constitution d'un tribunal criminel international, qui serait compétent pour juger les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité; par ailleurs, il conviendrait de prêter une attention particulière au critère de la participation de l'État. Le Bélarus est satisfait de constater que ce point de vue est partagé par la majorité des États Membres de l'Organisation des Nations Unies, comme l'a montré le débat mené à la Sixième Commission durant la quarante-septième session de l'Assemblée générale.

11. Il semble que le paragraphe 1 de l'article 6 serait formulé de manière plus satisfaisante s'il y était question non pas de « l'auteur présumé d'un crime », mais de « l'individu dont il existe des raisons de penser qu'il a commis un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité ». Ce nouveau libellé exclurait toute possibilité d'appliquer l'article 6 à tel ou tel individu en l'absence d'indices de culpabilité.

Article 11

12. Il est proposé de remplacer, à l'article 11, le membre de phrase « s'il avait la possibilité de ne pas se conformer à cet ordre compte tenu des circonstances » par le membre de phrase « s'il avait la possibilité effective dans la situation donnée de ne pas exécuter cet ordre ».

Article 14

13. Le texte russe de l'article 14 devrait parler de circonstances atténuant la responsabilité et non de circonstances atténuant la faute. Par ailleurs, il faudrait scinder cet article en deux articles distincts, dans la mesure où les paragraphes 1 et 2 traitent de deux notions juridiques différentes. Les motifs qui seront cités dans l'article portent sur les raisons de rendre un jugement tenant compte

des faits justificatifs; ils devront être énoncés clairement et mentionner notamment la légitime défense, l'état de nécessité, la contrainte et l'erreur commise de bonne foi. Leur applicabilité à chaque type de crime pourra être laissée à l'appréciation du tribunal.

14. La question des circonstances atténuantes peut être examinée en corrélation avec celle des sanctions. Il serait préférable d'élaborer un article général sur les peines applicables à tous les crimes, qui fixerait une peine minimale et une peine maximale et énumérerait les circonstances atténuantes. Au lieu d'énoncer une échelle des sanctions, en cas d'application des dispositions du code par les tribunaux nationaux, on pourrait stipuler que les crimes seront punis en tenant compte de leur caractère de danger et de gravité extrêmes.

15. L'énumération des circonstances atténuantes pourra être donnée à titre d'exemple et comprendre, notamment, la perpétration d'un crime sous la menace ou sur ordre d'un supérieur hiérarchique, ainsi que le repentir et l'aveu de culpabilité.

16. On peut se féliciter qu'on ait renoncé à faire une distinction dans le projet de code entre les crimes contre la paix, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité. Par ailleurs, il faut se garder d'introduire, au stade de l'élaboration des normes de droit, une division des crimes en fonction de la participation de l'État. Le critère de la participation de l'État jouera un rôle exceptionnellement important à un autre stade : celui de la mise en place du mécanisme d'application du code.

TITRE II

17. Compte tenu des considérations susmentionnées concernant les sanctions et de l'existence de l'article 3 (Responsabilité et sanction), la modification des dispositions initiales des articles du titre II du projet de code, qui a été apportée en 1991 et qui porte sur l'auteur de crime contre la paix et la sécurité de l'humanité n'est pas vraiment utile. Il s'agit en particulier des articles 15, 16, 17, 18, 20, aux termes desquels l'auteur de crime, tel que l'agression, la menace d'agression, l'intervention ou l'apartheid, peut être « tout individu [...] dirigeant ou [...] organisateur ». Le Bélarus estime que cet énoncé réduit le nombre d'individus concernés et limite leur responsabilité. En outre, il va à l'encontre des principes généraux concernant la responsabilité et la sanction, énoncés à l'article 3 du projet de code, qui traite de la responsabilité de tout individu, qu'il soit ou non dirigeant ou organisateur.

18. Se félicitant qu'on ait introduit à l'article 15 la notion de responsabilité pour la planification de l'agression, les organes compétents de la République du Bélarus estiment que la préparation de l'agression doit également figurer dans l'énumération des actes criminels, d'autant que la planification n'est en fait qu'un des éléments de la préparation.

19. Il convient d'indiquer que la délimitation des fonctions du Conseil de sécurité et des instances judiciaires, telle qu'énoncée à l'article 15, peut être considérée comme n'ayant qu'un caractère temporaire. Pour que les conclusions du Conseil de sécurité concernant l'existence d'un acte d'agression lient les tribunaux nationaux,

il faut non seulement donner une forme juridique à cette obligation en l'inscrivant dans un traité international, mais aussi effectuer et suivre certaines procédures juridiques (par exemple, commencer impérativement par créer une commission d'instructions), qui garantisse l'objectivité de la décision du Conseil. Il est clair que cette décision ne préjugera en aucun cas de la culpabilité de tel ou tel individu dans la perpétration de l'agression.

20. Si l'on crée un tribunal criminel international dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, la délimitation de ses compétences et de celles du Conseil de sécurité sera examinée séparément.

21. Il conviendrait de supprimer le terme « [armées] » au paragraphe 2 de l'article 17 afin que les mesures de caractère économique puissent aussi être qualifiées d'intervention. Par ailleurs, ce même article devant traiter des formes les plus graves d'intervention, le terme « [gravement] » doit être retenu.

22. Il faudrait élargir la liste des auteurs du crime de terrorisme international, telle qu'elle apparaît à l'article 24. Le code ne peut méconnaître l'ampleur des actes de terrorisme international perpétrés par des organisations ou des groupes terroristes qui ne sont pas nécessairement liés à un État, et la menace qu'ils représentent pour la paix et la sécurité de l'humanité. En tout état de cause, la participation de l'État ne peut être considérée comme un critère pour qualifier le terrorisme de crime contre la paix et la sécurité de l'humanité.

23. Enfin, il nous semble que, lors de la deuxième lecture du projet de code, la Commission du droit international pourrait réexaminer la possibilité d'inclure la violation d'un traité destiné à garantir la paix et la sécurité internationales au nombre des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

Belgique

[Original : français]
[1^{er} février 1993]

1. Le projet d'articles du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, tel qu'établi par la Commission du droit international, peut, dans une très large mesure, être approuvé. Ce projet est le résultat d'une analyse particulièrement fouillée portant sur un ensemble de concepts juridiques s'appliquant à des situations diverses souvent difficiles à cerner et à ramener sous un commun dénominateur. Certes, d'autres options, notamment quant à la liste des crimes, sont théoriquement possibles. Néanmoins, ce projet exhaustif et équilibré peut faire l'objet d'un large consensus.

2. Les quelques observations qui suivent portent sur les points suivants : la constatation d'une lacune, en l'occurrence l'absence d'articles concernant le tribunal international, des précisions au sujet de quelques concepts relevant de la définition et de la qualification, et quelques remarques relatives à l'un ou l'autre crime, principalement le génocide.

I. — TRIBUNAL INTERNATIONAL

3. L'absence d'articles concernant la compétence d'un tribunal criminel international constitue manifestement une lacune. Il eut été rationnel d'intégrer dans le projet de code de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité un chapitre concernant la création d'un tribunal criminel international et précisant la compétence du tribunal ainsi que les modalités de procédure.

4. On a déjà fait remarquer à de nombreuses reprises que les crimes qui constituent une atteinte à l'ordre international doivent relever d'une juridiction internationale. L'existence d'une juridiction internationale est, en effet, indispensable : sans elle, il n'y a aucune garantie que les auteurs des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité soient punis.

5. En une matière particulièrement grave qui touche le comportement des États, que l'acte criminel soit posé par le gouvernement lui-même ou par ses agents, les tribunaux nationaux, appelés à juger la conduite des gouvernements étrangers, risquent d'être défailants. Le principe de la répression universelle et les procédures d'extradition se sont révélés largement inefficaces à cet égard.

6. La compétence d'un tribunal international ne devrait pas exclure a priori la compétence des tribunaux nationaux. Toutefois, en vue d'assurer au maximum l'efficacité et la cohérence du système répressif, il serait indiqué d'attribuer au tribunal international non seulement la compétence de juger en concurrence avec les tribunaux nationaux, mais également la compétence de juger en appel des décisions des tribunaux nationaux.

7. En outre, le recours au tribunal international ne devrait pas être facultatif. Une réserve à cette compétence, telle que celle prévue à l'article VI de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, qui prévoit que la cour criminelle internationale sera compétente à l'égard de celles des parties contractantes qui en auront reconnu la juridiction, ne pourrait être admise. À cet égard, M. Graven s'exprime comme suit :

Mais c'est oublier le caractère d'*ordre public* de la juridiction pénale. Il est admissible qu'on puisse, dans certains cas, choisir la juridiction compétente (surtout arbitrale) pour lui soumettre des *différends*, mais on ne doit en aucun cas être maître de se soustraire, dans l'éventualité d'une action ou *poursuite pénale*, à la juridiction répressive instituée¹.

II. — DÉFINITION ET QUALIFICATION

8. Le projet de code, qui ne définit pas la notion de crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, établit la liste des crimes.

9. Il n'y a pas à proprement parler d'option à prendre entre une définition conceptuelle et l'élaboration de la liste des crimes, les deux approches se complétant l'une l'autre. Il y a lieu de regretter l'absence d'une définition conceptuelle : quelle que soit la difficulté qu'implique la définition, il faut toutefois observer que la liste des crimes est nécessairement fonction de cette définition.

¹ « Les crimes contre l'humanité », *Recueil des cours...* 1950-1, t. 76, Paris, Sirey, p. 427 et suiv., notamment p. 520, note 3.

10. Plusieurs critères permettent de préciser la notion de crime contre la paix et la sécurité de l'humanité. Dans ses commentaires, la Commission se réfère à l'atteinte au fondement même de l'humanité, cette atteinte étant notamment fonction de la gravité de l'acte incriminé et de l'étendue des effets de l'acte. Il semble que la définition conceptuelle pourrait être plus précise, notamment en spécifiant la notion de crime contre la paix et la sécurité de l'humanité par rapport à celle de crime de droit commun : cette spécificité pourrait résulter de l'atteinte à l'ordre public international ainsi que de la responsabilité de l'État, ce dernier étant en cause soit directement soit indirectement en tolérant l'acte criminel ou en n'ayant pas pris les mesures nécessaires pour que soient évitées des situations qui constituent des atteintes à l'ordre public international.

11. Dans l'hypothèse où un article du code définit le concept de crime, la référence à la notion de droit international, telle que libellée dans l'article premier, devient superfétatoire.

12. Il paraît indispensable d'inclure dans le projet de code une échelle de peines pour chaque crime.

13. Le crime en question est fondamentalement une atteinte à l'ordre public international; il paraît dès lors anormal que l'établissement des peines soit laissé à la discrétion des lois internes, ce qui aurait comme conséquence qu'un même acte criminel mettant en cause l'ordre public international se verrait appliquer des peines différentes.

14. Le projet de code, qui ne traite que de la responsabilité pénale individuelle, laisse le problème de la responsabilité pénale internationale de l'État en suspens.

15. Il serait indiqué qu'un article du code règle la question de la responsabilité internationale de l'État. En effet, dans le crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, l'État comme tel est nécessairement en cause, soit directement comme agent actif et parfois exclusif, soit indirectement parce qu'il aura omis d'agir ou du fait de son imprévoyance. Il semble dès lors anormal que la responsabilité de l'État ne soit pas traitée dans le code. Il faut, par ailleurs, noter que la mention de la responsabilité de l'État dans le code permettrait de donner un fondement juridique solide à l'octroi de dommages-intérêts aux victimes des actes criminels et à leurs ayants droit.

16. En outre, rendre l'État responsable des crimes, indépendamment de la responsabilité des gouvernants et des agents de l'État, aurait comme conséquence que la collectivité nationale se sente elle-même concernée par les actes incriminés, ce qui, pour cette collectivité, rendrait difficile la possibilité de se décharger de toute responsabilité sur les seuls gouvernants auxquels la nation a confié le pouvoir politique.

17. La notion de faits justificatifs, telle que prévue à l'article 14 du projet, paraît difficilement applicable aux crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

18. La question se pose dès lors de savoir s'il ne serait pas préférable de supprimer l'article 14. Le juge pourra, en toute hypothèse, faire appel aux principes généraux du droit pénal, telles les circonstances atténuantes, lors-

qu'il aura à apprécier la situation dans laquelle l'acte criminel a été perpétré.

III. — CRIMES CONTRE LA PAIX ET LA SÉCURITÉ DE L'HUMANITÉ

a) *Agression et menace d'agression*

19. Le paragraphe 5 de l'article 15 dispose que toute constatation du Conseil de sécurité portant sur l'existence d'un acte d'agression lie les tribunaux nationaux. Le Conseil de sécurité est l'organe de l'Organisation des Nations Unies compétent pour constater l'existence d'un acte d'agression ou d'une menace contre la paix (Article 39 de la Charte des Nations Unies). Il paraît, dès lors, logique que le juge soit lié par ces constatations qui s'imposent à tous les États et, en conséquence, à tous les organes de l'État dont, notamment, les juridictions. Cette limitation du pouvoir d'appréciation du juge doit être interprétée au sens strict : le juge ne serait lié que dans la mesure où le Conseil de sécurité, saisi de l'affaire, constate soit l'agression, soit l'absence d'agression.

b) *Intervention*

20. Retenir comme forme d'intervention les seules activités armées peut se justifier. La notion de crime contre la paix et la sécurité de l'humanité implique nécessairement qu'il s'agit d'un acte particulièrement grave qui menace le fondement de la société. Les interventions à caractère économique, outre la difficulté qu'il y a à apprécier la portée de ces interventions, ne semblent pas répondre au concept de gravité particulière. Dans l'hypothèse toutefois où le code devrait retenir d'autres formes d'intervention que les activités armées, il serait indiqué de préciser la nature de ces interventions.

c) *Génocide*

21. Le projet de code reprend, en ce qui concerne les groupes visés par les actes de destruction, la liste limitative de l'article II de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, en l'occurrence les groupes nationaux, ethniques, raciaux ou religieux. Une liste non limitative des groupes aurait parfaitement pu se concevoir. En effet, à plusieurs reprises, il a été fait référence à une liste non limitative; il faut citer à cet égard :

a) Le réquisitoire français au procès de Nuremberg : « et notamment de certains groupes religieux, nationaux ou raciaux »;

b) La définition du génocide dans la résolution 96 (I) de l'Assemblée générale, en date du 11 décembre 1946 : « Le génocide est le refus du droit à l'existence à des groupes humains entiers »;

c) L'amendement introduit par la France au cours des débats de la Sixième Commission lors de l'élaboration de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide : « notamment du fait de sa nationalité, de sa race, de sa religion ou de ses opinions »².

² Nations Unies, *Historique...*, p. 151, annexe 15, art. 1^{er} (texte publié précédemment sous la cote A/C.6/211).

22. Le caractère non limitatif de l'énumération des groupes se justifie entièrement : en effet, le génocide est une notion appelée à couvrir des situations multiples qui ne coïncident pas nécessairement avec les quelques exemples fournis par l'histoire. Ainsi, lors du génocide cambodgien, le groupe visé par la destruction ne répondait à aucune des qualifications retenues dans la définition du génocide telle que libellée à l'article II de la Convention.

23. En faveur d'une énumération limitative des groupes visés, on a évoqué la nécessité d'éviter toute imprécision d'ordre juridique. Si cet objectif peut être admis, il faut, dans cette hypothèse, s'assurer que l'énumération soit exhaustive. Il y a lieu toutefois de noter que le droit, tant international que national, fait appel à des concepts non précisés : c'est notamment le cas des concepts de *jus cogens*, d'« ordre public » et de « bonnes mœurs ».

24. On a également fait observer que des actes de génocide qui échapperaient à la notion de crime de génocide telle que prévue dans la Convention de 1948 pourraient éventuellement être considérés comme « violations systématiques ou massives des droits de l'homme ». Cette solution se heurte à deux objections : la nature du génocide se différencie des violations systématiques en ce sens que, dans le génocide, c'est le groupe comme tel qui est visé; quant à la liste des actes, elle n'est pas la même dans les deux crimes en question.

25. En conséquence, il faudrait revoir la définition du concept de génocide. Deux solutions sont possibles : soit adopter une énumération non limitative des groupes, soit compléter l'énumération limitative par d'autres notions telles que, par exemple, les groupes politiques et les groupes socio-économiques. Il y a lieu de noter, à cet égard, qu'il avait été fait référence au concept de groupe politique au sein de la Sixième Commission lors de l'élaboration de la Convention³.

26. L'article 26 traite des dommages délibérés et graves à l'environnement. Ainsi qu'il est précisé dans le commentaire sur cet article, sont exclus les dommages causés par la violation intentionnelle des règlements interdisant ou limitant l'usage de certaines substances ou techniques, si le but exprès n'est pas de causer un dommage à l'environnement⁴. Par ailleurs, on a fait observer dans le commentaire que l'article 26 était en contradiction avec l'article 22 relatif aux crimes de guerre, ce dernier incriminant l'usage intentionnel des moyens dont on peut s'attendre à ce qu'ils causent des dommages à l'environnement, même si le but visé en employant ces moyens n'était pas de causer ces dommages⁵.

27. Cette différence entre les articles 26 et 22 ne paraît pas fondée. Il serait souhaitable de modifier l'article 26 dans un sens analogue à la notion d'atteinte à l'environnement retenue pour l'article 22, car la notion de dommage délibéré est trop restrictive.

Brésil

[Original : anglais]
[29 janvier 1993]

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. On notera d'emblée qu'il faudrait remanier la partie générale du projet. Les articles 11 à 13 ont trait à certains aspects de la responsabilité individuelle et devraient donc être placés immédiatement à la suite des articles 3 et 4. L'article 5 viendrait clore cette première série de principes. Par ailleurs, si l'on compare les versions anglaise, espagnole et française des articles du projet de code, on constate des différences entre elles. Nous tenons à souligner que les traductions espagnole et française sont particulièrement importantes pour nous, en raison du fait que le droit brésilien est un système issu du droit romain. Il n'est donc pas indifférent de noter que le titre de l'article 7 consacré à l'imprescriptibilité des crimes devient, dans la version anglaise, *Non-applicability of statutory limitations*.

2. Nous n'avons pas la moindre objection à formuler en ce qui concerne l'articulation du projet. Toutefois, nous pourrions concevoir que, outre la partie générale et celle consacrée à la qualification, le code comprend également d'autres sections qui traiteraient non seulement de la création d'une cour internationale mais aussi de l'exécution des peines, voire de la création à cet effet d'une institution pénitentiaire internationale.

OBSERVATIONS RELATIVES À CERTAINS ARTICLES

Article premier

3. En ce qui concerne l'article premier, qui définit les crimes visés par le code, il serait préférable de supprimer l'expression entre crochets « de droit international », puisque tout crime visé dans un traité international est, par hypothèse, un crime de droit international. Tout au plus, si ce membre de phrase devait être retenu, nous serions d'accord, comme cela est suggéré dans le commentaire consacré à cet article, pour l'insérer entre les mots « constituent des crimes » et les mots « contre la paix et la sécurité de l'humanité »¹.

Articles 2 et 3

4. Il semble y avoir une contradiction entre l'article 2 et l'article 3 du projet. Selon l'article 2, un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est « une action ou [...] une omission », alors que l'article 3 se réfère uniquement à un individu qui commet ou tente de commettre un crime (par. 1 et 3) et emploie l'expression « commettre un crime » (par. 2). L'article 3 n'établit pas la distinction entre l'acte et l'omission, telle que le fait l'article 5 : « Les poursuites [...] n'excluent pas la responsabilité [...] d'un État pour une action ou une omission qui lui est attribuable ».

³ Ibid., p. 45; voir aussi A/C.6/SR.129, p. 7 et 8.

⁴ Voir *Annuaire...* 1991, vol. II (2^e partie), p. 112, paragraphe 6 du commentaire sur l'article 26.

⁵ Ibid.

¹ Voir *Annuaire...* 1987, vol. II (2^e partie), p. 14, paragraphe 5 du commentaire sur l'article premier.

5. Cette contradiction, qui marque aussi une solution de continuité, n'a évidemment pas échappé à la Commission. Ainsi, au paragraphe 2 du commentaire de l'article 10², la Commission précise que le mot « actes » doit s'interpréter comme signifiant « actes ou omissions » et que cette interprétation « fera l'objet, le moment venu, d'une disposition spéciale, qui expliquera le sens de ce mot chaque fois qu'il est employé dans le projet de code ». Quelle que soit la forme définitive que prendra cette disposition, il faudrait insérer à l'article 3 une disposition conçue dans l'esprit du paragraphe 2 de l'article 13 du code pénal brésilien (semblable à d'autres codes pénaux), selon lequel l'omission tombe sous le coup de la loi pénale lorsque la personne à laquelle elle est imputée pouvait et devait agir afin d'éviter la conséquence de l'omission.

6. On notera encore que le paragraphe 2 de l'article 3 vise au moins trois types d'actes se rapportant à des infractions qui appellent, elles-mêmes, une qualification. Il s'agit de : a) l'aide; b) l'entente; et c) l'incitation. Le fait que pas moins de deux paragraphes du commentaire³ soient consacrés à cette disposition indique assez la nécessité d'explicitier davantage cette disposition et de l'analyser de façon exhaustive et approfondie.

7. On relèvera une apparente divergence entre les versions espagnole et française de cette disposition : dans la première, il est question d'une *asistencia a los medios*, dans la seconde d'« une aide, une assistance ou des moyens ».

Article 6

8. Il faudrait revoir la formulation du paragraphe 1, car la présomption de la commission d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité ne peut, à elle seule, donner naissance à l'obligation de juger, pas plus qu'à celle d'extrader; il faut nécessairement apporter des éléments de preuve à l'appui de cette présomption.

9. En outre, le code qui verra le jour devra distinguer deux situations : celle de l'extradition (lorsque celle-ci est préférée à un jugement par un tribunal national) et celle du renvoi des auteurs présumés d'un crime devant une cour internationale. Dans l'hypothèse où une cour internationale serait effectivement créée, le paragraphe 3 de l'article 6 n'aurait plus de raison d'être et les autres paragraphes pourraient devoir être modifiés en conséquence.

Article 8

10. Il faudrait remanier les alinéas c et g de l'article 8. En effet, tout individu accusé d'un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité doit avoir le droit de communiquer avec le conseil de son choix ou avec le défenseur qui lui est attribué d'office, selon que l'on se trouve dans l'une ou l'autre des hypothèses visées à l'alinéa e. Par ailleurs, le droit de se faire assister gratuitement d'un interprète devrait s'appliquer non seulement à l'audience, mais également aux autres étapes de la procédure.

² Voir *Annuaire... 1988*, vol. II (2^e partie), p. 74 et 75.

³ Voir *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 102 et 103, par. 3 et 4.

Article 9

11. Certaines dispositions (art. 6 et 9) sont liées à la question de la création d'une cour pénale internationale. L'article 9, en particulier, a de quoi laisser perplexe. Il a pour objet de consacrer le principe *non bis in idem* devant les juridictions nationales et internationales; mais, comme la Commission l'a rédigé avant de s'être prononcée sur le système juridictionnel qui serait applicable (cour pénale internationale ou tribunaux nationaux), elle a dû l'assortir d'un système complexe d'exceptions qui n'est pas sans poser des problèmes, comme c'est le cas pour d'autres articles (art. 6). Le paragraphe 1 de l'article 9 devrait expressément indiquer, comme le fait le paragraphe 2 du commentaire, « que le mot acquitter [vise] un acquittement par un jugement au fond et non par un non-lieu »⁴.

Article 14

12. L'article 14 paraît un peu court lorsque, s'agissant des faits justificatifs et des circonstances atténuantes, il se réfère sans plus aux principes généraux de droit. L'article demeure dans le vague, tant il paraît difficile de déterminer, à l'aide des seuls « principes généraux de droit », les circonstances qui doivent être prises en considération. En fait, l'une des principales difficultés auxquelles la Commission semble se heurter dans sa tâche de codification tient au fait que nombre de dispositions sont d'une portée très générale. Or, de par sa nature et les valeurs sur lesquelles il se fonde, le droit pénal exige des définitions très précises et des normes très détaillées.

TITRE II

13. En ce qui concerne les dispositions du titre II, qui définit les crimes, il faudrait opter pour une qualification restrictive. S'ils peuvent avoir leur place dans un code pénal international, des crimes tels que la menace d'agression (art. 16) ou le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires (art. 23) n'en ont pas nécessairement une dans le texte à l'examen. De même, rien ne permet de justifier l'insertion d'un article sur l'intervention (art. 17), car cette notion est trop vague pour qu'on puisse la traiter dans le cadre de la responsabilité individuelle. Les actes visés dans l'article pourraient effectivement être considérés comme des crimes, mais il ne faudrait pas les rattacher à la notion générale d'intervention. On peut comprendre que la Commission soit tentée d'élargir le mandat qui lui est confié et d'élaborer un projet de code qui dépasse le cadre des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Ce faisant, elle s'expose cependant au risque de manquer d'exactitude, en particulier du point de vue technique.

14. Il faudrait également souligner que, à l'exception de l'agression, du génocide et de l'apartheid (art. 15, 19 et 20) dont les définitions correspondent à celles figurant dans les instruments internationaux existants, les crimes visés dans le projet ne sont pas suffisamment qualifiés. Bien que l'article 21 s'intitule « Violations systématiques ou massives des droits de l'homme », son libellé pourrait donner à penser que les actes isolés d'homicide

⁴ L'article 9 a été précédemment adopté en tant qu'article 7. Pour le commentaire, voir *Annuaire... 1988*, vol. II (2^e partie), p. 73 et 74.

intentionnel ou de torture peuvent être assimilés à des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Il importe donc de clarifier la portée de la restriction introduite par l'expression « d'une manière systématique ou massive » et d'indiquer que le code ne visera que les faits ayant une portée internationale, qu'ils soient ou non commis avec l'aval des autorités de l'État. Le crime de terrorisme (« en qualité d'agent ou de représentant d'un État [...] contre un autre État ») a lui aussi une dimension internationale puisqu'il n'est punissable au regard du code que si c'est un agent ou un représentant d'un État qui le commet ou ordonne qu'il soit commis contre un autre État (art. 24). Rien ne saurait justifier que le caractère international ne figure pas dans la définition donnée à l'article 26 (Trafic illicite de stupéfiants). Le crime consistant à causer des dommages délibérés et graves à l'environnement ne comporte, lui non plus, aucun élément international dans sa qualification.

Bulgarie

[Original : anglais]
[4 février 1993]

OBSERVATIONS RELATIVES À CERTAINS ARTICLES

Article premier

1. À l'article premier du projet, une définition conceptuelle serait plus indiquée, en ce qu'elle établirait à grands traits le sens de l'expression « crime contre la paix et la sécurité de l'humanité ». Notre position se fonde sur l'idée qu'une définition conceptuelle doit essentiellement saisir la nature d'un certain type de crime et ses caractères et éléments fondamentaux. Il faut indiquer précisément la méthode et les principes qui seront utilisés pour déterminer si une infraction donnée doit être considérée comme un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité. Ainsi, selon les types de crimes énumérés dans la suite du projet, on se rend compte qu'un crime donné peut présenter en théorie les éléments caractéristiques d'un type donné d'acte criminel, alors qu'en pratique il peut n'être pas suffisamment grave pour qu'on le qualifie d'agression contre la paix et la sécurité de l'humanité. Les droits individuels des auteurs de crimes seront ainsi mieux garantis. Par ailleurs, le principe de droit pénal selon lequel seule la loi peut ériger un acte en crime et fixer la peine correspondante impose, comme on le verra plus loin, de réserver une section du code à la définition des éléments constitutifs de la qualification de ce type de crime. Il faudrait donc compléter l'article premier et préciser que le code ne s'applique qu'aux seuls crimes qui y sont énumérés. Cette façon de procéder permettrait de conserver les éléments positifs des deux approches envisageables en la matière.

2. Nous proposons de définir aussi les circonstances qui ont une incidence sur la culpabilité, comme la participation à des actes criminels collectifs ou organisés. On peut faire valoir à l'appui de cette opinion que, dans de nombreuses juridictions internes, le législateur considère la commission organisée ou collective d'un certain type de crime comme une circonstance aggravante. On ne peut traiter de la même façon un acte criminel commis par un individu et un crime collectif ou organisé qui,

dans la plupart des cas, a des conséquences beaucoup plus graves pour la paix et la sécurité de l'humanité. Nous proposons donc que la perpétration organisée ou collective d'un crime donné soit considérée comme une circonstance aggravante, lorsqu'il s'agira de déterminer la nature et la gravité de la peine dont sont assortis les crimes prévus par le code.

3. Compte tenu des considérations exposées ci-dessus, nous proposons de modifier comme suit la définition figurant à l'article premier du projet de code :

« Article premier. — Définition

« 1. Aux fins du présent code, est un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité tout acte d'un individu, ou toute omission de sa part qui représente en soi une menace grave et immédiate pour la paix et/ou la sécurité de l'humanité, ou a pour conséquence la violation de celles-ci.

« 2. En particulier, les crimes définis dans le présent code constituent des crimes contre la paix et/ou la sécurité de l'humanité. »

Article 9

4. Les paragraphes 3 et 4 de l'article 9 constituent une violation flagrante du principe fondamental de droit pénal *non bis in idem* et portent atteinte de ce fait aux droits de l'homme. Afin de protéger ces droits, nous proposons d'ajouter à la fin du paragraphe 3 le membre de phrase suivant : « , dès lors que la peine subie n'apparaît pas en proportion avec la gravité du crime commis ». Il faudrait ajouter le même membre de phrase à la fin du paragraphe 4, avant les alinéas *a* et *b*.

5. Une telle approche permet de juger, dans chaque cas, si la peine prononcée par le tribunal d'un État donné correspond à la gravité du crime commis et de n'appliquer les dispositions des paragraphes 3 et 4 de l'article 9 qu'en cas de disproportion flagrante.

Articles 15 et suivants

6. À partir de l'article 15, le projet énumère les différents types de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Nous pensons que ces crimes devraient figurer dans une partie distincte. Nous proposons de réunir les articles 1 à 14 dans un chapitre intitulé « Dispositions générales » et les articles suivants dans un chapitre intitulé « Crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité ».

7. Le fait pour un individu d'agir « en qualité de dirigeant ou d'organisateur » (art. 15, 16, 17, 18 et 20), devrait être considéré comme une circonstance aggravante, au même titre que le fait pour un individu d'avoir pris part à la perpétration collective ou organisée d'un crime donné, comme exposé plus haut. Ces circonstances devraient être prises en considération pour déterminer le type et la gravité de la peine dont est assorti un crime donné.

8. Le texte du paragraphe 3 de l'article 17 devrait figurer également à l'article 16, car dans aucun de ces cas les

actes commis afin de préserver le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ne sauraient être visés par le code.

9. Nous proposons de faire suivre, à l'article 21, l'expression « persécution pour des motifs sociaux, politiques, raciaux, religieux ou culturels » par le membre de phrase « , et notamment les traitements inhumains et dégradants imposés pour de tels motifs ».

10. Lors de l'examen du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, les membres de la délégation bulgare devraient souligner que, en vertu de la Constitution bulgare, les accords internationaux, du jour où ils entrent en vigueur dans notre pays, deviennent partie intégrante de notre droit interne. Il faut observer, toutefois, qu'aux termes de la décision 7 rendue par la Cour constitutionnelle de la République bulgare dans l'affaire constitutionnelle n° 6/1992, pour que des actes considérés comme criminels en vertu d'accords internationaux soient inclus dans le droit interne, il faut que les éléments constitutifs de la qualification et la peine dont est assorti chaque crime soient spécifiés dans un statut interne dont la portée est déterminée conformément aux exigences du droit interne. En d'autres mots, pour que les individus qui ont commis des crimes au regard du code soient poursuivis, il faut que les différents crimes définis dans le code soient inclus dans notre droit interne et qu'une peine soit spécifiée pour chacun d'eux.

Costa Rica

[Original : espagnol]
[6 janvier 1993]

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. L'analyse ci-après porte non seulement sur le libellé du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, mais également sur le commentaire du Comité de rédaction qui accompagne chacun des articles. Il a paru important de prendre en considération ces observations, qui complètent en quelque sorte les articles eux-mêmes, sans compter qu'elles sont le reflet des tendances doctrinales dont l'ensemble du projet porte la marque. Une analyse du libellé du code serait incomplète, si elle négligeait le commentaire des auteurs eux-mêmes.

2. On s'est efforcé, dans la mesure du possible, d'analyser le projet, article par article, dans l'ordre des parties et chapitres qui le composent. Cette présentation doit faciliter la lecture du rapport et aider à dégager le sens du libellé original du projet, de manière à éclairer la portée des objections formulées et le sens des solutions proposées pour résoudre les problèmes de légalité et de constitutionnalité que le projet original pourrait susciter.

3. On s'est attaché à inclure les éléments les plus importants de la jurisprudence en matière constitutionnelle et en matière de cassation criminelle pour permettre à la Commission de prendre note de ces précédents, afin de faciliter l'acceptation du projet par les différents pays, en particulier le Costa Rica, ce dernier manifestant un regain d'intérêt pour une interprétation du droit pénal à la lumière de la Constitution et étant donc très soucieux que le projet soit compatible avec celle-ci.

I. — LA PARTIE GÉNÉRALE DU PROJET

Définition et qualification des crimes (articles 1 et 2 du projet)

4. L'article premier du projet semble opter pour une définition plutôt axée sur les caractères spécifiques des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. La qualification adoptée repose sur certains caractères propres, parmi lesquels le critère de la gravité des actes incriminés a été unanimement retenu.

5. L'unanimité existe sur le caractère de « cruauté », de « monstruosité » ou de « barbarie » que revêtent les faits punissables visés dans le projet. Ces faits ont un caractère massif, puisque les victimes en sont des peuples, des populations ou des ethnies. Comme cela est précisé dans le commentaire,

[...] c'est cette gravité qui constitue l'élément essentiel du crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, crime caractérisé par son degré d'horreur et de barbarie, et qui sape les fondements de la société humaine¹.

6. Il n'y a généralement aucune difficulté à reconnaître que ce genre de comportement présente un caractère de gravité exceptionnelle et qu'il faut se préoccuper du sort de ceux qui risquent d'en être les victimes. Au-delà de la protection des droits de l'individu, ce qui est en jeu, ce sont des principes de droit qui concernent non pas une personne, mais un grand nombre de personnes formant une population, une ethnie ou une race. Même si la violation de ces principes de droit peut constituer un crime présentant un caractère massif et systématique, pour reprendre les termes mêmes du projet, on ne peut cependant en conclure, contrairement à ce qui semble être la position explicite de la Commission, que « l'intention coupable » doit être présumée et qu'« elle n'a pas à être prouvée », car elle résulte « objectivement » des faits eux-mêmes, et qu'il n'est pas nécessaire de « rechercher si l'auteur avait en conscience une intention criminelle »². Cette position reprend à son compte la thèse de la responsabilité objective encourue pour des faits qui portent atteinte à la paix et à la sécurité de l'humanité, thèse qui semblait abandonnée depuis de nombreuses années sous l'influence d'un courant du droit pénal très attaché aux garanties.

7. Aujourd'hui, plus aucun système de droit pénal libéral n'admet encore la thèse de la responsabilité objective, car celle-ci revient à établir la responsabilité indépendamment de toute appréciation subjective de l'intention de l'auteur de l'acte et à considérer que l'auteur en question est passible d'une peine par le seul fait d'avoir accepté le risque des conséquences dérivant de son acte, autrement dit le risque d'enfreindre par son comportement un principe de droit. Dans la plupart des États de droit, en particulier au Costa Rica, le droit pénal interne n'admet pas la thèse de la responsabilité objective en matière pénale et ne reconnaît que la responsabilité subjective découlant de l'intention dolosive ou de la faute commise par l'auteur de l'acte. Dans les systèmes juridiques comme le système costa-ricien, les agissements

¹ Voir *Annuaire...* 1987, vol. II (2^e partie), p. 13, paragraphe 2 du commentaire sur l'article premier.

² *Ibid.*, par. 3.

punissables sont présumés dolosifs, sauf les cas où le législateur définit les éléments constitutifs d'un comportement coupable. Toutefois, l'intention dolosive ne se déduit pas du comportement du sujet mais doit être établie, car c'est là un élément subjectif essentiel de la qualification, laquelle marque le début de l'examen par le tribunal d'une affaire pénale.

8. La question de l'intention dolosive est au cœur même de la qualification, en ce sens qu'elle se réfère à cette dernière (puisqu'elle en fait partie intégrante) et qu'elle doit être établie. Autrement dit, il faut déterminer s'il s'est produit en l'espèce une erreur dont la constatation a pour effet d'exclure tant l'intention dolosive que la faute, ou uniquement l'intention dolosive, auquel cas la sanction se fondera uniquement sur la faute (s'il existe une définition parallèle fondée sur la culpabilité), conformément à l'article 34 du Code pénal costaricien. Il ressort de la jurisprudence costaricienne en matière pénale que la question de l'intention dolosive ne se pose pas en termes de culpabilité mais bien de qualification et que, partant, le juge doit être particulièrement attentif à tout ce qui concerne l'élément intentionnel (volonté et discernement) du comportement humain.

9. La Chambre constitutionnelle [de la Cour suprême de justice], qui est la juridiction du degré le plus élevé en matière d'interprétation de la Constitution, a jugé que les garanties énoncées à l'article 39 de la Constitution costaricienne de 1949 excluent la notion de responsabilité objective en matière pénale. De ce fait, toute qualification qui prétendrait fonder la responsabilité sur la présomption que l'auteur d'un acte est coupable et doit répondre des conséquences de celui-ci en raison du risque créé par son comportement, ou du fait que l'on pouvait prévoir que l'acte ainsi commis avec une intention dolosive entraînerait de telles conséquences, serait manifestement contraire à la Constitution.

10. Il apparaît donc que la notion de responsabilité objective devrait être exclue du projet pour des motifs tirés tant de la loi que de la Constitution et qu'il faudrait retenir la notion de responsabilité subjective. Celle-ci semble beaucoup plus compatible avec le but poursuivi par la Commission, puisqu'elle correspond en tous points à la volonté de cette dernière de voir le code s'appliquer aux individus et non pas aux États.

11. Par ailleurs, en relation avec l'article 2 du projet, il faut signaler que, si le fait qu'un comportement est ou non punissable par le droit interne est sans effet sur la qualification, en revanche, il faut tenir compte des interdictions énoncées par la Constitution lorsqu'on définit dans un texte de caractère législatif les éléments constitutifs d'un comportement criminel. Au Costa Rica, comme on l'a déjà expliqué, la Constitution interdit notamment toute qualification d'actes criminels qui ne protège pas les intérêts juridiques spécifiques et toute qualification d'actes criminels dans le but d'imposer une punition sur la base du principe de responsabilité objective en matière pénale. Le Comité de rédaction doit tenir compte de pareilles interdictions, de manière à éviter les graves problèmes que ne manquerait pas de susciter l'application pratique du projet, le jour où celui-ci deviendrait un instrument de droit international, s'il devait contenir des principes qui méconnaissent les garanties

constitutionnelles édictées par les États dans le domaine pénal.

12. L'article 2 suscite une autre difficulté, et elle est à ce point préoccupante qu'il faudrait envisager de revoir la formulation dudit article. Il s'agit en l'occurrence de la phrase suivante : « Le fait qu'une action ou une omission est ou non punissable par le droit interne est sans effet sur cette qualification. » En premier lieu, puisque « cette qualification » désigne concrètement les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, on peut interpréter cette phrase de deux façons : on peut comprendre que, lorsqu'on se trouve en présence de deux qualifications (une qualification figurant dans le droit interne et une autre, identique, figurant dans le code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité), c'est cette dernière qu'il faudra appliquer; on peut aussi comprendre qu'il peut exister deux juridictions, également compétentes pour ouvrir des poursuites et prononcer une peine, auquel cas on risquerait de se trouver confronté avec le précepte *non bis in idem*. En second lieu, nous sommes partisans de supprimer cette phrase pour éviter les questions de compétence que pourrait soulever le premier problème évoqué, notamment en ce qui concerne les dispositions en matière de prescription, les règles de procédure et les règles de fond qui devraient être appliquées conformément à la qualification internationale.

13. Le premier type de difficultés paraît insurmontable, car les constitutions politiques de la plupart des États latino-américains, notamment celle du Costa Rica, interdisent de punir deux fois le même fait, comme cela ne manquerait pas de se produire si l'on appliquait la sanction prévue par le droit interne et, ensuite, celle prévue par le droit international. Quant au second ordre de problèmes, mieux vaut ne pas s'essayer à définir les principes en matière de compétence qui aboutiraient à rendre l'application du projet obligatoire. En effet, en cas d'adhésion au code des crimes, on se heurterait, entre autres difficultés, au fait que l'État qui arrête un présumé criminel appliquerait son propre droit pénal et non le code des crimes, en vertu du principe de capture, alors même qu'en vertu d'un autre principe (le principe d'universalité ou de territorialité), il serait tenu d'appliquer les règles du code des crimes. La Commission n'entendait certes pas créer ce problème que la rédaction actuelle du projet ne manquerait pas de susciter et que seule la suppression de la phrase litigieuse permettra d'éviter³.

II. — PRINCIPES GÉNÉRAUX (ART. 3 À 14)

Article 3

14. Compte tenu des considérations exposées plus haut à propos de la responsabilité subjective, nous estimons qu'un article devrait envisager le principe de légalité en relation avec ce type de cas et devrait, notamment, défi-

³ Il semble que certains membres du Comité de rédaction, dont le Costa Rica partage le point de vue, étaient partisans de supprimer la seconde phrase de l'article 2, ne la considérant pas comme absolument nécessaire.

nir un des corollaires les plus importants de ce principe, à savoir le principe de culpabilité.

15. Le paragraphe 1 de l'article 3 nous paraît présenter des lacunes, en ce qu'il devrait envisager la responsabilité pour intention dolosive, faute ou omission, et ce non seulement pour poser un principe général, mais également pour dissiper tout doute quant à la possibilité d'une sanction pour responsabilité objective, car il s'agit là d'une épée de Damoclès qui risque de compromettre l'acceptation du projet.

16. Le paragraphe 2 concerne tout à la fois la complicité, l'entente en vue de commettre un crime et l'incitation à le commettre. Cette manière de procéder paraît critiquable. Mieux vaudrait regrouper dans un article distinct la responsabilité pénale individuelle et la participation criminelle, à la lumière des principes les plus modernes en la matière. Ces principes vont dans le sens de la suppression de l'entente en vue de commettre un crime car, sous le couvert de la répression d'une telle entente, on peut très bien réprimer des idées ou des résolutions qui ont été affichées mais n'ont pas revêtu la forme d'une menace concrète dirigée contre une valeur ou un principe juridique protégé en droit pénal. La notion d'entente, que l'on rencontre fréquemment dans le droit anglo-saxon, est absente du droit européen d'inspiration continentale. On peut donc prévoir qu'elle se heurtera à des objections de la part des pays d'Amérique latine. Ceux-ci pourront invoquer à juste titre des conquêtes démocratiques récentes qui doivent permettre, dans certains cas, de s'opposer à des gouvernements de fait soucieux de préserver la possibilité de réprimer le fait de penser différemment. L'Amérique latine a fait l'expérience tragique de régimes dictatoriaux qui s'abritent derrière les notions d'« entente » et d'« association de malfaiteurs » pour réprimer le fait de penser différemment, autrement dit la dissidence et l'opposition au régime, alors qu'il ne s'agit là que de l'exercice d'une liberté individuelle dont le pouvoir prend prétexte pour donner libre cours à son autoritarisme.

17. En ce qui concerne la responsabilité de l'État du fait de la commission des actes punissables visés dans le projet de code, il faut souligner que, si l'on opte pour la thèse de la responsabilité subjective, on doit punir les agents de l'État qui ont commis, personnellement ou indirectement ou comme complices d'autres auteurs, les faits visés dans le projet de code. Si l'on accepte ce point de vue, la responsabilité de l'État en cas d'infractions commises par ses organes se limite à une responsabilité solidaire aux fins de la réparation des dommages causés. Les membres de la Commission ont fait valoir à juste titre qu'admettre la responsabilité des États comme auteurs de ces faits aboutirait à modifier les principes qui sous-tendent la punition desdits faits en vertu de la responsabilité subjective et obligerait les rédacteurs du projet à adopter un type d'argumentation proche de celle sur laquelle se fonde la sanction des crimes lorsqu'il s'agit de sociétés transnationales. À l'instar des États, celles-ci répondent des actes de leurs représentants en vertu de règles et de principes qui doivent être conformes aux différentes constitutions politiques.

18. Le fait de fournir une aide pour faciliter la fuite de l'auteur d'un crime ou pour faire disparaître les instru-

ments ou les fruits du crime devrait être érigé en un crime distinct au lieu d'être poursuivi au titre de la complicité. Ce faisant, on respecterait le principe de légalité et l'on faciliterait l'administration de la preuve au procès. De toute évidence, celui qui fournit une aide pour faciliter la fuite de l'auteur d'un crime contre l'humanité se rend coupable non pas de complicité mais de « recel », et cette infraction doit être sanctionnée.

19. En ce qui concerne le paragraphe 3, relatif à la tentative et qui donne de celle-ci une définition assez proche de celle retenue par le droit interne de la plupart des pays, il n'appelle aucune observation, sinon qu'il paraît inutile d'énoncer les articles admettant la tentative. En effet, celle-ci doit être définie concrètement, cas par cas, et l'on ne peut restreindre le champ de l'interprétation, compte tenu de la grande diversité des actes préparatoires et de ceux qui constituent un commencement d'exécution d'un des crimes visés dans le projet de code.

Article 4

20. Aux yeux du Comité de rédaction, rien ne saurait justifier un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité. Mais comme déjà dit plus haut, la responsabilité subjective doit nécessairement se fonder sur le critère de la volonté et du discernement de l'auteur. Aussi faut-il envisager la possibilité de tenir compte de mobiles qui feraient apparaître une erreur de qualification dans l'étude du dossier ou dans l'examen de l'infraction par le tribunal.

21. S'il est acquis que le juge ne doit pas prendre en considération des mobiles futiles ou incongrus visant à justifier la commission d'un acte ou à atténuer la responsabilité de son auteur, il est tout aussi vrai, pour les tenants d'une conception moderne et progressiste du respect de la dignité humaine, qu'il faut faire cas du droit de la défense, lequel se manifeste, tant sur le plan formel que sur le plan matériel, par l'exercice de tous les recours judiciaires ordinaires et extraordinaires disponibles. En outre, il faut maintenir la présomption d'innocence de l'inculpé en lui permettant d'invoquer des faits ou des circonstances qu'il appartient au ministère public de réfuter en vue de démontrer la culpabilité, en dissipant tout doute raisonnable. Tout importants qu'ils soient, les principes et valeurs juridiques que le projet de code entend protéger n'excluent pas le fait que le respect de la dignité et de la justice commence par le respect de l'inculpé. Les portes ne doivent pas se fermer devant la défense au contraire, il faut qu'elles s'ouvrent, de manière que la peine soit fixée en fonction non pas de l'immoralité d'un acte, mais de l'injustice dont l'accusé s'est rendu coupable.

Article 5

22. Le Costa Rica est d'accord sur le libellé de l'article, dès lors qu'il vise la responsabilité internationale de l'État dans les termes admis par la doctrine en matière de droit international. Il convient cependant de rappeler ce qui a été dit plus haut au sujet de la responsabilité civile de l'État, qui est une responsabilité solidaire en vue de la réparation des dommages causés par ce type d'infractions.

Article 6

23. Il va de soi que ces règles d'extradition doivent s'accorder avec celles adoptées par l'Organisation des Nations Unies en la matière (Traité type d'extradition⁴). Certaines des solutions préconisées actuellement et qui prévoient la constitution de tribunaux internationaux composés de juges provenant de différents pays dont la jurisprudence n'est pas la même ne laissent pas d'être extrêmement préoccupantes, car l'incertitude qui existe à propos des règles d'interprétation servant à définir l'infraction risque de léser les droits de la défense. C'est pourquoi il est recommandé de donner compétence aux tribunaux nationaux à l'effet de juger ou d'extrader en vertu d'un traité multilatéral d'extradition qui s'inspire des systèmes les plus modernes en matière de protection des droits individuels de l'accusé, tout en garantissant efficacement la répression des crimes.

24. Il faut veiller à mettre en place une politique de coopération internationale entre les polices et d'entraide entre les systèmes judiciaires en matière d'extradition. Tout reste pratiquement à faire dans ce domaine.

25. La création de la cour pénale internationale soulève un problème extrêmement complexe, eu égard non seulement aux pouvoirs qui lui seraient reconnus, mais aussi au fait que tous les États exigent que leurs nationaux jouissent de toutes les garanties judiciaires dont ils bénéficient en vertu du droit interne. Le Costa Rica offre la particularité d'autoriser l'extradition d'étrangers, mais d'interdire celle de nationaux; la Constitution ne permet pas qu'un national soit contraint de quitter le territoire pour être jugé par une juridiction comme celle qu'il est proposé de créer. Cependant, les principales difficultés ne proviennent pas à proprement parler des principes en matière d'extradition; le vrai débat se situe sur le plan de la définition des garanties reconnues à l'accusé, de la qualification des infractions que l'on entend réprimer et de la détermination des peines applicables. En outre, le principe de la compétence universelle reconnu par le droit interne des États ne va pas manquer d'affecter directement l'exercice des compétences de cette juridiction internationale.

26. Sans préjuger de la question, les caractéristiques de cette cour internationale n'ayant pas encore été définies, nous croyons qu'elle pourrait être considérée comme inconstitutionnelle en vertu de la Constitution costarienne.

Article 7

27. Il est certain que la question de la prescription relève de la politique pénale et que les États n'observent pas de règles uniformes en la matière. Cependant, on a récemment soutenu que la prescription concerne l'exercice effectif par l'État de son droit de poursuivre un citoyen et que ce droit ne peut donc s'exercer indéfiniment; si l'État omet ou n'est pas en mesure de juger un individu dans un délai déterminé, l'extinction de ce droit doit bénéficier à l'individu. On pourrait certes arguer de l'atrocité intrinsèque de ce type de crime pour justifier « moralement » l'imprescriptibilité des poursuites; ce-

pendant, la doctrine moderne est plutôt favorable à des délais de prescription courts et à une procédure pénale assortie des garanties requises, mais rapide. Cette question risque donc de donner lieu à des négociations serrées.

28. La solution consisterait peut-être à prévoir un délai de prescription à convenir avec les États sur la base du délai le plus long prévu dans le droit interne, pour des infractions de droit commun; actuellement, celui-ci peut aller jusqu'à vingt ans et plus, ce qui donne largement le temps d'engager les poursuites pénales. Un délai plus long amènerait à conclure que la peine imposée et la procédure suivie à cette fin ne produisent aucun effet de prévention générale ou spéciale.

Article 8

29. Il convient de se demander ce que recouvrent les garanties d'une procédure régulière en matière criminelle. Dans son arrêt 1739-92, la Chambre constitutionnelle de la Cour suprême de justice du Costa Rica a défini avec une grande précision ces principes et éléments où l'on retrouve toutes les garanties énoncées à l'article 8 du projet. Par ailleurs, on pourrait songer à définir les règles applicables aux procès dans un document annexé au présent code et ayant valeur d'instrument interprétatif. Pour ce qui est de l'Amérique latine, la Convention américaine des droits de l'homme prévoit une série de garanties judiciaires et pénales qui s'appliquent à tout procès. Même en l'absence de l'article 8 du projet, le Costa Rica appliquerait ladite Convention et les règles constitutionnelles relatives aux garanties d'une procédure régulière (articles 39 et 41 de la Constitution costarienne).

Article 9

30. Le paragraphe 1 de cet article préjuge la création d'un tribunal criminel international. Cependant, nous devons l'interpréter comme visant l'hypothèse où un tribunal national, se fondant sur le principe de capture ou de compétence universelle, condamne l'auteur d'un crime. Cet alinéa n'exclut ni la compétence éventuelle du tribunal national ni la possibilité de ne pas tenir compte du principe *non bis in idem* lorsqu'il risquerait de porter atteinte au droit de l'accusé de bénéficier d'une procédure régulière.

31. Le paragraphe 2 devrait être supprimé. En effet, en limitant la possibilité qu'a l'accusé de bénéficier de conditions plus favorables pour l'exécution de sa peine, on violerait le principe de l'égalité devant la loi. Il suffirait d'améliorer le libellé du paragraphe 1 en donnant pleine compétence aux tribunaux nationaux pour juger le ou les auteurs de ces actes.

32. Le paragraphe 3 porte directement atteinte au principe *non bis in idem* et devrait être supprimé sans plus, car il va à l'encontre de notre constitution.

33. Le paragraphe 4 reconnaît le principe de capture et la compétence universelle sur lesquels se fondent les compétences données aux pays dans ce domaine (article 7 du code pénal costaricien).

34. Le paragraphe 5 devrait également être supprimé, car il admet que l'on peut punir une seconde fois des

⁴ Résolution 45/116 de l'Assemblée générale, annexe.

faits qui ont déjà été punis en tant que constitutifs d'un crime de droit commun.

Article 10

35. Le principe de non-rétroactivité est bien défini et parfaitement conforme aux définitions constitutionnelles en la matière.

Articles 11 et 12

36. L'article paraît avoir trait à l'ensemble des règles examinées au chapitre consacré à la « non-culpabilité » dans la plupart des codes pénaux latino-américains. Cependant, à l'heure actuelle, on admet que, parallèlement aux questions de culpabilité, il peut se poser des problèmes liés à la qualification et aux faits justificatifs.

37. L'article 11 n'envisage une sanction éventuelle que dans le cas où un ordre manifestement illégal ou constituant une violation des droits de l'homme a été exécuté par un agent de l'État obéissant à un supérieur hiérarchique. Ainsi compris, le système dit de l'obéissance hiérarchique est appliqué non seulement en droit pénal militaire, mais aussi en droit pénal commun. C'est pourquoi nous recommandons que le projet adopte ce système pour l'essentiel, en s'inspirant à cet égard du projet de code pénal espagnol (1992).

38. La présence de l'article 12 relatif à la responsabilité du supérieur hiérarchique ne fait que renforcer l'idée que les règles de l'obéissance hiérarchique constituent un tout, ce qui donne à penser que des erreurs d'interprétation peuvent se glisser dans la qualification des cas visés à l'article 11.

Article 13

39. Cet article semble exclure tout régime d'immunité. Cependant, il faut prévoir, du point de vue de la procédure pénale, les différents cas où les dirigeants visés peuvent être poursuivis, au lieu de vouloir poser un principe qui, comme tel, pourrait se révéler inapplicable.

Article 14

40. Pour exprimer en des termes plus rigoureux l'idée qu'il appartient au juge d'apprécier ce type de circonstances, il faut énoncer une règle précisant les aspects à prendre en considération pour moduler la peine, comme le fait l'article 71 du Code pénal costa-ricien. En tout état de cause, et bien que cet article envisage à cet effet un grand nombre de circonstances aggravantes et atténuantes, les qualifications pénales peuvent tenir compte, en se fondant sur l'incrimination, de certains éléments qui peuvent avoir une incidence sur la peine, ce qui aura pour effet de réduire le pouvoir d'appréciation du juge. Il s'agit là d'une décision de politique pénale qui doit être mûrement pesée.

III. — LA PARTIE SPÉCIALE DU PROJET

a) Aspects des définitions ayant trait à la légalité

Principe de légalité et qualification

41. Le principe de légalité, universellement connu dans la formulation latine qu'en a donnée Feuerbach —

nullum crimen, nulla poena sine praevia lege — et reconnu dans l'ordre juridique des pays d'Amérique latine [Code pénal brésilien (art. 1), Constitution politique costa-ricienne (art. 39) et Constitution péruvienne (art. 2, par. 20, d)], a été adopté par divers peuples à des moments différents de leur histoire. Ceux pour qui l'exercice du pouvoir consiste à imposer leur domination par la force et non à conduire toute une nation vers un même but, dans le cadre d'une démocratie participative, ont d'ailleurs farouchement combattu ce principe. L'opposition à l'arbitraire de la justice pénale à tous les niveaux est le dénominateur commun de toutes les luttes en faveur du principe de légalité; elle a donné naissance à ce que nous pouvons appeler le droit pénal moderne, qui est un droit libéral et démocratique, en ce qu'il impose aux pouvoirs publics d'informer au préalable les justiciables de ce qui constitue des comportements punissables. Les interdictions doivent être justifiées par la nécessité : si certains actes sont interdits, c'est parce qu'ils mettent en péril les fondements d'une société organisée. Mais de tels actes ne peuvent être sanctionnés que si le pouvoir législatif a indiqué, avant qu'ils ne soient commis, qu'ils étaient punissables. Ainsi, le principe de légalité suppose une stricte séparation entre le pouvoir législatif, qui légifère et énonce l'interdiction, et le pouvoir judiciaire, à qui il appartient d'établir la culpabilité en l'assortissant d'une sanction.

42. Dès lors, le principe de légalité, en vertu duquel seule la loi peut établir les infractions et les peines correspondantes, est le fondement du droit pénal en même temps que le dernier rempart contre l'arbitraire du pouvoir judiciaire.

43. D'un point de vue historique, cet arbitraire découle essentiellement du fait que le juge a été amené à exercer ses fonctions dans un espace qui n'était pas délimité. À la suite de quoi, il s'est trouvé investi du pouvoir de légiférer, ayant, en dernier ressort, à déterminer les comportements interdits. Dans cette situation, chaque juge en vient à incarner, en fait, le pouvoir législatif, ce qui ne va pas sans de grands risques : le champ laissé à l'interprétation du juge s'accroît, puisqu'en plus de son rôle propre en matière de qualification, on lui confie le soin de déterminer les actes punissables, ce qui donne davantage de prise aux insuffisances du juge, à ses préjugés, croyances, craintes et convictions.

44. Lorsqu'ils s'inscrivent dans un ordre juridique, le principe de légalité et son corollaire naturel, la qualification des actes que l'on entend punir, donnent naissance à un système de droit pénal qui est fondé sur le respect des droits de l'homme, car tout citoyen sait au préalable ce qui est interdit.

45. Dans un tel système, le législateur, en sa qualité de dépositaire d'un pouvoir qui procède du peuple (on pourrait insérer ici des extraits de constitutions conçues dans le même esprit), est tenu de fournir au juge des types de comportement clairement définis pour que celui-ci, lorsqu'il s'agira de déterminer la qualification, sache avec certitude quelles sont les interdictions que le pouvoir législatif a voulu énoncer. Cet aspect de la fonction législative revêt une importance capitale dans les systèmes juridiques où le législateur doit s'appuyer sur des bases factuelles pour définir des types de comportement

qui soient précis et, si possible, exempts de détails superflus, et des interdictions qui soient rationnelles et fondées sur des principes juridiques bénéficiant d'une protection sur le plan pénal.

b) *Principe de légalité et problèmes de qualifications soulevés par le projet*

46. À la lumière des observations qui précèdent, il importe de préciser que, dans un contexte républicain, on ne peut considérer le principe de légalité indépendamment de son corollaire naturel, à savoir la qualification des actes incriminés. S'il ne s'accompagne pas de son corollaire naturel, qui est la qualification, le principe de légalité se réduit à un simple postulat, et encore celui-ci est incomplet. L'imprécision ou l'hermétisme des définitions pénales, en contraignant le juge à interpréter la portée de la loi et ses limites en vue de qualifier un comportement donné, l'investissent du pouvoir de légiférer. Par ailleurs, le principe de légalité, qui est la marque d'un droit pénal républicain, requiert non seulement la qualification des comportements (définition claire et précise), mais aussi l'existence d'un ordre pénal fondé sur les principes du droit. Toute interdiction pénale doit reposer sur des bases rationnelles et raisonnables, l'objectif à atteindre étant de préserver l'organisation sociale d'un groupe donné.

47. Il faut être conscient que la référence *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* ne se réduit pas à l'énoncé d'un postulat de caractère constitutionnel ou législatif. Il signifie que l'ordre pénal repose sur la stricte séparation du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire, et que le pouvoir législatif doit non seulement définir avec clarté et précision les comportements ou actes qu'il entend interdire, mais aussi n'interdire que les comportements et les actes susceptibles de porter atteinte aux fondements de la vie en société.

c) *Les atteintes au principe de légalité et à la qualification*

48. La doctrine a systématisé deux types d'atteinte aux principes que nous venons de commenter, mais la pratique législative et judiciaire offre d'autres cas où les garanties de la légalité et de la qualification ne sont pas respectées. Avant de les aborder, on signalera que la pratique policière et d'autres pratiques extrajudiciaires illustrent abondamment, elles aussi, la façon de violer ces principes.

La pratique des lois pénales en blanc

49. Appelée aussi pratique du renvoi législatif, la pratique des lois pénales en blanc est courante dans nos pays. Elle consiste à se référer à d'autres lois, pénales ou non, de rang égal, supérieur ou inférieur, pour la partie du texte qui définit les actes punissables. Bien entendu, dans le cas d'un renvoi à des règlements, décrets, ordonnances ou autres dispositions de rang inférieur à la loi, la violation du principe de légalité est patente, puisque le texte auquel on se réfère émane de l'exécutif et non du législatif; ainsi, un texte pénal peut être entièrement modifié par le décret, le règlement, l'ordonnance ou la disposition exécutive auxquels il renvoie. Le renvoi à des lois de rang égal ou supérieur paraît moins grave, encore

qu'il présente des inconvénients pratiques, puisque l'on est forcé, pour les besoins de l'analyse, de retrouver la loi ou les lois auxquelles la définition renvoie.

50. On peut donc dire qu'il existe en quelque sorte une gradation dans les renvois : on part du cas où le texte de la description et celui auquel il renvoie appartiennent au même ordre juridique, ce qui facilite l'analyse, pour aboutir à celui où la violation du principe de légalité est patente, la description renvoyant à un texte de caractère non législatif, en passant par les cas où le texte renvoie à une autre disposition législative, mais en des termes tellement généraux qu'il est difficile de retrouver cette source (par exemple : « Quiconque, conformément à la loi, exerce illégalement... »).

51. Dans de tels cas, il faut passer en revue toute la législation pour retrouver et incorporer le texte auquel on se réfère et, partant, la définition des actes interdits. Ainsi, les renvois législatifs ou lois pénales en blanc constituent des textes dont les définitions contreviennent au binôme légalité/qualification (un exemple nous en est fourni par l'article 15 relatif à l'agression).

Les catégories typiques ouvertes

52. Nous estimons que les catégories typiques ouvertes ne se bornent pas à violer la qualification, mais qu'elles sont une véritable négation du principe de légalité et doivent être considérées comme des aberrations dans un droit répressif, qui se veut démocratique et républicain. Elles désignent des définitions qui sont à ce point imprécises et floues que ni le juge ni le justiciable ne sont en mesure de connaître la portée exacte de l'interdiction visée.

53. L'imprécision, l'hermétisme ou le caractère flou des définitions adoptées par le législateur (termes ambigus ou polysémiques, fautes de syntaxe, abus d'expressions susceptibles de plusieurs interprétations) empêchent tant le justiciable que le juge d'apprécier la portée exacte de l'interdiction. Ce dernier, étant contraint de faire œuvre d'interprétation, assume de ce fait une fonction législative : faute de limites, l'acte judiciaire qui consiste à déterminer la qualification devient un acte proprement législatif, avec la circonstance aggravante qu'il y aura autant d'actes législatifs établissant des interdictions que de juges qui seront appelés à appliquer des textes se rapportant à des catégories ouvertes (on en trouve un exemple à l'article 20 relatif à l'apartheid).

Les éléments normatifs

54. Les éléments normatifs, qui expliquent en partie le caractère ouvert des catégories, appellent un traitement distinct, bien qu'ils posent incontestablement un problème de légalité : dès qu'il y a nécessité d'interpréter, il y a violation du principe de légalité.

55. Bien que la définition des éléments normatifs varie selon les auteurs, ceux-ci sont unanimes pour estimer que lesdits éléments sont sujets à interprétation. D'après Jiménez de Asua, Mayer est le premier à s'être exprimé en ce sens lorsqu'il a écrit que les composantes de la définition pénale servent à donner une valeur aux termes utilisés. Contrairement à d'autres éléments (sujet de la phrase, mode, temps et autres) dont la place et la fonc-

tion sont déterminées, les éléments normatifs sont constitués par tout mot ou fonction ayant une valeur. Autrement dit, il s'agit de termes auxquels le législateur n'a pas donné de sens déterminé et auxquels le juge doit donc attribuer une valeur. Il en va ainsi de la morale, des bonnes mœurs et des documents publics, et l'on pourrait trouver encore de nombreux autres exemples dans les trois législations analysées.

56. Le problème ne se pose généralement pas lorsque le terme non défini se rapporte à l'ordre juridique (éléments normatifs juridiques) : dans ce cas, en effet, l'ordre juridique et la coutume se chargent de définir le terme en question, et le sens en est univoque.

57. En revanche, les éléments dits éléments normatifs culturels concernent des relations, des modèles culturels, des croyances sociales, des inclinations collectives, etc., et ici se pose un problème de légalité et de qualification : une des législations étudiées (article 291 du Code pénal costa-ricien) punit le fait d'exercer des pratiques de sorcellerie, d'envoûtement ou tout autre acte contraire à la civilisation et aux bonnes mœurs. Ces derniers mots se passent de commentaires. Or, l'article 24 relatif au terrorisme international pose un problème identique.

d) *Le bien commun juridique et le projet de code*

58. À l'instar des qualifications pénales données par le droit interne, les qualifications du projet sont des descriptions qui expriment sous une forme affirmative une règle normative. Cela signifie que, par-delà la qualification, il faut toujours rechercher l'obligation, le devoir sous-jacent. C'est une simple question de style. Pourtant, on risque de perdre de vue l'existence de la règle normative, lorsque celle-ci, au lieu de figurer explicitement dans la définition de l'infraction, n'y est mentionnée que de façon elliptique. Cela ne va pas sans risque, car on pourrait en arriver à conclure que la loi c'est la loi, sans plus, en oubliant que la norme, qui est sous-jacente à toute catégorie, constitue un impératif rationnel dicté par un souci de protection. En d'autres termes, la norme pénale a une raison d'être, une rationalité, qui ne se limite pas à l'énoncé de la proposition normative mais imprègne aussi sa substance : le bien commun juridique. Toute loi répressive doit poursuivre un objectif de protection.

59. Ainsi, comme on peut affirmer qu'il n'y a infraction que lorsque qu'il y a eu violation ou mise en péril d'un bien commun protégé sur le plan pénal, on doit souligner que la même définition s'applique aux règles normatives.

60. Dans une conception républicaine du droit pénal, les interdictions doivent être fondées rationnellement, de manière que le législateur ne puisse énoncer des interdictions que s'il est convaincu qu'elles sont nécessaires et qu'elles ont une raison d'être. Les principes juridiques sont donc l'émanation directe du système politique que les nations choisissent. C'est pourquoi nos systèmes constitutionnels prennent au pied de la lettre l'affirmation de la doctrine selon laquelle il n'y a infraction que lorsque le bien commun juridique, qui fait l'objet d'une protection pénale, soit violé ou mis en péril. C'est cette même affirmation qui est à la base des présentes observations.

61. On postule donc que toute définition pénale est l'expression d'un bien commun juridique et préexistant. De ce fait, outre qu'elles doivent être claires et précises, les définitions doivent viser à assurer la protection de principes juridiques dictés par l'intérêt général.

62. Le bien commun juridique rejoint les exigences de la vie en société. Ainsi, toute loi qui vise à protéger des principes qui ne correspondent pas à l'intérêt général est une interdiction non fondée et même si, en tant que loi, elle a force contraignante, elle ne se justifie pas pour autant dans un État ayant opté pour un système républicain et démocratique. Ainsi, il existe une relation de complémentarité entre le bien commun juridique protégé sur le plan pénal et les exigences fondamentales inhérentes à la vie en société, car seuls doivent être réprimés, au nom de la protection du bien commun juridique, les actes individuels qui mettent véritablement en péril la vie du groupe conçu comme un corps social qui, malgré sa diversité, tend vers un but commun.

e) *Caractère fragmentaire de l'interdiction*

63. On entend souvent dire que le droit pénal présente un caractère fragmentaire ou encore qu'il est une juxtaposition discontinue d'illicéités. C'est exact, mais le droit pénal au sens strict (qui concerne les infractions) ne se confond pas avec le droit répressif assujéti à la légalité : si l'identité de nature entre tous les types d'infraction autres que le crime ne fait aucun doute (ce qui diffère, ce sont les pratiques policières, procédurales et pénitentiaires), il faut reconnaître que le droit pénal international présente lui aussi un caractère fragmentaire.

64. En fait, ce qui est fragmentaire, ce n'est ni le droit pénal ni le droit pénal international, mais leur dénominateur commun, à savoir le droit répressif assujéti à la légalité, les normes assorties de sanctions.

65. Le caractère fragmentaire de ces branches du droit renvoie à l'idée que seuls les domaines qui ont vraiment besoin d'être protégés appellent une répression pénale, contrairement à la pratique courante en Amérique latine qui consiste à se servir de la règle pénale pour régir des domaines qui, en raison de leur nature, relèvent d'autres branches du droit.

BRÈVE SYNTHÈSE DES PROBLÈMES DE LÉGALITÉ SOULEVÉS PAR LE PROJET DE CODE

66. D'une façon générale, nous considérons qu'il faudrait revoir le libellé des qualifications contenues dans le projet, de manière à introduire plus de clarté dans les définitions et à réduire le champ des éléments normatifs et des lois pénales dites lois en blanc pour qu'ils coïncident avec la protection concrète des principes du droit.

67. Un tel remaniement revêt une importance fondamentale, s'il l'on entend régler les problèmes liés à la qualification des crimes. Les considérations qui précèdent devraient permettre à la Commission de prendre en compte ces aspects doctrinaux, qui correspondent à la doctrine constitutionnelle costa-ricienne, dans la rédaction finale du texte. À défaut de quoi, le Costa Rica serait dans l'impossibilité d'accepter le projet de code sous sa forme actuelle.

Danemark*[Voir Pays nordiques]***Équateur***[Original : espagnol]
[7 mai 1992]*

1. Le titre du code pouvant donner à penser qu'il s'agit d'un simple catalogue de crimes, mieux vaudrait l'intituler « Code pénal relatif aux crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité » ou « Code des sanctions réprimant les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité », comme le propose Jiménez de Azúa.

Article premier

2. Afin de renforcer la teneur de l'article, il faudrait ajouter un paragraphe ainsi conçu :

« Sont tenus pour criminels en vertu du droit international notamment les actes suivants : le génocide, le terrorisme, l'agression et le trafic illicite de stupéfiants. »

Article 17

3. Il vaudrait mieux parler en l'occurrence d'« intervention belliciste » ou d'« intervention armée », car il y a d'autres modes d'intervention, comme, par exemple, l'intervention de caractère économique.

Article 19

4. Il faudrait revoir le libellé de l'alinéa *d* du paragraphe 2. En raison du caractère vague du libellé actuel, cet alinéa peut prêter à équivoque en plaçant sous la même bannière des programmes sociaux de régulation des naissances et le crime de génocide.

États-Unis d'Amérique*[Original : anglais]
[1^{er} février 1993]*

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Le Gouvernement des États-Unis d'Amérique se félicite d'avoir l'occasion de présenter les observations écrites ci-après sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (projet de code), en réponse à la demande formulée par l'Assemblée générale au paragraphe 9 de sa résolution 46/54 du 9 décembre 1991.

2. Les États-Unis sont favorables à l'établissement, dans des contextes appropriés, d'une responsabilité pénale internationale des individus, et ils sont parties à la plupart des conventions internationales qui posent, s'agissant des auteurs de tel ou tel crime international, l'obligation de juger ou d'extrader. Ces conventions offrent déjà un corps de règles très substantiel concernant un certain nombre de crimes reconnus, au niveau international, comme étant des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, notamment les crimes de guerre, le

génocide, la torture, les crimes liés au trafic de stupéfiants, l'esclavage, la traite des femmes et des enfants, la piraterie, le terrorisme maritime, le détournement et le sabotage d'aéronefs, les crimes faisant intervenir des matières nucléaires, les crimes contre les personnes jouissant d'une protection diplomatique et la prise d'otages.

3. Les États-Unis ne sont néanmoins pas favorables au présent projet de code, qui comporte, à leurs yeux, de nombreux défauts sur des points fondamentaux. Bon nombre des crimes qu'il vise faisant déjà l'objet de conventions internationales en vigueur, le projet de code, pour une bonne part, soit fait double emploi avec ces conventions soit brouille les cartes (en particulier lorsqu'il s'écarte de textes normatifs existants). De surcroît, les États-Unis jugent inacceptables bon nombre des nouvelles criminalisations d'infractions qu'il propose. Le projet de code méconnaît, de bout en bout, des concepts fondamentaux de la responsabilité pénale (par exemple l'état d'esprit dans lequel il faut que l'acte ait été commis pour qu'il constitue une infraction pénale). Il méconnaît également des aspects des garanties légales (*due process*) essentiels pour les États-Unis et de nombreux autres pays, tels que le fait que les infractions doivent être définies avec suffisamment de précision pour que tout le monde sache quels actes tombent sous le coup du droit pénal. Qui plus est, en l'état actuel, le projet de code ne contribue ni à résoudre les difficultés techniques ni à combler les lacunes qui empêcheraient les conventions internationales existantes de servir de fondement à la compétence matérielle d'une cour pénale internationale. Un code, tel que celui qui est envisagé, n'est certainement pas la seule solution pour résoudre ces problèmes et sans doute pas la meilleure. En tout état de cause, force est de constater que les travaux en cours laissent les problèmes entiers.

4. Les États-Unis estiment que dans le cas de bon nombre de crimes internationaux, le principal problème n'est pas l'absence d'une définition, mais le fait que ces crimes ne sont pas réprimés comme il faudrait. Ce problème est particulièrement aigu s'agissant des crimes commis soit pour le compte de gouvernements soit que ceux-ci les tolèrent. Sur ce plan, l'adoption du code ne changerait rien à l'affaire. De l'avis des États-Unis, la meilleure façon de s'attaquer à ce problème est de renforcer la coopération entre les gouvernements en matière d'enquête et de poursuites contre les criminels. Il leur semble que le temps consacré par la Commission du droit international au projet de code serait mieux employé si celle-ci le mettait à profit pour des travaux concernant de telles mesures.

Le problème de l'imprécision

5. L'un des grands problèmes que pose le projet de code est son imprécision. De nombreux termes clefs ne sont pas convenablement définis et de nombreuses dispositions restent floues quant à la nature exacte des actes qui engageraient la responsabilité pénale de leurs auteurs. Le projet de code utilise souvent des termes politiques pour lesquels il n'y a pas de définition juridique reconnue, et tente de leur donner une allure juridique. De tels termes étant souvent, et peut-être délibérément, ambigus, ils donneraient inévitablement lieu à des interpré-

tations divergentes par les tribunaux nationaux de différents États. Par ailleurs, un texte d'incrimination aussi vague ne pourrait servir de mise en garde contre la commission des actes propres à engager la responsabilité pénale de leurs auteurs. Le code, sous sa forme actuelle, risquerait donc de faire fi de garanties légales fondamentales (*due process*) dont la protection est un souci primordial de la jurisprudence des États-Unis et d'autres pays.

Absence de précisions quant à l'état d'esprit nécessaire à la mise en jeu de la responsabilité pénale

6. Le second problème qui se pose de bout en bout dans le code est l'absence de précisions quant à des éléments comme la connaissance de cause ou l'intention indispensables pour que la responsabilité pénale d'un défendeur potentiel puisse être retenue. Dans le système juridique des États-Unis, pour qu'une infraction pénale soit passible d'incarcération, il faut normalement qu'elle ait été commise en connaissance de cause ou intentionnellement. L'absence, dans pratiquement tout le code, de dispositions à ce sujet est d'autant plus grave que subitement l'un des articles — l'article 26 consacré aux dommages à l'environnement — spécifie que le dommage doit avoir été commis « délibérément ». Aucun autre article ne comporte une disposition analogue, et rien ne vient expliquer la raison de cette unique exception.

OBSERVATIONS RELATIVES À CERTAINS ARTICLES

Article 15

7. La définition de l'agression figurant dans le code est reprise de celle que l'Assemblée générale a adoptée en 1974¹. Or, l'Assemblée n'a pas adopté cette définition dans la perspective de poursuites pénales mais bien, comme l'attestent les travaux préparatoires, dans une perspective politique et sans songer lui conférer le caractère contraignant d'une définition pénale.

Article 16

8. Le code propose de criminaliser une nouvelle infraction internationale, fondée sur la seule menace d'agression. Outre les vices relevés concernant la définition de l'agression sur laquelle s'appuie cet article, les États-Unis nourrissent de sérieuses réserves quant à l'opportunité d'ériger en crime le simple fait de menacer de commettre un acte d'agression². S'il est vrai qu'aucune nation n'a le droit de menacer une autre d'un acte d'agression, il est tout aussi vrai qu'il vaut mieux laisser aux États le soin de décider comment réagir face à de telles menaces — s'il n'y est pas donné suite — au lieu d'engager des poursuites pénales contre des individus. Loin de réduire les conflits, ce nouveau crime contribuerait très probablement à attiser les tensions entre les États en les encourageant à brandir la menace de poursuites pénales face à des déclarations ou des comportements auxquels un dialogue diplomatique constructif serait mieux à même de mettre un terme.

Article 17

9. Cet article propose d'ériger l'« intervention » en crime international. Non seulement cette nouvelle incrimination est vague, mais on semble aussi vouloir y englober des actes qui ne seraient pas couverts par le crime d'« agression » lui-même défini de façon trop extensive et floue. En outre, il prévoit une exception pour les actes dont les auteurs se réclament du « droit des peuples à disposer d'eux-mêmes », mais non pas pour les actes de légitime défense collective, pourtant expressément prévus à l'Article 51 de la Charte des Nations Unies. Comme dans le cas du crime d'agression, la criminalisation de l'intervention repose sur une résolution de l'Assemblée générale qui n'a jamais été censée servir de fondement juridique à la mise en jeu de la responsabilité pénale d'individus.

10. L'article consacré à l'intervention est fondé sur la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies³, qui explicitait le principe bien établi selon lequel les États doivent s'abstenir d'intervenir dans des affaires relevant exclusivement de la juridiction d'un autre État. En criminalisant systématiquement l'intervention, le code non seulement fait abstraction des relations qu'entretiennent les États dans la pratique, mais il invite aussi ouvertement ceux-ci à situer sur un plan pénal des différends qu'il serait préférable de chercher à résoudre par la voie diplomatique ou, le cas échéant, en les renvoyant devant le Conseil de sécurité. Il convient également de noter que la délimitation du principe de la non-intervention prête encore à controverse; certains États, par exemple, continuent de prétendre que l'intérêt que la communauté internationale porte à la situation qui prévaut chez eux en matière de droits de l'homme constitue une intervention inadmissible dans leurs affaires intérieures.

Article 18

11. Le crime proposé de « domination coloniale » pose les mêmes problèmes que les infractions examinées ci-dessus. Le texte d'incrimination est vague et trop extensif en ce qu'il ne définit — ni même ne décrit — ni la « domination coloniale » ni une « domination étrangère en violation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ». Cette carence est particulièrement grave à un moment où l'on voit de petites nations se détacher d'États ethniquement composites. Ériger en crime un comportement comme « la domination étrangère » ne servirait très probablement qu'à attiser les tensions et les conflits internationaux.

Article 19

12. Le crime de génocide est déjà défini par la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide à laquelle les États-Unis et de nombreux autres États sont parties. En ratifiant cette convention, les États-Unis ont fait savoir qu'ils interprétaient le membre de phrase « dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel », figurant à l'article II de la Convention, comme si-

¹ Résolution 3314 (XXIX) du 14 décembre 1974.

² Charte des Nations Unies, Art. 2, par. 4.

³ Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, annexe.

gnifiant « dans l'intention spécifique de détruire, en tout ou en grande partie, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, comme tel ». Or, la définition retenue dans le code passe totalement sous silence l'état d'esprit nécessaire pour qu'une responsabilité pénale soit encourue.

Article 20

13. Bon nombre des critiques auxquelles la criminalisation de la « domination coloniale » prête le flanc peuvent également être adressées à la définition du « crime d'apartheid » figurant dans le projet de code. Celle-ci est tellement vague et extensive qu'elle pourrait être jugée inconstitutionnelle aux États-Unis et dans d'autres pays.

Article 21

14. Cet article est trop vague pour servir de fondement à une responsabilité pénale. Un libellé tel que « la persécution pour des motifs sociaux, politiques, raciaux, religieux ou culturels », en particulier, est tellement flou qu'il peut signifier à peu près n'importe quoi. Par exemple, l'une des définitions du mot *persecute est to annoy with persistent or urgent approaches, to pester*⁴. Le fait pour un parti politique d'importuner un autre parti ne devrait pas être un crime international, mais c'est pourtant le résultat auquel on aboutirait en s'en tenant à la lettre du projet de code. Cet article ne tient pas non plus pleinement compte des effets du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui récapitule les droits de l'homme reconnus par la grande majorité des membres de la communauté internationale. Cet article semble aussi englober des crimes courants, comme l'homicide intentionnel. Les États-Unis ne pensent pas qu'il soit utile, ni même sage, d'ériger n'importe quel homicide intentionnel en crime international. Il convient en outre de relever que la déportation peut, dans certaines circonstances, être légale; cet article est donc libellé de façon trop extensive.

Article 22

15. Cet article vise à réprimer les « crimes de guerre d'une exceptionnelle gravité » qui sont définis, de façon tautologique, comme des « violations d'une exceptionnelle gravité des principes et règles du droit international applicables dans les conflits armés, consistant [notamment en d]es actes inhumains ». Cet article est trop vague et ne prend pas en compte les dispositions pertinentes des nombreuses conventions internationales expressément consacrées au droit des conflits armés⁵. Par

⁴ Webster's Ninth New Collegiate Dictionary. On trouve en français dans le *Petit Robert* une définition voisine : « poursuivre en importunant ».

⁵ Voir la Convention concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et son annexe, la Convention concernant les droits et les devoirs des puissances et des personnes neutres en cas de guerre sur terre, la Convention relative à la pose de mines sous-marines automatiques de contact, la Convention concernant le bombardement par des forces navales en temps de guerre, le Protocole concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques, la Convention sur l'interdiction de la mise au point, de la fabrication et du stockage des armes bactériologiques (biologiques ou à toxines) et sur leur destruction, la Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, la Convention de Genève pour

exemple, l'interdiction vague de « l'emploi d'armes illécitales » ne tient pas compte des réalités complexes de la guerre ni des mécanismes juridiques internationaux mis en place pour la réglementer. De plus, nous ne pensons pas qu'il soit sage de ne retenir que les « crimes de guerre d'une exceptionnelle gravité » et de passer sous silence d'autres infractions aux lois de la guerre qui sont également très préoccupantes pour la paix et la sécurité de l'humanité.

Article 23

16. Cet article est particulièrement troublant. Le texte n'érige pas en crime les actes perpétrés par les mercenaires eux-mêmes mais uniquement le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires par des « agents ou [...] représentants d'un État ». Nous contestons cette approche excessivement limitée. Les mercenaires eux-mêmes doivent (par définition) être des particuliers; quant à ceux qui les recrutent, les utilisent, les financent et les instruisent, ce sont souvent aussi des particuliers ou des rebelles qui n'ont pas la qualité d'agent ou de représentant d'un État. De plus, le projet de code ne précise pas ce qu'il faut entendre par « l'exercice légitime du droit inaliénable des peuples à l'autodétermination tel qu'il est reconnu par le droit international » et il est extrêmement probable que l'interprétation de ce membre de phrase donnerait lieu à des différends qui saperaient le concept même de ce crime et risqueraient de le ramener dans l'arène politique.

Article 24

17. L'article 24 prétend réprimer le terrorisme international alors même que l'on ne dispose pas d'une définition du « terrorisme » emportant l'adhésion générale et que ce terme n'est pas convenablement défini par le projet de code. La définition que celui-ci propose est une tautologie. Le code définit le terrorisme comme suit :

entreprendre, organiser, aider, financer, encourager ou tolérer des actes contre un autre État, visant des personnes ou des biens et de nature à provoquer la terreur parmi des dirigeants, des groupes de personnes, ou la population

définition qui, de toute évidence, n'en est pas une puisque le terme « terreur » n'est pas défini.

18. De plus, étant donné les piètres résultats auxquels ont abouti dans le passé les tentatives faites pour parvenir à une définition générale du terrorisme qui emporte l'adhésion universelle, les États-Unis sont sceptiques quant à la possibilité de parvenir à un consensus sur une telle disposition, quel qu'en soit le libellé. Les efforts faits pour parvenir à un consensus sur une définition générale du terrorisme n'aboutissant pas, la communauté internationale, au lieu de persister dans cette voie, a conclu une série de conventions portant sur des catégories spécifiques d'actes qu'elle condamne unanimement, quelles que soient les motivations de leurs auteurs. Ces conventions, qui sont énumérées dans le quatrième alinéa du préambule de la résolution 44/29 de l'Assemblée

l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre et la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre.

générale⁶, mettent à la charge des États parties l'obligation d'ériger en crimes les comportements qu'elles visent, de poursuivre ou d'extrader les coupables, et de coopérer entre eux aux fins de la mise en œuvre de leurs dispositions. En s'axant sur des types spécifiques d'actes qui, de par leur nature, sont inacceptables au lieu de mettre l'accent sur la question des motivations ou sur le contexte dans lequel ces actes sont commis, comme le fait le projet de code, la communauté internationale est ainsi parvenue à réaliser des progrès substantiels sur la voie de l'utilisation d'instruments juridiques pour combattre le terrorisme.

19. L'article 24 pose également un problème fondamental en ce qu'il vise uniquement les actes de terrorisme commis par un « agent ou représentant d'un État ». Or, dans la réalité, un grand nombre d'actes de terrorisme sont commis par des individus qui agissent à titre privé. Les États-Unis ne sauraient accepter une définition du terrorisme qui n'englobe pas dans son champ les actes commis par des personnes qui ne sont pas les agents d'un État ou dont il serait impossible de rapporter en justice la preuve qu'elles ont agi pour le compte d'un État.

Article 25

20. L'article 25 parle du trafic illicite de stupéfiants pratiqué « sur une vaste échelle ». Outre l'imprécision des mots « sur une vaste échelle », il n'apparaît pas clairement s'ils portent uniquement sur « trafic illicite de stupéfiants » ou également sur « entreprendre, organiser, faciliter, financer ou encourager ». En d'autres termes, il n'apparaît pas clairement si, pour que le code lui soit applicable, un individu doit nécessairement avoir joué un rôle important, ou s'il suffit qu'il ait joué un petit rôle dans une opération de grande envergure. Ce problème se retrouve dans de nombreux autres articles, dans la mesure où les activités incriminées (intervention, agression et autres) mettent très souvent en jeu de nombreuses personnes différentes, dont certaines n'ont qu'un rôle accessoire.

21. Qui plus est, le terme « stupéfiants » n'est pas utilisé de la même façon que dans les conventions internationales en vigueur. Le projet de code ne le définit jamais, mais renvoie dans la définition du trafic de stupéfiants à la fois aux stupéfiants et aux substances psychotropes. Il ne définit d'ailleurs pas non plus les substances psychotropes. Le vague dans lequel sont ainsi laissés les termes juridiques clefs de cet article est rédhibitoire.

⁶ Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs, Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs, Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, Convention internationale contre la prise d'otages, Convention sur la protection physique des matières nucléaires, Protocole pour la répression des actes illicites de violence dans les aéroports servant à l'aviation civile internationale, complémentaire à la Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, Convention pour la répression d'actes illicites contre la sécurité de la navigation maritime et Protocole pour la répression d'actes illicites contre la sécurité des plates-formes fixes situées sur le plateau continental.

22. Dans une série de conventions des Nations Unies, dont la plus importante et la dernière en date est la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes (appelée ci-après « Convention de Vienne de 1988 »), les termes « stupéfiant » et « substance psychotrope » ont des sens différents et bien précis. Dans cette convention, le terme « stupéfiant » désigne « toute substance, qu'elle soit d'origine naturelle ou de synthèse, figurant au tableau I ou au tableau II de la Convention de 1961 et de la Convention de 1961 telle que modifiée » (art. 1, al. *q*), alors que l'expression « substance psychotrope » désigne « toute substance, qu'elle soit d'origine naturelle ou de synthèse, ou tout produit naturel du tableau I, II, III ou IV de la Convention de 1971 » (art. 1, al. *r*). En ne définissant aucun de ces deux termes, et en se référant à l'un et à l'autre dans la définition du trafic de stupéfiants, le code ne peut qu'entretenir la confusion et l'équivoque.

23. L'article 25 dispose, en outre, que le trafic de « stupéfiants » est « illicite » s'il se pratique « en violation du droit interne ou du droit international ». On ne sait pas très bien si la référence au droit interne renvoie uniquement au droit de l'État où se trouve l'individu (auquel cas, elle n'a guère d'utilité) ou si elle renvoie au droit interne de tout État partie au code (auquel cas, son champ est excessivement large).

Article 26

24. L'article, qui traite des dommages à l'environnement, est sans doute le plus vague de tous. Il laisse sans définition des termes aux membres de phrase essentiels comme « dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel » ou « délibérément ». L'absence de définition de ce dernier terme ne peut que susciter la confusion quant à la nature précise de l'élément intentionnel nécessaire pour qu'il y ait responsabilité pénale. Ce terme pourrait simplement signifier que le défendeur a accompli volontairement — c'est-à-dire sans y avoir été contraint — un acte qui a eu pour effet de causer un dommage à l'environnement, sans avoir toutefois eu l'intention d'aboutir à ce résultat. Mais il pourrait aussi être interprété comme signifiant que la responsabilité pénale ne doit être retenue que lorsque le défendeur a agi dans le but de nuire, en sachant que son acte allait causer un grave dommage à l'environnement et dans l'intention de causer un tel dommage. On voit donc que, dans le libellé actuel, le terme « délibérément » se prête à diverses interprétations. Cette équivoque est encore renforcée par le fait que le code ne précise jamais l'état d'esprit et l'élément intentionnel nécessaires pour que la responsabilité pénale puisse être retenue.

25. Pas plus que les autres articles, cet article ne tient compte du réseau toujours plus serré et plus complexe de conventions concernant la protection de l'environnement⁷.

⁷ Voir, par exemple, la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques, la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance (complétée par divers protocoles), la Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou à toutes autres fins hostiles, la Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction, la Convention internationale pour la prévention des eaux de la mer par les hydrocarbures et la Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine.

CONCLUSION

26. Les États-Unis ne peuvent donner leur appui au projet de code sous sa forme actuelle. Ils ont en outre des doutes quant à l'efficacité de tous travaux qui pourraient être menés à l'avenir en vue de le remanier car il est, de bout en bout, entaché de nombreux vices fondamentaux.

Finlande

[Voir *Pays nordiques*]

Grèce

[Original : français]
[3 février 1993]

1. Le Gouvernement hellénique voudrait, tout d'abord, féliciter la Commission du droit international pour avoir adopté en première lecture les articles du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Il voudrait également exprimer sa reconnaissance au Rapporteur spécial, M. Doudou Thiam, pour sa contribution importante à l'élaboration du projet.

2. Le Gouvernement hellénique considère l'achèvement de la première lecture dudit projet par la Commission comme un développement particulièrement progressif.

3. En ce qui concerne les articles 15 à 26, la Commission a identifié douze crimes qui présentent une gravité particulière et qui constituent un affront pour l'humanité. Le Gouvernement hellénique soutient l'inclusion de tous ces crimes dans le code. Toutefois, il serait souhaitable que certaines de ces dispositions, et notamment celles de l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 22 (Crimes de guerre d'une exceptionnelle gravité), soient précisées davantage.

4. Par ailleurs, il conviendrait de pénaliser, après la menace d'agression (art. 16) et l'agression (art. 15), l'occupation, l'annexion et la succession d'État illicites, en adoptant une nouvelle disposition qui pourrait être libellée comme suit :

« Est crime contre la paix le fait de ne pas respecter, de façon délibérée, les décisions obligatoires du Conseil de sécurité, qui visent à mettre fin à un acte d'agression et à effacer ses conséquences illicites. »

Islande

[Voir *Pays nordiques*]

Norvège

[Voir *Pays nordiques*]

Paraguay

[Original : espagnol]
[30 novembre 1992]

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité qualifie ceux-ci de crimes de droit international, et les énumère sans les définir. Contrairement à d'autres instruments internationaux, le projet ne distingue pas entre crimes contre la paix, crimes de guerre et crimes contre l'humanité.

2. Les principaux crimes visés par le code sont l'agression et la menace d'agression, l'intervention, la domination coloniale et l'apartheid. Le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires constituent un deuxième groupe d'infractions. Le génocide, les violations systématiques ou massives des droits de l'homme, les crimes de guerre d'une exceptionnelle gravité, le trafic illicite de stupéfiants et les dommages délibérés et graves à l'environnement constituent un troisième groupe.

3. Une grande partie de ces crimes, comme le génocide, les crimes de guerre et les tortures, sont déjà couverts par des instruments élaborés par l'Organisation des Nations Unies et l'Organisation des États américains.

4. Ce projet a pour effet de compléter ces normes, en recherchant des moyens propres à assurer la protection efficace des droits de l'homme et à faire mieux respecter les principes de la non-intervention et de l'autodétermination des peuples. Il contribue à renforcer la protection juridique de la communauté internationale.

OBSERVATIONS RELATIVES À CERTAINS ARTICLES

Article 3

5. Au paragraphe 1, il faudrait remplacer, dans le texte espagnol, les mots *podrá ser sancionado* par les mots *será sancionado*, puisqu'il s'agit d'une règle pénale de caractère impératif. La même modification s'applique pour les paragraphes 2 et 3.

Article 7

6. Quel que soit le critère retenu en ce qui concerne la dérogation au principe pénal de la prescription de l'action pénale et de la peine, cet article se borne à suivre le système établi en ce qui concerne les crimes de ce type par des instruments internationaux analogues. Il convient, néanmoins, au lieu de déclarer l'imprescriptibilité, de fixer un délai ou une prescription de plus longue durée que pour les crimes de droit commun.

Article 9

7. Les paragraphes 1 et 2 consacrent le principe *non bis in idem*, mais le paragraphe 3 en réduit considérablement la portée en disposant que tout individu condamné pour un crime de droit commun peut être jugé et condamné de nouveau pour un crime prévu par le projet de code. Cette disposition va à l'encontre du principe *non bis in idem*, du droit de ne pas être jugé plus d'une fois pour le même fait, qui constitue pour l'inculpé une garantie de respect

de la légalité, instituée pour des raisons de sécurité juridique.

8. La même observation s'applique aux règles énoncées aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 4. Il faut cependant reconnaître que la disposition prévue au paragraphe 5 atténue les effets des paragraphes susmentionnés.

9. En ce qui concerne le paragraphe 2 *in fine* du commentaire¹, il convient d'indiquer qu'un non-lieu définitif a le même effet en droit paraguayen qu'un acquittement, bien qu'il soit prononcé dans le cadre d'une procédure sommaire et non à l'issue d'un procès en bonne et due forme.

Article 10

10. On ne saurait conseiller de limiter l'application du principe de la non-rétroactivité. La non-rétroactivité est une règle cardinale du droit. — *nullum crimen, nulla poena sine lege* — et il est dangereux d'autoriser des exceptions. C'est pourquoi nous recommandons de supprimer le paragraphe 2 de l'article. Tout aussi peu acceptable est le paragraphe 3 du commentaire², dans lequel on entend donner à la loi (*lex*), sans justification aucune, un sens extrêmement large, englobant non seulement la loi écrite, mais aussi la coutume et les principes généraux du droit. Cela conduit pratiquement à annuler le principe déjà cité de l'existence d'une loi concernant les délits et les peines.

Article 14

11. Au paragraphe 1 de l'article, il est stipulé :

Le tribunal compétent appréciera l'existence de circonstances atténuantes conformément aux principes généraux de droit, compte tenu du caractère de chaque crime.

Concernant une question aussi importante sur le plan du droit pénal que celle des circonstances atténuantes (circonstances qui justifient ou qui entraînent la non-culpabilité et la non-imputabilité), il semble inapproprié d'attribuer au juge une trop grande liberté d'appréciation, comme cela résulte de la référence aux « principes généraux de droit ». Il serait plus prudent, si on ne veut pas énoncer ces circonstances atténuantes, de s'en remettre à la législation du pays où le crime a été commis.

Article 15

12. Dans cet article comme dans d'autres, il est stipulé que l'auteur de tel ou tel acte sera condamné à une certaine peine « une fois reconnu coupable de cet acte », ce qui constitue manifestement une indication superflue, car la peine ne peut évidemment être prononcée que si l'intéressé a été reconnu coupable.

13. D'autre part, la Commission a estimé qu'il convenait d'incorporer au projet de code le crime d'annexion du territoire ou d'une partie du territoire d'un État souve-

rain par un autre État qui recourt à la violence ou à d'autres moyens illicites.

Article 16

14. La règle énoncée au paragraphe 1 est trop générale et imprécise. Définir la menace d'agression dans le texte espagnol par les expressions *proferir una amenaza* ou *ordenar que sea proferida* ne précise pas suffisamment le fait délictuel. Il doit exister un risque raisonnablement sérieux que l'agression se produise et ce risque doit se manifester par des faits.

Article 17

15. L'intervention dans les affaires intérieures ou extérieures d'un État peut prendre des formes plus subtiles, occultes et efficaces que celles qui consistent à fomenter des activités armées ou à les financer; il peut s'agir, par exemple, d'actes criminels ou de mesures de caractère économique ou autre qui perturbent gravement la vie d'un pays et le contraignent à se plier aux exigences qui lui sont imposées.

Article 19

16. Le crime de génocide était déjà prévu dans la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide et la définition qui figurait dans cet instrument a été reprise dans le projet actuel. À l'alinéa *e* du paragraphe 2, il conviendrait d'ajouter après le mot « enfants » les mots « ou d'adultes ».

Article 21

17. Ce crime est analogue au crime de génocide (art. 19), comme on peut le voir en comparant les dispositions des deux articles, bien que l'intention recherchée dans le cas du crime de génocide ne soit pas mentionnée dans l'article 21. De plus, les violations des droits de l'homme doivent être systématiques ou massives. Les différences ne sont apparemment pas fondamentales.

Article 22

18. Il existe déjà une série de conventions internationales sur les crimes de guerre, dont il est fait mention dans le commentaire qui accompagne cet article³. Il y a lieu de se demander s'il est nécessaire de prévoir un nouveau chef d'accusation en précisant que le crime de guerre doit être « d'une exceptionnelle gravité » et s'il s'agit là d'un critère satisfaisant pour créer un fait délictuel, au sujet duquel des qualifications existent déjà. La gravité plus ou moins grande du crime est néanmoins un critère valable pour décider de l'importance de la peine.

Article 24

19. Cet article porte sur le terrorisme, s'agissant non du terrorisme commis par des particuliers ou par des groupes privés, mais de celui qui est commis par des agents ou des représentants de l'État, et de tels cas de terrorisme existent aujourd'hui dans la communauté internationale.

¹ L'article 9 a été précédemment adopté en tant qu'article 7. Pour le commentaire, voir *Annuaire... 1988*, vol. II (2^e partie), p. 73 et 74.

² L'article 10 a été précédemment adopté en tant qu'article 8. Pour le commentaire, *ibid.*, p. 74 et 75.

³ Voir *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 109 à 111.

Article 26

20. Étant donné la gravité actuelle des problèmes écologiques, on a jugé utile d'ériger en crimes de droit pénal international des dommages délibérés graves à l'environnement.

Pays-Bas

[Original : anglais]
[18 février 1993]

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. La première partie du présent document contient les observations du Gouvernement néerlandais touchant le statut juridique du projet de code et les modalités qui permettraient de le relier à un mécanisme, qui reste à élaborer, permettant d'appliquer le code en vertu des dispositions du droit pénal international. Dans cette partie, le Gouvernement néerlandais expose également quels devraient être les principaux éléments d'un tel mécanisme.

2. La deuxième partie reflète les vues du Gouvernement néerlandais concernant les différents articles du projet de code élaboré par la Commission.

3. Préalablement, cependant, le Gouvernement néerlandais tient à commenter brièvement la genèse et l'importance du projet. Les préparatifs de l'élaboration du code et la question de savoir s'il conviendrait ou non d'instituer une juridiction pénale internationale remontent à une date déjà reculée. Dès 1947, en effet, l'Assemblée générale, par sa résolution 177 (II), a prié la Commission de préparer un code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Cependant, ce projet s'est trouvé retardé, notamment, par le débat prolongé qui a entouré la définition de l'agression. Le Gouvernement néerlandais se félicite de ce que la Commission, malgré ces obstacles, ait pu achever le premier projet de code en 1991.

4. Bien que la Commission ait examiné aussi bien l'opportunité d'instituer une juridiction pénale internationale que la possibilité de le faire, le projet de code de 1991 ne comporte aucune disposition à ce sujet. Le rapport de la Commission comprend toutefois une liste des facteurs à prendre en considération à cet égard et à propos desquels des dispositions devront être adoptées.

5. Le Gouvernement néerlandais a fait connaître ses vues quant à l'opportunité d'instituer une juridiction pénale internationale lors de l'examen du rapport de la Commission par la Sixième Commission lors de la quarante-sixième session de l'Assemblée générale, en 1991. Ses vues concernant le code sont donc exposées assez brièvement dans la deuxième partie.

I. — LE PROJET DE CODE DES CRIMES CONTRE LA PAIX
ET LA SÉCURITÉ DE L'HUMANITÉ

a) Statut juridique

6. De l'avis du Gouvernement néerlandais, le code a pour but de qualifier certaines infractions de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et de mettre en

place un système (national ou international) de sanctions applicables uniquement à ces infractions. De ce fait, les infractions en question doivent être définies aussi clairement que possible et cette définition doit être consacrée par un traité. Cela serait nécessaire en tout état de cause eu égard au principe *nullum delictum sine lege*. Cette prémisses fondamentale est renforcée par le fait qu'un système international de sanctions envisageant la création d'une juridiction pénale internationale est actuellement à l'étude.

7. Pour des raisons pratiques, toutefois, les commentaires ci-après sont formulés en suivant les expressions employées par la Commission.

b) Portée du code

8. Le Gouvernement néerlandais relève qu'il y a des différences considérables dans la nature des infractions visées dans le code. De plus, leur choix est passablement arbitraire et englobe des infractions fort diverses. D'une part, le code vise des infractions qui vont à l'encontre du sens que la société a du bien et du mal et qui constituent des violations massives des principes humanitaires élémentaires. Ces infractions sont, en tout état de cause, punissables en vertu du droit international en vigueur et peuvent engager la responsabilité de leur auteur. Tel est le cas, par exemple, du génocide ou des crimes de guerre les plus graves. D'un autre côté, certaines infractions incluses dans le projet de code, qui sont basées sur des critères obscurs ou en tout cas non spécifiés, constituent essentiellement le reflet des manifestations de la criminalité internationale qui affligent différents pays à l'heure actuelle. Le trafic de stupéfiants en est un exemple.

9. Le Gouvernement néerlandais considère qu'il devrait y avoir un lien étroit entre les infractions que l'on envisage d'inclure dans le code et le système de sanctions prévu. Comme le code envisage un système international de sanctions universellement applicables, les infractions couvertes par le code devraient répondre à certains critères. Si l'on considère que les États, d'une façon générale, répugnent à céder leurs pouvoirs, particulièrement en matière de droit pénal et d'application de la législation pénale, il convient de prendre pour hypothèse, tout au moins pour l'instant, qu'il ne sera possible de mettre en œuvre une quelconque procédure internationale d'exécution que dans des cas exceptionnels.

10. De l'avis du Gouvernement néerlandais, un système universel d'application du droit pénal ne serait possible et souhaitable que dans le cas des infractions qui répondent aux critères ci-après :

a) Crimes qui constituent une violation des principes humanitaires fondamentaux approuvés par la communauté mondiale et qui constituent un affront pour la conscience de l'humanité;

b) Crimes qui, par leur nature même, risquent fort d'empêcher une administration efficace de la justice au plan national et à propos desquels la justice ne peut réellement être dispensée qu'au plan international;

c) Crimes dont un individu peut être tenu personnellement responsable, qu'il ait agi ou non en tant qu'agent public.

Compte tenu de ces critères, le Gouvernement néerlandais est d'avis que le code devrait viser uniquement les crimes d'agression, de génocide et de violations systématiques ou massives des droits de l'homme ainsi que les crimes de guerre les plus graves.

11. En tout état de cause, ces crimes sont déjà passibles de sanctions en vertu de traités internationaux ou du droit international coutumier. Les Conventions de Genève du 12 août 1949 et le Protocole additionnel I de 1977, ainsi que la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, sont autant d'instruments qui peuvent être cités dans ce contexte.

12. Néanmoins, le Gouvernement néerlandais est d'avis que, lorsque le code et une juridiction pénale auront été mis en place, il sera tout à fait possible d'inclure dans le code d'autres crimes, et peut-être des crimes de nature différente. Néanmoins, cela ne sera possible que si l'actuelle structure d'États nationaux souverains s'ouvre suffisamment pour faire place à un mécanisme international d'application du droit pénal.

13. Pour que sa position soit claire, le Gouvernement néerlandais tient cependant à souligner que, s'il considère que le code ne devrait en fait s'appliquer qu'à un nombre de crimes relativement réduit, cela ne veut pas dire que les autres crimes spécifiés par la Commission ne devraient pas être punissables. La liste préconisée par les Pays-Bas ne doit pas être interprétée comme signifiant autre chose que le fait que les crimes omis de l'énumération proposée ne répondent pas aux critères susmentionnés, lesquels ont été formulés spécifiquement en vue de parvenir à un code qui soit relié à un mécanisme international d'exécution. Les crimes qui ne figurent pas sur la liste, comme la majorité de ceux mentionnés par la Commission, devraient peut-être faire l'objet d'un traité distinct ou être couverts par le principe *aut iudicare, aut dedere*, ou par le principe d'universalité. Dans des cas de cette nature, l'exécution aurait lieu, en définitive, au plan national.

c) *Établissement d'un lien entre le code et le système d'application*

14. De l'avis du Gouvernement néerlandais, il importe que le code soit étroitement relié à un système visant à lui donner effet. Il relève, à ce propos, que le développement du droit international basé sur le code concernerait essentiellement les moyens d'appliquer le code au plan international plutôt que de rendre certains crimes punissables, dans la mesure où toutes les infractions devant être incluses dans le code sont déjà passibles de sanctions en vertu des traités existants ou du droit coutumier. Le principal objectif est, par conséquent, d'élaborer un mécanisme d'application international viable. Cela étant, il serait bon, tout au moins à ce stade, de limiter le nombre de crimes inclus dans le code et de minimiser ainsi tout empiètement sur la juridiction nationale des États. Compte tenu de ce qui précède, le Gouvernement néerlandais n'est pas favorable à un code qui tendrait à réprimer certains crimes mais qui ne créerait pas de mécanisme d'exécution. Dans ce cas, il n'aurait guère d'utilité.

15. Enfin, l'établissement d'un lien entre les crimes énumérés et un système d'application signifie que le

code ne peut prévoir aucune clause d'exemption. Les crimes qui, selon le Gouvernement néerlandais, devraient figurer dans le code sont déjà punissables en vertu du droit international, et des clauses d'exemption du mécanisme d'application doivent être évitées car elles saperaient l'essence et les raisons mêmes de l'adoption du projet de code.

II. — APPLICATION DU CODE

16. Lors du débat qui a eu lieu sur le rapport de la Commission à la Sixième Commission, pendant la quarante-septième session de l'Assemblée générale, en 1992, le Gouvernement néerlandais, dans son intervention¹, a exposé en détail ses vues concernant la possibilité et l'opportunité de créer une juridiction pénale internationale. Il se bornera, par conséquent, à résumer ci-après ses vues concernant le type de mécanisme international d'application qu'il conviendrait, à son avis, de mettre en place. Étant donné la nature des présentes observations et le fait que le débat touchant la création d'une juridiction pénale internationale vient à peine de commencer, les observations ci-après ne constituent pas une analyse exhaustive des problèmes que risque de susciter la création d'une juridiction pénale de cette nature.

17. Les questions qui suivent seront traitées tour à tour :

- a) La compétence d'un mécanisme international de supervision (ci-après dénommé « juridiction pénale »);
- b) La procédure à suivre au cas où une juridiction pénale de cette nature serait créée;
- c) Les sanctions à imposer;
- d) La composition de l'organe responsable des poursuites et de la juridiction pénale.

a) *Compétence de la juridiction pénale internationale*

i) *Compétence ratione materiae*

18. Comme le but est de mettre en place un système d'exécution dans le contexte du code, les pouvoirs *ratione materiae* de la juridiction pénale internationale ne devraient s'appliquer qu'aux crimes à spécifier dans le code, comme suggéré ci-dessus.

ii) *Attribution de compétence*

19. Le Gouvernement néerlandais est favorable à un système de compétence préférentielle. Cela signifie que la juridiction pénale internationale aurait compétence dès lors qu'une personne serait soupçonnée d'avoir commis l'une quelconque des infractions visées dans le code. Au cas où une action ne serait pas introduite devant la juridiction pénale internationale, les tribunaux nationaux acquerraient ou recouvreraient compétence pour juger le suspect. Toutefois, si l'affaire devait en fait être jugée devant la juridiction pénale internationale, celle-ci statuerait en première et dernière instance.

¹ Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Sixième Commission, 21^e séance, par. 57 à 76.

20. Une question importante est ici de savoir si la juridiction devrait ou non pouvoir statuer en l'absence de l'accusé. Le Gouvernement néerlandais n'a pas encore défini de position arrêtée touchant l'opportunité de prévoir une procédure par contumace, mais il tient cependant à appeler l'attention sur les inconvénients d'une telle procédure, étant donné que les actions de ce type sont particulièrement difficiles et assez longues et peuvent avoir des effets regrettables sur l'opinion publique.

21. La question de savoir dans quelles circonstances spécifiques la juridiction pénale internationale aurait compétence pour connaître d'une affaire peut être présentée comme suit. En premier lieu, eu égard aux critères énoncés dans la première partie du présent document, la question concerne le pouvoir de statuer sur des infractions qui, en tout état de cause, sont universellement punissables. En deuxième lieu, la juridiction pénale devrait avoir compétence à l'égard de toute personne coupable de l'un quelconque des crimes spécifiés dans le code, même si l'intéressé se trouve dans un pays ou a la nationalité d'un pays qui n'est pas partie à cet instrument. De plus, il importe que les États qui seront parties incorporent dans leur législation nationale le principe de l'universalité en ce qui concerne les crimes visés dans cet instrument.

22. Le Gouvernement néerlandais serait opposé à toute procédure qui confierait à la juridiction pénale le rôle de juridiction d'appel. Néanmoins, cela n'empêche pas de prévoir une procédure pour le règlement des différends touchant l'interprétation ou l'application du code dans des affaires qui seraient soumises à des tribunaux nationaux après qu'il aurait été décidé de ne pas introduire d'action devant la juridiction pénale internationale.

23. En ce qui concerne le châtement du crime d'agression, la question se pose des rapports qui existeront entre la juridiction pénale et le Conseil de sécurité. Les vues du Gouvernement néerlandais sur ce point sont que la juridiction pénale devrait, en principe, avoir toute latitude de statuer sur la question juridique de savoir si un individu est ou non coupable de la même infraction, sans tenir compte de la question de savoir si le Conseil de sécurité a débattu de la question politique consistant à déterminer si un État a commis un acte d'agression. Néanmoins, il est tout à fait inhabituel pour le Conseil de sécurité de qualifier un acte d'agression, et une telle constatation a invariablement des conséquences d'une portée extrême. Il devrait donc, en fait, être virtuellement impossible pour la juridiction pénale internationale, dans la pratique, de parvenir à une conclusion différente au sujet de la même situation.

24. À la lumière de ces considérations, le Gouvernement néerlandais estime qu'il n'est pas nécessaire de confier au Conseil de sécurité un rôle de procédure spécifique aux fins de la poursuite d'actes d'agression.

b) Procédure

25. Il faudrait mettre au point une procédure qui soit, à tout le moins, conforme aux principes énoncés à l'article 8 du projet de code.

26. Il serait essentiel de mettre en place un ministère public spécial pour les affaires devant être portées de-

vant la juridiction pénale. Ce ministère public devrait pouvoir introduire des actions devant la juridiction :

a) De sa propre initiative s'il a reçu, par exemple, des informations d'un État;

b) À la suite d'une résolution adoptée par l'Assemblée générale. Si l'Assemblée adoptait une résolution de cette nature, le ministère public devrait entamer des poursuites. Le Gouvernement néerlandais est d'avis que l'Assemblée est, de par sa représentativité et ses larges pouvoirs, l'organe le mieux approprié;

c) Sur instructions à cet effet de la juridiction pénale internationale. De telles instructions pourraient être données à la demande d'un État au cas où le ministère public déciderait de ne pas entamer de poursuites (principe de l'expédience) après avoir reçu des informations dudit État.

c) Sanctions

27. Eu égard au principe *nulla poena sine lege*, le code devrait comporter des dispositions touchant les sanctions dont les crimes visés seraient passibles. Comme le code concerne exclusivement des crimes d'une gravité extrême, les Pays-Bas considèrent qu'ils devraient tous être passibles de la même sanction, qui pourrait revêtir la forme de peines de prison, de mesures restrictives de la liberté ou de la confiscation de biens (par exemple ceux acquis au moyen de la commission du crime). Le Gouvernement néerlandais serait opposé à l'inclusion dans le code de la peine de mort car cela empêcherait bien d'autres pays aussi de souscrire au code pour des raisons liées à leur législation nationale et/ou au droit international.

d) Composition de la juridiction pénale et du ministère public

i) Composition de la juridiction pénale

28. Le Gouvernement néerlandais estime que la juridiction pénale devrait être relativement restreinte et être composée, par exemple, de cinq à sept juges indépendants élus selon la même procédure que les membres de la Cour internationale de justice. La juridiction pénale devrait être indépendante de la CIJ, laquelle est en fait un organe d'un type tout à fait différent de celui qui est envisagé ici. Toutefois, cela n'empêcherait pas les juges de la CIJ de siéger à la juridiction pénale internationale, pas plus que d'envisager d'autres formes de concentration institutionnelle qui mettraient en relief l'universalité de la juridiction pénale.

ii) Composition du ministère public

29. Le ministère public devrait être composé d'un procureur général nommé par l'Assemblée générale, assisté par un ou plusieurs avocats généraux et un petit nombre de collaborateurs. De l'avis de la Commission, le rôle du Secrétaire général, et spécialement l'objectivité dont il doit constamment faire preuve dans l'exercice des fonctions qui lui sont confiées par la Charte, serait incompatible avec les fonctions de chef du ministère public.

OBSERVATIONS RELATIVES À CERTAINS ARTICLES

Article premier

30. Le Gouvernement néerlandais considère que les mots entre crochets « [de droit international] » devraient être supprimés et partage l'avis des membres de la Commission qui considèrent que cette expression est inutile et risque de susciter des confusions touchant l'interprétation de l'article.

Article 3

31. En principe, il faudrait réprimer non seulement la commission d'un crime visé dans le code mais aussi toute tentative de commettre un tel crime. L'on pourrait y parvenir de façon uniforme soit en modifiant l'article 3, de manière à spécifier que toute tentative de commettre l'un des crimes visés dans le code est punissable de la même façon, soit en reformulant chacune des dispositions correspondantes pour y prévoir la tentative de commettre un crime.

32. Deuxièmement, l'expression « individu », à l'article 3, devrait être définie de façon plus précise. En particulier, l'article devrait spécifier si elle vise seulement une personne physique ou si elle pourrait s'appliquer aussi à une personne morale. L'avantage de cette dernière formule est que le code serait applicable à des groupes de personnes qui ne peuvent pas être considérées comme des individus ni comme des organes gouvernementaux. L'inconvénient est toutefois que cette définition plus large pourrait compliquer beaucoup le fonctionnement du système d'application. La Commission du droit international voudra peut-être, lors de son examen du code en deuxième lecture, examiner cette question de plus près et la préciser soit dans le texte de l'article, soit dans son commentaire.

33. Troisièmement, le Gouvernement néerlandais ne voit pas clairement quel est le lien établi par la Commission entre la notion de planification et l'expression « participe à une entente en vue de commettre », au paragraphe 2 de l'article 3.

34. Enfin, il conviendrait de supprimer les mots « une assistance », au paragraphe 2, qui ne sont pas définis avec assez de précision et qui sont trop vagues pour mériter d'être inclus dans le code.

Article 4

35. De l'avis du Gouvernement néerlandais, l'article 4 est inutile dans la mesure où les questions envisagées sont déjà couvertes à l'article 14. L'on pourrait peut-être se référer à l'objet de l'actuel article 4 et de son commentaire dans le commentaire relatif à l'article 14².

Article 6

36. Le Gouvernement néerlandais a exposé *supra* dans la première partie de ses observations ses vues touchant l'importance qu'il y a à établir un lien entre le code et un mécanisme d'application. Il pense, comme la Commission, que cet article devra être modifié une fois qu'une

décision aura été prise touchant l'établissement d'une juridiction pénale internationale. Il sera alors probablement possible de supprimer certains éléments de l'article. Le Gouvernement néerlandais a deux autres observations à formuler à ce propos.

37. Premièrement, en ce qui concerne l'extradition, il est essentiel de prévoir des garanties suffisantes pour que le suspect soit traité conformément aux dispositions de l'article 8 du projet de code. À cette fin, on pourrait soit ajouter une clause qui interdise expressément l'extradition si l'État requérant ne fournit pas les garanties décrites à l'article 8, soit ajouter à l'article 6 le membre de phrase « sous réserve des garanties prévues à l'article 8 ».

38. Deuxièmement, tel que le paragraphe 1 de l'article 6 est actuellement rédigé (« sur le territoire duquel se trouve l'auteur présumé d'un crime »), l'État intéressé n'a compétence qu'aussi longtemps que l'intéressé se trouve sur son territoire. Si un pays demande à un autre pays d'extrader une personne qui ne se trouve pas — ou pas encore — sur son territoire, l'État requis n'a pas — ou pas encore — compétence. Il n'aurait une telle compétence que si l'universalité de compétence à l'égard des infractions visées dans le code était consacrée dans la législation nationale de l'État requérant. Cet article devrait être remanié de façon à accroître son efficacité dans la pratique, et/ou les parties au code devraient être tenues d'établir une compétence universelle en ce qui concerne les crimes visés dans le code.

Article 7

39. L'acceptabilité de cette disposition dépend directement de la question de savoir quels seront les crimes visés par le code. Dans la première partie de ses observations, le Gouvernement néerlandais a émis l'opinion que le code ne devrait englober qu'un nombre limité de crimes, à savoir les crimes suffisamment graves pour que la prescription ne leur soit pas applicable. Les dispositions de cet article ne devraient s'appliquer à aucune des autres infractions actuellement visées dans le projet de code.

Article 8

40. Le Gouvernement néerlandais attache une grande importance aux garanties prévues par cet article, comme il l'a déjà indiqué *supra* dans ses observations relatives à l'article 6.

Article 9

41. Cet article, comme l'article 6, devrait être modifié si une juridiction pénale internationale est instituée. Le Gouvernement néerlandais a trois autres observations à faire au sujet du libellé de l'article 9.

42. Premièrement, le paragraphe 3 de l'article est incompatible avec le principe *non bis in idem*, étant donné que le facteur décisif, pour l'application de la règle, n'est pas la façon dont un certain acte est défini (en droit interne ou en droit international), mais plutôt la question de savoir si cet acte est punissable et si des poursuites ont été entamées contre son auteur.

² Voir *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 104 et 105.

43. Deuxièmement, le libellé du paragraphe 4 n'est pas satisfaisant. Le but de cet article est de veiller à ce qu'une personne qui a commis un crime grave ne puisse pas, grâce à des procédures nationales douteuses, échapper à une sanction correspondant à la gravité de l'infraction. Simultanément, toutefois, il importe de veiller à ce que le délinquant ne soit pas jugé deux fois, dans le cadre d'une procédure juste et régulière, pour le même crime, ou bien condamné deux fois à une peine correspondant à la gravité de l'infraction. Le Gouvernement néerlandais considère que le libellé actuel n'accorde pas de garanties suffisantes, spécialement contre cette dernière éventualité.

44. Troisièmement, indépendamment du paragraphe 3 de l'article, dont il a déjà été question, les problèmes liés à la règle *non bis in idem* ne peuvent être évités qu'en reconnaissant une compétence exclusive à la juridiction pénale internationale qu'il est proposé de créer (comme cela est expliqué *supra* dans la première partie des observations). Dans toutes autres circonstances, cette règle susciterait des problèmes. La Commission devra, par conséquent, étudier cette question lorsqu'elle s'emploiera à élaborer un système d'application.

Article 10

45. Le Gouvernement néerlandais considère que le membre de phrase « en conformité avec le droit international », au paragraphe 2 *in fine*, devrait être supprimé. Depuis la seconde guerre mondiale, un certain nombre d'infractions ont été codifiées en droit international. De ce fait, cette disposition empêcherait la poursuite et le châtement des auteurs de crimes qui ne sont pas codifiés mais qui pourraient être considérés comme des infractions au regard de la coutume internationale.

Article 15

46. Il y a lieu de relever une contradiction entre les deux premiers paragraphes de cet article. Le paragraphe 1 a trait à la commission d'un crime par un individu (« Tout individu qui [...] commet ou ordonne »), tandis que le paragraphe 2 se réfère aux actes d'un État (« L'agression est l'emploi de la force armée par un État »). Soit l'article lui-même, soit le commentaire y relatif³ devrait élucider les vues de la Commission touchant la relation entre la responsabilité individuelle et la responsabilité de l'État.

47. Pour éviter toute ambiguïté, les mots « incompatible avec la Charte des Nations Unies » devraient être insérés après les mots « force armée » au début du paragraphe 2. Le paragraphe se terminerait alors après les mots « d'un autre État ». En outre, ces expressions devraient être définies dans le commentaire.

48. La première partie du paragraphe 3 n'a pas sa place dans cet article, étant donné qu'elle a trait à la production de preuves et non à la qualification de l'infraction. La seconde partie du paragraphe envisage la possibilité d'habiliter un organe politique à déterminer si

un acte donné constitue une infraction. Cela violerait le principe *nullum crimen sine lege*. Cet élément devrait donc être supprimé lui aussi de la définition du crime d'agression.

49. Le principe *nullum crimen sine lege* joue un rôle dans le libellé de l'alinéa *h* du paragraphe 4. Dans ce cas, habiliter le Conseil de sécurité à déterminer que certains actes, avec le recul, ont constitué une agression et pouvaient faire l'objet de poursuites en tant que tels violerait ce principe. La seule autre solution consisterait pour le Conseil de sécurité à stipuler à l'avance et en termes généraux quels sont les éléments constitutifs d'une agression.

50. Le paragraphe 5 pourrait, par déduction, stipuler qu'une constatation par le Conseil de sécurité ne lie pas la juridiction internationale envisagée. Ce paragraphe et le commentaire correspondant⁴ devraient être revus si une juridiction internationale est effectivement créée. Pour plus de clarté, il faudrait également ajouter les mots « ou l'inexistence » après les mots « sur l'existence ».

51. Le sens du paragraphe 6 n'est pas clair. On peut se demander si, en fait, cet article ajoute quoi que ce soit aux dispositions de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies. De l'avis du Gouvernement néerlandais, ce paragraphe devrait être supprimé.

52. Le paragraphe 7 pourrait être supprimé également.

Article 16

53. Le Gouvernement néerlandais considère que ce crime ne devrait pas être inclus dans le projet de code; dans différentes circonstances, il serait couvert par l'interdiction de l'agression en tant que telle, et tomberait par conséquent sous le coup des dispositions de l'article 15.

Article 17

54. Cet article devrait lui aussi être omis du code. Une raison en est que certains types d'intervention sont, en tout état de cause, couverts par l'interdiction de l'agression et sont, par conséquent, punissables en vertu des dispositions de l'article 15. De l'avis du Gouvernement néerlandais, les types d'intervention qui ne sont pas couverts par l'article 15 ne sont pas suffisamment graves pour mériter d'être inclus dans le code. D'un autre côté, la définition donnée semble trop lâche et trop ambiguë pour que ces dispositions puissent être appliquées dans la pratique.

Article 18

55. Pour les mêmes raisons que celles qui ont été exposées pour l'article 17, le Gouvernement néerlandais considère qu'il n'est pas souhaitable d'inclure cet article dans le code.

Article 19

56. Le Gouvernement néerlandais est favorable à l'inclusion du génocide dans le code. Il s'agit, en réalité,

³ L'article 15 a été précédemment adopté en tant qu'article 12. Pour le commentaire, voir *Annuaire... 1988*, vol. II (2^e partie), p. 77 et 78.

⁴ *Ibid.*, par. 6.

d'un crime qui, plus que tout autre, offense le sens du bien et du mal de la société. Il faut espérer que le code aidera à donner effet à l'interdiction du génocide, acte qui a déjà été mis hors la loi dans une convention séparée.

57. Il semble qu'il y ait une contradiction entre les dispositions relatives au crime d'agression, qui prévoient que la planification de cet acte constitue une infraction, et celles touchant le génocide, selon lesquelles la planification d'un génocide n'est pas une infraction. Comme il a été dit pour l'article 3, le problème pourrait être résolu en modifiant chacune des dispositions de fond en les alignant sur une formulation uniforme, ou bien en ajoutant à l'article 3 une autre disposition signifiant que le fait de planifier l'un quelconque des crimes inclus dans le code constitue en soi un crime.

Article 20

58. Cette disposition ne devrait pas figurer dans le code. D'une part, la nature même de l'infraction risque de susciter des problèmes virtuellement insolubles en matière de responsabilité, de poursuites, etc. D'autre part, l'apartheid constitue généralement, en tout état de cause, une violation systématique ou massive des droits de l'homme.

Article 21

59. Le Gouvernement néerlandais est d'avis que ce crime devrait être inclus dans le code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et qu'il mérite de faire l'objet de dispositions spécifiques, quelles que soient, dans les différentes conventions de caractère régional et mondial relatives aux droits de l'homme, les procédures de surveillance prévues pour éviter de telles violations. Ces procédures visent essentiellement à évaluer — *a posteriori* — la mesure dans laquelle chaque État s'est acquitté de sa responsabilité de respecter les droits de l'homme, plutôt que — comme envisagé par le code — la responsabilité pénale d'un individu qui viole lesdits droits. En outre, nombre de procédures de surveillance existantes se sont avérées inadéquates dans le cas de violations de droits de l'homme qui tomberaient sous le coup des dispositions de l'article 21 du présent code.

60. Par ailleurs, il existe un lien étroit entre cet article et le crime de génocide. Dans un souci de cohérence, par conséquent, les violations des droits de l'homme devraient être incluses dans le code au même titre que le génocide.

61. Pour ce qui est du texte de l'article 21, le Gouvernement néerlandais considère qu'il faudrait interpréter l'expression « persécution » de la même façon que dans la Convention relative au statut des réfugiés. Il s'agit en fait d'une interprétation plus étroite que celle qui est donnée dans le commentaire relatif à cet article⁵. La référence qui est faite dans le commentaire aux persécutions commises « soit par des agents du gouvernement, soit par des groupes qui exercent un pouvoir de fait sur un certain territoire »⁶ donne à ce concept une interprétation

beaucoup plus large que celle qui est appliquée dans le contexte de la Convention relative au statut des réfugiés.

62. En outre, il serait préférable de remplacer le mot « ou » par le mot « et » dans l'expression « d'une manière systématique ou massive ». Seules des violations qui sont à la fois systématiques et massives devraient être visées par le code, car c'est seulement dans ces circonstances qu'elles constituent des actes qui contreviennent gravement au sens du bien et du mal de la société.

63. Par ailleurs, l'expression « systématique ou massive » doit figurer dans le chapeau de cet article pour bien préciser qu'elle s'applique aux cinq violations énumérées. En outre, cela établirait que certains aspects de l'apartheid tombent sous le coup de cet article. En conséquence, les alinéas *c* et *d* du paragraphe 2 de l'article 20, lesquels, selon le Gouvernement néerlandais, devraient être omis du code, pourraient être couverts par le commentaire relatif à l'article 21.

64. En outre, il serait bon que le code précise plus clairement que ce n'est actuellement le cas, soit dans cet article, soit dans un article de caractère général, comme l'article 3, que le code s'applique aux individus ayant commis un crime en leur qualité officielle. Ce fait doit être précisé dans le code lui-même : il ne suffit pas de le dire dans le commentaire.

65. Enfin, le commentaire devrait comprendre plus de références aux conventions universelles relatives aux droits de l'homme que celles qui y figurent déjà. Cependant, ces conventions ne devraient pas être visées dans les définitions des crimes proprement dites.

Article 22

66. Le texte de cet article reflète les efforts déployés par la Commission pour trouver un moyen terme entre les deux approches différentes de cette catégorie de crimes, qui sont, d'une part, la tentative de formuler une définition générale des crimes de guerre et, de l'autre, l'énumération d'actes qui peuvent constituer des crimes de guerre.

67. Le Gouvernement néerlandais souscrit à l'avis exprimé par les membres de la Commission opposés à une énumération des actes considérés comme des « crimes de guerre d'une exceptionnelle gravité ». En premier lieu, on ne trouve d'énumération de ce type nulle part ailleurs dans le texte et, en second lieu, une telle énumération empêcherait d'appliquer les dispositions du code à de nouvelles méthodes de guerre.

68. Simultanément, le Gouvernement néerlandais est conscient du fait qu'il est extrêmement difficile de trouver une expression générale qui soit suffisamment précise mais qui ne limite pas pour autant plus qu'il n'est nécessaire la portée de l'article. À ce propos, l'expression « graves violations » ne conviendrait pas, vu que certains actes qualifiés comme tels dans les Conventions de Genève de 1949 et dans le Protocole additionnel I de 1977 ne sont pas suffisamment graves pour être inclus dans le code, tandis que d'autres qui ne sont pas décrits comme de « graves violations » le sont assez pour être inclus dans le code. D'un autre côté, l'expression « actes [...] cruels ou barbares » n'est pas définie avec assez de

⁵ Voir *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 107 à 109.

⁶ *Ibid.*, p. 108, par. 9.

précision et laisse subsister trop de possibilités d'interprétation subjective pour qu'elle soit appropriée dans ce contexte.

69. En conséquence, le Gouvernement néerlandais suggère, au paragraphe 2 de l'article 22, de se référer aux « crimes de guerre graves » en omettant d'indiquer qu'ils sont exceptionnels; ces crimes seraient définis comme suit :

a) Les violations graves, telles que définies dans les Conventions de Genève de 1949 et dans le Protocole additionnel I aux Conventions de Genève;

b) Les autres violations graves des règles du droit international applicables dans les conflits armés.

À proprement parler, la catégorie *a* n'est pas absolument nécessaire puisque les actes en question sont couverts par la catégorie *b*. Il conviendrait néanmoins de se référer expressément à ces violations pour plus de clarté. Le qualificatif « graves » implique que les crimes de guerre ne sont pas tous couverts par le code. La question de savoir si une violation peut être considérée comme « grave » se posera principalement lorsqu'il s'agira de déterminer s'il y a lieu de poursuivre l'auteur d'un crime.

70. Le Gouvernement néerlandais est du même avis que la Commission selon laquelle cet article devrait être applicable aussi aux conflits armés de caractère national, étant donné que des crimes de guerre graves peuvent également être commis en pareilles circonstances. Ainsi, il serait possible d'invoquer cet article en cas de violations des droits de l'homme par des insurgés. De plus, cela éviterait la nécessité de décider si, dans un cas déterminé, un conflit a un caractère national ou international. Le Gouvernement néerlandais pense qu'il faudrait spécifier dans le commentaire relatif à cet article⁷ que cette application élargit la portée du droit existant, du fait que les crimes de guerre ne sont pas mentionnés dans le Protocole additionnel II aux Conventions de Genève. De plus, il faudrait, dans le commentaire, examiner cette disposition dans le contexte du paragraphe 5 de l'article 6 du Protocole additionnel II, qui invite instamment les parties à un conflit à coopérer pour instituer l'amnistie la plus large possible après la cessation des hostilités.

Articles 23 à 26

71. Le Gouvernement néerlandais est opposé à l'inclusion des articles 23 à 26 dans le code, étant donné qu'aucun d'entre eux ne répond aux critères énoncés dans la première partie des présentes observations.

72. La notion de « terrorisme international », de surcroît, qui fait l'objet de l'article 24, risque de susciter des problèmes virtuellement insurmontables de définition et d'interprétation.

73. Le trafic de stupéfiants, qui fait l'objet de l'article 25, est une infraction d'une nature tout à fait différente des crimes comme le génocide, l'agression ou les violations systématiques et massives des droits de l'homme. Le Gouvernement néerlandais tient à souligner

à nouveau que, à son avis, le mécanisme envisagé pour l'application du code au plan international ne serait pas le moyen le mieux approprié de réprimer cette infraction. En pareil cas, il serait plus adéquat d'avoir recours à des instruments nationaux d'application, éventuellement basés sur le principe d'universalité ou, à défaut, sur le principe *aut judicare aut dedere*, dont l'application serait stipulée par traité.

Pays nordiques

[Original : anglais]
[22 décembre 1992]

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

A. — Considérations de principe

1. Les pays nordiques sont foncièrement acquis à l'idée d'un code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Ils considèrent, cependant, que le projet actuel doit être largement remanié, qu'il s'agisse de questions de principe importantes (par exemple, les exceptions à la règle de la responsabilité de l'auteur d'un crime) ou du libellé des dispositions relatives aux peines applicables. De plus, la formulation du projet s'écarte de celle que l'on trouve habituellement dans les textes législatifs; de ce fait, les tribunaux de nombreux pays ne pourraient pas utiliser le code sous sa forme actuelle.

B. — Relation avec une cour pénale internationale

2. Une des principales difficultés que soulève le code dans sa version actuelle tient à l'imprécision de son statut. D'une part, il pourrait revêtir la forme d'une convention de type classique, en vertu de laquelle chaque État incorporerait dans sa législation en tant que crimes les actes punissables visés dans la convention et édicterait des peines appropriées ou entamerait une procédure d'extradition. On pourrait cependant objecter que la plupart des crimes visés dans le projet de code le sont déjà dans des conventions existantes ou constituent des violations du droit international et de législations nationales en vigueur.

3. D'autre part, on pourrait concevoir un code pénal international qui serait indépendant des législations pénales nationales. Si l'on adopte cette hypothèse, on ne peut guère se prononcer sur le projet, car il ne traite que très brièvement de l'exercice de l'action pénale.

4. Aux yeux des pays nordiques, le projet de code semble n'avoir d'autre objectif que de criminaliser certains actes conformément au droit international, sans se prononcer sur le point de savoir si ceux-ci devraient être jugés par une cour pénale internationale, par un tribunal national, ou par les deux. De plus, si nous comprenons bien le projet, les États qui adhéreront au code ne seront pas tenus, de ce fait, d'inclure dans leur législation pénale tous les actes qualifiés de crimes dans le projet de code. Or, de nombreux pays, comme les pays nordiques, devront adopter des dispositions pénales appropriées pour pouvoir engager des poursuites en vertu du code. Il faut donc déterminer si les États parties à l'instrument final seront tenus de prendre les mesures nécessaires, y

⁷ Ibid., p. 109 à 111.

compris des mesures législatives, afin de permettre l'application du code.

5. On ne niera pas qu'il est nécessaire de créer une cour internationale compétente pour connaître de certains crimes particulièrement graves, tels que l'agression, l'intervention et le génocide, car, en raison du caractère international de ces crimes, les tribunaux nationaux sont généralement impuissants. En revanche, les pays nordiques sont moins convaincus de la nécessité d'établir une cour pénale internationale pour connaître de crimes qui, bien qu'ayant incontestablement un caractère international, ont été jusqu'à présent poursuivis en vertu du droit pénal du pays où ils avaient été commis. Il serait plus judicieux d'utiliser le projet de la Commission comme une base pour l'élaboration d'un code traitant d'atteintes à la paix et à la sécurité de l'humanité dont l'extrême gravité justifierait la création d'une cour pénale internationale et qui relèveraient de la compétence de celle-ci.

C. — Observations générales à propos du projet de code

6. Dans une certaine mesure, plusieurs articles s'inspirent directement de conventions internationales existantes, relatives aux crimes qu'ils visent. Le lien existant entre le projet de code et lesdites conventions doit donc être éclairci.

7. Par ailleurs, certains articles clefs sont à ce point vagues et ambigus qu'ils risquent d'être une source de confusion, alors que le droit pénal exige une extrême précision. Qui plus est, bon nombre d'articles font appel à des notions générales ayant une connotation politique, qui laissent la porte ouverte à quantité d'interprétations. C'est le cas, par exemple, d'un passage de l'article 16 qui se lit comme suit : « toutes autres mesures de nature à donner au gouvernement d'un État de bonnes raisons de croire qu'une agression est sérieusement envisagée contre cet État ». Le sens exact de ce passage n'est pas évident.

8. Il ressort clairement de ce qui précède que les crimes visés dans le code doivent satisfaire à deux critères. En premier lieu, il doit s'agir d'actes qui constituent effectivement des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité; autrement dit, ils doivent satisfaire au critère de qualification. En second lieu, leur nature doit être telle qu'ils puissent être régis par ce type d'instrument : ils doivent donc satisfaire au critère de pertinence. Comme cela est indiqué plus loin dans les observations relatives à certains articles, le projet de code comprend un certain nombre d'articles qui, de l'avis des pays nordiques, ne satisfont pas à ces deux critères. Un code qui répondrait strictement à ces critères aurait d'ailleurs une portée considérablement plus limitée que le projet à l'examen. Il faudrait retenir avant tout les crimes visés aux articles 15 à 22 et qui sont commis au nom d'un État.

9. Le projet actuel pose un autre problème du fait qu'il est imprécis sur le point de la responsabilité. Selon l'interprétation des pays nordiques, il suffit en général que l'infraction ait effectivement été commise. Cependant, certains articles précisent que la disposition n'est

applicable que si l'acte est commis de façon « délibérée ». Dans d'autres cas, comme à l'article 20, il est indiqué qu'il doit exister des motifs précis « en vue d'instituer ». De l'avis des pays nordiques, il vaudrait mieux spécifier dans un article distinct figurant dans le titre I que le code ne s'applique, en principe, qu'aux actes commis délibérément. Des exceptions éventuelles pourraient être énoncées dans les articles selon qu'on veuille renforcer ou affaiblir les critères de responsabilité subjective.

10. De plus, le projet ne tient pas compte du fait qu'il n'y a pas de commune mesure entre les cas où l'acte est commis par des individus agissant de leur propre chef et ceux où il résulte d'une décision émanant des plus hautes autorités du pays concerné. Les cas où des décisions sont, par exemple, le fait d'une assemblée nationale composée de plusieurs centaines de membres ne laissent pas de poser des problèmes évidents. Si l'on prend ainsi l'alinéa c du paragraphe 2 de l'article 20, qui stipule que le fait de prendre des mesures « législatives » relève de l'apartheid, doit-on entendre par là que tous les membres de l'assemblée nationale qui ont contribué à l'adoption de la loi instituant l'apartheid devraient être passibles d'une peine? Si tel devait être le cas, cela ne manquerait pas de poser des problèmes d'ordre pratique. En l'occurrence, la responsabilité pénale devrait être assumée de façon presque automatique par l'État, puisque, en droit international, ce sont les plus hautes autorités de l'État qui agissent et sont compétentes pour proposer ou adopter des lois au nom de l'État. Selon les pays nordiques, le texte ne précise pas assez clairement qui, des individus ou de l'État en tant que tel, doit être tenu pour responsable. La responsabilité pénale d'un État pose des problèmes d'application radicalement différents de ceux que suscitent les articles consacrés à la responsabilité des individus. Les pays nordiques estiment que le code ne devrait viser que les crimes commis par des individus.

OBSERVATIONS RELATIVES À CERTAINS ARTICLES

11. Les commentaires suivants sont le fruit d'une première réflexion que les pays nordiques ont consacrée aux différents articles du projet pris dans son ensemble.

Article premier

12. Cet article, qui semble donner une définition juridique des « crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité », peut, tel qu'il est libellé, être interprété comme une proposition antithétique. Cette disposition devrait donc être supprimée, parce qu'inutile. De plus, elle pourrait induire en erreur, car certains des crimes inclus dans le projet de code ne correspondent guère à cette définition.

Article 2

13. Les principes énoncés dans cet article sont acceptables en ce qui concerne les crimes qui ne relèvent habituellement pas de la juridiction nationale, parce qu'il s'agit de violations du droit international. Néanmoins, le projet de code comprend des crimes qui sont généralement punissables aussi par le droit interne. Dans de tels

cas, selon les pays nordiques, il faut certainement rendre cette disposition moins catégorique.

Article 3

14. L'article offre un parfait exemple des difficultés inhérentes à la technique utilisée dans le projet de code. Si l'on entend élaborer un code pénal international, il faut résoudre de façon satisfaisante les problèmes que pose l'interprétation de la définition de la responsabilité individuelle, de la participation criminelle, de la complicité, des divers types de tentative et autres.

Article 4

15. Il n'est guère difficile d'imaginer des mobiles (par exemple, des situations d'urgence de toutes sortes) qui pourraient affecter la responsabilité pénale. Pourtant, à lire l'article, il ne faudrait attacher aucune importance à de telles considérations. L'article pose de ce fait des problèmes importants, et il n'est pas acceptable sous sa forme actuelle.

Article 5

16. Il faut garder cette disposition dans le projet de code afin de bien affirmer la responsabilité pénale des individus, tout en s'assurant que les États ne puissent pas dégager leur responsabilité, par exemple celle qu'ils ont de réparer les dommages de guerre.

Article 6

17. Les pays nordiques présument que la décision de ne pas inculper l'auteur d'un crime est visée, elle aussi, par le terme « juger ». Cela est conforme à l'interprétation *mutatis mutandis* des formulations similaires employées dans d'autres instruments internationaux. Si un tribunal criminel international est créé, il conviendra de préciser sur le fond le principe « juger ou extradier ».

Article 7

18. L'imprescriptibilité peut être acceptable en ce qui concerne les crimes les plus graves, mais elle est beaucoup plus discutable dans les cas où des législations pénales nationales concurrentes prévoient qu'il y a prescription après un certain laps de temps.

Article 8

19. Cet article montre clairement que les règles de procédure pour le déroulement d'un procès, comme l'envisage le projet de code, doivent être définies conjointement avec la formulation des dispositions pénales. Les normes minimales établies pour les actions en justice, qui sont calquées sur les droits civils, sont raisonnables en tant que telles, mais fort insuffisantes en tant que règles de procédure pour un tribunal.

Article 9

20. Un certain nombre de solutions au fond qui découlent de cette disposition sont critiquables. Ainsi, en application du paragraphe 4, un individu peut être poursuivi par le tribunal d'un État même s'il a été jugé par le

tribunal d'un autre État pour la même infraction, lorsque ce dernier État en a été la principale victime. Selon l'interprétation qu'en ont les pays nordiques, cela vaut, par exemple, même si la personne en question a déjà purgé une longue peine d'emprisonnement. Ainsi, cette disposition est manifestement contraire au principe traditionnel de l'autorité de la loi en matière pénale et devrait donc être formulée en des termes moins catégoriques. On pourrait concevoir une disposition selon laquelle les poursuites engagées devant un tribunal national ne font pas obstacle à l'exercice des poursuites conformément au code, sous réserve qu'il soit tenu compte de la peine que la personne condamnée purge ou doit purger en application de la sentence prononcée par le tribunal national.

Article 11

21. Selon cette disposition, le fait qu'un individu a agi sur ordre d'un supérieur hiérarchique ne dégage pas sa responsabilité pénale « s'il avait la possibilité de ne pas se conformer à cet ordre ». Il convient de définir plus clairement le terme « possibilité ». Le refus d'obéir à des ordres peut avoir des conséquences qui varient grandement, allant de la réprimande à la peine de mort, en passant par la révocation. On ne saurait admettre que toutes les circonstances de ce type dégagent la responsabilité de l'auteur du crime. Ce problème devrait être abordé explicitement dans le texte du code lui-même.

Article 12

22. Cette disposition, qui concerne la responsabilité pénale d'un supérieur hiérarchique qui ne prend pas toutes les mesures pour empêcher un acte criminel, va trop loin sur cette voie, selon les pays nordiques. En effet, pareille responsabilité n'est, en général, admise qu'à la condition que des dispositions de fond imposent une obligation d'agir à la personne qui a omis de le faire. En outre, il peut se révéler difficile de concilier cette disposition avec la définition de la responsabilité de l'individu énoncée à l'article 3.

Article 13

23. Il faut considérer que même les chefs d'État ne peuvent être exonérés de leur responsabilité pénale du fait de leurs actes, lorsque ceux-ci constituent un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité, même si la constitution d'un État particulier en dispose autrement.

Article 14

24. Les paragraphes 1 et 2 devraient faire l'objet d'articles distincts, car il existe une différence fondamentale entre les circonstances qui exonèrent de sa responsabilité l'auteur d'une infraction et celles qui concernent le prononcé de la sentence.

25. L'article, tel qu'il est libellé, n'indique pas les circonstances dont il faut tenir compte lorsqu'on poursuit l'auteur d'un crime. Le tribunal a donc toute latitude pour interpréter cette disposition, ce qui s'accorde mal avec la primauté du droit. Selon les pays nordiques, il y aurait lieu de déterminer le rôle de la légitime défense et

de l'état de nécessité. Le problème du consentement peut aussi se poser dans différents cas.

26. En outre, le projet de code comprend deux autres articles (art. 11 et 13) qui traitent de motifs susceptibles d'exonérer l'auteur d'un crime de sa responsabilité pénale et qu'il conviendrait de fusionner avec l'article 14. Il serait possible, par exemple, d'énumérer les faits qui exonèrent l'individu de sa responsabilité pénale et ceux qui ne l'en exonèrent pas. Les faits énoncés aux articles 11 et 13 du projet actuel feraient alors partie de ceux qui engagent la responsabilité de l'auteur dans tous les cas.

27. Un autre problème auquel on se heurte est celui de l'absence de dispositions concernant les cas où l'auteur était dément ou irresponsable pour d'autres raisons au moment de la commission de l'acte.

28. Le paragraphe 2 de l'article 14 devrait aussi mentionner les circonstances aggravantes. En outre, il faudrait définir, à l'aide d'exemples, ce que l'on entend par les expressions « circonstances atténuantes » et « circonstances aggravantes », car la disposition ainsi libellée n'est pas claire.

Article 15

29. La disposition relative à l'agression satisfait aux deux critères énoncés dans la section C ci-dessus. On peut se demander toutefois si la définition est pertinente à tous les égards. Il est question, au paragraphe 3, de la possibilité du Conseil de sécurité à établir la réalité d'un acte d'agression. D'un point de vue politique, la compétence du Conseil de sécurité en la matière est bien établie. Cependant, dans un contexte juridique cette approche n'est pas acceptable, car elle aboutirait à faire dépendre le jugement d'un tribunal d'une évaluation politique.

Article 16

30. Selon les pays nordiques, cet article satisfait, lui aussi, aux critères énoncés à la section C ci-dessus. Toutefois, la disposition devrait peut-être n'envisager que la menace d'agression « violente », si l'on veut éviter d'engager des poursuites pour des infractions qui sont moins graves que de véritables menaces ou n'en sont pas vraiment.

Article 17

31. Cette disposition satisfait aux critères mentionnés à la section C, mais il semble à certains égards qu'il y ait un chevauchement avec l'article 24 relatif au terrorisme. Ces deux articles devraient être examinés attentivement, car il pourrait suffire de ne conserver que l'article 17, qui est le plus exhaustif des deux. Il y a toutefois des raisons politiques importantes d'interdire explicitement le terrorisme dans un article distinct ou, à défaut, dans un paragraphe distinct de l'article 17.

Article 18

32. Selon les pays nordiques, cette disposition ne satisfait pas au critère de pertinence énoncé à la section C. L'expression « domination étrangère [...] en violation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes » est trop im-

précise et probablement trop générale. Telle qu'elle est libellée, cette disposition pourrait ainsi recouvrir diverses formes de boycottage commercial ainsi que des situations où un pays donateur fait dépendre l'aide au développement de certaines conditions. La disposition se prête donc à des interprétations diverses et pourrait susciter des conflits. Il faut, dès lors, la libeller en des termes beaucoup plus précis, si l'on souhaite la conserver.

Article 20

33. Les pays nordiques considèrent que la disposition concernant l'apartheid ne satisfait pas au critère de pertinence. En outre, la définition du crime fait manifestement l'objet de l'article 21 relatif aux violations systématiques ou massives des droits de l'homme.

Article 22

34. Bien que la disposition concerne les « crimes de guerre d'une exceptionnelle gravité », les actions spécifiées dans la disposition, si elles constituent assurément des actes criminels, ne rentrent pas toutes dans cette catégorie. C'est le cas ainsi du « retard injustifié dans le rapatriement de prisonniers de guerre après la fin des hostilités actives » mentionné à l'alinéa a du paragraphe 2.

Article 23

35. Selon les pays nordiques, les actes qui font l'objet de cette disposition ne sont pas assez graves en eux-mêmes pour être inclus dans un code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, compte tenu en particulier du fait que l'utilisation de tels éléments en vue de commettre une agression armée ou d'opprimer des groupes ethniques est traitée dans des articles précédents. Dans son libellé actuel, la disposition englobe aussi la complicité en matière de financement des services de mercenaires, et l'on peut se demander si un tel acte constitue même un délit.

Article 24

36. Le champ d'application de la disposition est trop étroit quant au fond. On voit mal pourquoi ne sont visés que les cas où le terroriste agit « en qualité d'agent ou de représentant d'un État ». Les autres crimes inclus dans le projet de code ne sont pas soumis à une telle limitation lorsque des individus ont la possibilité d'enfreindre ces dispositions sans agir au nom d'un État. La plupart des crimes qui pourraient tomber sous le coup de cet article sont d'une nature telle qu'ils font généralement l'objet de législations pénales nationales et de conventions spécifiques. On peut donc présumer que, dans de nombreux cas, cet article entrera en conflit avec des dispositions pénales nationales.

Article 26

37. Il est important de concevoir un régime juridique international traitant la question de la responsabilité pour les dommages transfrontières à l'environnement. Sur le fond, il est clair que l'article n'a pas la précision qu'exige une disposition pénale. La question devrait donc être examinée plus avant.

TYPES DE PEINE

38. Les pays nordiques estiment que l'emprisonnement serait la peine la plus appropriée, le projet de code ne devant comprendre que des crimes d'une gravité telle que seule une peine privative de liberté serait concevable. En ce qui concerne la peine de mort, les pays nordiques ont, à plusieurs occasions, déclaré qu'elle était inacceptable, même pour les crimes les plus graves.

39. En ce qui concerne la détermination de la peine, les pays nordiques considèrent qu'il faudrait prévoir pour chacun des articles une échelle des peines. Des sentences minimales devraient probablement être aussi prévues dans le cadre de certaines des dispositions pénales.

40. Il est absolument nécessaire également de prévoir des dispositions concernant la confiscation complémentaire à une peine d'emprisonnement. Elles trouveraient ainsi à s'appliquer, en particulier, au vol d'œuvres d'art commis en temps de guerre.

CONCLUSION

41. Selon les pays nordiques, il convient de se concentrer sur les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité présentant la plus grande gravité et donc d'élaborer un code relativement limité.

Pologne

[Original : anglais]
[29 mars 1993]

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

La question des peines

1. Il est extrêmement difficile, en droit international public, de mettre en place un système uniforme de peines qui soit acceptable pour tous les États. Le système de répression prévu par la législation interne des États répond à des concepts et à des façons de voir extrêmement divers. Certaines peines appliquées dans certains pays et issues d'une longue tradition juridique et culturelle sont inconnues dans d'autres, par exemple la peine capitale et les mutilations physiques.

2. La première question importante à laquelle il faut répondre, s'agissant des peines, est celle de savoir si une peine devrait être indiquée et spécifiée séparément pour chaque crime contre la paix et la sécurité de l'humanité ou bien si, étant donné que tous ces crimes sont caractérisés par le même degré de gravité extrême, une formule générale devrait être adoptée pour tous les cas, c'est-à-dire la même peine pour tous les crimes, avec un minimum et un maximum selon qu'il y a eu ou non des circonstances atténuantes ou aggravantes. Dans la pratique, la deuxième formule (c'est-à-dire une peine applicable à tous les crimes) aurait plus de chances d'être acceptée par tous les États. Pour déterminer une peine distincte pour chaque crime, il faudrait examiner très attentivement le titre II du projet de code, et cela n'empêcherait probablement pas de parvenir à un compromis satisfaisant dans un proche avenir.

3. Si l'on considère la diversité qui caractérise les systèmes juridiques, les philosophies du droit et les traditions pénalistes de nombreux pays, le Gouvernement polonais appuie la deuxième formule, à savoir la réclusion à vie ou la réclusion pour une durée de dix à trente-cinq ans, qui sera rigoureusement déterminée par le tribunal en fonction des circonstances de l'espèce, cette peine devant, si le tribunal le juge nécessaire, être complétée par des travaux d'intérêt général, la confiscation totale ou partielle de biens et la déchéance de certains droits civils et politiques ou de tous (comme l'a proposé le Rapporteur spécial dans le projet d'article Z¹).

4. En conséquence, le Gouvernement polonais est favorable à une peine unique assortie d'un minimum et d'un maximum. D'un autre côté, il est évident que certains crimes peuvent être considérés comme plus graves que d'autres — par exemple le génocide ou l'agression — et ne peuvent pas être traités de la même façon que le trafic de stupéfiants, et le tribunal devra tenir compte de ces différences lorsqu'il déterminera la durée de la peine de réclusion, entre le maximum (réclusion à vie) et le minimum (dix ans de réclusion).

5. La seconde question que suscitent les peines est celle du type de peines applicables et des peines à prévoir dans le code.

6. En ce qui concerne l'emprisonnement à vie, la Pologne partage l'avis selon lequel les personnes qui ont commis « les plus sérieux des crimes les plus graves » devraient être à jamais séparées et isolées de la communauté internationale et de leur communauté nationale afin de protéger l'humanité et d'empêcher le renouvellement de tels crimes à l'avenir.

7. S'agissant de l'emprisonnement temporaire (pour une durée de dix à trente-cinq ans), le Gouvernement polonais est d'avis que tout individu condamné à une peine de prison de durée déterminée devrait purger l'intégralité de sa peine sans pouvoir demander sa libération anticipée.

8. La Pologne tient à appeler l'attention sur le fait que le projet de code ne détermine pas quelle entité ou quel organe sera chargé d'exécuter la peine d'emprisonnement et, par conséquent, dans quel État les condamnés devront purger leur peine. Il s'agit là d'un point qu'il importe de déterminer étant donné que la rigueur du régime appliqué dans les établissements pénitentiaires et les prisons diffère d'un pays à un autre et qu'il faut tenir compte de telles différences.

9. De l'avis du Gouvernement polonais, le principal problème que pose l'application de peines additionnelles semble être leur « localisation territoriale » dans un pays ou un autre. La question se pose en effet de savoir dans quel État la déchéance des droits civils et politiques ou de certains d'entre eux serait applicable et produirait effet. En outre, cette peine spécifique ne devrait être prononcée que par un tribunal de l'État dont l'accusé est ressortissant.

¹ Pour le texte, voir *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 83 et 84, note 280.

10. Les travaux d'intérêt général, en tant que peine supplémentaire, suscitent également certains doutes. Premièrement, cette peine ne devrait être imposée que dans le cas des délits moins graves, mais pas dans celui de crimes. En second lieu, il convient de se demander pour qui et dans l'intérêt de quelle société et de quel État de tels travaux seraient accomplis.

11. En principe, la Pologne est d'avis que la restitution des biens volés est une question qui relève du droit interne et de la compétence de chaque pays intéressé. De plus, la revendication de biens, même au plan interne, suscite un grand nombre de problèmes et de difficultés bien connus.

12. La confiscation totale ou partielle de biens, en tant que l'une des peines facultatives, serait utile dans bien des cas. S'agissant de savoir à qui devrait aller les biens confisqués au plan international, le Gouvernement polonais souscrit à l'opinion selon laquelle, conformément au principe de droit généralement reconnu, les biens volés doivent être restitués à leur propriétaire légitime ou à ses héritiers.

13. La remise du reste des biens confisqués, c'est-à-dire des biens non volés, à des organisations humanitaires ou son affectation à un fonds spécial des Nations Unies pourrait susciter un certain nombre de problèmes pratiques, particulièrement en matière immobilière.

L'introduction de l'action pénale (saisine des tribunaux)

14. L'action pénale à raison de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité devrait être introduite, au premier chef, mais pas seulement, par les États. De l'avis du Gouvernement polonais, il pourrait parfois être plus commode et mieux approprié que d'autres entités intéressées, comme des organisations gouvernementales et non gouvernementales internationales, prennent l'initiative de poursuites pénales, par exemple dans le cas de crimes contre l'environnement, de violation des droits de l'homme ou de crimes de guerre. Les organisations intéressées devraient, par conséquent, avoir le droit d'agir en ce qui concerne les crimes décrits dans le projet de code.

15. La Pologne ne souscrit pas à l'avis selon lequel le droit d'intenter une action devrait être confié à un service spécial du parquet rattaché à la cour, car il serait difficile de créer une nouvelle institution pénale internationale responsable de faire enquête et de déterminer les motifs pouvant donner lieu à des poursuites.

16. Les crimes d'agression et de menace d'agression prévus dans le projet de code constituent également des violations de la paix et de la sécurité internationales. En pareil cas, par conséquent, il conviendra de mettre en relief et de prendre en considération la position et les droits du Conseil de sécurité. Le Conseil de sécurité lui-même ne devrait pas être compétent pour prendre des mesures de caractère judiciaire et pour instituer des poursuites directement; l'inverse ne serait pas logique ni approprié. En outre, un tel rôle ne pourrait être confié au Conseil de sécurité que si la Charte des Nations Unies était amendée. La cour devrait être liée par la décision par laquelle le Conseil de sécurité aurait déterminé qu'il y a eu acte d'agression ou menace d'agression mais, si le Conseil de sécurité n'agissait pas et ne prenait pas de dé-

cision en ce sens, la cour aurait pleinement compétence pour déterminer elle-même que l'acte considéré constitue une agression ou une menace d'agression. Cette décision de la cour ne lierait pas le Conseil de sécurité.

17. Une telle solution permettrait d'éviter la possibilité qu'une action pénale soit bloquée dans les cas où le Conseil de sécurité ne pourrait pas prendre de décision positive sur la question.

18. En conclusion, chaque décision positive du Conseil de sécurité lierait la cour; dans les autres cas, la cour, agissant au plan juridique et non politique, devrait statuer elle-même et poursuivre l'action pénale quels que soient les effets de la « non-décision » du Conseil de sécurité. Comme l'ont mentionné certains membres de la CDI lors de l'examen de la question à la quarante-troisième session de la Commission, la CIJ, dans son arrêt du 27 juin 1986 dans l'affaire des *Activités militaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*², n'avait pas refusé d'examiner la question de savoir si l'un des États parties au différend s'était rendu coupable d'un acte d'agression qui n'avait pas été qualifié comme tel par le Conseil de sécurité. Dans cette affaire, et citant la Définition de l'agression³ comme exprimant le droit coutumier dans ce domaine, la Cour a décidé par 12 voix contre 3 que les États-Unis, en menant certaines attaques contre le territoire du Nicaragua et en se livrant à d'autres actes en faisant intervenir un recours à la force, avaient agi contre le Nicaragua en violation des obligations qui leur incombaient en vertu du droit international de ne pas recourir à la force contre un autre État.

Actes susceptibles de constituer une tentative de commettre un crime

19. Le Gouvernement polonais considère qu'il ne faut pas transposer automatiquement les différents types d'infraction du plan interne au plan international. Il est même permis d'éprouver des doutes au sujet de la tentative. Ces doutes sont d'autant plus graves dans le cas des autres formes d'infraction, comme le commencement d'exécution, la complicité et l'incitation au crime. Néanmoins, le Gouvernement polonais pourrait considérer que la tentative constituerait un concept utile et applicable pour les types de crime décrits aux articles 15, 17, 19, 21, 22, 24, 25 et 26 du projet de code.

20. Le Gouvernement polonais estime que le crime constitué par la menace d'agression, essentiellement, semble être en quelque sorte une « pré tentative d'agression », et ce serait aller trop loin que de qualifier de crime une « tentative de menace » quelle que celle-ci puisse être.

21. S'agissant des crimes décrits aux articles 18, 20 et 23 du projet de code, l'élément le plus essentiel semble être le résultat illicite de l'acte dont il s'agit et, lorsqu'un tel résultat est absent (par exemple lorsqu'un crime a seulement été tenté), il y a lieu d'étudier de près l'acte considéré et de l'envisager sous une optique diffé-

² *Fond, C.I.J. Recueil 1986*, p. 14 et suiv., par. 187 à 201 et 227 à 238.

³ Résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale, annexe.

rente, peut-être en dehors du domaine de la responsabilité pénale.

22. En ce qui concerne l'ensemble du titre II du projet de code, le Gouvernement polonais est d'avis que l'ordre dans lequel les différents crimes sont énumérés ne doit pas être interprété comme une échelle de gravité de ces crimes ou comme établissant une hiérarchie entre eux. Le Gouvernement polonais approuve l'approche adoptée dans le projet, à savoir qu'il n'est pas fait de distinction entre les crimes contre la paix, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité.

OBSERVATIONS RELATIVES À CERTAINS ARTICLES

Article premier

23. Il ne semble pas nécessaire, dans ce contexte, de mettre les mots « de droit international » entre crochets. Le code revêtira la forme d'un traité et pourra seulement qualifier de crimes des crimes au regard du droit international. D'un autre côté, nombre de systèmes juridiques internes répriment les crimes décrits dans le code, qui constituent également des crimes de droit interne. En conséquence, si les mots entre crochets sont omis, cela laisserait subsister la possibilité d'une double qualification de ces crimes en tant que crimes de droit international et que crimes de droit interne.

Article 2

24. Le Gouvernement polonais suggère de remplacer les mots « est ou non punissable par le droit interne » par les mots « est ou non un crime au regard du droit interne » ou « est ou non illicite ».

Article 3

25. Le Gouvernement polonais appuie l'approche adoptée, à savoir que le projet de code limite la responsabilité pénale, à raison des crimes qui y sont décrits, à des individus exclusivement.

26. Trois catégories d'individus peuvent être responsables et passibles de peines en vertu des dispositions du code :

- a) Les dirigeants ou organisateurs de crimes (art. 15 à 18 et 20);
- b) Les agents ou représentants d'un État (art. 23 et 24);
- c) Tout individu (art. 19, 21, 22, 25 et 26).

La dernière catégorie est la plus générale.

27. En ce qui concerne ces catégories, le Gouvernement polonais est d'avis que c'est aller trop loin que d'adopter, aux fins des articles 23 et 24, ce concept de limitation individuelle de responsabilité (par. 26, al. c *ci-dessus*). Lorsque l'individu en question n'est pas l'agent ou le représentant d'un État, l'acte ne correspond pas aux définitions des crimes figurant aux articles 23 et 24. La question se pose donc de savoir pourquoi seules des catégories bien définies d'individus devraient pouvoir être responsables de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, alors que les résultats illicites et la gravité

de tels actes, accomplis par des personnes qui ne sont pas agents ou représentants d'un État, sont identiques.

Article 5

28. Cet article est une disposition bien équilibrée qui évitera que le projet de code puisse être interprété comme dégageant les États de leur propre responsabilité au regard du droit international à raison de tous les actes illicites qui leur sont imputables. La poursuite, la condamnation et le châtement d'individus, en vertu des dispositions du code, du chef des crimes qui y sont décrits ne sauraient en aucune façon se substituer à la responsabilité de l'État. Par sa substance, la responsabilité des actes qui incombe à l'État est d'une nature différente et existe à un plan différent.

Article 6

29. Cet article établit la priorité de juridiction voulue, en reconnaissant la position spéciale de l'État sur le territoire duquel le crime a été commis. Il importe de noter que les paragraphes 1 et 2 de l'article 6 ne préjugent pas la compétence de la future cour pénale internationale.

Article 7

30. La disposition qui stipule que la prescription n'est pas applicable aux crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité est une preuve directe du fait que ces crimes sont essentiellement des crimes de droit international, déterminés et qualifiés par ce droit.

Article 8

31. L'expression « garanties minimales reconnues à toute personne humaine tant en ce qui concerne le droit qu'en ce qui concerne les faits » soulève certains doutes. Le Gouvernement polonais est d'avis qu'il faudrait plutôt reconnaître les garanties maximales ou les garanties les plus larges plutôt que les garanties « minimales ». En outre, l'on ne voit pas clairement ce que signifie l'expression « garanties [...] en ce qui concerne les faits » ni comment cette expression devrait être interprétée.

32. S'agissant de l'expression « établi par la loi ou par un traité » (al. a), le Gouvernement polonais considère qu'en établissant une distinction entre la loi et un traité, on donne l'impression qu'un traité n'a pas force de loi ou a une nature autre que juridique. Le Gouvernement polonais propose de supprimer les mots « ou par un traité » et de dire simplement « établi par la loi ».

Article 9

33. Le principe *non bis in idem*, qui constitue l'intitulé de cet article, a été présenté de telle façon dans le texte qu'il a virtuellement perdu toute sa signification et tout son sens fondamentaux. La Pologne considère, par conséquent, que cet article doit continuer de faire l'objet d'un examen approfondi.

Article 10

34. Le Gouvernement polonais appuie la formulation du principe de non-rétroactivité que cet article énonce.

Les crimes qui existaient avant l'entrée en vigueur du code pourront faire l'objet de poursuites et être réprimés en conséquence.

Article 11

35. Cet article reflète l'expérience acquise, essentiellement dans le cadre des procès de Nuremberg⁴. Généralement parlant, et par principe, un ordre n'exclut pas la responsabilité si, étant donné les circonstances, le subordonné avait la possibilité de ne pas se conformer à l'ordre donné. Dans la pratique, il est à prévoir que les auteurs de crimes internationaux invoqueront souvent cet argument devant la cour pénale internationale.

36. Le Gouvernement polonais est d'avis qu'il peut être difficile pour la cour d'interpréter objectivement le membre de phrase « s'il avait la possibilité de ne pas se conformer à cet ordre compte tenu des circonstances ». L'on ne voit pas clairement ce que signifie ce membre de phrase. Celui-ci se prête en effet à de nombreuses interprétations : l'article envisage-t-il une menace à la sécurité personnelle du subordonné, ou envisage-t-il aussi une menace à la sécurité des membres de sa famille ou de proches parents ? La Pologne considère que cet article devrait être précisé davantage. De l'avis du Gouvernement polonais, l'article 11 est l'une des principales dispositions du code concernant la détermination de la responsabilité dans de nombreux cas particuliers.

Article 13

37. Les dispositions de cet article ne reconnaissent aucune immunité de quelque nature que ce soit à raison de la qualité officielle de l'auteur d'un crime, même s'il s'agit de chefs d'État ou de gouvernement. Il s'agit là d'une limitation sérieuse mais logique et raisonnable de la pleine immunité des chefs d'État. Cette immunité ne doit pas pouvoir être invoquée pour permettre aux intéressés de se soustraire à la responsabilité pénale qu'ils encourent s'ils commettent des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité.

Article 14

38. En ce qui concerne le paragraphe 1, le Gouvernement polonais tient à souligner que, selon lui, ce paragraphe englobe les moyens de défense traditionnellement invoqués en droit pénal comme la légitime défense, la coercition, l'état de nécessité, la force majeure et l'erreur, autant d'éléments liés à l'existence ou à l'inexistence de la responsabilité. Les circonstances atténuantes, et peut-être d'autres types de circonstances, qui pourront être analysées par la Commission en deuxième lecture, n'influent que sur l'aggravation ou l'atténuation de la peine.

39. Le Gouvernement polonais considère que le paragraphe 2 pourrait être complété en y ajoutant le texte suivant : « , de circonstances aggravantes ainsi que des autres circonstances pertinentes, comme la personnalité de l'auteur du crime ou la gravité des effets du crime ».

⁴ Nations Unies, *Le statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg. — Historique et analyse, mémorandum du Secrétaire général* (numéro de vente : 1949.V.7).

Article 15

40. L'alinéa *h* du paragraphe 4 représente une clause complémentaire importante qui permet au Conseil de sécurité de tenir compte des développements futurs du droit international touchant la définition de l'agression, et en particulier des nouvelles formes d'agression qui pourront apparaître à l'avenir.

Article 21

41. Comme l'indique le titre de cet article, seul leur caractère systématique ou massif permet de qualifier de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité des violations des droits de l'homme. Cette détermination exclut clairement de la définition de ce crime les violations individuelles et occasionnelles des droits de l'homme. Il y a cependant, de l'avis du Gouvernement polonais, une certaine contradiction dans la structure de l'article 21. Alors même qu'il ressort de l'intitulé de l'article que le caractère systématique ou massif des violations des droits de l'homme doit être un élément nécessaire du crime visé par l'article, cet attribut n'apparaît ensuite qu'une seule fois dans l'énumération détaillée des cinq formes de ce crime données comme exemples. On ne voit donc pas clairement si l'homicide intentionnel ou la torture doit aussi avoir un caractère systématique ou massif pour être qualifié de crime en application de l'article 21. On ne voit pas clairement non plus si les dispositions essentielles de cet article doivent être lues ou non en les rapprochant de son intitulé. Si seule une violation systématique ou massive constitue un crime au regard des dispositions de cet article et si un acte dépourvu de ce caractère ne relevait pas du projet de code, il conviendrait de l'exprimer clairement non seulement dans l'intitulé mais aussi, et en particulier, dans le texte de l'article.

Article 25

42. L'expression « sur une vaste échelle » a un caractère subjectif et, faute d'instructions, même de nature générale, quant à ce qu'elle signifie, il serait difficile pour la cour de répondre à la question de savoir ce qu'est réellement une grande échelle.

Article 26

43. Comme il a été dit à la Commission, il conviendrait de bien préciser dans cet article que l'adjectif « durables » se rapporte en réalité aux effets subis par l'environnement plutôt qu'à la durée de la période pendant laquelle des dommages sont causés à l'environnement.

44. Les observations formulées ci-dessus dans le contexte de l'article 25 au sujet de l'expression « sur une vaste échelle » s'appliquent également à l'expression « dommages étendus [...] et graves », qui qualifie, à l'article 26, le caractère des dommages causés à l'environnement.

45. Il existe une contradiction entre l'article 26 et l'article 22, relatif aux crimes de guerre, dont l'alinéa *d* du paragraphe 2 traite aussi de la protection de l'environnement. Aux termes de l'article 22, le fait d'employer des méthodes ou moyens de guerre qui sont

conçus pour causer des dommages à l'environnement constitue également un crime, même si l'emploi de ces méthodes ne visait pas spécifiquement à causer des dommages à l'environnement, tandis que l'article 26 est basé sur le concept d'intention et de volonté (« Tout individu qui cause délibérément »).

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

[Original : anglais]
[29 janvier 1993]

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Le Gouvernement du Royaume-Uni reste préoccupé par l'absence de rigueur dans l'élaboration des projets d'articles et par le manque de précision qui en découle. Nombre des crimes énumérés dans le titre II sont vaguement définis, les éléments constitutifs étant loin d'être clairement identifiés. Or, pour définir tout crime, il est primordial de faire preuve de rigueur juridique.

2. Touchant ce sujet, le Royaume-Uni a toujours été d'avis, ainsi qu'il l'a souvent répété à la Sixième Commission, que la Commission devait commencer par dégager un concept pratique du crime contre la paix et la sécurité de l'humanité. Un membre de la CDI a évoqué « l'échafaudage » de la classification tripartite — crimes contre la paix, crimes de guerre et crimes contre l'humanité — qui a guidé la CDI dans ses travaux¹. Bien que cette classification n'apparaisse pas dans le projet, elle n'a servi qu'à subdiviser une catégorie de crimes dont les contours restent indéfinis. En tant que guide pour la détermination d'infractions spécifiques, le critère de la « gravité extrême » est insuffisant car hautement subjectif et élastique. Les nettes divergences de vues qui se sont fait jour à la Commission au sujet des crimes à retenir témoignent des difficultés qu'il y a à adopter une approche par énumération en l'absence d'un concept pratique. Pour que les travaux de la CDI soient couronnés d'un quelconque succès, il est essentiel d'opérer une distinction rationnelle entre les crimes internationaux et les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Pour identifier les infractions qui constitueraient des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, la Commission s'est inspirée à juste titre du projet de code de 1954² comme outil d'orientation. Elle a été moins bien inspirée de se fonder sur l'article 19 du projet sur la responsabilité des États³, lequel ne s'intéresse pas à la responsabilité pénale de l'individu; nombre des éléments contestables du présent projet de code peuvent ainsi s'expliquer par le fait que le Rapporteur spécial s'appuie sur cet article 19, et ce notamment dans le cas des articles 18 (Domination coloniale et autres formes de domination étrangère), 20 (Apartheid) et 26 (Dommages délibérés et graves à l'environnement). C'est là une approche malavisée en ce qu'elle méconnaît la distinction fondamentale qui existe entre la responsabilité des

États et la responsabilité pénale de l'individu. Le présent code quant à lui ne concerne que la seconde.

3. Plusieurs des projets d'articles devront être refondus au cas où il serait créé une juridiction pénale internationale. Il est également clair que, pour fonctionner efficacement, le code devra recueillir une large adhésion. Tel qu'il est actuellement rédigé, il a peu de chances d'atteindre cet objectif; le Royaume-Uni se trouve certainement dans l'impossibilité d'y souscrire. En effet, nombre des crimes retenus par la Commission dans le titre II du projet étant déjà visés par des conventions internationales, on voit mal quelle lacune le code peut bien combler.

4. À la demande de l'Assemblée générale, la Commission est toute occupée à élaborer un projet de statut pour une cour pénale internationale. Le Royaume-Uni a déjà indiqué à la Sixième Commission qu'il partageait l'opinion selon laquelle les travaux consacrés à la cour devaient être dissociés de ceux portant sur le code. Il estime que la Commission serait très avisée, en établissant son programme de travail d'ensemble, de suspendre tous travaux sur le code jusqu'à ce qu'elle ait fini d'élaborer un statut pour une cour. Elle fournirait ainsi à l'Assemblée générale un élément approprié pour faire le point de la situation.

OBSERVATIONS RELATIVES À CERTAINS ARTICLES

Article premier

5. Le projet adopte la formule d'une définition par énumération des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Cette solution, qui était également retenue à l'article premier du projet de code de 1954, est la seule qui permette de définir convenablement les éléments constitutifs de chaque infraction. Les lacunes de la méthode de travail adoptée par la Commission sont cependant relevées plus haut. Les motifs avancés pour justifier l'inclusion ou l'exclusion de telle ou telle infraction apparaissent arbitraires. On s'explique difficilement les raisons qui ont amené à exclure l'esclavage, la piraterie, le trafic de femmes et d'enfants et le détournement d'aéronefs, infractions qui sont toutes bien connues du droit international, tout en retenant des « crimes internationaux » jusque-là inconnus tels que les activités mercenaires et les dommages délibérés et graves à l'environnement. L'insertion des mots « de droit international » est tout à fait inutile.

Article 2

6. Le Royaume-Uni reconnaît qu'il pourrait être à la fois souhaitable et nécessaire de préciser la nature du rapport entre droit international et droit interne lorsqu'il s'agit de qualifier un acte ou une omission de crime contre la paix et la sécurité de l'humanité. Toutefois, la phraséologie de cet article ne permet pas de voir aisément le problème visé. On conçoit difficilement que des actes soient punissables en vertu d'un code international sans l'être d'une manière générale en droit pénal interne. On soupçonne que l'on essaie d'indiquer par cet article que l'auteur d'une infraction visée par le code ne peut être absous du fait que l'acte ne tombe pas sous le coup

¹ *Annuaire...* 1986, vol. I, 1961^e séance, par. 67.

² Adopté par la CDI à sa sixième session; texte reproduit dans *Annuaire...* 1985, vol. II (2^e partie), p. 8 et 9.

³ *Annuaire...* 1976, vol. II (2^e partie), p. 70.

de la loi du lieu où il a été commis au moment où il l'a été. La référence faite au principe II des Principes de Nuremberg⁴ dans le commentaire⁵ appuie cette interprétation. Si telle est l'intention de la Commission, l'article doit le dire.

Article 3

7. Cet article est axé à juste titre sur la responsabilité pénale de l'individu. Toutefois, le paragraphe 1 ne requiert pas l'intention — *mens rea* — qui est un élément fondamental des crimes graves. La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, par exemple, parle en son article II d'actes « commis dans l'intention de », termes qui sont repris au paragraphe 2 de l'article 19 du code. Le paragraphe 1 reflète la position des membres de la Commission qui ont estimé que l'intention pouvait se déduire du caractère « massif et systématique d'un crime ». Cette thèse confond les éléments d'un crime avec leurs modes de preuve. L'énormité des actes commis pourrait faire naître une présomption d'intention aux instances supérieures de commandement encore que, à ce niveau, il doive être permis d'apporter, s'il en existe, des preuves en vue d'écarter la présomption. La grande majorité des accusés potentiels sont ceux qui n'ont joué qu'un rôle mineur dans des événements importants et, dans leur cas, l'état de connaissance de l'individu est crucial. Ce point ressort clairement d'un examen du paragraphe 2. Le code doit prévoir soit dans le titre I ou dans le titre II que l'intention est un élément essentiel de chaque crime.

8. Le paragraphe 3 engage la responsabilité pour toute tentative de crime contre la paix et la sécurité de l'humanité. Il faudra préciser les articles auxquels cette disposition est censée s'appliquer. Il serait insensé de parler par exemple de tentative de menace d'agression (art. 16).

Article 4

9. Il serait plus approprié d'insérer cette disposition à l'article 14 (Faits justificatifs et circonstances atténuantes) où l'on pourrait stipuler simplement que le motif ne constitue pas un fait justificatif. Dans la mesure où le motif constitue l'un des éléments essentiels de tout crime, la définition de chaque crime peut et doit en faire mention. Le mal visé par cet article, à savoir le fait pour l'auteur d'un crime d'alléguer un motif différent de celui requis comme élément du crime, pourrait être convenablement conjuré dans le cadre de la définition du crime; en définitive, il s'agit de prouver que le motif requis était présent. Tout autre motif est inadéquat.

Article 5

10. Si le principe qui sous-tend cet article est accepté, celui-ci doit être libellé de manière à imposer à l'État au moins une condition pour le décharger de sa responsabi-

lité, à savoir remettre les individus en cause pour qu'ils soient jugés.

Article 6

11. En l'absence d'une juridiction pénale internationale dotée d'une compétence obligatoire, la Commission a dû aborder cet article du point de vue de l'application indirecte du code en droit interne. Pour être efficace, ceci requiert : a) une large participation, et pas seulement de la part des États « victimes », b) une compétence étendue, et c) la limitation de l'exception d'infraction politique. Le projet d'articles ne satisfait qu'à la deuxième de ces conditions. En outre, la question de la compétence universelle est traitée de manière schématique. Que la CDI réussisse ou non à élaborer un statut pour une cour pénale internationale, il faudra, ainsi qu'il est reconnu dans le commentaire⁶, formuler des règles plus précises pour l'application réelle du code. Le Royaume-Uni présume que celles-ci iront dans le sens des articles 2 à 11 de la Convention internationale contre la prise d'otages et des conventions similaires.

12. L'obligation de juger ou d'extrader énoncée au paragraphe 1 est consacrée par de nombreuses conventions internationales. Le commentaire développe davantage le sens du verbe « juger », qui est censé englober toutes les étapes de la procédure pénale; ces développements pourraient être utilement insérés dans cet article. Il serait toutefois préférable d'employer la formule plus courante ci-après : « saisir ses autorités compétentes de l'affaire aux fins de poursuite ». Il faut également préciser que les États visés dans cet article sont les seuls États qui sont parties à la convention portant institution du code. La notion de compétence universelle repose sur l'idée que les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité affectent tous les États où qu'ils soient commis et indépendamment de la nationalité de l'auteur ou des victimes. Toutefois, le paragraphe 2 fait apparaître la difficulté que la Commission a éprouvée à arrêter un ordre de priorités lorsque l'extradition est recherchée par plusieurs États aux fins de poursuite. À des fins pratiques d'administration de preuve, les conventions en vigueur donnent généralement la priorité à l'État sur le territoire duquel le crime a été commis. Toutefois, l'application efficace du code pourrait se trouver remise en cause si l'on accordait la priorité à l'État du territoire dans le cas où les responsables gouvernementaux seraient impliqués ou au cas où le crime résulterait de la politique officielle de l'État. Nonobstant les dispositions de l'article 13, le réalisme commande de dire qu'il est hautement improbable qu'une quelconque disposition s'avère pratique lorsque l'on sollicite l'extradition de hautes personnalités civiles ou militaires auprès de l'État dans le territoire duquel celles-ci ont accompli leurs actes officiels. Un autre problème pratique se pose lorsque l'extradition est requise sans intention réelle d'engager des poursuites. S'agissant du paragraphe 2, il serait préférable d'établir un ordre de priorités assorti de l'obligation concomitante faite à l'État requis de s'assurer que l'État requérant a l'intention d'engager de bonne foi des poursuites.

⁴ Principes du droit international consacrés dans le statut du Tribunal de Nuremberg et dans le jugement de ce tribunal [voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316)*, p. 12 et suiv.; texte reproduit dans *Annuaire... 1985*, vol. II (2^e partie), par. 45].

⁵ Voir *Annuaire... 1987*, vol. II (2^e partie), p. 14.

⁶ L'article 6 a été précédemment adopté en tant qu'article 4. Pour le commentaire, voir *Annuaire... 1988*, vol. II (2^e partie), p. 72 et 73.

Article 7

13. La règle proposée pourrait entraver les tentatives de réconciliation nationale et l'amnistie des crimes. La Commission devrait examiner plus attentivement la question de savoir si, et sous quelles conditions, l'amnistie des crimes doit être autorisée et son incidence sur le projet d'articles. À cet égard, il faudrait examiner l'article 9. Si, par exemple, un État accordait une amnistie à tous les responsables gouvernementaux qui auraient participé à la commission d'un crime réprimé par le code, l'article 9 n'en autoriserait pas moins, sous certaines conditions, leur poursuite par un autre État ou devant une cour pénale internationale. Les circonstances permettraient de dire, dans chaque espace, si l'amnistie constitue une tentative de réconciliation nationale de bonne foi ou une mesure cynique destinée à circonvier l'application indirecte du code. À l'évidence, les amnisties pourraient entamer l'efficacité de l'application indirecte des dispositions du code et posent un problème que la Commission doit examiner.

Article 8

14. Il s'agit là d'une disposition essentielle, l'une des rares qui traitent de l'application appropriée du code. Les garanties judiciaires revêtent une importance particulière dans les cas où l'auteur est accusé de crimes odieux des types retenus et qui suscitent une vive émotion. On améliorerait l'article 8 en y incorporant les précisions apportées aux paragraphes 6, 7 et 8 du commentaire⁷.

Article 9

15. Cet article reconnaît l'interaction entre le droit interne et le droit international : d'après cet article, l'individu peut être doublement coupable lorsque des crimes de droit commun qui lui sont reprochés constituent également des crimes au sens du code. Le Royaume-Uni réserve sa position sur cette proposition qui, à première vue, va à l'encontre des dispositions correspondantes de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et du Pacte international relatif aux droits civils et politiques auxquels il est partie. Pour l'instant, il se borne à souligner que le paragraphe 4 va même plus loin et permet qu'un individu puisse être jugé dans plus d'un État pour un crime visé par le code, encore que le paragraphe 5 viendrait réduire la peine encourue par suite d'une condamnation ultérieure. Telle que cette disposition est actuellement libellée, rien n'empêcherait un État sur le territoire duquel un crime a été commis ou qui en a été la principale victime de juger et de réprimer un individu qui l'aurait déjà été par l'État dont il est ressortissant, et ce sous l'empire du code dans les deux cas pour le même crime. La seule garantie est celle prévue au paragraphe 5. Si l'on vise, par cet aspect de la règle, à prévenir le châtement trop faible que pourrait infliger l'État dont l'individu est ressortissant, alors le paragraphe 4 gagnerait en logique à subordonner la compétence des tribunaux internes qui y est prévue au défaut de réprimer convenablement en première instance.

⁷ L'article 8 a été précédemment adopté en tant qu'article 6. Pour le commentaire, voir *Annuaire... 1987*, vol. II (2^e partie), p. 16 et 17.

Article 11

16. Tout en partageant l'avis de la Commission selon lequel cette disposition aurait tout aussi bien pu être insérée à l'article 14⁸, le Royaume-Uni reconnaît l'importance de la question et sa relation avec celle soulevée à l'article 12, et recommande de l'insérer ici. La formulation inspirée par le projet de code de 1954 n'est pas tout à fait heureuse : la responsabilité pénale de l'individu ne serait pas dérogée « s'il avait la possibilité, dans les circonstances existantes, de ne pas se conformer à cet ordre [d'un supérieur hiérarchique] ». Telle que la disposition est actuellement libellée, on est loin de savoir dans quelles circonstances le respect d'un ordre jouerait comme fait justificatif d'un crime visé par le code, puisqu'il n'était pas possible de se conformer à cet ordre dans les circonstances du moment. Par ailleurs, cette formulation semblerait remettre largement en cause le principe énoncé à l'article 8 du statut du Tribunal de Nuremberg selon lequel les ordres d'un supérieur hiérarchique ne constituent pas un fait justificatif, mais peuvent être pris en considération comme circonstance atténuante⁹. Elle ne cadre pas non plus avec les dispositions de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants aux termes desquelles l'ordre d'un supérieur « ne peut être invoqué pour justifier la torture » (art. 2, par. 3). Cet article doit être réexaminé en tenant compte de l'extrême gravité des crimes visés dans le code et de la tendance à l'extension de la responsabilité des individus, qui s'observe au niveau international.

Article 13

17. À l'évidence, il importe, pour l'application efficace du code, que les responsables, y compris les chefs d'État ou de gouvernement, ne soient pas déchargés de toute responsabilité pénale en raison de leur qualité officielle. Cependant, la Commission n'a pas traité ici et à l'article 9 de l'immunité dont ces responsables pourraient jouir à l'égard des procédures judiciaires. Elle devrait examiner la question de l'immunité juridictionnelle à laquelle les responsables pourraient avoir droit, au regard du droit international, et celle de la relation entre le projet de code et les règles en vigueur en la matière.

Article 14

18. Il est manifestement peu souhaitable qu'une disposition aussi essentielle, tant pour la définition du crime contre la paix et la sécurité de l'humanité que pour les droits de la défense, soit libellée en termes vagues. Plus le crime est grave, moins il y a de chances qu'un large éventail de faits justificatifs et de circonstances atténuantes soit recevable. Si, comme l'article 6 l'envisage actuellement, les tribunaux internes sont compétents en vertu du code, l'article 14 doit être reformulé. On ne saurait laisser à ces tribunaux le soin de définir les faits justificatifs et circonstances atténuantes admissibles sous

⁸ Voir le paragraphe 4 du commentaire dans *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 104.

⁹ Nations Unies, *Le statut et le jugement du Tribunal de Nuremberg. — Historique et analyse, mémorandum du Secrétaire général* (numéro de vente : 1949.V.7).

l'empire du code. Ce serait sacrifier entièrement l'équité et la cohérence. Il est symptomatique de la hâte et de l'absence de précision qui ont présidé à la rédaction de ces articles que le paragraphe 1 laisse subsister la possibilité d'invoquer des faits justificatifs pour répondre à tel ou tel crime, sans aller jusqu'à les énumérer. On gagnerait davantage à procéder séparément à leur énumération; si certains faits justificatifs généraux pourront s'appliquer à tous les crimes, il est difficile de concevoir des faits justificatifs d'application universelle pouvant s'appliquer convenablement aux circonstances de chaque crime énuméré dans le titre II.

Titre II

19. Le titre II et les crimes qui y sont énumérés constituent de loin l'aspect le plus décevant du projet. Comme l'un des membres de la Commission l'a fait remarquer, il est facile de s'élever avec indignation contre tel ou tel acte, mais il l'est moins d'énoncer en termes juridiques abstraits des règles primaires et toutes les conséquences juridiques de leur violation¹⁰. L'approche adoptée par la Commission présente trois lacunes fondamentales. Premièrement, la Commission n'a pas été guidée par une notion de crime contre la paix et la sécurité de l'humanité pour choisir les crimes à envisager dans cette partie du projet. Par suite, les crimes qui y sont retenus ne constituent pas un catalogue cohérent des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité défendable sur le plan logique. Deuxièmement, les articles visés n'établissent pas une distinction entre les crimes internationaux en général et les crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, d'une part, et entre les crimes commis par les individus et les crimes imputables à l'État, d'autre part. Troisièmement, nombre des définitions de crimes données dans cette partie découlent des résolutions de l'Assemblée générale et des conventions internationales qui n'ont pas, dans tous les cas, recueilli un large appui et qui, en tout état de cause, doivent être examinées beaucoup plus attentivement pour s'assurer que les termes employés sont appropriés pour un code pénal. Il ne faudrait voir dans les observations qui suivent que des exemples de critiques adressées à certaines des plus sérieuses lacunes du titre II tel qu'il est actuellement conçu.

Article 15

20. Cet article inspire de sérieux doutes au Royaume-Uni. Il se borne pour l'essentiel à reprendre la définition de l'agression contenue dans la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale. Cette résolution visait à aider l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité en précisant une notion clef énoncée dans la Charte des Nations Unies, mais qui n'avait pas été définie. Le Royaume-Uni partage entièrement l'avis des membres de la Commission qui ont estimé qu'un texte destiné à servir de guide ou d'orientation à un organe de caractère politique de l'Organisation des Nations Unies ne pouvait servir de base à des poursuites pénales devant des organes judiciaires. Il est manifestement insatisfaisant de suggérer dans le commentaire qu'il suffit de ne pas mentionner la

résolution nommément pour répondre à cette critique¹¹. Le libellé de la résolution doit être soigneusement adapté, de manière à viser expressément les actes qui entraînent la responsabilité pénale de l'individu. L'alinéa *h* du paragraphe 2 va à l'encontre du principe *nullum crimen sine lege* et opère avec effet potentiellement rétroactif en contradiction avec l'article 10.

Article 16

21. Cet article est inacceptable. S'il existe un crime de menace d'agression (ce dont on peut douter), il appellerait davantage la responsabilité de l'État que la responsabilité pénale de tel ou tel individu. La définition donnée au paragraphe 2 est insatisfaisante en ce qu'elle ne précise pas la nature exacte du crime, nonobstant la tentative de définition par énumération faite par la Commission. Les actes énumérés au paragraphe 2 ont une connotation collective, qui s'accommode mal avec l'institution de la responsabilité pénale individuelle. Le membre de phrase « ou toutes autres mesures de nature à donner au gouvernement d'un État de bonnes raisons de croire qu'une agression est sérieusement envisagée contre cet État » ne répond pas aux critères de précision requis de tout code pénal, tant s'en faut.

Article 17

22. Dans son sixième rapport, le Rapporteur spécial a posé, pour la forme, la question de savoir si « [é]tant donné les nuances et les degrés qu'elle comporte, la notion d'intervention n'est pas trop générale et trop variée dans ses manifestations pour constituer une notion juridique¹²? ». La notion d'« intervention » est, en effet, très générale et n'a pas la précision requise pour définir un comportement pénal. Les activités énumérées au paragraphe 2 n'éclaircissent et ne la circonscrivent guère. Il est, en tout état de cause, douteux que l'intervention soit un crime de nature à engager la responsabilité pénale de l'individu. Les sources dont la Commission s'inspire, et en particulier l'arrêt de la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Activités militaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*¹³, traitent de la légalité ou de l'illégalité de l'intervention d'un État dans les affaires intérieures et extérieures d'un autre État. Elles ne s'intéressent nullement à la responsabilité pénale, encore moins à la responsabilité pénale des individus au regard du droit international. L'« intervention » en tant que crime engageant la responsabilité pénale de l'individu n'est pas reconnue en droit international et, de l'avis du Royaume-Uni, ne doit pas l'être.

Article 18

23. Des expressions telles que « domination coloniale » et « domination étrangère » n'ont pas la teneur juridique requise pour être incluses dans un code de crimes et n'ont aucun fondement en droit pénal international. La « domination coloniale » est, de toute façon, une

¹¹ L'article 15 a été précédemment adopté en tant qu'article 12. Pour le commentaire, voir *Annuaire... 1988*, vol. II (2^e partie), p. 77 et 78.

¹² *Annuaire... 1988*, vol. II (1^{re} partie), p. 201, doc. A/CN.4/411, par. 22.

¹³ *Fond*, arrêt du 27 juin 1986, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 14.

¹⁰ *Annuaire... 1985*, vol. I, 1883^e séance, par. 3.

notion dépassée qui rappelle des comportements politiques d'un autre âge. Sa présence à l'article 19 du projet sur la responsabilité des États ne justifie nullement son insertion dans le code. Le Royaume-Uni déplore l'introduction de notions qui ne sont rien d'autre que des slogans politiques dans un code qui se veut un instrument juridique. Au lieu de recourir à des étiquettes qui englobent des comportements acceptables et inacceptables, la Commission doit recenser et définir les actes ou pratiques que l'on envisage de réprimer. Les actes commis à l'occasion de « la domination coloniale ou étrangère » peuvent, une fois mieux définis, trouver place dans d'autres dispositions du code consacrées, par exemple, au génocide (art. 19) ou aux violations systématiques ou massives des droits de l'homme (art. 21).

Article 19

24. La Commission doit examiner le rapport qui existe entre le code et l'article IX de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, qui donne à la CIJ compétence obligatoire en raison des différends entre les parties contractantes relatifs, notamment, à la responsabilité d'un État en matière de génocide.

Article 20

25. Tout comme le présent projet vise à mettre à jour les dispositions du projet de code de 1954 pour tenir compte des développements ultérieurs, la Commission doit aussi prendre pleinement en considération les faits politiques survenus depuis qu'elle a entamé ses travaux sur le présent projet, il y a une décennie. Le débat sur l'apartheid à la Commission a bien sûr été axé sur l'Afrique du Sud, encore que l'on ait par la suite renoncé à toute référence à cet État, le projet d'articles ne comportant plus aucune référence temporelle ou spatiale. La Commission doit réexaminer cet article quant au fond, à la lumière de la situation internationale nouvelle.

Article 21

26. Tout code des crimes sous l'empire du droit international doit, à l'évidence, s'intéresser aux violations systématiques ou massives des droits de l'homme. Deux conditions doivent être réunies pour qu'un acte mérite la qualification de « violation systématique ou massive des droits de l'homme » : l'acte doit être d'une gravité exceptionnelle et revêtir un caractère systématique ou massif. S'il est bienvenu d'énumérer expressément les actes, l'article est incomplet et insatisfaisant. Le commentaire¹⁴ précise que les définitions des termes employés (torture, esclavage et autres) se trouvent dans les conventions internationales en vigueur. En admettant même que les tribunaux internes soient en mesure de déterminer la source pertinente, les définitions contenues dans ces dispositions ne seraient pas exemptes de controverse. De fait, ainsi qu'il est dit dans le commentaire, on pourrait douter que la définition de la torture donnée par la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants doive être limitée aux actes de personnes agissant à titre officiel. Tel qu'il est actuellement libellé, l'article ne fournit aucune définition

précise du comportement criminel ni aucune notion unificatrice précise.

Article 22

27. En optant pour un compromis conciliant les tendances en présence, la Commission risque de laisser proliférer inutilement les catégories de crimes de guerre. Si la Commission doit maintenir cet article, le Royaume-Uni préférerait qu'elle en fasse une disposition qui cadre avec les caractéristiques actuelles des crimes de guerre, en remplaçant les mots « crime de guerre d'une exceptionnelle gravité » par l'expression « violations graves des Conventions de Genève », par exemple.

Article 23

28. Si les activités mercenaires peuvent, dans certaines circonstances, revêtir un caractère répréhensible, le Royaume-Uni estime qu'elles n'ont pas leur place dans un code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Ces activités ne sont pas assez généralisées et graves pour mériter de tomber sous le coup du code. Elles n'ont pas non plus encore acquis le statut de crimes internationaux généralement reconnus. La Convention internationale contre le recrutement, l'utilisation, le financement et l'instruction de mercenaires ne compte toujours guère plus qu'une poignée de signataires.

Article 24

29. Le Royaume-Uni déplore que la Commission ait, comme dans le projet de 1954, limité le champ d'application de l'article au terrorisme commandité par un État. Le terrorisme international n'est pas le fait de seuls agents ou représentants d'États. En tentant de distinguer entre terrorisme international et terrorisme « interne », la Commission a méconnu l'importante catégorie du terrorisme autre que d'État, dirigé contre les États, qui relève à proprement parler de la définition du terrorisme international. Le Royaume-Uni exhorterait donc la Commission à réexaminer la définition du terrorisme, notamment le fait qu'elle omet le terrorisme « interne », lequel constitue davantage un problème pour nombre d'États que le terrorisme international. Elle doit également réfléchir au rapport qui existe entre cet article et les crimes internationaux exclus du code, tels que le détournement d'aéronefs et la prise d'otages, lesquels pourraient relever du terrorisme international tel qu'actuellement défini.

Article 25

30. Le projet de code de 1954 exclut les crimes liés aux stupéfiants, ainsi que la piraterie, le trafic de femmes et d'enfants, la contrefaçon et la détérioration de câbles sous-marins. Le Royaume-Uni aurait souhaité disposer d'une analyse plus détaillée de ces crimes, en vue de déterminer s'ils constituent des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Pour lui, le trafic de stupéfiants, bien qu'il constitue un crime international, est un cas limite si on envisage de l'inclure dans un code en tant que crime contre la paix et la sécurité de l'humanité. On peut s'interroger sur l'intérêt qu'il y aurait d'inclure dans le code une activité considérée comme criminelle par la

¹⁴ *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 107 à 109.

grande majorité des États et efficacement poursuivie comme telle par la plupart d'entre eux.

Article 26

31. Cette disposition tire son origine de l'article 19 du projet sur la responsabilité des États, qui a prêté à controverse. Il en va de même ici, dans la mesure où l'on ne s'accorde certainement pas à voir dans les « dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel » un crime international, encore moins un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité. Le dommage à l'environnement peut entraîner une responsabilité civile et pénale en droit interne, mais ce serait élargir indûment le droit international que de qualifier un tel dommage de crime contre la paix et la sécurité de l'humanité.

CONCLUSION

32. Le Royaume-Uni considère que la Commission pourrait consacrer plus utilement ses ressources limitées à d'autres sujets inscrits à son programme de travail. Ainsi qu'il est dit plus haut, le Royaume-Uni est d'avis que les travaux sur ce sujet doivent être suspendus, du moins jusqu'à ce que les travaux sur le projet de statut pour une cour pénale internationale soient terminés.

Sénégal

[Original : français]
[18 décembre 1992]

1. Déjà lors des débats à la Sixième Commission, la délégation sénégalaise s'est félicitée de la qualité du rapport présenté par le Rapporteur spécial de la Commission du droit international, ainsi que de ses efforts déployés, depuis dix ans, pour élaborer un code des crimes et un statut pour une juridiction pénale internationale¹.

2. Aussi le Gouvernement sénégalais estime-t-il que les problèmes que pose le développement de la criminalité à dimensions internationales ne peuvent plus être ignorés de la communauté internationale.

3. La répression de ces crimes appelle souvent plusieurs systèmes juridiques dont les législations ne sont pas très souvent compatibles. Cette situation engendre des conflits de loi dans l'espace, ce qui rend difficile une répression prompte et efficace des crimes, sans compter les tensions qui naissent souvent des demandes d'extradition.

4. Dès lors, il est urgent pour la communauté internationale de tenter une harmonisation des législations pénales, afin de lutter efficacement contre les crimes et délits à caractère international. Cette entreprise doit s'orienter en priorité dans la direction de la prévention, cela du fait des lacunes de la répression comme moyens de lutte contre la criminalité.

5. Pour toutes ces raisons, le Sénégal soutient le principe de l'élaboration d'une convention en matière de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et d'une

juridiction pénale internationale, étant entendu que ladite convention définit le cadre juridique d'une coopération judiciaire internationale plus que jamais nécessaire pour lutter contre le crime et la délinquance de manière générale, notamment par la fourniture d'une assistance technique et financière aux pays en développement.

Soudan

[Original : arabe]
[26 janvier 1993]

1. Il est nécessaire de consacrer un article distinct au début du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité à la définition des termes et expressions employés dans les articles, dont le sens juridique doit être rigoureusement défini afin de prévenir toute interprétation subjective et tout désaccord qui en résulteraient.

2. Les dispositions du projet de code ne distinguent pas entre les crimes commis par un individu sur le territoire de son pays et les crimes commis par un individu à l'étranger. Il faut établir une distinction entre les deux types de crimes, en déterminant le tribunal compétent pour connaître des crimes commis à l'encontre d'étrangers par des nationaux d'un pays donné.

3. Il est nécessaire de déterminer le tribunal ou les tribunaux compétents pour connaître des crimes visés dans le projet de code.

4. Ne pas déterminer les peines applicables à chacun des crimes visés dans le projet de code ne permet pas de se prononcer sur l'adéquation des peines et leur caractère dissuasif.

Suède

[Voir Pays nordiques]

Turquie

[Original : anglais]
[15 janvier 1993]

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Il conviendrait d'adopter initialement le projet de code sous la forme d'une déclaration qui serait, par la suite, convertie en un instrument contraignant.

2. Le fait que certaines des questions abordées dans le projet font l'objet de traités et que les juridictions nationales sont autorisées à connaître de ces questions et à prononcer des peines risque de susciter des difficultés pour les États signataires au niveau de l'harmonisation de leurs obligations en vertu de ces traités et en vertu du code.

3. Il serait préférable que le projet de code spécifie les peines correspondant aux divers crimes. Il faudrait, toutefois, au lieu de fixer une peine pour chaque crime, laisser aux juges le soin de choisir dans un éventail de peines comprises entre une peine minimum et une peine maximum.

¹ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Sixième Commission, 22^e séance*, par. 47 à 52.

4. Le projet ne devrait pas comporter d'incriminations sur lesquelles il n'y a pas totalement consensus.

OBSERVATIONS RELATIVES À CERTAINS ARTICLES

Article 7

5. Bien que l'idée qui sous-tend cet article soit défendable, en cas de création d'une cour pénale internationale, il faudrait envisager un certain délai de prescription — sans doute relativement long —, au-delà duquel des poursuites ne pourraient plus être engagées contre un pays accusé d'avoir violé le droit.

Article 10

6. Aux termes de cet article, nul ne peut être condamné pour des actes commis avant l'entrée en vigueur du code. Le principe stipulé au paragraphe 2 de l'article compte parmi les principes fondamentaux du droit pénal et doit être retenu dans le projet.

Article 15

7. Le paragraphe 4 de l'article 15, après une énumération des actes devant être considérés comme des actes d'agression, dispose en son alinéa *h* que le Conseil de sécurité pourra également déterminer, conformément aux dispositions de la Charte des Nations Unies, que d'autres actes peuvent eux aussi être considérés comme des actes d'agression. Or, l'établissement préalable des éléments constitutifs de l'infraction et des peines correspondantes est l'un des principes fondamentaux du droit pénal et c'est là une garantie essentielle. Compte tenu de ce principe, une disposition comme celle de l'alinéa *h* précité, qui pourrait aboutir à des incriminations qui ne pourraient être prévues à l'avance serait inadmissible.

Article 16

8. L'article 16 du projet inclut la menace d'agression parmi les crimes contre la sécurité de l'humanité. Le paragraphe 1 de cet article prévoit la condamnation du dirigeant ou de la personne ayant organisé le crime de menace d'agression. Aux termes du paragraphe 2 de ce même article, la menace d'agression consiste en des déclarations ou démonstrations de force donnant à penser aux gouvernements qu'une agression est envisagée contre leur pays. Il est également fait référence à ce concept dans la Charte des Nations Unies. Mais la Charte est un traité qui impose des obligations aux États Membres, et non pas aux individus. Il faudrait donc préciser comment la responsabilité des personnes serait engagée par un tel crime. En outre, dans les cas où le crime de menace d'agression est commis par des individus, des appréciations subjectives risquent souvent d'entrer en jeu en ce qui concerne les éléments constitutifs du crime, ou sur le point de savoir si l'individu en question a ou non agi pour le compte de son gouvernement, ou encore pour décider à qui le crime est en fait imputable.

Article 22

9. Il faudrait réexaminer le point de savoir si les actes énumérés à l'alinéa *a* du paragraphe 2 sont bien à leur

place dans cet article, compte tenu de son intitulé (« Crimes de guerre d'une exceptionnelle gravité »).

10. L'article 22 dispose, à l'alinéa *f* du paragraphe 2, que l'atteinte délibérée aux biens présentant une valeur religieuse, historique ou culturelle exceptionnelle doit être considérée comme un crime de guerre. Il faudrait élargir la portée de cette disposition pour y englober le vol, la contrebande et la destruction des biens présentant une valeur religieuse, historique, culturelle, scientifique ou technique perpétrés à la faveur de la situation chaotique prévalant en temps de guerre.

Uruguay

[Original : espagnol]
[17 novembre 1992]

1. Le Gouvernement uruguayen soutient fermement l'idée d'élaborer un code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, car il est convaincu que l'existence d'un corpus normatif de cette nature contribuera efficacement à instaurer le règne universel du droit grâce à la codification et au développement progressif du droit international.

2. Le Gouvernement uruguayen réagit de manière identique à l'idée d'établir une juridiction pénale internationale permanente et de caractère universel et de créer à cet effet une cour criminelle internationale appelée à juger les personnes physiques auxquelles peut être imputée la responsabilité de crimes de droit international.

3. Dans cet ordre d'idées et à propos de l'article 6, le Gouvernement uruguayen estime qu'un moyen très efficace d'atteindre les objectifs que l'on s'est fixés serait que la Commission du droit international s'attaque aussi rapidement que possible à l'élaboration du statut de cette cour.

4. La méthode provisoire adoptée par la Commission et tendant à dresser une liste des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, en en donnant une définition dans le projet d'article, n'appelle aucune observation.

5. En ce qui concerne les infractions énumérées et leur qualification, le Gouvernement uruguayen se réserve de formuler son opinion à un stade ultérieur et plus avancé des travaux de la Commission.

6. En dépit de cette réserve, le Gouvernement uruguayen juge opportun de présenter dès maintenant, sur l'article 26, quelques commentaires et observations inspirés des exposés faits par ses représentants dans diverses enceintes internationales, en particulier par le Président de la République, M. Luis Alberto Lacalle, dans le discours qu'il a prononcé à la séance plénière du 13 juin 1992 devant la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement¹.

¹ Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992 [A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I, Vol.I/Corr.1, Vol. II, Vol. III et Vol. III/Corr.1)] (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatifs), vol. III : *Allocutions prononcées par les chefs d'État ou de gouvernement au cours du Sommet de la Conférence*, p. 253 et suiv.

7. L'Uruguay est d'avis qu'une défense efficace de l'environnement n'est possible que dans le cadre de la coopération internationale, grâce à l'action conjointe de tous les États et au moyen d'instruments internationaux qui consacrent des obligations précises d'un caractère juridique contraignant et qui confèrent compétence à des tribunaux nationaux et internationaux, selon le cas, à même de concrétiser la responsabilité des auteurs de comportements illicites du point de vue écologique.

8. À cet égard, le Gouvernement uruguayen a résumé sa pensée sur le plan national dans le projet de loi qu'il a soumis à l'examen du pouvoir législatif sur la prévention de l'impact écologique et sur le plan international dans un document présenté à l'Assemblée générale des Nations Unies à la quarante-septième session, intitulé « Règles à suivre dans l'élaboration d'un projet de code international de l'environnement », et qui contient un chapitre spécialement consacré à la responsabilité civile et pénale.

9. En ce qui concerne plus spécifiquement l'article 26 et la qualification de l'infraction qu'envisage cette disposition, le Gouvernement uruguayen considère, sur la base de ce qui précède, que l'exigence d'une intention « délibérée » devrait être éliminée, compte tenu de la

nature des conséquences de l'acte commis — dommages étendus, durables et graves à l'environnement naturel — et que l'on devrait donner priorité au principe de la responsabilité qui, dans le cas particulier de l'environnement, devrait s'étendre non seulement aux cas de dommages causés intentionnellement (dolosifs) mais aussi aux cas de dommages causés par négligence ou par imprévoyance (fautifs), puisqu'il s'agit, en fin de compte, de la survie de l'humanité.

10. De même, le Gouvernement uruguayen pense qu'il serait approprié, du point de vue de la technique normative, de suivre la méthode employée dans plusieurs projets d'articles, d'énumérer de façon descriptive les principaux actes constituant l'infraction prévue contre l'environnement et de sanctionner les agents qui s'en rendent responsables, qu'il s'agisse de particuliers, de dirigeants d'entreprises ou de représentants d'un État.

11. Le Gouvernement uruguayen a plaisir à mettre en relief les travaux accomplis par la Commission du droit international pour ce qui est du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité transmis aux gouvernements des États Membres; il forme le vœu que la Commission continue d'accorder la priorité à la poursuite de ces travaux.

II. — Commentaires et observations reçus d'un État non membre

Suisse

[Original : français]
[14 janvier 1993]

1. Les États étant pour la première fois saisis de l'ensemble du projet d'articles du code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, le Gouvernement suisse souhaite d'abord faire des commentaires de caractère général avant de présenter des observations relatives à certains articles du projet.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

2. L'élaboration d'un projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité s'est révélé dès le début des travaux de la Commission du droit international une entreprise ardue. Ce projet porte en effet sur une matière qui n'est pas exempte, tant s'en faut, de controverses politiques. La difficulté de la tâche ne rend toutefois pas moins urgente l'adoption par les États d'un tel instrument, comme l'illustrent aujourd'hui tragiquement certaines situations régionales. Le souci qui doit guider les États consiste sans nul doute à établir des normes qui soient suffisamment précises pour fonder une incrimination, conformément au principe intangible *nullum crimen, nulla poena sine lege*, selon lequel un comportement ne saurait être imputé ou une peine prononcée qu'en vertu d'une violation, par commission ou omission, d'une disposition expresse de la loi. Les faits susceptibles de donner lieu à condamnation doivent donc

être clairement énoncés. Il est impératif de conserver au droit pénal ses qualités de clarté et de prévisibilité. À défaut, la sanction serait entachée d'arbitraire et ignorerait les droits fondamentaux de la défense. Le Gouvernement suisse appuie donc l'option suivie par la Commission, consistant à privilégier une définition énumérative des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité plutôt qu'une définition conceptuelle, qui laisserait au juge une trop grande marge d'interprétation. Le Gouvernement suisse approuve également l'insertion dans le projet de dispositions rappelant des règles aussi essentielles que *non bis in idem* (art. 9) ou la non-rétroactivité (art. 10).

3. Une autre remarque générale semble s'imposer. L'idée fondamentale qui sous-tend tout le code — telle est du moins la lecture que nous en faisons — est de criminaliser certains actes d'une gravité particulière, afin de renforcer la paix et la sécurité auxquelles l'humanité est en droit de prétendre. Ainsi les individus qui, par leur comportement, auraient délibérément compromis la paix ou porté atteinte à la sécurité de l'humanité, seraient-ils personnellement (art. 3, par. 1) comptables de leurs actes devant une juridiction nationale ou internationale¹. Le Gouvernement suisse souscrit à cette approche, dans la mesure où elle contribue à « responsabiliser » ceux qui, de par leurs fonctions, sont en mesure de saper les fondements mêmes de la société humaine. La raison d'État ne saurait tout justifier.

¹ La question de la création d'une juridiction pénale internationale fera en temps voulu l'objet d'observations séparées.

4. Une difficulté pourrait toutefois surgir. Les atteintes à la paix sont, par essence, le fait de l'État. Seuls des organes étatiques — dans la réalité, ce sera souvent le gouvernement — peuvent commettre une agression, recourir à l'intervention ou pratiquer la domination coloniale. Il n'est pas certain que la violation d'obligations pesant sur les États au titre du maintien de la paix puisse faire sans autre l'objet d'une incrimination. On peut même se demander si l'imputation individuelle de certains actes étatiques ne risque pas, en dépit de l'article 5 (Responsabilité des États), de conduire à un résultat paradoxal, celui d'atténuer la responsabilité internationale de l'État en cause, dès lors que la mise en œuvre de cette responsabilité ne constituera plus nécessairement la sanction ultime dans les relations internationales. Peut-être le problème posé par le passage du comportement étatique à la culpabilité individuelle mériterait-il d'être encore étudié par la Commission.

5. Le Gouvernement suisse part de l'idée que le futur instrument regroupera, dans une disposition spéciale, la définition des termes clefs. En outre, compte tenu des divergences possibles d'interprétation, le projet de code devrait contenir une clause de règlement des différends entre États parties susceptible d'aboutir à une décision juridiquement contraignante.

6. Il ne fait enfin guère de doute que le futur instrument devrait traiter la question des peines. Le prononcé de la sanction fait partie intégrante de la procédure pénale, de la procédure de jugement plus particulièrement. On imagine d'ailleurs mal qu'un tribunal pénal international, s'il devait voir le jour, puisse statuer sur la culpabilité de l'accusé sans avoir aussi la compétence d'infliger une peine. Il y aurait ainsi lieu de joindre à la définition de chaque crime l'indication de la peine correspondante, à l'instar de la systématique adoptée pour la majorité des codes pénaux nationaux. La solution consistant à inclure une échelle des peines applicables à tous les crimes ne paraît d'ailleurs pas pleinement compatible avec la règle *nulla poena sine lege*. Celle-ci veut que chaque incrimination soit assortie d'une sanction précise et individualisée. À défaut, le futur code, au-delà de la fonction répressive qui serait la sienne, ne pourrait pas jouer le rôle préventif qui, en bonne doctrine, lui est également assigné.

OBSERVATIONS RELATIVES À CERTAINS ARTICLES

Article 3

7. De l'avis du Gouvernement suisse, il serait préférable de ne pas faire figurer dans le projet l'expression « visé aux articles » (par. 3). En effet, il n'est pas certain que chacun des crimes retenus dans le projet de code admette la tentative. Le crime de domination coloniale, par exemple, pour être retenu par un juge, paraît impliquer un minimum d'exécution excluant la notion même de tentative. De toute façon, l'expression est superflue, car la tentative — punissable — de commettre un crime contre la paix et la sécurité se réfère à l'évidence à un crime défini dans le projet de code et non dans un autre instrument.

Article 6

8. Les dispositions relatives à l'extradition sont évidemment liées à celles portant sur la création d'un tribunal pénal international. Indépendamment toutefois du choix à opérer en matière de juridiction, des conflits de compétence peuvent se produire, lorsque l'on est en présence de plusieurs demandes d'extradition. La Commission a marqué sa préférence pour l'État où le crime a été commis, auquel une considération particulière devrait être accordée. De l'avis du Gouvernement suisse, cette solution mérite d'être appuyée. Il est en effet incontestable que l'État où le crime a eu lieu, qui en a en quelque sorte été la victime, a une vocation privilégiée à connaître de l'affaire. Parfois cependant, l'État où le crime présumé a été perpétré sera exposé à des pressions incompatibles avec une saine administration de la justice. De même, dans certains cas (apartheid par exemple, comme l'a révélé la Commission), l'État où le crime a eu lieu pourrait bien porter une responsabilité directe dans la commission de celui-ci et chercher à couvrir l'accusé. C'est donc à bon escient que l'article 6 se borne à indiquer une préférence en faveur du principe de la territorialité et n'établit pas une véritable règle de priorité.

Article 14

9. L'idée de réunir en un seul article deux notions fondamentales du droit pénal aussi étrangères l'une à l'autre que les faits justificatifs et les circonstances atténuantes semble contestable. Le fait justificatif a pour effet de priver l'acte de son caractère illicite, l'auteur n'ayant pas agi avec conscience et volonté. En somme, la responsabilité, condition de la répression, fait défaut. Les circonstances atténuantes n'ôtent en revanche pas à l'acte son caractère illicite. Elles en modèrent seulement les conséquences pénales, il serait dès lors indiqué de prévoir deux dispositions distinctes.

Article 15

10. La définition proposée de l'agression repose largement — et c'est parfaitement justifié — sur celle annexée à la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale. Or, il s'agit là d'un texte destiné à un organe politique. Aux termes d'ailleurs de l'Article 39 de la Charte des Nations Unies, c'est au Conseil de sécurité qu'il incombe de constater l'existence d'une menace contre la paix, d'une rupture de la paix ou d'un acte d'agression. Le problème qui se pose est, dès lors, celui de savoir si le juge national est lié par les constatations du Conseil de sécurité. À certains égards, il paraît souhaitable qu'il en soit ainsi. On voit mal en effet comment un juge national pourrait qualifier d'agression un acte que le Conseil de sécurité, responsable au premier chef du maintien de la paix, n'aurait pas considéré comme tel. Mais, d'un autre côté, on sait que l'action du Conseil de sécurité peut être paralysée par l'exercice du droit de veto. Les décisions des tribunaux seraient donc subordonnées à celles du Conseil de sécurité. Il n'est pas certain que la sécurité du droit y gagnerait. Il ne semble pas conforme à une saine conception de la justice d'envisager que les décisions du Conseil de sécurité, organe politique s'il en est, puissent servir directement de base aux tribunaux nationaux, quand ils sont amenés à établir la culpabilité individuelle et à fixer la quotité de

la peine. En définitive, il y aurait avantage à ne pas insérer le paragraphe 5 entre crochets.

Article 16

11. L'article 16 traite de la menace d'agression, qualifiée au même titre que l'agression de crime contre la paix. La Suisse s'est déjà interrogée en Sixième Commission, lors du débat annuel sur les travaux de la Commission² : une telle assimilation se justifie-t-elle ? En d'autres termes, la menace d'agression doit-elle figurer en tant que crime distinct dans le projet de code ? Il est permis d'en douter. Comment en effet condamner, lorsque la menace ne s'est pas matérialisée par un commencement d'exécution ? Comment distinguer la menace punissable des actes préparatoires qui, en bonne doctrine, ne le sont pas ? On peut même avancer l'hypothèse selon laquelle l'incrimination de la menace d'agression risque de favoriser, avec les conséquences fâcheuses que l'on peut imaginer, le recours à la force dans l'exercice du droit de légitime défense. Au demeurant, des manœuvres d'intimidation consistant, selon l'article 16, « en des déclarations, des communications, des démonstrations de force », mais qui, par définition, ne se traduiraient pas par un acte d'agression, constitueraient-elles un acte suffisamment grave pour être érigées en crimes contre la paix ? On peut éprouver quelques hésitations. Tout compte fait, le Gouvernement suisse parvient à la conclusion qu'il n'est pas opportun d'étendre le champ d'application du projet de code à la menace d'agression. Dans tous les cas, une telle disposition serait d'application malaisée.

Article 17

12. La difficulté majeure que soulève l'article 17 réside sans doute dans la définition de l'intervention. À cet égard, la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies³ fournit une utile contribution. Comme le précise la Commission dans son commentaire⁴, l'intervention doit comporter un élément de coercition, c'est-à-dire faire obstacle au libre exercice de la souveraineté par l'État victime. Mais l'incrimination devrait être limitée aux formes d'ingérence les plus graves. Pratiquement, seule la contrainte comportant l'usage de la force armée paraît présenter le degré de gravité requis pour constituer un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité.

Article 18

13. Cette disposition condamne la domination coloniale et les autres formes de domination étrangère lorsqu'elles sont imposées par la force. La domination étrangère doit-elle également s'entendre du « néo-colonialisme », comme certains membres de la Commission semblent le penser ? Cela est douteux. Pour

répréhensible qu'il soit sur le plan politique, le « néo-colonialisme » n'est pas un concept juridiquement établi. Par ailleurs, il convient d'observer que le « néo-colonialisme », pour autant qu'il puisse être objectivement constaté, n'est pas nécessairement imposé par la force dans le cadre d'un plan ou d'une entente. Il résulte souvent des disparités économiques entre les pays et sera, dans la réalité, très difficile à prouver. On peut dès lors se demander s'il ne conviendrait pas d'éliminer toute référence au « néo-colonialisme » dans le commentaire relatif à l'article 18⁵.

Article 22

14. Le droit international humanitaire connaît aujourd'hui deux catégories d'infraction : « les infractions graves », précédemment énumérées (articles 50, 51, 130 et 147 communs aux quatre Conventions de Genève de 1949 et article 85 du Protocole additionnel I, qui renvoie également à l'article 11 du même Protocole) aussi appelées crimes de guerre, d'une part; toutes les autres violations du droit international humanitaire, d'autre part.

15. La Commission, fidèle au critère selon lequel le code ne devrait appréhender que des actes d'une extrême gravité, se propose d'introduire une troisième catégorie : celle des crimes « d'une exceptionnelle gravité » qui engloberait donc les « infractions graves » particulièrement graves. Il faut dès lors être conscient que cet article 22, une fois le code en vigueur, pourrait avoir pour effet que les crimes de guerre ne figurant pas dans la liste de cette disposition ne seront plus assortis que d'une peine relativement légère.

16. On comprend en outre mal les raisons pour lesquelles la Commission a retenu comme « crimes de guerre d'une exceptionnelle gravité » « la destruction sur une grande échelle de biens de caractère civil » (par. 2, e) et non les attaques contre la population civile ou des zones démilitarisées ainsi que l'usage perfide de l'emblème protecteur de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge.

17. Il serait dès lors indiqué que la Commission réexamine les incidences que cette disposition serait susceptible d'avoir sur le droit international humanitaire, avant de l'adopter en seconde lecture.

Article 23

18. Dans le commentaire relatif à l'article 23⁶, la Commission rappelle qu'à teneur de l'article 47 du Protocole additionnel I de 1977 aux Conventions de Genève, le mercenaire n'a pas droit au statut de combattant ou de prisonnier de guerre. Deux précisions s'imposent, dont le commentaire pourrait tenir compte. La disposition précitée permet à une partie au Protocole de refuser ce statut à un mercenaire : elle ne l'y oblige pas. En outre, le mercenaire dépourvu du statut de combattant et de prisonnier de guerre bénéficie, comme tout civil qui fait l'objet d'une suspicion légitime de se livrer à une activité préju-

² Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Sixième Commission, 22^e séance*, par. 66 à 74.

³ Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, annexe.

⁴ L'article 17 a été précédemment adopté en tant qu'article 14. Pour le commentaire, voir *Annuaire... 1989*, vol. II (2^e partie), p. 76 et 77.

⁵ L'article 18 a été précédemment adopté en tant qu'article 15. Pour le commentaire, *ibid.*, p. 77.

⁶ L'article 23 a été précédemment adopté en tant qu'article 18. Pour le commentaire, voir *Annuaire... 1990*, vol. II (2^e partie), p. 29 et 30.

diciaire à la sécurité de l'État, des dispositions du paragraphe 3 de l'article 5 de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, qui lui assure notamment, en cas de poursuites, le droit à un procès équitable et régulier. Il bénéficie également des garanties fondamentales prévues à l'article 75 du Protocole additionnel I.

Article 24

19. Il semble que les éléments constitutifs du crime de terrorisme international pourraient, selon les circonstances, ne pas être clairement distingués de ceux de l'intervention, définie comme le fait d'intervenir dans les affaires intérieures ou extérieures d'un État en fomentant des activités subversives ou terroristes. Le fait, pour les agents de l'État, de financer ou d'instruire des bandes armées, afin de répandre la terreur au sein de la population et par là même de favoriser la chute du gouvernement d'un autre État, tombe-t-il sous le coup de l'une ou de l'autre disposition ?

Article 25

20. La question se pose enfin de savoir s'il se justifie d'insérer dans le code une disposition sur le trafic international de stupéfiants. Après tout, on peut considérer ce trafic comme un délit de droit commun, dont le mobile serait essentiellement l'appât du gain. Cette appréciation ignore, toutefois, une évolution qui fait apparaître des liens toujours plus étroits entre le trafic international de stupéfiants et le terrorisme local ou le terrorisme international. Ce n'est pas sans de bonnes raisons que l'on parle communément de « narco-terrorisme ». Outre les effets néfastes qu'il a sur la santé et le bien-être, le trafic international de stupéfiants a un effet déstabilisateur sur certains pays et fait donc obstacle à des relations internationales harmonieuses. À cet égard, le trafic international de stupéfiants apparaît bien comme un crime contre la paix et la sécurité de l'humanité. Il est donc juste, comme le fait la Commission, d'insérer dans le projet de code une disposition incriminant un tel trafic, qu'il soit le fait d'agents de l'État ou de simples particuliers.

DOCUMENT A/CN.4/449

**Onzième rapport sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité,
par M. Doudou Thiam, rapporteur spécial**

PROJET DE STATUT D'UNE COUR CRIMINELLE INTERNATIONALE

[Original : français]
[25 mars 1993]

TABLE DES MATIÈRES

| | <i>Pages</i> |
|--|--------------------|
| Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport | 121 |
| | <i>Paragraphes</i> |
| INTRODUCTION | 1-17 121 |
| PROJET DE STATUT D'UNE COUR CRIMINELLE INTERNATIONALE | |
| Titre I. — Institution | |
| Projet d'article premier. — Institution de la Cour | |
| a) Texte proposé | 18 123 |
| b) Commentaire | 19 123 |
| Projet d'article 2. — La Cour, organe judiciaire de l'Organisation des Nations Unies | |
| a) Texte proposé | 20 123 |
| b) Commentaire | 21 123 |
| Projet d'article 3. — Sièges de la Cour | |
| a) Texte proposé | 22 123 |
| b) Commentaire | 23 123 |
| Projet d'article 4. — Droit applicable | |
| a) Texte proposé | 24 123 |
| b) Commentaire | 25-31 123 |
| Projet d'article 5. — Compétence de la Cour | |
| a) Texte proposé | 32 124 |
| b) Commentaire | 33-40 124 |
| Projet d'article 6. — Contestation de compétence | |
| a) Texte proposé | 41 124 |
| b) Commentaire | 42 125 |
| Projet d'article 7. — Garanties judiciaires | |
| a) Texte proposé | 43 125 |
| b) Commentaire | 44-46 125 |
| Titre II. — Organisation et fonctionnement | |
| Projet d'article 8. — Permanence de la juridiction de la Cour | |
| a) Texte proposé | 47 125 |
| b) Commentaire | 48-52 125 |
| Projet d'article 9. — Résidence du Président et du Greffier | |
| a) Texte proposé | 53 126 |
| b) Commentaire | 54 126 |
| Projet d'article 10. — Règlement intérieur | |
| a) Texte proposé | 55 126 |
| b) Commentaire | 56 126 |
| Projet d'article 11. — Qualités requises | |
| Texte proposé | 57 126 |
| Projet d'article 12. — Nomination des juges | |
| a) Texte proposé | 58 126 |
| b) Commentaire | 59-60 126 |

| | <i>Paragraphes</i> | <i>Pages</i> |
|--|--------------------|--------------|
| Projet d'article 13. — Élection du Président et [du] [des] Vice-Président[s] | | |
| a) Texte proposé | 61 | 126 |
| b) Commentaire | 62 | 126 |
| Projet d'article 14. — Nomination du Greffier | | |
| Texte proposé | 63 | 127 |
| Projet d'article 15. — Composition d'une chambre de la Cour | | |
| a) Texte proposé | 64 | 127 |
| b) Commentaire | 65-71 | 127 |
| Projet d'article 16. — Compatibilité avec d'autres fonctions | | |
| a) Texte proposé | 72 | 127 |
| b) Commentaire | 73 | 128 |
| Projet d'article 17. — Perte de fonctions | | |
| Texte proposé | 74 | 128 |
| Projet d'article 18. — Immunité diplomatique | | |
| Texte proposé | 75 | 128 |
| Projet d'article 19. — Vacance d'un siège | | |
| Texte proposé | 76 | 128 |
| Projet d'article 20. — Engagement solennel | | |
| a) Texte proposé | 77 | 128 |
| b) Commentaire | 78 | 128 |
| Projet d'article 21. — Allocations, indemnités et traitements | | |
| a) Texte proposé | 79 | 128 |
| b) Commentaire | 80 | |
| Projet d'article 22. — Budget de la Cour | | |
| Texte proposé | 81 | 128 |
| Titre III. — Procédure | | |
| Projet d'article 23. — Saisine de la Cour | | |
| a) Texte proposé | 82 | 129 |
| b) Commentaire | 83-84 | 129 |
| Projet d'article 24. — L'intervention | | |
| a) Texte proposé | 85 | 129 |
| b) Commentaire | 86 | 129 |
| Projet d'article 25. — L'accusation | | |
| a) Texte proposé | 87 | 129 |
| b) Commentaire | 88-90 | 129 |
| Projet d'article 26. — L'enquête | | |
| a) Texte proposé | 91 | 130 |
| b) Commentaire | 92 | 130 |
| Projet d'article 27. — Jugement par défaut | | |
| a) Texte proposé | 93 | 130 |
| b) Commentaire | 94-96 | 130 |
| Projet d'article 28. — Remise de l'accusé à la Cour | | |
| a) Texte proposé | 97 | 131 |
| b) Commentaire | 98-102 | 131 |
| Projet d'article 29. — Abandon des poursuites | | |
| a) Texte proposé | 103 | 131 |
| b) Commentaire | 104-105 | 131 |
| Projet d'article 30. — Détention provisoire | | |
| Texte proposé | 106 | 131 |
| Projet d'article 31. — L'audience | | |
| Texte proposé | 107 | 131 |
| Projet d'article 32. — Le procès-verbal d'audience | | |
| Texte proposé | 108 | 132 |
| Projet d'article 33. — L'arrêt | | |
| a) Texte proposé | 109 | 132 |
| b) Commentaire | 110 | 132 |
| Projet d'article 34. — Les peines | | |
| a) Texte proposé | 111 | 132 |
| b) Commentaire | 112-113 | 132 |
| Projet d'article 35. — Les voies de recours | | |
| a) Texte proposé | 114 | 132 |
| b) Commentaire | 115-118 | 133 |

| | <i>Paragraphes</i> | <i>Pages</i> |
|--|--------------------|--------------|
| Projet d'article 36. — Exécution des peines | | |
| a) Texte proposé..... | 119 | 133 |
| b) Commentaire..... | 120-121 | 133 |
| Projet d'article 37. — Droit de grâce et libération conditionnelle | | |
| a) Texte proposé..... | 122 | 133 |
| b) Commentaire..... | 123 | 133 |

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

Sources

| | |
|---|--|
| Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Genève, 12 août 1949) et Protocoles additionnels I et II (Genève, 8 juin 1977) | Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 75, p. 31 et suiv. Ibid., vol. 1125, p. 3 et suiv. |
| Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Rome, 4 novembre 1950) | Ibid., vol. 213, p. 221. |
| Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966) | Ibid., vol. 999, p. 171. |
| Convention américaine relative aux droits de l'homme (San José, 22 novembre 1969) | Ibid., vol. 1144, p. 123. |

Introduction

1. Dans ses trois rapports précédents¹, le Rapporteur spécial avait déjà étudié la question relative à la création éventuelle d'une juridiction criminelle internationale. Ces trois rapports n'avaient pas pour but, à ce stade, de soumettre un projet de statut d'une cour criminelle internationale mais plutôt de susciter un débat approfondi au sein de la Commission sur des aspects très importants relatifs à la création d'une telle cour, afin qu'un tel débat puisse fournir les orientations nécessaires à l'élaboration d'un projet de statut.

2. Le présent rapport, en revanche, présente à la Commission un projet de statut d'une cour criminelle internationale. Il répond aux termes des paragraphes 4, 5 et 6 de la résolution 47/33 de l'Assemblée générale, relative au rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-quatrième session², qui se lisent comme suit :

L'Assemblée générale

[...]

4. *Prend note avec satisfaction* du chapitre II du rapport de la Commission du droit international intitulé « Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité », consacré à la question de l'éventuelle mise en place d'une juridiction pénale internationale;

5. *Invite* les États à soumettre au Secrétaire général, si possible avant la quarante-cinquième session de la Commission du droit international, leurs observations écrites sur le rapport du Groupe de travail sur la question d'une juridiction pénale internationale³;

6. *Prie* la Commission du droit international de poursuivre ses travaux sur cette question et d'entreprendre par priorité, à partir de sa prochaine session, l'œuvre d'élaboration d'un projet de statut pour une juridiction pénale internationale, en commençant par examiner les questions dégagées dans le rapport du Groupe de travail et au cours du débat de la Sixième Commission en vue de rédiger un statut qui se fonde sur le rapport du Groupe de travail, compte tenu des vues exprimées pendant le débat à la Sixième Commission ainsi que des observations écrites qui auraient été reçues des États, et de présenter un rapport intérimaire à l'Assemblée générale, à sa quarante-huitième session.

3. C'est dans cette perspective que le présent rapport est présenté. À cet égard, il convient d'abord d'observer

¹ *Annuaire... 1990*, vol. II (1^{re} partie), p. 27, doc. A/CN.4/430 et Add.1; *Annuaire... 1991*, vol. II (1^{re} partie), p. 39, doc. A/CN.4/435 et Add.1; et *Annuaire... 1992*, vol. II (1^{re} partie), p. 53, doc. A/CN.4/442.

² *Annuaire... 1992*, vol. II (2^e partie).

³ Ibid., annexe.

que le présent projet est fondé sur l'option selon laquelle la cour sera un organe de l'Organisation des Nations Unies. Il est difficile de concevoir que l'ONU demande à la Commission, par une résolution, d'élaborer le statut d'une cour qui ne serait pas un organe de l'ONU. C'est pourquoi le projet ne propose pas une autre alternative.

4. Par ailleurs, ce rapport n'a pas la prétention d'apporter des solutions définitives à un problème d'une grande complexité. Il constitue, plutôt, un plan de travail, de présentation des différents chapitres du statut d'une cour. Il a, tout au plus, essayé de respecter l'esprit et la démarche de la Commission qui a souhaité un organe ayant des structures souples, non permanentes et peu coûteuses.

5. On remarquera que, dans ce but, le projet est allégé et ne comporte pas tous les organes qui existent normalement dans les juridictions criminelles. C'est ainsi qu'il n'y a pas un organe d'instruction fonctionnant indépendamment de l'organe de jugement. Tout cabinet d'instruction a une vocation de permanence. C'est pourquoi ce projet a institué un système où l'enquête est diligentée par la cour elle-même, c'est-à-dire par l'organe de jugement, le plus souvent au cours de l'audience elle-même.

6. Pareillement, en ce qui concerne l'accusation, ce projet ne propose pas la création d'un parquet dirigé par un procureur général, assisté de tous les fonctionnaires que suppose le fonctionnement d'un tel organe. Une solution plus souple a été préférée qui consiste à laisser l'accusation à la charge de l'État plaignant.

7. Cette dernière solution est loin d'être déraisonnable. Comme l'indique *infra* le commentaire du projet d'article 25 (L'accusation), elle a été adoptée dans certains projets de cour criminelle où l'État plaignant nomme un agent, également appelé « Procureur ». Cependant, une alternative plus classique est également proposée dans la variante B de l'article 25.

8. S'agissant de l'organe de jugement, celui-ci n'a pas une composition permanente. Les juges qui siègent dans une chambre ne sont pas toujours les mêmes. Ils changent selon les affaires, le Président de la Cour ayant, à cet égard, un rôle éminent. C'est lui qui les choisit dans un tableau où figurent l'ensemble des juges nommés par les États. Seul le nombre de juges devant siéger dans une affaire déterminée est fixé une fois pour toutes.

9. Le fait que les organes du tribunal ne fonctionnent pas à plein temps entraîne certaines conséquences, notamment en ce qui concerne les allocations versées aux juges et en ce qui concerne la compatibilité ou non des fonctions de juge avec d'autres fonctions.

10. S'agissant de la compétence de la cour, le projet d'article qui est proposé n'a pas l'ambition, loin s'en faut, de régler toutes les difficultés que soulève cette question. On retiendra que la compétence de la cour n'est pas exclusive, mais concurrente, chaque État ayant la faculté soit de juger lui-même, soit de déférer un accusé à la cour. Cette option semble avoir emporté l'adhésion du plus grand nombre au sein de la Commis-

sion. D'autre part, cette compétence est subordonnée au consentement de deux États : l'État plaignant et l'État du territoire du crime.

11. Plus difficile encore est la question de la compétence *ratione materiae*. Le Rapporteur spécial espère beaucoup de la contribution des membres de la Commission sur cette question difficile et délicate qui a été longuement débattue sans qu'aucune solution se soit imposée. Aucun accord n'a été réalisé sur une liste de crimes devant faire l'objet de cette compétence.

12. C'est pourquoi, en attendant l'existence d'un code des crimes, une solution serait que la compétence matérielle de la cour soit déterminée par des accords particuliers entre États parties, ou par acceptation individuelle, ces actes pouvant être réalisés à tout moment.

13. Un autre problème est celui des peines applicables. D'une manière générale, en droit interne, code pénal et juridiction pénale font l'objet d'instruments séparés. Dans la matière à l'étude, les auteurs des projets antérieurs n'avaient pas jugé utile ni opportun d'élaborer des instruments séparés, relatifs à l'une et à l'autre question. C'est dans les projets de statut de la cour qu'étaient prévues les sanctions et, en général, on laissait au tribunal le soin d'appliquer les peines qu'il jugeait appropriées sans référence à un code quelconque. Le présent projet se réfère, lui, à la loi pénale de l'un des États concernés. Cette solution est certes imparfaite mais, au moins, elle renvoie à la loi d'un État.

14. Un autre problème, d'une nature tout à fait différente, est celui de savoir comment assurer la comparution de l'accusé devant la cour. C'est là une question importante. Selon le présent projet, qui se conforme à l'avis général de la Commission, la procédure par défaut n'est pas admise devant la cour. Si l'accusé ne comparait pas volontairement, il faut pouvoir le faire comparaître par d'autres moyens. Entre États parties, il est prévu une règle simplifiée de remise de l'accusé à la cour sur simple demande de celle-ci, avec, toutefois, des réserves touchant au respect de certains principes. Entre États non parties au statut ou entre États parties et États non parties, seule la procédure d'extradition peut assurer la comparution de l'accusé, à défaut d'une comparution volontaire.

15. La cour ne pouvant pas conclure des accords d'extradition, à moins qu'un tel pouvoir lui soit reconnu, il appartiendra à l'État partie, qui envisage de saisir la cour d'une plainte, d'obtenir l'extradition de l'accusé sur son territoire et de le déférer à la cour.

16. Pour tout ce qui touche la coopération entre la cour et les États parties ou les États non parties, il conviendra, d'ailleurs, de compléter le projet par quelques dispositions annexes.

17. Le Rapporteur spécial donne ci-dessous une présentation sommaire du projet, qui, encore une fois, n'a pas la prétention de résoudre tous les problèmes délicats posés par la création d'une juridiction criminelle internationale. Il constitue, tout au plus, un plan de travail pour la Commission.

Projet de statut d'une cour criminelle internationale

TITRE I

INSTITUTION

PROJET D'ARTICLE PREMIER. — INSTITUTION DE LA COUR

a) *Texte proposé*

18. Le texte du projet d'article premier proposé se lit comme suit :

Article premier. — Institution de la Cour

Il est institué une cour criminelle internationale dont la compétence et le fonctionnement sont prévus dans les dispositions du présent Statut.

b) *Commentaire*

19. Dans ce projet d'article, l'adjectif « criminelle » est employé de préférence à l'adjectif « pénale », et ce à dessein pour bien marquer qu'il s'agit de crimes et non de délits. La cour ne peut connaître de délits que s'ils ont un lien de connexité avec un crime dont elle est saisie.

PROJET D'ARTICLE 2. — LA COUR, ORGANE JUDICIAIRE DE L'ORGANISATION DES NATIONS UNIES

a) *Texte proposé*

20. Le texte du projet d'article 2 proposé se lit comme suit :

Article 2. — La Cour, organe judiciaire de l'Organisation des Nations Unies

La Cour est un organe judiciaire de l'Organisation des Nations Unies.

b) *Commentaire*

21. Il faut souligner l'intérêt majeur qu'il y aurait à faire de la cour criminelle un organe de l'ONU. De l'avis du Rapporteur spécial, la coexistence de la CIJ et d'une cour criminelle internationale, en tant qu'organes de l'ONU, ne serait pas contraire à la Charte des Nations Unies. L'article premier du Statut de la CIJ dispose, en effet, que la CIJ est l'« organe judiciaire principal de l'Organisation », ce qui laisse place à un autre organe judiciaire ayant compétence en matière criminelle. Ceci semble être confirmé par la récente résolution du Conseil de sécurité créant un tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit humanitaire international commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991⁴.

⁴ Résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité, en date du 22 février 1993.

PROJET D'ARTICLE 3. — SIÈGE DE LA COUR

a) *Texte proposé*

22. Le texte du projet d'article 3 proposé se lit comme suit :

Article 3. — Siège de la Cour

Le siège de la Cour est [...]

b) *Commentaire*

23. La fixation du siège de la cour est une question essentiellement politique. Il appartient à la Sixième Commission de l'Assemblée générale d'en débattre et de faire des propositions à celle-ci. La Commission peut, néanmoins, si elle le désire, débattre également du problème et faire des propositions à l'Assemblée générale.

PROJET D'ARTICLE 4. — DROIT APPLICABLE

a) *Texte proposé*

24. Le texte du projet d'article 4 proposé se lit comme suit :

Article 4. — Droit applicable

La Cour applique les conventions et accords internationaux relatifs aux crimes relevant de sa compétence [, ainsi que les principes généraux de droit et la coutume].

b) *Commentaire*

25. Il est apparu au cours des débats à la Commission du droit international que, parmi les éléments pouvant constituer le droit applicable, seuls les conventions et les accords internationaux n'avaient pas fait l'objet de controverses.

26. Par contre, les principes généraux de droit et la coutume avaient fait l'objet de controverses. C'est ce qui explique les crochets entourant ces deux notions.

27. Cette position restrictive répond peut-être à un souci de prudence. Il faut, cependant, observer qu'aucun autre projet antérieur n'avait limité, à ce point, le droit applicable par une cour criminelle internationale.

28. Le projet de statut de la Cour internationale criminelle élaboré en 1926 par l'Association de droit international⁵ énumérait comme sources de droit applicable : les traités, conventions et déclarations internationaux, la

⁵ ILA, *Report of the Thirty-fourth Conference, Vienna, 5-11 August 1926*, Londres, 1927, p. 130 à 142. Voir aussi Nations Unies, *Historique...*, p. 66, annexe 4.

coutume, les principes généraux de droit et les décisions judiciaires comme moyens auxiliaires de détermination des règles de droit (art. 23).

29. Selon l'article 2 du projet de statut révisé présenté en 1953 par le Comité pour une juridiction criminelle internationale, de l'ONU⁶, « La cour applique le droit international, y compris le droit pénal international, et, le cas échéant, le droit interne ».

30. Un projet plus récent élaboré par Ch. Bassiouni⁷ vise les éléments énumérés à l'Article 38 du Statut de la CIJ.

31. Pour rester fidèle à la démarche adoptée par le Groupe de travail sur la question de la création d'une juridiction pénale internationale, le présent projet d'article ne retient formellement que les conventions et les accords.

PROJET D'ARTICLE 5. — COMPÉTENCE DE LA COUR

a) *Texte proposé*

32. Le texte du projet d'article 5 proposé se lit comme suit :

Article 5. — Compétence de la Cour

1. La compétence de la Cour ne se présume pas.

2. La Cour est compétente pour juger tout individu à la condition que l'État dont il est le ressortissant et l'État sur le territoire duquel le crime est présumé avoir été commis aient accepté sa compétence.

3. En attendant que soit adopté un code des crimes relevant de sa compétence, les infractions de la compétence de la Cour sont établies par voie d'accords particuliers conclus entre les États parties ou par acte unilatéral d'un État.

4. Lesdits accords ou actes unilatéraux détermineront et définiront, avec précision, les infractions pour lesquelles compétence est reconnue à la Cour.

5. La Cour ne peut juger d'autres accusés que ceux qui lui ont été déférés, ni juger les accusés pour d'autres faits que ceux en raison desquels ils ont été poursuivis.

b) *Commentaire*

33. Le projet d'article 5 traite de la compétence *ratione personae* et de la compétence *ratione materiae*.

34. La compétence de la cour pour juger un individu (compétence *ratione personae*) est subordonnée à l'accord de deux États concernés : l'État dont l'individu

est le ressortissant et l'État sur le territoire duquel le crime est présumé avoir été commis.

35. En droit pénal interne, deux règles de compétence existent principalement : la compétence territoriale et la compétence personnelle. Certes, la compétence territoriale est la règle la plus généralement appliquée. Mais elle n'est pas la seule. Elle comporte des exceptions importantes dans les législations internes. Notamment, lorsque l'honneur ou les intérêts fondamentaux d'un État sont en cause, celui-ci donne souvent la préférence à la règle de la compétence personnelle.

36. Le présent projet, à moins de manquer totalement de réalisme, ne peut écarter l'une des deux règles au profit de l'autre. C'est pourquoi l'attribution de compétence doit être faite aussi bien par l'État sur le territoire duquel le crime a été commis, que par l'État dont l'auteur est le ressortissant.

37. La question de la compétence matérielle de la cour est, également, très complexe. Il n'existe pas encore un code des crimes internationaux.

38. Les débats de la Commission n'ont pas permis — à l'exception du génocide, et peut-être de l'apartheid — d'établir les infractions entrant dans la compétence matérielle de la cour. À ce stade, le projet ne doit pas être trop ambitieux. La compétence matérielle de la cour doit être limitée à quelques infractions, sur lesquelles il y a un large accord de la communauté internationale. Il appartiendra donc à la Commission, si elle le peut, de définir, dans cet esprit, les infractions qui entreraient dans la compétence de la cour.

39. Il est proposé ici que, en attendant que les États parties adoptent un code des crimes internationaux, les infractions de la compétence de la cour soient définies par accords entre les États parties. Tout État peut, également, au moment de son adhésion au statut de la cour ou à tout autre moment, définir les crimes pour lesquels il reconnaît la compétence de la cour.

40. Une telle méthode, qui semble plus souple, a été proposée dans le projet de statut pour la création d'une chambre criminelle au sein de la Cour internationale de Justice, de l'Association internationale de droit pénal⁸.

PROJET D'ARTICLE 6. — CONTESTATION DE COMPÉTENCE

a) *Texte proposé*

41. Le texte du projet d'article 6 proposé se lit comme suit :

Article 6. — Contestation de compétence

La Cour statue sur les questions relatives à sa propre compétence au cours d'une affaire dont elle est saisie.

⁶ Rapport du Comité de 1953 pour une juridiction criminelle internationale, 27 juillet-20 août 1953 [Documents officiels de l'Assemblée générale, neuvième session, Supplément n° 12 (A/2645), annexe].

⁷ Association internationale de droit pénal, *Nouvelles études pénales*, Erès, Syracuse (Italie), 1992.

⁸ Rédigé par V. V. Pella, adopté par l'Association internationale de droit pénal le 16 janvier 1928 et révisé en 1946 [Nations Unies, *Histoire...*, p. 80, annexe 7].

b) *Commentaire*

42. En droit international, il est une règle selon laquelle le juge saisi d'un litige est également juge de la propre compétence. Le projet d'article 6 n'est donc que l'application d'une règle appliquée depuis longtemps.

PROJET D'ARTICLE 7. — GARANTIES JUDICIAIRES

a) *Texte proposé*

43. Le texte du projet d'article 7 proposé se lit comme suit :

Article 7. — Garanties judiciaires

1. Tout accusé est présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie.

2. Il a droit :

a) à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement;

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

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

d) d'être jugé sans retard excessif;

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

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

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

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

b) *Commentaire*

44. Le projet d'article 7 porte sur les garanties judiciaires dont jouit tout individu poursuivi devant la cour.

45. On trouve ces garanties dans de nombreux instruments internationaux, dont les statuts de tribunaux militaires internationaux et, notamment, le statut du Tribunal militaire international de Nuremberg⁹ (art. 16) et le statut du Tribunal militaire international pour l'Extrême-Orient (Tribunal de Tokyo)¹⁰ (art. 9). On les trouve, également,

⁹ Accord de Londres du 8 août 1945 concernant la poursuite et le châtiement des grands criminels de guerre des puissances européennes de l'Axe (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 82, p. 279).

¹⁰ Signé à Tokyo le 19 janvier 1946 (*Documents on American Foreign Relations*, Princeton University Press, 1948, vol. VIII, p. 354 et suiv.).

dans les instruments suivants : le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 14); la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (art. 5 et 6); la Convention américaine relative aux droits de l'homme (art. 5, 7 et 8); la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples¹¹ (art. 7); les Conventions de Genève du 12 août 1949 (art. 3 commun aux quatre Conventions); et leurs Protocoles additionnels I (art. 75) et II (art. 4 à 6) de 1977.

46. Le projet de code des crimes n'étant pas encore adopté, il a paru utile de consacrer une disposition spécifique aux garanties judiciaires dans le statut de la cour.

TITRE II

ORGANISATION ET FONCTIONNEMENT

PROJET D'ARTICLE 8. — PERMANENCE DE LA JURIDICTION DE LA COUR

a) *Texte proposé*

47. Le texte du projet d'article 8 proposé se lit comme suit :

Article 8. — Permanence de la juridiction de la Cour

Bien que la juridiction de la Cour soit permanente, la Cour ne fonctionne pas à plein temps et ne se réunira que pour l'examen d'une affaire dont elle est saisie.

b) *Commentaire*

48. Le projet d'article 8 établit deux choses : a) le caractère permanent de la juridiction de la cour; et b) le fonctionnement non permanent de la cour.

49. Si la juridiction de la cour est permanente, il est plus facile de réunir la cour en cas de besoin.

50. Si la cour avait déjà été créée, on aurait évité toutes les lenteurs que l'on rencontre aujourd'hui pour mettre sur pied une cour en vue de juger les crimes de guerre commis dans l'ex-Yougoslavie. Une telle cour préexisterait aux crimes commis.

51. La permanence d'une telle juridiction ne serait pas incompatible avec un fonctionnement intermittent de ses organes.

52. Ce sont ces deux aspects combinés que le présent projet essaie de réaliser tout en répondant au souci de la Commission de créer un organe léger et peu coûteux.

¹¹ Adoptée à Nairobi le 26 juin 1981 (voir OUA, doc. CAB/LEG/67/3/Rev.5).

PROJET D'ARTICLE 9. — RÉSIDENCE DU PRÉSIDENT ET DU GREFFIER

a) *Texte proposé*

53. Le texte du projet d'article 9 proposé se lit comme suit :

Article 9. — Résidence du Président et du Greffier

VARIANTE A

[Seuls] le Président et le Greffier résident au siège de la Cour et exercent leurs fonctions à plein temps.

VARIANTE B

[Seul] le Greffier réside au siège de la Cour et exerce ses fonctions à plein temps.

b) *Commentaire*

54. C'est également le souci d'économie qui inspire le projet d'article 9, selon lequel seuls seront installés au siège de la cour, soit le président et le greffier (variante A), soit le greffier seul (variante B).

PROJET D'ARTICLE 10. — RÈGLEMENT INTÉRIEUR

a) *Texte proposé*

55. Le texte du projet d'article 10 proposé se lit comme suit :

Article 10. — Règlement intérieur

Un règlement intérieur élaboré par la Cour déterminera le mode de fonctionnement de ses divers organes et leurs rapports entre eux.

b) *Commentaire*

56. Étant donné que les membres de la cour ne seront pas installés au siège de celle-ci et ne seront réunis que par intervalles, à l'occasion d'une affaire, il sera nécessaire que le règlement intérieur étudie, jusque dans le détail, la manière d'établir les communications entre les membres de la cour et, notamment, les transmissions de pièces ou de documents, de manière que les relations administratives entre les membres soient aussi étroites que possible.

PROJET D'ARTICLE 11. — QUALITÉS REQUISES

a) *Texte proposé*

57. Le texte du projet d'article 11 proposé se lit comme suit :

Article 11. — Qualités requises

57. Les membres doivent être des juristes jouissant d'une haute considération morale et ayant une compétence reconnue en matière de droit international et plus particulièrement de droit international pénal.

PROJET D'ARTICLE 12. — NOMINATION DES JUGES

a) *Texte proposé*

58. Le texte du projet d'article 12 proposé se lit comme suit :

Article 12. — Nomination des juges

Les membres de la Cour sont nommés de la manière suivante :

a) Chaque État partie au Statut de la Cour nomme un juge remplissant les conditions prévues par l'article 11 du présent statut;

b) Le Secrétaire général des Nations Unies dresse un tableau par ordre alphabétique des juges nommés par les États.

b) *Commentaire*

59. La procédure de nomination proposée dans le projet d'article 12 évite de nommer des juges occupés à plein temps. Le tableau visé à l'alinéa b constitue une liste d'attente, dans laquelle sont choisis les juges devant siéger dans une affaire, conformément à l'article 14.

60. On pourrait, également, envisager une procédure différente qui consisterait à faire élire les juges par l'Assemblée générale. Mais une telle procédure se concevrait davantage si les juges devaient être chargés à plein temps d'une fonction permanente.

PROJET D'ARTICLE 13. — ÉLECTION DU PRÉSIDENT ET [DU] [DES] VICE-PRÉSIDENT[S]

a) *Texte proposé*

61. Le texte du projet d'article 13 proposé se lit comme suit :

Article 13. — Élection du Président et [du] [des] Vice-Président[s]

1. Le Président et [le] [les] Vice-Président[s] sont élus par l'Assemblée générale des juges à la majorité absolue. Ils constituent le Bureau de la Cour.

2. Le Bureau prend toutes les décisions relatives au fonctionnement administratif et financier de la Cour.

b) *Commentaire*

62. On pourrait aussi créer un comité plus large dont les membres seraient élus par les représentants des États

parties. Ce comité, à son tour, élirait le Président ou les Vice-Présidents. Il aurait un pouvoir de contrôle sur la gestion administrative et financière de la cour et, en particulier, le pouvoir d'arrêter le projet de budget de la cour avant soumission de celui-ci à l'Assemblée générale. Toutefois, une telle structure serait trop lourde et conviendrait mieux à une cour inter-États.

PROJET D'ARTICLE 14. — NOMINATION DU GREFFIER

Texte proposé

63. Le texte du projet d'article 14 proposé se lit comme suit :

Article 14. — Nomination du Greffier

Sur proposition du Président, le Bureau de la Cour nomme le Greffier selon la procédure qu'il a lui-même fixée.

PROJET D'ARTICLE 15. — COMPOSITION D'UNE CHAMBRE DE LA COUR

a) *Texte proposé*

64. Le texte du projet d'article 15 proposé se lit comme suit :

Article 15. — Composition d'une chambre de la Cour

1. Toute chambre de la Cour est composée de neuf juges.

2. Si l'accumulation des affaires l'exige, la Cour pourra créer plusieurs chambres.

3. Le Président, ou en son lieu le Vice-Président, choisit dans le tableau visé à l'article 12 les juges devant siéger dans toute chambre de la Cour.

4. Aucun juge de l'État plaignant ou de l'État dont l'accusé est le ressortissant ne peut entrer dans la composition d'une chambre saisie d'une affaire concernant ces États.

b) *Commentaire*

65. Le nombre de juges composant la cour ou une chambre de la cour a varié selon les projets. Le projet de statut de la Cour internationale criminelle élaboré en 1926 par l'Association de droit international¹² avait prévu que la cour pouvait siéger en une ou plusieurs sections de cinq juges (art. 4 *in fine*).

66. Le projet de statut pour la création d'une chambre criminelle au sein de la Cour internationale de Justice, de l'Association internationale de droit pénal¹³ avait prévu

quinze membres titulaires et huit membres suppléants (art. 3).

67. La Convention pour la création d'une Cour pénale internationale, du 16 novembre 1937¹⁴, qui fut adoptée par la Conférence internationale sur la répression du terrorisme, avait prévu cinq juges titulaires et cinq juges suppléants (art. 6).

68. Le projet de convention portant création d'une Cour criminelle internationale, élaboré par l'Assemblée internationale de Londres en 1943¹⁵, avait prévu que la cour serait composée de trente-cinq juges et que ce nombre pouvait être augmenté en cas de besoin (art. 9).

69. L'annexe I au projet de convention sur le crime de génocide¹⁶ préparé par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, portant sur l'institution d'une Cour pénale internationale permanente pour la répression des actes de génocide, avait prévu sept juges titulaires et sept juges suppléants (art. 6). L'annexe II au même projet, portant sur l'institution d'une Cour pénale internationale ad hoc, avait prévu sept juges titulaires mais ne prévoyait pas de juges suppléants.

70. Le statut du Tribunal militaire international de Nuremberg¹⁷ prévoyait quatre juges représentant les quatre puissances signataires de l'Accord de Londres du 8 août 1945, assistés chacun d'un suppléant (art. 2).

71. Indépendamment du nombre de juges devant connaître d'une affaire déterminée, la question se pose de savoir si la cour ne pourrait pas, éventuellement, si l'accumulation des affaires dont elle est saisie le justifie, se diviser en plusieurs chambres. Une telle hypothèse, prévue au paragraphe 1 du projet d'article, ne doit pas être totalement exclue.

PROJET D'ARTICLE 16. — COMPATIBILITÉ AVEC D'AUTRES FONCTIONS

a) *Texte proposé*

72. Le texte du projet d'article 16 proposé se lit comme suit :

Article 16. — Compatibilité avec d'autres fonctions

1. Les membres de la Cour peuvent continuer d'exercer les fonctions qu'ils occupaient avant leur élection. Toutefois, ils ne peuvent participer au règlement d'aucune affaire dans laquelle ils sont antérieurement intervenus à quelque titre que ce soit.

2. Si, pour une affaire déterminée, un juge estime ne pas devoir siéger, il en avise le Président.

¹⁴ Voir Nations Unies, *Historique...*, p. 94, annexe 8.

¹⁵ *Ibid.*, p. 105, annexe 9, sect. B.

¹⁶ *Ibid.*, p. 128, annexe 12.

¹⁷ Voir *supra* note 9.

¹² ILA, *Report of the Thirty-fourth Conference...* (voir *supra* note 5).

¹³ Voir *supra* note 8.

b) *Commentaire*

73. Étant donné que les juges ne perçoivent qu'une indemnité journalière, on ne peut pas les obliger à abandonner les fonctions qu'ils exerçaient précédemment.

PROJET D'ARTICLE 17. — PERTE DE FONCTIONS

Texte proposé

74. Le texte du projet d'article 17 proposé se lit comme suit :

Article 17. — Perte de fonctions

Les membres de la Cour ne peuvent être relevés de leurs fonctions que si, du jugement unanime des autres membres, ils ont cessé de répondre aux conditions requises.

PROJET D'ARTICLE 18. — IMMUNITÉ DIPLOMATIQUE

Texte proposé

75. Le texte du projet d'article 18 proposé se lit comme suit :

Article 18. — Immunité diplomatique

Les membres de la Cour se rendant au siège ou en revenant pour les affaires de la Cour ont droit à des passeports diplomatiques et, durant l'exercice de leurs fonctions, jouissent des privilèges et immunités diplomatiques.

PROJET D'ARTICLE 19. — VACANCE D'UN SIÈGE

Texte proposé

76. Le texte du projet d'article 19 proposé se lit comme suit :

Article 19. — Vacance d'un siège

En cas de vacance d'un siège pour décès, démission d'un juge ou pour toute cause, l'État qui avait nommé ce juge pourvoit à son remplacement par simple lettre adressée au Président de la Cour.

PROJET D'ARTICLE 20. — ENGAGEMENT SOLENNEL

a) *Texte proposé*

77. Le texte du projet d'article 20 proposé se lit comme suit :

Article 20. — Engagement solennel

Tout membre prend, en séance publique, l'engagement d'exercer ses fonctions en toute impartialité et en toute conscience.

b) *Commentaire*

78. Au lieu de faire prêter serment à un juge lorsqu'il entre en fonctions à l'occasion d'une affaire, on pourrait faire prêter serment à tous les juges figurant au tableau, une fois pour toutes, à l'occasion d'une séance plénière.

PROJET D'ARTICLE 21. — ALLOCATIONS, INDEMNITÉS ET TRAITEMENTS

a) *Texte proposé*

79. Le texte du projet d'article 21 proposé se lit comme suit :

Article 21. — Allocations, indemnités et traitements

1. Le Président de la Cour reçoit une allocation annuelle spéciale.

2. Le Vice-Président reçoit [Les Vice-Présidents reçoivent] une allocation spéciale pour chaque jour où il remplit [ils remplissent] les fonctions de président.

3. Les juges reçoivent une indemnité journalière pendant la période où ils exercent leurs fonctions. Ils bénéficient, également, de la gratuité des transports pour se rendre à la Cour ou pour en revenir, selon un barème fixé par l'Assemblée générale.

4. Le Greffier perçoit un traitement.

5. Les traitements, allocations et indemnités ainsi que les frais de fonctionnement de la Cour sont fixés par l'Assemblée générale.

b) *Commentaire*

80. Dans certains projets de statut, ce sont les États d'origine qui supportent les frais de déplacement, de séjour et les indemnités des juges, selon un barème établi par les États parties. Mais un tel système serait plus acceptable si la cour, au lieu d'être un organe de l'ONU, était simplement un organe inter-États.

PROJET D'ARTICLE 22. — BUDGET DE LA COUR

Texte proposé

81. Le texte du projet d'article 22 proposé se lit comme suit :

Article 22. — Budget de la Cour

Le budget de la Cour sera supporté par l'Organisation des Nations Unies de la manière que l'Assemblée générale décidera.

TITRE III

PROCÉDURE

PROJET D'ARTICLE 23. — SAISINE DE LA COUR

a) *Texte proposé*

82. Le texte du projet d'article 23 proposé se lit comme suit :

Article 23. — Saisine de la Cour**1. La Cour est saisie sur la plainte d'un État.**

2. a) Tout État partie ou non au Statut de la Cour peut, au lieu de faire juger un accusé par ses propres juridictions, déférer celui-ci à la Cour.

b) Le fait pour un État non partie de saisir la Cour d'une plainte emporte adhésion au Statut de la Cour et reconnaissance de sa compétence pour l'infraction considérée.

c) La plainte, adressée au Président par l'intermédiaire du Greffier, doit mentionner le nom et le domicile de l'agent qui suit la procédure, participe à l'enquête et, le cas échéant, soutient l'accusation devant la Cour.

d) La signification de tous les actes de procédure est faite au domicile de l'agent ou à toute adresse indiquée par lui.

3. Le Président de la Cour, dès qu'il reçoit la plainte, en informe, s'ils ne sont pas plaignants, l'État sur le territoire duquel l'infraction a été commise ainsi que celui dont l'accusé est ressortissant.

4. La plainte doit contenir l'énoncé précis des charges et les éléments sur lesquels elle s'appuie.

b) *Commentaire*

83. Le paragraphe 1 limite le droit de porter plainte aux États. De ce fait, les individus et les organisations internationales sont exclus de ce droit. Le droit des organisations internationales de porter plainte avait fait l'objet de controverses au sein de la Commission et n'avait pas obtenu l'approbation générale.

84. L'alinéa a du paragraphe 2 établit le caractère facultatif et concurrent de la compétence de la Cour, dans la mesure où tout État a également le droit de faire juger un accusé par ses propres juridictions. Il permet, aussi, de ne pas fermer l'accès de la Cour aux États non parties. En contrepartie du droit pour l'État non partie de saisir la Cour, l'alinéa b du paragraphe 2 crée des obligations à cet État.

PROJET D'ARTICLE 24. — L'INTERVENTION

a) *Texte proposé*

85. Le texte du projet d'article 24 proposé se lit comme suit :

Article 24. — L'intervention

Tout État concerné peut intervenir dans la procédure pénale, présenter un mémoire et participer aux débats.

b) *Commentaire*

86. Par « État concerné », il faut entendre l'État dont l'auteur d'un crime est le ressortissant. Ce peut être, aussi, s'ils ne sont pas plaignants, les autres États victimes ou dont les ressortissants ont été les victimes, si ces États n'avaient pas porté plainte ou, encore, l'État ou les États sur les territoires desquels le crime a été commis.

PROJET D'ARTICLE 25. — L'ACCUSATION

a) *Texte proposé*

87. Le texte du projet d'article 25 proposé se lit comme suit :

Article 25. — L'accusation

VARIANTE A

L'État qui saisit la Cour d'une plainte assume la charge de soutenir l'accusation.

VARIANTE B

Le magistrat chargé du ministère public auprès de la Cour est le procureur général. Il agit au nom de l'ensemble des États parties. Il est élu par la Cour [les États parties] parmi les juges figurant au tableau visé à l'article 12. Il demeure en fonctions pendant trois ans.

b) *Commentaire*

VARIANTE A

88. La variante A met à la charge de l'État plaignant le soin de soutenir l'accusation devant la cour. Elle semble répondre au souci généralement exprimé de créer un organe léger et peu coûteux.

89. Cette variante a déjà été adoptée dans le projet de cour instituée par la Convention pour la création d'une Cour pénale internationale, de 1937¹⁸ (art. 25, par. 3). De même, elle a été une des solutions retenues par le projet de statut pour la création d'une chambre criminelle au sein de la Cour internationale de Justice¹⁹, de l'Association internationale de droit pénal, selon lequel le

¹⁸ Voir *supra* note 14.

¹⁹ Voir *supra* note 8.

Conseil de sécurité qui a, selon le projet, la charge de l'action publique internationale peut, s'il le juge opportun, « laisser la charge [de l'accusation] tout entière à l'État demandeur » (art. 25). De même encore, le projet de statut de la Cour internationale criminelle élaboré en 1926 par l'Association de droit international²⁰ prévoit que l'État plaignant nomme un « procureur ou agent », auquel il appartient de soutenir l'accusation (art. 27). La variante A semble correspondre davantage à l'esprit du présent projet de cour.

VARIANTE B

90. Toutefois, la variante B offre une autre alternative qui est la procédure la plus classique. Cette solution classique consiste à créer un parquet dirigé par un procureur général. Mais la variante B a l'inconvénient de nommer un agent permanent, à la tête d'un service fonctionnant de façon continue avec des adjoints (avocats généraux, substituts généraux et beaucoup d'agents subalternes). La Commission ne souhaite pas s'engager dans cette voie.

PROJET D'ARTICLE 26. — L'ENQUÊTE

a) *Texte proposé*

91. Le texte du projet d'article 26 proposé se lit comme suit :

Article 26. — L'enquête

1. La Cour, si elle juge la plainte recevable, cite l'accusé à comparaître devant elle.

2. Après avoir entendu l'accusé et examiné les pièces produites, la Cour décide ou non d'ouvrir une enquête.

3. À cet effet, la Cour peut, à tout moment, soit de sa propre initiative, soit à la demande des parties :

a) Ordonner la communication et la production de tout document ou pièce ayant trait à la procédure et dont la production paraît nécessaire à la manifestation de la vérité;

b) Dans les mêmes conditions, ordonner la comparution de témoins et leur audition devant la Cour ou devant un ou plusieurs de ses membres, ou ordonner que leur audition soit faite par commission rogatoire, conformément aux règles des lois territoriales et admettre leur déposition comme preuve devant lui;

c) Tous les témoignages sont consignés par écrit;

d) Lorsque, dans une affaire, un point nécessite une longue investigation qui ne peut être faite devant la Cour, celle-ci peut nommer une commission spéciale composée d'un ou plusieurs de ses membres à l'effet de procéder à l'enquête. La Cour pourra statuer sur le rapport de cette commission ce qu'il appartiendra;

e) La Cour, dans les mêmes conditions, peut ordonner la comparution de tout expert, notamment en matière militaire, navale, aérienne ou scientifique, afin de l'entendre dans toute affaire où la Cour estime ses connaissances nécessaires au jugement;

f) Il ne pourra être procédé à aucune audition d'experts ni à aucun interrogatoire ni confrontation d'inculpés qu'en présence des conseils de l'inculpé ou du plaignant ou ceux-ci dûment appelés.

4. Les parties s'engagent à fournir à la Cour toute l'assistance voulue, notamment pour la comparution des témoins qui sera assurée, le cas échéant, par des moyens de coercition conformément aux règles de l'État requis.

b) *Commentaire*

92. Cette procédure d'enquête, faite par la cour elle-même, devant elle, au cours de l'audience, remplace la procédure d'instruction confiée à un organe permanent, en l'occurrence le juge d'instruction. L'alinéa d du paragraphe 3 prévoit, toutefois, que, si l'affaire nécessite une longue enquête, la cour peut nommer un ou plusieurs de ses membres pour procéder à l'enquête. Mais cette commission spéciale disparaît aussitôt après l'enquête et n'a donc pas un caractère permanent.

PROJET D'ARTICLE 27. — JUGEMENT PAR DÉFAUT

a) *Texte proposé*

93. Le texte du projet d'article 27 proposé se lit comme suit :

Article 27. — Jugement par défaut

[Aucun accusé ne peut être jugé par défaut.]

b) *Commentaire*

94. Cette disposition est placée entre crochets. En effet, l'opinion prédominante a été de ne pas admettre la procédure par défaut. Toutefois, une telle solution serait de nature à paralyser l'action de la cour. Il suffit que la cour soit placée dans l'impossibilité d'obtenir la comparution de l'accusé.

95. La procédure par défaut existe dans des projets de statut. Ainsi, par exemple, le projet de statut de la Cour internationale criminelle, élaboré en 1926 par l'Association de droit international²¹, avait prévu le défaut de comparaître (art. 33). Dans un tel cas, la cour devait lancer un mandat d'amener ou un mandat d'arrêt et continuer le jugement, si elle avait eu la preuve que l'acte d'accusation avait été notifié. La cour doit seulement s'assurer qu'elle a compétence pour connaître de l'affaire.

96. On ne doit pas minimiser l'effet dissuasif d'un mandat d'arrêt international lancé par la cour, car un tel mandat gênerait singulièrement l'accusé dans sa liberté de mouvement et d'action.

²⁰ ILA, *Report of the Thirty-fourth Conference...* (voir *supra* note 5).

²¹ *Ibid.*

PROJET D'ARTICLE 28. — REMISE DE L'ACCUSÉ À LA COUR

a) *Texte proposé*

97. Le texte du projet d'article 28 proposé se lit comme suit :

Article 28. — Remise de l'accusé à la Cour

1. Un État partie est tenu de remettre à la Cour, à la demande de celle-ci, tout individu poursuivi devant elle pour des crimes relevant de sa compétence.

2. Toutefois, l'État requis devra s'assurer :

a) Que les poursuites ne sont pas inspirées par des mobiles d'ordre politique, racial, social, culturel ou religieux;

b) Que l'intéressé ne bénéficie pas de l'immunité de poursuite;

c) Que la remise ne serait pas contraire au principe de l'autorité de la chose jugée.

b) *Commentaire*

98. Entre les États parties, il paraît souhaitable de faciliter les conditions de remise d'un accusé à la cour. Cependant, le présent projet d'article tient compte des craintes exprimées au sein de la Commission en ce qui concerne la protection nécessaire des droits de l'accusé. C'est pourquoi le principe posé au paragraphe 1 est tempéré par les dispositions des alinéas a et b du paragraphe 2.

99. Il faut rappeler que cette procédure simplifiée n'a rien de nouveau. L'article 5 du projet de convention portant création d'une Cour criminelle internationale, élaboré par l'Assemblée internationale de Londres en 1943²², contenait la disposition suivante :

La remise d'un accusé au Parquet de la cour criminelle internationale n'est pas une extradition. Aux fins d'application de la présente convention, la Cour criminelle internationale est réputée être une juridiction pénale commune à toutes les nations, et la justice rendue par elle n'est pas considérée comme une justice étrangère.

100. Entre États non parties ou entre un État partie et un État non partie, force est de recourir à la procédure d'extradition.

101. Le problème serait de savoir si la cour serait habilitée à conclure des accords d'extradition. Il semble qu'elle n'ait pas cette compétence.

102. Une solution consisterait à demander à tout État membre, qui use du droit de porter plainte contre un individu résidant dans un État tiers, d'obtenir, s'il ne comparait pas, l'extradition de celui-ci sur son territoire, afin de le livrer, le cas échéant, à la cour.

PROJET D'ARTICLE 29. — ABANDON DES POURSUITES

a) *Texte proposé*

103. Le texte du projet d'article 29 proposé se lit comme suit :

Article 29. — Abandon des poursuites

La Cour abandonnera les poursuites et ordonnera la mise en liberté de l'accusé si, l'accusation étant retirée, elle n'est pas immédiatement reprise par un État ayant qualité pour requérir des poursuites.

b) *Commentaire*

104. Dans le droit interne de certains pays, le retrait d'une plainte n'entraîne pas, automatiquement, l'abandon des poursuites. Encore faut-il que le ministère public, qui est le gardien de l'ordre public, consente à l'abandon des poursuites.

105. Dans le cas visé à l'article 29, le fait qu'il n'existe pas de ministère public chargé de veiller à l'ordre public international justifie que le retrait de plainte entraîne l'abandon de l'action pénale.

PROJET D'ARTICLE 30. — DÉTENTION PROVISOIRE

Texte proposé

106. Le texte du projet d'article 30 proposé se lit comme suit :

Article 30. — Détention provisoire

1. La Cour décide si l'individu qui lui est déféré doit être mis ou maintenu en état d'arrestation. Elle fixe, le cas échéant, les conditions de sa mise en liberté provisoire.

2. Pour l'exécution de la prise de corps, l'État sur le territoire duquel siège la Cour mettra à la disposition de celle-ci un lieu d'internement approprié ainsi que, le cas échéant, le personnel de gardiens nécessaires.

PROJET D'ARTICLE 31. — L'AUDIENCE

Texte proposé

107. Le texte du projet d'article 31 proposé se lit comme suit :

Article 31. — L'audience

L'audience est publique à moins que, à cause de la nature de l'accusation ou des témoignages, la Cour n'en décide autrement.

²² Nations Unies, *Historique...* (voir *supra* notes 5 et 15).

PROJET D'ARTICLE 32. — LE PROCÈS-VERBAL D'AUDIENCE

Texte proposé

108. Le texte du projet d'article 32 proposé se lit comme suit :

Article 32. — Le procès-verbal d'audience

1. Le procès-verbal d'audience est signé par le Président ou, le cas échéant, par le Vice-Président ou par le juge qui a présidé l'audience.

2. Le procès-verbal doit contenir l'énoncé succinct des incidents importants de l'audience et constitue la seule preuve que les formalités prescrites ont été observées.

PROJET D'ARTICLE 33. — L'ARRÊT

a) Texte proposé

109. Le texte du projet d'article 33 proposé se lit comme suit :

Article 33. — De l'arrêt

1. Lorsque l'accusation et la défense auront présenté leurs moyens et terminé leurs plaidoiries, le débat sera déclaré clos par le Président.

2. La Cour peut rendre son arrêt immédiatement, se retirer pour délibérer ou fixer une autre date pour le prononcé de l'arrêt.

3. Les délibérations de la Cour sont secrètes et les juges sont tenus de garder le secret de leurs délibérations.

4. Les décisions de la Cour sont prises à la majorité des juges qui siègent dans l'instance et elles sont réputées représenter l'opinion de la Cour tout entière.

5. Tout arrêt de la Cour est motivé et lu en audience publique par le Président. Seuls les motifs qui ont déterminé la décision de la majorité figurent dans l'arrêt. Aucune opinion dissidente ou individuelle n'est publiée ou divulguée sous aucune forme.

b) Commentaire

110. Le paragraphe 5 mérite des explications. Étant donné la force et l'autorité qui s'attachent aux décisions criminelles, les opinions individuelles ou dissidentes ne paraissent pas souhaitables. Elles affaiblissent l'autorité qui s'attache à de telles décisions, alors que celles-ci peuvent être lourdes de conséquences, dans la mesure où elles peuvent affecter gravement la liberté individuelle des personnes condamnées.

PROJET D'ARTICLE 34. — LES PEINES

a) Texte proposé

111. Le texte du projet d'article 34 proposé se lit comme suit :

Article 34. — Des peines

En attendant que soit adopté un code déterminant les peines applicables, la Cour appliquera les peines prévues par la loi pénale, soit :

a) De l'État dont l'auteur du crime est le ressortissant;

b) De l'État auteur de la plainte;

c) De l'État sur le territoire duquel le crime a été commis.

[Toutefois, la peine de mort ne sera pas applicable.]

b) Commentaire

112. Le principe *nulla poena sine lege* exige que les peines infligées à un individu coupable aient été prévues avant la commission des faits incriminés. En l'état actuel des choses, l'absence d'un code criminel international oblige à se référer soit à la loi de l'État de l'auteur du crime, soit à la loi de l'État qui avait porté plainte, soit encore à la loi de l'État sur le territoire duquel le crime a été commis.

113. Il appartiendra à la Commission de choisir entre ces trois options. Le Rapporteur spécial aurait tendance à retenir la loi de l'État de l'auteur du crime qui est celle que celui-ci est censé connaître. Toutefois, le principe de la territorialité est le principe de droit commun en matière pénale.

PROJET D'ARTICLE 35. — LES VOIES DE RECOURS

a) Texte proposé

114. Le texte du projet d'article 35 proposé se lit comme suit :

Article 35. — Les voies de recours

VARIANTE A

1. Contre les arrêts de condamnation prononcés par la Cour, il n'y aura d'autre voie de recours que la révision. La révision peut intervenir si un fait de nature à exercer une influence décisive est découvert qui, avant le prononcé de l'arrêt, était inconnu de la Cour et dont la partie qui demande la révision ne pouvait avoir connaissance.

2. La révision est examinée par la chambre qui avait rendu l'arrêt.

VARIANTE B

1. Les voies de recours sont l'appel et la révision.

2. La révision peut intervenir si un fait de nature à exercer une influence décisive est découvert qui, avant le prononcé de l'arrêt, était inconnu de la Cour et dont la partie qui demande la révision ne pouvait avoir connaissance.

3. L'appel est examiné par une chambre spéciale de la Cour, composée de juges n'ayant pas participé à la décision attaquée.

4. La révision est examinée par la chambre qui avait rendu l'arrêt.

b) *Commentaire*

115. Entre les deux voies de recours prévues par le projet d'article 35, seule la révision réalise un large accord des membres de la Commission.

116. L'opinion de la Commission sur l'appel est divisée. Certains membres pensent que les décisions de la plus haute instance pénale ne devraient pas être soumises à un appel. D'autres pensent, au contraire, que le respect des droits de l'homme exige que l'appel soit autorisé contre toute décision judiciaire pénale. C'est pourquoi sont présentées les variantes A et B.

117. Quant à la révision, il faut signaler que cette procédure n'a pas toujours été admise. Ainsi, selon l'article 26 du statut du Tribunal militaire international de Nuremberg :

La décision du tribunal relative à la culpabilité ou à l'innocence de tout accusé [...] sera définitive et non susceptible de révision²³.

118. Une telle disposition ne peut s'expliquer qu'en raison des circonstances, car elle est tout à fait exceptionnelle. Ce texte aurait pour conséquence que la peine de mort ne serait pas susceptible de révision au cas où serait découverte une erreur judiciaire. Pour éviter une telle conséquence, la procédure de révision devrait être admise dans le projet.

PROJET D'ARTICLE 36. — EXÉCUTION DES PEINES

a) *Texte proposé*

119. Le texte du projet d'article 36 proposé se lit comme suit :

Article 36. — De l'exécution des peines

VARIANTE A

Les peines privatives de liberté seront exécutées sur le territoire de l'État du siège de la Cour qui

fournira un lieu de détention approprié et le personnel de gardiens nécessaires.

VARIANTE B

Les peines privatives de liberté seront exécutées sur le territoire de l'État partie que la Cour désignera, avec l'assentiment de celui-ci. L'État plaignant ne pourra refuser son assentiment. Toutefois, cette exécution sera assurée par l'État plaignant, s'il en a exprimé le désir.

VARIANTE C

Les peines privatives de liberté seront exécutées sur le territoire de l'État désigné par la Cour avec l'accord de celui-ci. Toutefois, l'État dont le condamné est le ressortissant ne peut être désigné.

b) *Commentaire*

120. Il est nécessaire de déterminer le lieu de détention des condamnés. Faute d'une disposition sur ce point, toute condamnation serait une décision sans aucune portée pratique.

121. La variante A qui choisit le lieu du siège du tribunal semble la plus appropriée. Elle offre une égalité de traitement à tous les détenus. Toutefois, les autres variantes ont été, également, proposées dans des projets de statut.

PROJET D'ARTICLE 37. — DROIT DE GRÂCE ET LIBÉRATION CONDITIONNELLE

a) *Texte proposé*

122. Le texte du projet d'article 37 proposé se lit comme suit :

Article 37. — Droit de grâce et libération conditionnelle

Le droit de grâce et la libération conditionnelle seront exercés par l'État chargé de l'exécution de la peine, après consultation avec les autres États concernés.

b) *Commentaire*

123. Par « État concerné », il faut comprendre l'État sur le territoire duquel le crime a été commis, l'État victime ou celui dont les nationaux ont été les victimes.

²³ Voir *supra* note 9.

DOCUMENT A/CN.4/452 et Add.1 à 3

Observations des gouvernements sur le rapport du Groupe de travail sur la question
d'une juridiction pénale internationale

[Original : anglais/espagnol/russe]
[10 et 25 mai, 20 juillet et 7 septembre 1993]

TABLE DES MATIÈRES

| | <i>Pages</i> |
|--|--------------|
| Instruments multilatéraux cités dans le présent document | 135 |
| INTRODUCTION | 136 |
| OBSERVATIONS REÇUES DES ÉTATS MEMBRES | |
| Australie | 137 |
| Biélorus | 144 |
| Bulgarie | 146 |
| Danemark* | 147 |
| Espagne | 147 |
| États-Unis d'Amérique | 147 |
| Finlande* | 150 |
| Islande* | 150 |
| Italie | 150 |
| Mexique | 151 |
| Norvège* | 153 |
| Panama | 153 |
| Pays nordiques | 154 |
| Suède* | 154 |

* La réponse conjointe du Danemark, de la Finlande, de l'Islande, de la Norvège et de la Suède figure sous **Pays nordiques**.

Instruments multilatéraux cités dans le présent document

Sources

| | |
|--|---|
| Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (New York, 9 décembre 1948) | Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 78, p. 277. |
| Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Genève, 12 août 1949) et Protocoles additionnels I et II (Genève, 8 juin 1977) | Ibid., vol. 75, p. 31 et suiv. Ibid., vol. 1125, p. 3 et suiv. |
| Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Rome, 4 novembre 1950) | Ibid., vol. 213, p. 221. |

Sources

| | |
|---|--|
| Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966) | Ibid., vol. 999, p. 171. |
| Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs (La Haye, 16 décembre 1970) | Ibid., vol. 860, p. 105. |
| Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid (New York, 30 novembre 1973) | Ibid., vol. 1015, p. 243. |
| Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques (New York, 14 décembre 1973) | Ibid., vol. 1035, p. 167. |
| Convention internationale contre la prise d'otages (New York, 17 décembre 1979) | Ibid., vol. 1316, p. 205. |
| Convention relative à la conciliation et à l'arbitrage au sein de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe | <i>Revue générale de droit international public</i> , Paris, vol. XCVII, 1993, p. 213. |

Introduction

1. À sa quarante-septième session, en 1992, l'Assemblée générale a adopté la résolution 47/33 relative au rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-quatrième session.

2. Les paragraphes 4, 5 et 6 de cette résolution se lisent comme suit :

[L'Assemblée générale,]

4. *Prend note avec satisfaction* du chapitre II du rapport de la Commission du droit international intitulé « Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité », consacré à la question de l'éventuelle mise en place d'une juridiction pénale internationale;

5. *Invite* les États à soumettre au Secrétaire général, si possible avant la quarante-cinquième session de la Commission du droit international, leurs observations écrites sur le rapport du Groupe de travail sur la question d'une juridiction pénale internationale¹;

6. *Prie* la Commission du droit international de poursuivre ses travaux sur cette question et d'entreprendre par priorité, à partir de sa prochaine session, l'œuvre d'élaboration d'un projet de statut pour une juridiction pénale internationale, en commençant par examiner les questions dégagées dans le rapport du Groupe de travail et au cours du débat de la Sixième Commission en vue de rédiger un statut qui se fonde sur le rapport du Groupe de travail, compte tenu des vues expri-

mées pendant le débat à la Sixième Commission ainsi que des observations écrites qui auraient été reçues des États, et de présenter un rapport intérimaire à l'Assemblée générale, à sa quarante-huitième session.

3. Pour donner suite au vœu exprimé par l'Assemblée générale au paragraphe 5 de la résolution, le Secrétaire général a adressé le 1^{er} décembre 1992 une lettre circulaire à tous les gouvernements les invitant à soumettre leurs observations écrites, si possible avant la quarante-cinquième session de la Commission du droit international.

4. Au 23 juillet 1993, le Secrétaire général avait reçu huit réponses; une neuvième réponse est parvenue après la clôture de la session. Le texte de ces observations est reproduit dans le présent document^{2, **}.

² Il est également question de la juridiction pénale internationale dans les commentaires et observations soumis par les gouvernements sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, adopté par la Commission en première lecture à sa quarante-troisième session [voir doc. A/CN.448 et Add.1 (reproduit dans le présent volume)].

** Les paragraphes du rapport du Groupe de travail qui font l'objet de commentaires de la part des États Membres figurent entre parenthèses.

¹ *Annuaire... 1992*, vol. II (2^e partie), doc. A/48/10, annexe.

Observations reçues des États Membres

Australie

[Original : anglais]
[3 mai 1993]

1. L'Australie a été d'accord pour que l'on confie à la CDI l'élaboration d'un projet de statut pour une cour pénale internationale. Elle espère que ses commentaires seront utiles à la CDI dans cette tâche. Toutefois, elle réserve sa position sur le projet de statut qui pourra être rédigé par la CDI. La présentation des commentaires ci-après suit strictement le plan du rapport du Groupe de travail.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

2. Au cours de son intervention dans le débat que la Sixième Commission consacrait à la question, le 28 octobre 1992, l'Australie a analysé la démarche d'ensemble du Groupe de travail et relevé certains de ses aspects, particulièrement importants :

a) La séparation entre le statut de la cour pénale internationale et le code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité;

b) La limitation aux particuliers — et non aux États — de la compétence de la cour, au moins dans la première phase de son fonctionnement;

c) L'institution d'une juridiction essentiellement volontaire, qui pourrait être concurrente de celle des tribunaux nationaux;

d) La création d'une cour pénale internationale sous forme, au moins dans un premier temps, de mécanisme qui interviendrait en cas de besoin, et non d'institution permanente à plein temps¹.

3. L'Australie tient à souligner l'importance de ces considérations, et prie la CDI de leur donner la place qui leur revient dans le projet de statut.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

1. Questions de structure et de compétence

a) Méthodes à appliquer pour créer la cour

4. L'Australie souscrit à la conclusion du Groupe de travail (par. 45) selon laquelle la cour pénale internationale doit être dotée d'un statut qui lui soit propre, sous la forme d'un traité.

b) Composition de la cour

5. L'Australie a déjà relevé ce que dit le Groupe de travail (par. 46), à savoir que la cour, au moins dans la pre-

mière phase de ses opérations, ne devrait pas être un organe siégeant en permanence, mais une institution constituée chaque fois qu'il y aurait lieu d'agir. Cette conclusion s'inspire, d'une part, de l'idée que la cour n'aurait, dans ses premières années en tout cas, qu'une charge de travail limitée, d'autre part des coûts qu'il faudrait prévoir si l'on établissait et entretenait en permanence une cour à plein temps, avec magistrature complète et structure administrative d'appui. Le travail de la cour serait d'autant plus léger qu'elle aurait compétence concurrente de celle des tribunaux nationaux, plutôt que compétence exclusive.

6. Le Groupe de travail fait ressortir à bon escient que les juges doivent être indépendants et impartiaux et posséder les qualifications et l'expérience nécessaires (par. 48). Ces mêmes conditions sont imposées aux juges de la CIJ, selon l'Article 2 du Statut. Il faudrait également prévoir, comme le fait aussi l'Article 9 de ce même Statut, que les personnes appelées à faire partie de la cour assurent la représentation « des principaux systèmes juridiques du monde ».

7. Le Groupe de travail propose (par. 50 et 51) une solution pour la désignation des juges appelés à siéger et pour la constitution de la cour en cas de besoin. Bien que cette solution ne soit pas sans intérêt, la CDI devrait étudier systématiquement les autres dispositifs qui permettraient de faire droit à toutes les considérations qui interviennent ici. Les dispositions prises ne devraient pas être trop lourdes, mais s'appuyer sur une simple structure garantissant que ce sont des juges qualifiés qui seront choisis et que la formation voulue pourra être rapidement constituée pour conduire un procès.

c) Moyens par lesquels un État pourrait accepter la juridiction de la cour

8. Le Groupe de travail réitère (par. 52) que la cour ne devrait pas avoir compétence obligatoire. L'Australie a pris note de l'importance de cette considération. Une compétence volontaire suppose l'existence d'un mécanisme permettant aux États de reconnaître cette compétence. Comme le Groupe de travail le souligne, l'État partie au statut serait tenu d'accepter « certaines obligations administratives ». La reconnaissance de la compétence de la cour ferait l'objet d'un acte distinct. Comme le note le Groupe de travail, cet acte serait analogue à l'acceptation de la clause facultative du Statut de la CIJ.

9. Les mécanismes de reconnaissance de la compétence de la cour, quels qu'ils soient, devraient laisser aux États le choix des conditions de cette reconnaissance. Le rapport propose (par. 54) la meilleure façon d'aborder le problème. Lorsqu'elle rédigera les dispositions du statut qui concernent la compétence, la CDI devra définir précisément les conditions dans lesquelles cette compétence peut être reconnue par les États. Ces dispositions devront contenir la liste des crimes à l'égard desquels l'État reconnaît expressément la juridiction de la cour. La CDI

¹ Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Sixième Commission, 22^e séance, par. 30 à 38, notamment par. 31.

devra également garder à l'esprit que de nombreux États auront à concilier les prescriptions de leur constitution nationale avec la juridiction de la cour. Il peut s'agir de prescriptions touchant aux formes du procès, aux procédures de jugement ou encore aux garanties judiciaires.

10. Le Groupe de travail examine (par. 56) la question de la saisine de la cour par des États non parties à son statut. Il conseille de laisser la cour ouverte, sur une base ad hoc, à ces États. L'Australie pense que l'idée est bonne, car elle inciterait à reconnaître la compétence de la cour. L'Article 35 du Statut de la CIJ dispose que celle-ci est ouverte aux États qui ne sont pas parties à son statut, à certaines conditions. Il faudrait imposer aux États qui ne seraient pas parties au statut de la cour envisagée des conditions analogues à celles qu'évoque le Groupe de travail.

d) *Compétence matérielle (ratione materiae) de la cour*

11. Dans son intervention au cours du débat sur le sujet, à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa quarante-septième session, l'Australie s'est déclarée d'une manière générale favorable à la solution préconisée par le Groupe de travail pour la compétence *ratione materiae* de la cour. Elle continue d'approuver cette conception fondamentale, selon laquelle la compétence de la cour s'appuierait sur les traités internationaux en vigueur qui définissent les crimes de caractère international (par. 57), notamment le code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité (sous réserve de son adoption et de son entrée en vigueur). Bien entendu, les traités eux-mêmes ne seraient pas intégralement repris dans le statut. Il suffirait de choisir les crimes définis par ces instruments à l'égard desquels la cour aurait compétence. Mais il faudrait les définir avec soin.

12. L'instauration d'une telle juridiction ne va cependant pas sans difficultés. Les traités existants — hormis la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (notamment son article VI) — qui pourraient étayer la compétence de la cour, ne parlent pas de la possibilité qu'auraient leurs signataires de porter une affaire devant un tribunal comme celui que l'on envisage. Il faudra trouver un autre mécanisme pour résoudre ce problème.

13. Il y aurait aussi le cas difficile de l'État partie au statut mais non partie à tous les traités fondant la compétence de la cour. Cet obstacle pourrait être résolu si les États avaient suffisamment de latitude pour reconnaître la compétence de la cour uniquement à l'égard des traités dont ils sont signataires. Le problème se pose aussi dans le cas des États qui n'ont pas reconnu la compétence de la cour à l'égard des crimes définis dans des traités auxquels ils ne sont pas parties et dont il faut déterminer s'ils pourront ou non intenter des poursuites pour les crimes en question.

14. Lorsqu'on examine la manière dont les crimes tombent sous le coup du statut, il faut prendre garde aux relations qui lient les traités existants et le projet de code des crimes. L'Australie a déjà noté dans les observations qu'elle a communiquées sur le projet de code² que, sous

sa forme actuelle, celui-ci empiète sur les crimes déjà visés dans les traités en vigueur et qu'il en donne une définition redondante. Qui plus est, il y a des cas où le code fait abstraction de certains éléments d'un crime déjà défini ou réduit la portée de cette définition. Si ces divergences fondamentales entre le code et les traités en vigueur restent sans solution, la cour ne pourra pas exercer convenablement sa compétence *ratione materiae*. La question générale de la définition des crimes dans le statut sera traitée *infra*, aux paragraphes 30 et suivants.

15. Le Groupe de travail fait observer (par. 58) que, dans le cas de certaines conventions, il serait peut-être nécessaire de limiter encore l'éventail des infractions qui relèveraient de la compétence matérielle de la cour. Il donne l'exemple des infractions aux conventions réprimant le trafic illicite des stupéfiants. Lorsqu'elle a abordé cette question devant la Sixième Commission à la quarante-septième session de l'Assemblée générale, l'Australie a déclaré que, à son avis, la cour devait avoir assez de latitude pour déterminer si elle devait ou non se saisir d'une affaire donnée. La question se posera aussi au moment où l'État reconnaîtra la compétence de la cour pour des crimes déterminés : il voudra très certainement s'assurer qu'il pourra s'adresser à la cour pour faire juger les auteurs présumés de ces crimes. Il faudra donc, en énumérant les crimes dans le statut, préciser clairement leur degré de gravité (qui justifie pourquoi ils relèvent de la compétence de la cour).

16. L'Australie est du même avis que le Groupe de travail, selon lequel (par. 59), dans les premières étapes de sa création, la cour ne devrait être compétente que pour les crimes définis dans les traités en vigueur, sans s'étendre aux infractions au droit international général qui ne sont ni visées par ces traités, ni définies dans leurs dispositions.

e) *Compétence personnelle (ratione personae) de la cour*

17. La définition de la compétence *ratione personae* de la cour est une tâche complexe, comme le Groupe de travail le reconnaît dans son rapport. Elle mérite un examen attentif.

18. Le premier obstacle est celui de la diversité des fondements de la compétence *ratione personae* que l'on trouve dans le droit pénal des États. Les États qui ont l'intention de devenir parties au statut auraient certainement à concilier, dans toute la mesure du possible, la compétence *ratione personae* de la cour avec celle qui fixe leur droit pénal interne.

19. Un deuxième obstacle est celui de la définition de la relation entre la compétence *ratione personae* de la cour et la compétence des États parties aux traités en vigueur à l'égard des personnes qui ont commis les crimes définis dans ces traités. C'est un autre aspect du problème plus général des rapports entre le statut et les conventions existantes.

20. L'Australie estime que la notion de « compétence cédée », avancée par le Groupe de travail (par. 64), n'offre qu'une solution partielle aux éventuels conflits entre la compétence de l'État en vertu d'un traité en vigueur et celle de la cour que cet État a reconnue. Comme

² Reproduites dans le document A/CN.4/448 et Add.1 (voir p. 66 du présent volume).

le Groupe de travail le fait remarquer, le mécanisme de la « compétence cédée » ne serait pas efficace dans le cas où un grand nombre d'États pourraient prétendre exercer leur compétence en vertu d'un traité instituant la compétence universelle à l'égard d'un crime. La situation serait encore plus compliquée si certains de ces États prétendant avoir compétence n'étaient pas parties au statut de la cour. Ils pourraient fort bien considérer qu'un État qui a « cédé » sa compétence à une cour pénale internationale au lieu de déférer le délinquant devant les tribunaux d'un autre État, viole les obligations que ce traité lui impose à leur égard.

21. Le Groupe de travail analyse la position de l'État de la nationalité au regard de la compétence *ratione personae* de la cour (par. 66). L'Australie ne pense pas que le consentement de l'État de la nationalité soit par principe et toujours nécessaire pour que la cour puisse exercer sa compétence sur telle ou telle affaire. Elle juge intéressante l'option proposée par le Groupe de travail selon lequel l'État de la nationalité ne peut empêcher la cour d'exercer sa compétence que s'il est lui-même disposé à poursuivre le délinquant devant ses propres tribunaux. Cette solution suppose que l'État de la nationalité pourra poursuivre l'accusé en vertu de son droit interne. S'il n'est pas en mesure de le faire, il ne faut pas qu'il puisse empêcher la comparution de l'accusé devant la cour internationale.

22. Lorsqu'elle définira le rôle de l'État de la nationalité, la CDI devra bien réfléchir au cas des personnes ayant une double nationalité. Il y a là des litiges potentiels entre l'État de résidence qui a accordé la citoyenneté à l'intéressé, et l'État où celui-ci avait antérieurement sa résidence et qui le considère encore comme son ressortissant. Le cas peut se présenter lorsqu'une personne née dans un État, dont elle acquiert ainsi la citoyenneté, reste considérée par un autre État comme l'un de ses propres ressortissants du fait de la citoyenneté de ses parents ou grands-parents. Il conviendrait de définir les droits qui reviennent à chaque État dans des cas semblables.

23. L'Australie pense que la solution des problèmes mis en lumière par le Groupe de travail dans son analyse de la compétence *ratione personae* de la cour est l'une des grandes difficultés de l'élaboration du statut. Quelle que soit la solution choisie, elle doit permettre aux parties au statut de tenir compte des revendications juridictionnelles des autres États.

f) *Rapports entre la cour et le code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité*

24. L'Australie est d'accord pour qu'il y ait deux instruments distincts pour le statut de la cour et pour le code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Le Groupe de travail argumente de manière convaincante en faveur de cette solution.

g) *Modalités possibles d'administration de la cour*

25. Les dispositions administratives à prendre seront fonction de la structure, de l'emplacement géographique et de l'abondance du rôle de la cour. Si, comme on l'a proposé, celle-ci n'est pas un organe à plein temps, dans

un premier temps au moins, la charge administrative n'en sera que moins lourde — et les besoins en personnel et en ressources moins importants que s'il fallait assurer le service d'un organisme à plein temps.

26. Le Groupe de travail évoque brièvement la question du siège de la cour (par. 78), pour conclure que, à son avis, il devrait se trouver dans la mesure du possible dans l'État où l'infraction a été commise. L'Australie fait remarquer que, si la cour a l'intention d'offrir aux États parties à son statut une instance devant laquelle les affaires peuvent être traitées rapidement — avec une attention minimale — pour éviter ainsi les problèmes que peuvent poser les procès, ces États n'accueilleront que de mauvaise grâce le siège de la cour sur leur territoire.

27. Le Groupe de travail a esquissé quelques-unes des grandes questions que soulèverait l'administration de la cour. Pour l'essentiel, il n'est pas nécessaire encore de les examiner en détail. Mais il faudrait quand même réfléchir à la nature des rapports entre la cour et l'Organisation des Nations Unies.

2. Un mécanisme juridictionnel pénal de caractère international autre qu'une cour

28. L'Australie prend note des arguments en faveur de la création d'un tel mécanisme qui sont exposés de façon efficace dans le rapport du Groupe de travail (par. 81 à 95). Pour sa part, toutefois, elle partage l'opinion d'une majorité de membres du Groupe de travail selon laquelle de tels mécanismes ne répondent pas aux grandes préoccupations de ceux qui souhaitent la création d'une juridiction pénale internationale.

3. Droit applicable, peines et garanties judiciaires

29. Il faudra étudier avec soin la question du droit applicable et celle des garanties judiciaires pour veiller à ce que les dispositions pertinentes du statut soient conformes aux principes pertinents figurant dans les instruments relatifs aux droits de l'homme et aux normes de l'ONU dans le domaine de la justice pénale.

a) *Le droit applicable*

i) *La définition des crimes*

30. Certains aspects de la question de la compétence *ratione materiae* d'une cour pénale internationale ont été examinés ci-dessus aux paragraphes 11 à 16.

31. Comme le Groupe de travail le note (par. 101), le paragraphe 1 de l'article 15 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (ci-après dénommé « Pacte ») énonce le principe *nullum crimen sine lege*. Cet article prévoit que

Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises.

La légalité en matière pénale exige que les crimes, y compris les faits justificatifs et les peines, soient définis en termes juridiques clairs et non ambigus. L'Australie est convaincue comme le Groupe de travail que cette règle fondamentale du droit pénal doit être respectée.

32. Pour appliquer les principes énoncés au paragraphe 1 de l'article 15 du Pacte, le Groupe de travail fait valoir (par. 101) que la compétence d'une cour pénale internationale devrait être limitée aux crimes de caractère international spécifiés qui sont définis dans les traités en vigueur. L'Australie a réitéré *supra* au paragraphe 11 qu'elle appuyait cette approche fondamentale. Il est de la plus haute importance que les éléments constitutifs des crimes retenus soient définis avec soin, de telle sorte que le procureur soit tenu de prouver que la conduite d'un accusé comporte les éléments d'un crime donné.

33. L'Australie pense que, si la compétence d'une cour pénale internationale doit porter sur les crimes internationaux prévus dans les conventions multilatérales en vigueur, il conviendrait de tenir compte des considérations suivantes :

a) Le fait que les crimes internationaux ne sont pas définis de façon adéquate dans les conventions en vigueur (y compris l'absence de référence aux faits justificatifs, aux faits exonératoires et aux peines);

b) La relation entre le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et les conventions en vigueur;

c) La typologie des crimes — pour déterminer quels sont les crimes les plus graves qui, de ce fait, seraient du ressort d'une cour pénale internationale;

d) Comment le statut réglerait l'attribution de compétence en ce qui concerne les crimes graves de caractère international.

a. Spécificité

34. Les conventions internationales en vigueur constituent la source de droit international la plus fiable pour identifier des règles pénales spécifiques, mais les traités en vigueur recourent, pour l'établissement des crimes, à un certain nombre de modalités différentes.

35. Certaines conventions interdisent un type de conduite et imposent aux États l'obligation d'ériger en crime et de punir cette conduite au niveau national; d'autres États se réfèrent de façon plus générale à une question qui préoccupe la communauté internationale et impose aux États concernés l'obligation de prendre les mesures qu'ils jugent appropriées; d'autres encore se bornent à énoncer le devoir de l'État de punir ou d'extrader un criminel présumé ou de coopérer aux poursuites pénales et à l'application d'une peine pour sanctionner une certaine conduite.

36. Il faudra examiner dans quelle mesure on déterminera, à partir du large éventail des normes pénales découlant des conventions en vigueur, quels sont les crimes spécifiques qui constituent des crimes graves de caractère international. Il faudra déterminer les critères en vertu desquels un certain type de conduite défini dans les conventions en vigueur serait du ressort d'une cour pénale internationale.

37. En règle générale, la pratique juridique australienne, au niveau fédéral comme à celui des États, consiste à identifier avec précision les éléments constitutifs d'un crime ainsi que les faits justificatifs, les faits exoné-

ratoires et les peines. L'Australie estime que, même si l'on s'appuie sur les conventions où sont définies des normes pénales, on risque de se heurter à des difficultés pour remplir les conditions du paragraphe 1 de l'article 15 du Pacte, en raison du caractère vague de certaines des dispositions de ces conventions.

b. Relation entre le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et les conventions multilatérales en vigueur

38. Comme il est indiqué *supra* au paragraphe 14, l'Australie a exprimé son inquiétude, dans ses commentaires relatifs au projet de code, quant au risque de double emploi du code avec les définitions de crimes qui figurent déjà dans d'autres conventions multilatérales, et à la possibilité, dans certains cas, d'omettre certains éléments des crimes existants ou de réduire leur portée.

39. Si un tribunal doit tirer sa compétence de conventions multilatérales autres que le code, il faut préciser la relation entre ces conventions et le code.

c. Typologie des crimes

40. L'Australie approuve la recommandation du Groupe de travail selon laquelle une cour pénale internationale ne devrait connaître que des crimes qui ont un caractère véritablement international; mais la question se pose de savoir quels sont les critères à appliquer pour déterminer si des crimes doivent être considérés : a) comme ayant un caractère véritablement international; et b) suffisamment graves pour justifier leur inclusion dans le domaine de compétence d'une cour pénale internationale.

41. Le fait qu'un crime est identifié comme ayant « un caractère véritablement international » est-il suffisant pour justifier cette inclusion ? La compétence devrait-elle dépendre en définitive de la gravité du crime commis ? Certains crimes, le terrorisme par exemple, doivent être considérés comme intrinsèquement graves. L'Australie estime qu'il faut préciser ces points pour faire en sorte que la détermination des crimes devant relever de la compétence d'une cour pénale internationale repose sur des critères objectifs.

42. L'Australie note également que les traités établissant des crimes internationaux définissent ces crimes de manière différente. Du fait de ces différences, il sera peut-être difficile, pour évaluer la gravité d'un crime ou trouver des indications à cet égard, de se fonder sur la manière dont la conduite considérée est définie dans un instrument donné.

d. Disposition attribuant la compétence à une cour pénale internationale

43. La question de la spécificité se confond avec celle de la manière dont le statut doit attribuer la compétence à la cour envisagée. Le statut devra contenir une ou plusieurs dispositions conférant à la cour la compétence à l'égard des crimes internationaux. Une telle disposition aura un rôle important à jouer pour faire en sorte que le statut réponde aux conditions énoncées au paragraphe 1 de l'article 15 du Pacte.

ii) Les règles générales du droit pénal

44. Le Groupe de travail note (par. 103) que la plupart des conventions sont muettes sur les faits justificatifs et les circonstances atténuantes et qu'aucune règle de droit pénal international ne s'est développée sur ces questions. Le Groupe de travail suggère (par. 104) que la cour envisagée pourrait appliquer le droit interne. Toutefois, comme le note le Groupe de travail, au niveau international le droit interne n'est, en principe, qu'une question de fait. Le Groupe de travail examine deux moyens pour résoudre cette difficulté. D'une part, on peut se référer directement au droit interne applicable dans les cas appropriés. D'autre part, on peut exiger une double qualification (par la loi du lieu de résidence ou par celle du lieu où l'acte a été commis) et, de ce fait, ne faire appel à la loi nationale qu'indirectement.

45. L'Australie comprend que le Groupe de travail a cherché essentiellement à identifier les sources du droit applicable. Si la juridiction d'une cour pénale internationale doit s'exercer concurremment avec celle des tribunaux nationaux (et non pas de manière exclusive), il y a une certaine logique, dans un premier temps, à compenser les lacunes du droit pénal international en recourant au droit interne. L'Australie pense, cependant, qu'en définitive une telle approche conduirait inévitablement à des différences de traitement selon le cas et créerait donc plus de problèmes qu'elle n'en résoudrait. Les faits justificatifs et les circonstances atténuantes qui pourraient être invoqués dépendraient de la nationalité de l'accusé et/ou du lieu où un crime a été commis. Un tel manque de cohérence n'est pas souhaitable et risque de compromettre la légitimité d'un tribunal. L'application des lois internes de différents pays dans différentes affaires imposerait aussi un fardeau considérable aux juges, car il leur est difficile de connaître en détail toutes ces différentes lois.

iii) Procédure applicable

46. L'Australie partage les vues exprimées par le Groupe de travail (par. 108), selon lesquelles le statut d'une cour pénale internationale, ou le règlement pris à ce titre, devrait préciser au maximum les règles de procédure à suivre dans les procès. Le Groupe de travail indique aussi que la cour envisagée se trouvera peut-être dans la nécessité d'arrêter sa propre procédure, pour les cas sur lesquels le statut et le règlement sont muets, en s'inspirant des principes communs aux codes de procédure des États parties.

47. L'Australie est d'avis que le principe *nullum crimen sine lege* n'empêche pas d'agir de la sorte puisque ce principe porte sur les règles de fond et non sur les règles de procédure; toutefois, l'application de règlements différents soulève à nouveau le problème du manque de cohérence.

48. Pour surmonter le problème éventuel du manque de cohérence, il serait nécessaire d'appliquer un ensemble unique de règles, quelle que soit l'origine nationale de l'accusé. Les questions de procédure et, en particulier, les règles de la preuve ne sont pas de simples questions techniques mais, comme le Royaume-Uni l'a déclaré devant la Sixième Commission à la quarante-septième ses-

sion de l'Assemblée générale³, elles sont essentielles pour assurer un procès équitable. Ces questions sont réglées différemment selon les systèmes juridiques et, de l'avis de l'Australie, elles exigent une analyse détaillée.

b) Les peines à infliger

49. L'Australie note que les conventions qui définissent les peines sont peu nombreuses. Le Groupe de travail a déclaré (par. 110) qu'il faudrait prévoir dans le statut une disposition concernant les peines, en l'absence de laquelle une cour pénale internationale serait nécessairement amenée à s'appuyer, pour condamner les personnes reconnues coupables, sur la loi nationale applicable ou sur « les principes communs à toutes les nations ». Comme indiqué *supra* au paragraphe 31, l'Australie pense que l'examen de la question des peines doit être basé essentiellement sur le paragraphe 1 de l'article 15 du Pacte, qui énonce le principe *nulla poena sine lege*. Il faut pour cela que les dispositions relatives aux peines répondent à des exigences de clarté et de certitude. L'Australie pense, comme le Groupe de travail, que l'application de la loi interne ou des principes communs à toutes les nations risquerait de ne pas apporter les garanties nécessaires de clarté et de certitude. Il faudrait donc, semble-t-il, mettre au point des dispositions relatives aux peines et les faire figurer dans le statut.

50. Le Groupe de travail a recommandé l'inclusion dans le statut d'une disposition résiduelle pour les peines, applicable dans tous les cas où aucune peine ne serait spécifiée dans la convention pertinente ou dans les cas où la peine spécifiée sortirait du domaine de compétence d'une cour pénale internationale. L'Australie estime aussi que l'inclusion d'une disposition résiduelle pour les peines ne permettrait pas nécessairement, si elle n'était pas suffisamment détaillée, de régler le problème et de s'acquitter de l'obligation découlant du paragraphe 1 de l'article 15 du Pacte. Toutefois, si le statut contenait des dispositions relatives aux peines, aucune disposition résiduelle ne serait nécessaire.

c) Garantir la régularité de la procédure

51. Le Groupe de travail déclare (par. 111) que l'article 14 du Pacte est la source principale des règles de droit international concernant la question de la régularité de la procédure, mais il ne fait pas de commentaires plus détaillés sur ce point. L'Australie pense pour sa part qu'il convient d'examiner un certain nombre de questions.

i) Recours/appeal

52. Le paragraphe 5 de l'article 14 du Pacte dispose que

Toute personne déclarée coupable d'une infraction a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité et la condamnation, conformément à la loi.

On est ainsi amené à conclure qu'il faudrait prévoir, dans le statut d'une cour pénale internationale, une disposition prévoyant l'examen de la déclaration de culpa-

³ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Sixième Commission, 21^e séance.*

bilité et de la condamnation par une juridiction supérieure, par exemple l'ensemble des juges d'une cour. La juridiction supérieure devrait avoir la possibilité d'accorder ou de refuser l'autorisation de faire appel.

ii) Jugement par un jury

53. Comme dans d'autres pays de « common law », le jugement par un jury est un élément fondamental du système judiciaire australien. L'article 80 de la Constitution du Commonwealth australien garantit à toute personne accusée d'une infraction grave en vertu d'une loi du Commonwealth le droit d'être jugée par un jury. L'Australie ne préconise pas que le statut prévoit le jugement par un jury. Elle souhaite toutefois appeler l'attention de la CDI sur les difficultés constitutionnelles éventuelles que l'Australie et d'autres pays pourraient rencontrer s'ils acceptaient la compétence d'une cour pénale internationale.

54. Le problème apparaît clairement lorsque des instruments internationaux imposent aux États parties l'obligation de prévoir dans la législation nationale que certains actes constituent des crimes graves (justifiant une inculpation). Par exemple, l'article 2 de la Convention pour la répression de la capture illicite d'aéronefs prévoit que tout État contractant doit réprimer l'infraction par une peine sévère. Le Crimes (Aviation) Act de 1991 énonce les dispositions par lesquelles l'Australie s'acquiesce des obligations qu'elle a contractées en vertu des conventions relatives au détournement d'avions. L'article 13 de cette loi déclare que le détournement d'avions, au sens de la Convention précitée, constitue une infraction majeure. Une personne accusée d'une telle infraction aurait donc le droit d'être jugée par un jury.

4. Poursuites et questions connexes

a) *Le système des poursuites*

55. Le Groupe de travail recommande un système de poursuites indépendant ad hoc (par. 117). L'Australie considère qu'un tel système est préférable à la solution qui consisterait à ce que les États plaignants effectuent les poursuites. Les mesures destinées à assurer l'indépendance et l'impartialité du système des poursuites sont essentielles pour étayer la crédibilité et la légitimité d'une cour pénale internationale.

56. La suggestion du Groupe de travail tendant à ce que la cour envisagée désigne un procureur à l'issue de consultations avec les États intéressés mérite d'être retenue, dans la mesure où elle garantirait l'indépendance du système des poursuites tout en donnant aux États intéressés la possibilité de participer à ce système. Il serait nécessaire, cependant, d'identifier avec précision les États parties qui participeraient au processus de consultation avec une cour pénale internationale. Il faudrait préciser clairement le rôle des États parties dans le processus de sélection et de désignation du procureur.

b) *La saisine*

57. Le Groupe de travail déclare (par. 120) qu'une instruction préliminaire ne s'imposerait pas pour vérifier l'adéquation des preuves à charge, étant donné que la

cour envisagée aurait le pouvoir de récuser les accusations « légères ou non fondées ». On peut considérer, en outre, qu'une audience préliminaire devant un tribunal pourrait provoquer des pertes de temps et des dépenses inutiles.

58. Selon l'Australie, il conviendrait de réglementer le rôle, les fonctions et les devoirs du procureur. Les questions qu'il faudrait étudier seraient, par exemple, celles qui touchent à l'éthique, aux devoirs du procureur à l'égard de la cour et aux obligations envers l'inculpé. Il conviendrait également de réglementer l'exercice de la compétence discrétionnaire du procureur et les critères à appliquer pour les décisions relatives aux poursuites. L'Australie appuie la suggestion du Groupe de travail (par. 119) selon laquelle il faudrait prévoir la possibilité de faire appel de la décision du procureur de ne pas poursuivre.

59. En l'absence d'un parquet permanent indépendant, une affaire ne pourrait être portée devant une cour pénale internationale que suite à une plainte formulée par un État partie ou par le Conseil de sécurité. L'Australie estime comme le Groupe de travail (par. 122) que le droit de saisir la cour d'une plainte devrait être accordé à tout État partie qui a reconnu la compétence de la cour à l'égard de l'infraction considérée. Une difficulté surgirait si un État partie qui souhaiterait saisir la cour d'une plainte se rapportant à un certain nombre d'infractions n'avait pas reconnu la compétence de la cour en ce qui concerne toutes ces infractions. Des dispositions devraient être prises pour tenir compte d'une telle situation.

c) *Remise des défendeurs à la cour*

60. La création de mécanismes pour la remise des défendeurs à la cour soulève de nombreuses difficultés, qui doivent être réglées pour permettre à la cour d'opérer efficacement. Le Groupe de travail a examiné un certain nombre de ces difficultés dans son rapport. Les différences entre les dispositions constitutionnelles des États seront l'un des obstacles majeurs à surmonter.

61. L'Australie est d'avis, comme le Groupe de travail l'a déclaré (par. 133), qu'il faudrait incorporer dans le statut d'une cour pénale internationale des dispositions énonçant les conditions minimales que les États parties devraient remplir pour remettre à la cour des auteurs présumés de crimes. Le Groupe de travail devrait s'inspirer, pour rédiger ces dispositions, des arrangements conclus entre les États en matière d'extradition. En prenant pour base ces arrangements, on pourrait établir un ensemble de projets de dispositions avec lesquels les États pourraient plus facilement se familiariser. Des problèmes conceptuels pourraient cependant se poser du fait de la nécessité de remettre l'auteur présumé du crime à un tribunal plutôt que de l'extrader vers un État.

62. Le Groupe de travail examine (par. 135) ce qu'il considère comme certains des éléments fondamentaux d'une demande de remise, y compris l'existence d'éléments de preuve qui devraient être suffisants, à première vue, pour justifier la mise en jugement de l'accusé. L'Australie pense qu'une telle approche pourrait susciter des difficultés. La disposition relative aux éléments de preuve « à première vue suffisants » aurait des significa-

tions différentes selon les États. En outre, il ne s'agit pas d'une règle qui figure dans tous les traités d'extradition; nombre de ces traités considèrent, en effet, qu'aucune preuve ne doit être apportée, l'État requérant étant seulement tenu de fournir une déclaration indiquant les actes ou omissions présumés de la personne dont il demande l'extradition.

63. De l'avis de l'Australie, il faudrait examiner les modalités selon lesquelles l'accusé serait remis à la cour et étudier également les conditions dans lesquelles les accusés seraient détenus avant le procès. À cet égard, il faudrait prendre pour normes fondamentales les dispositions figurant dans l'Ensemble de principes pour la protection de toutes les personnes soumises à une forme quelconque de détention ou d'emprisonnement⁴.

64. Dans la mesure où les accusés peuvent être des mineurs, il conviendrait d'utiliser, comme norme minimum, l'Ensemble de règles minima des Nations Unies concernant l'administration de la justice pour mineurs (Règles de Beijing)⁵, ainsi que les articles 37 et 40 de la Convention relative aux droits de l'enfant⁶.

d) *L'assistance judiciaire internationale aux fins de la procédure devant la cour*

65. Le Groupe de travail procède dans son rapport (par. 136 à 153) à une étude intéressante des questions relatives à l'assistance fournie par les États pour faciliter l'exercice de l'action pénale par une cour internationale contre les délinquants présumés. Une telle assistance pourrait, dans certains cas, être primordiale pour permettre d'engager les poursuites. Une assistance devrait, sans aucun doute, être fournie par un certain nombre de pays dans les affaires complexes.

66. Le Groupe de travail note (par. 136) qu'il s'agirait d'une « entraide à sens unique, bénéficiant à la cour sans réciprocité pour les États ». Le Groupe de travail souligne, à juste titre, que l'assistance serait « à sens unique ». La question se pose toutefois de savoir si l'assistance en question devrait être fournie directement à la cour. Lorsque des accords et arrangements d'assistance mutuelle sont conclus entre États, le but de l'assistance recherchée intéresse essentiellement la préparation du réquisitoire contre un délinquant présumé. Les demandes d'assistance émanent donc des magistrats instructeurs de l'État qui demande l'extradition. De la même manière, ce serait le procureur indépendant qui aurait vraisemblablement besoin de l'assistance de l'État pour préparer les affaires qui seraient soumises à une cour pénale internationale. Une cour qui doit statuer sur une affaire ne devrait pas participer, ou avoir l'air de participer, à la préparation du réquisitoire. Pour assurer cette séparation, l'assistance des États devrait être fournie directement au procureur.

67. La Commission devra examiner également la question de la détermination de l'assistance à fournir à ceux qui représentent en justice un délinquant présumé, pour leur permettre de préparer de façon satisfaisante la dé-

fense de l'accusé. La question de l'assistance financière à accorder aux défendeurs qui n'ont pas les moyens financiers d'assurer leur défense doit aussi être examinée. Le manque de moyens financiers pourrait, dans des cas de ce genre, priver un défendeur du droit d'être dûment représenté. Les garanties minimales que comporte le droit à l'assistance judiciaire sont énoncées à l'alinéa d du paragraphe 3 de l'article 14 du Pacte.

68. Le Groupe de travail indique (par. 139) qu'il existe trois options en matière d'assistance judiciaire internationale. Après avoir évalué ces options, le Groupe de travail déclare que la meilleure méthode d'assistance serait, du moins au premier stade du fonctionnement de la cour, d'inscrire dans le statut une disposition générale complétée par une liste non limitative du type d'assistance qui pourrait être demandé aux États parties. L'adoption d'un traité d'assistance mutuelle entre les États parties pourrait alors être envisagée ultérieurement. L'Australie approuve le raisonnement sur lequel repose cette évaluation. Elle voudrait souligner, cependant, qu'il est essentiel de créer un régime d'assistance efficace pour permettre d'engager utilement des poursuites.

e) *L'application des peines*

69. De l'avis de l'Australie, l'application des peines est l'une des questions à examiner qui présente le plus de difficultés. Un certain nombre de considérations doivent entrer en ligne de compte.

i) *Considérations humanitaires*

70. D'une part, une peine d'emprisonnement ne devrait pas être purgée dans des conditions moins favorables que celles prévues par l'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus⁷. D'autre part, même lorsqu'un délinquant est détenu dans un lieu dans un État qui respecte ces règles, les différences de langue, de climat et de culture peuvent contribuer à rendre difficiles les conditions d'emprisonnement.

ii) *États*

71. Il faut faire preuve de souplesse pour déterminer l'État qui devra assumer la responsabilité de l'application de la peine. Il faudra fixer l'étendue de cette responsabilité, notamment en ce qui concerne le coût de l'emprisonnement.

iii) *Remise du détenu à l'État de la nationalité*

72. Un certain nombre de pays ont conclu des accords de rapatriement mutuel dans le cas des ressortissants d'un État partie reconnus coupables et condamnés par les tribunaux de l'autre État partie. Il conviendrait, selon l'Australie, d'envisager d'inclure dans le projet de statut une disposition autorisant l'État dont un délinquant reconnu coupable est ressortissant à se charger, s'il le désire, de l'application de la peine. Deux réserves doivent être formulées à ce sujet. Premièrement, la cour devrait

⁴ Résolution 43/173 de l'Assemblée générale, annexe.

⁵ Résolution 40/33 de l'Assemblée générale, annexe.

⁶ Résolution 44/25 de l'Assemblée générale, annexe.

⁷ Voir Nations Unies, *Premier Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants*, Genève, 22 août-3 septembre 1955. — *Rapport préparé par le Secrétariat* (numéro de vente : 1956.IV.4), annexe I, p. 73 à 79.

s'assurer que l'État en question dispose d'installations qui répondent à l'Ensemble de règles minima pour le traitement des détenus. En deuxième lieu, il faudra étudier si le consentement du détenu devrait être une condition préalable à l'octroi de la garde à l'État de la nationalité.

73. Si l'on autorisait la remise des détenus, il faudrait prévoir des dispositions concernant la procédure à appliquer pour prendre une décision en ce qui concerne les demandes de remise, les dispositions régissant la garde d'un prisonnier en transit, le transfert de la garde à une personne chargée d'escorter le détenu, etc. Des directives sur les modalités de la remise de détenus peuvent être trouvées dans le Traité type d'extradition⁸ et dans le Traité type relatif au transfert de la surveillance des délinquants bénéficiant d'un sursis à l'exécution de la peine ou d'une libération conditionnelle⁹.

iv) Révision des peines

74. L'Australie souscrit aux vues exprimées par le Groupe de travail (par. 154), selon lesquelles il conviendrait d'autoriser les demandes tendant à modifier les conditions de l'exécution de la peine. Un système de libération conditionnelle, de réduction et de remise des peines devrait être examiné.

f) Relation entre la cour et le régime d'extradition existant

75. Le Groupe de travail soulève à juste titre la question de la relation entre les traités d'extradition conformes au principe *aut dedere aut judicare* avec la compétence de la cour pénale internationale envisagée (par. 160).

76. Il se pourrait qu'un État partie au statut, qui opterait pour la juridiction d'une cour internationale, soit considéré comme n'ayant pas rempli l'obligation de poursuivre qui lui incombe en vertu d'un autre traité, si un État dont la demande d'extradition a été refusée en vertu de ce traité ne reconnaît pas la compétence de la cour internationale.

77. L'Australie appuie la suggestion du Groupe de travail (par. 161), selon laquelle le mécanisme de remise des accusés devrait compléter le régime existant — obligeant à choisir entre le jugement et l'extradition. Pour permettre le maximum de souplesse et faire en sorte que la cour envisagée bénéficie de l'appui le plus large, les États parties qui auraient reconnu la compétence de la cour pour une infraction donnée devraient avoir la possibilité, en tant que troisième solution possible, de remettre l'accusé à une cour internationale. En imposant aux États qui sont prêts à reconnaître la compétence d'une cour l'obligation de remettre un accusé pour qu'il soit jugé, on pourrait dissuader certains États de devenir parties au statut.

78. Étant donné les problèmes particuliers qui découlent de l'existence de régimes conventionnels totalement différents, l'Australie pense qu'il faut examiner en détail

la question qui se poserait si un État partie au statut recevait plusieurs demandes d'extradition concernant un délinquant présumé.

Bélarus

[Original : russe]
[19 mai 1993]

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Les autorités compétentes de la République du Bélarus jugent extrêmement intéressante l'idée de créer une cour criminelle internationale.

2. Après analyse des différentes catégories de crimes et des différents éléments constitutifs de ces crimes, les autorités de la République du Bélarus sont d'avis qu'une juridiction internationale en la matière doit être conçue et modulée en fonction des différents objectifs à atteindre. À leur sens, la nécessité d'une telle cour dépendra des circonstances : ou bien elle sera le seul moyen possible de traduire un criminel en justice ou bien elle ne sera qu'un moyen complémentaire à cet égard. Ils estiment qu'une telle cour doit être créée principalement pour juger les crimes internationaux.

3. Étant donné la quantité de crimes définis par le droit international positif déjà en vigueur, il n'y a pas lieu de lier étroitement l'institution de la cour criminelle internationale au projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, si l'adoption risque de prendre encore du temps. Pendant la première phase de son activité, la cour pourrait avoir compétence pour connaître des crimes définis par les traités internationaux en vigueur. Une fois adopté, le projet de code pourrait figurer parmi les instruments internationaux définissant les crimes auxquels s'étend la compétence de la cour. Logiquement, il serait de rigueur que le fait de devenir partie au code entraîne la participation au statut de la cour. À l'inverse, on pourrait accepter, tout au moins au départ, qu'un État partie au statut ne soit pas nécessairement partie au code, bien que l'on puisse espérer que la communauté internationale en viendra un jour à considérer le code comme étant obligatoire pour tous les États sans exception.

4. De l'avis de la République du Bélarus, il conviendrait que la compétence de la cour pour les crimes internationaux soit mixte pendant la première période de ses opérations. Cette compétence serait exclusive notamment pour les actes d'agression, les menaces d'agression, les violations systématiques et massives des droits de l'homme, le génocide et l'apartheid. La participation au statut de la cour entraînerait automatiquement la reconnaissance de cette compétence exclusive. Mais on pourrait aussi donner aux États la possibilité d'étendre, par voie de déclaration ou d'accord avec la cour, la compétence exclusive de la cour en ce qui les concerne. Par ailleurs, la cour pourrait avoir provisoirement compétence concurrente avec les juridictions nationales pour d'autres crimes internationaux qui n'en perdraient pas pour autant leur caractère international, encore que l'on puisse envisager, lorsque la cour aura existé depuis assez longtemps, de ne qualifier de crimes internationaux que les actes qui viendraient à relever de sa compétence

⁸ Résolution 45/116 de l'Assemblée générale, annexe.

⁹ Résolution 45/119 de l'Assemblée générale, annexe.

exclusive. Il serait possible de n'établir qu'une compétence facultative pour certains crimes d'ordre général qui comporteraient un élément international et auraient de graves conséquences pour les relations internationales. En ce cas, la cour offrirait simplement une solution remplaçant le système actuel de la compétence universelle.

5. La compétence *ratione personae* de la cour devrait être universelle et s'étendre à tout individu à l'égard duquel la cour pourrait légitimement établir sa juridiction (remise de l'individu par l'État partie au statut de la cour, extradition par l'État qui n'y serait pas partie, arrestation suite à des mesures prises conformément à la Charte des Nations Unies en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationales). Dès lors, il ne serait pas nécessaire que les États acceptent la juridiction de la cour pour les crimes relevant de sa compétence exclusive. Quant aux crimes qui ne relèveraient pas de la compétence obligatoire de la cour, celle-ci devrait avoir en la matière une juridiction facultative, qui serait subordonnée au consentement de l'État ou des États compétents en vertu du droit international et des lois nationales en vigueur. La non-observation des dispositions relatives à la juridiction obligatoire de la cour devrait être considérée comme une menace à la paix et à la sécurité internationales, face à laquelle le Conseil de sécurité de l'ONU serait amené à adopter les mesures requises après examen du rapport que lui présenterait l'organe d'enquête international.

6. La mise en place d'une juridiction criminelle internationale ne se résume pas à l'institution d'une cour : l'organisation des autres mécanismes, et surtout de l'organe d'enquête international, revêt une grande importance à cet égard. Il y a lieu de souligner que l'établissement d'un organe de ce genre s'impose d'ores et déjà, même indépendamment de l'institution d'une cour criminelle internationale. La République du Bélarus est d'avis qu'il ne serait pas rationnel de doter la cour d'un parquet indépendant pendant la période initiale de ses opérations. On pourrait envisager une solution où la cour désignerait, dans chaque affaire, un procureur indépendant parmi une liste de personnes dressée au préalable. Le procureur n'aurait pas pour attributions de procéder à l'enquête, de réunir les éléments de preuve et de produire ces derniers lors du procès — ce sont là les fonctions d'un organe chargé de l'enquête. Il appartient au procureur de préparer la mise en accusation et d'exercer, lors du procès, les fonctions du ministère public, en s'aidant au premier chef des éléments réunis par l'organe d'enquête. Seule la cour aurait le pouvoir de récuser au cours du procès les accusations non fondées.

7. L'idée de doter la cour criminelle internationale d'un statut qui prendrait la forme d'un traité international est judicieuse. L'ONU pourrait s'associer activement à l'élaboration et à l'adoption de pareil instrument. Il se peut que, pour être efficace, la cour doive coopérer étroitement avec l'ONU : il faudrait alors que le nombre d'États parties au statut de la cour soit assez important. À l'évidence, cette coopération s'établirait principalement entre le Conseil de sécurité et la cour, pour le renvoi à cette dernière des affaires d'agression ou de menace d'agression, l'application de ses décisions de faire comparaître des accusés et l'exécution de ses sentences. Au départ, la cour pourrait nouer avec l'ONU, en parti-

culier avec le Conseil de sécurité, des liens informels, selon que de besoin, cependant que les questions administratives et budgétaires seraient réglées par la voie d'un accord spécial entre la cour et l'Organisation.

8. De l'avis de la République du Bélarus, il faudrait d'abord reconnaître à un ensemble assez large de sujets de droit la possibilité de saisir la cour, puis étendre ce droit à d'autres catégories de sujets. Il conviendrait d'autoriser tout État qui ne serait pas partie au statut de la cour à saisir celle-ci lorsque la personne accusée d'une infraction est placée sous sa juridiction et à la condition que cet État accepte pour l'affaire considérée le caractère obligatoire du statut. Le Conseil de sécurité de l'ONU, quant à lui, doit absolument avoir le droit de saisir la cour.

9. La cour criminelle internationale doit être un organe permanent, ce qui suppose que le mécanisme soit établi à l'avance et qu'il soit doté d'un effectif permanent. On pourrait envisager un système suivant lequel chaque État partie au statut de la cour désignerait, pour un mandat de la durée prescrite, une personne ayant les qualifications nécessaires pour siéger à la cour. Les juges ainsi désignés choisiraient un président et, éventuellement, les membres du bureau de la cour. Lorsque la cour serait appelée à intervenir, le bureau choisirait cinq ou sept juges pour la constituer, en tenant compte des critères prescrits. On peut compter que, avec la multiplication des affaires dont elle serait saisie, la cour criminelle internationale finirait par siéger en permanence.

10. Quant au droit qu'une cour criminelle internationale aurait à appliquer, il conviendrait d'établir les règles de procédure à suivre (règles relatives aux droits de l'accusé et à la procédure judiciaire) en instituant la cour, pour que le droit positif puisse s'appliquer, il faudrait incorporer au statut de la cour une liste exhaustive et précise des traités internationaux définissant les infractions justiciables. Les dispositions générales relatives au droit applicable devraient obligatoirement comporter la mention des sources essentielles (droit des traités et droit coutumier) et pourraient mentionner des sources subsidiaires, parmi lesquelles figurerait le droit interne, lequel ne devrait être appliqué par la cour que s'il était sanctionné par une règle du droit international.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

11. À l'évidence, en attendant que le projet de code des crimes soit adopté, il conviendrait de préciser la conduite à suivre afin de régler la question de la compétence *ratione personae* de la cour pour les crimes relevant de sa compétence facultative. Les démarches adoptées (voir par. 66) devront reposer sur les dispositions des traités internationaux en vigueur relatives à la juridiction. Le Bélarus trouve contestable de qualifier de « droit secondaire » les résolutions des organes d'organisations internationales (par. 109). En incluant ces résolutions dans le droit applicable, il convient de partir du principe que ces textes constituent des sources de droit international complémentaires, susceptibles de faciliter l'application du droit international conventionnel et coutumier. La solution proposée au sujet de la détermination des sanctions pénales (par. 110) peut être adoptée à titre provisoire, en

attendant que soit adopté le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Le Bélarus est d'avis qu'il faut insister sur l'idée que les personnes accusées d'un crime relevant de la compétence de la cour doivent obligatoirement être remises à celle-ci (par. 129 à 135).

12. On pourrait envisager une clause excluant l'application de la peine de mort à l'accusé remis à la cour par un État qui aurait aboli pareille sanction sur son territoire. Pour ce qui est des solutions proposées (par. 139), il convient de noter qu'il serait possible d'inscrire dans le statut de la cour une disposition générale complétée par une énumération non limitative des questions pouvant faire l'objet d'une demande d'assistance juridique et indiquant le régime d'exécution des mandats d'assistance. À plus long terme, on pourrait envisager d'élaborer un traité sur l'assistance juridique qui compléterait le statut de la cour. Les modalités d'exécution des sentences prononcées par la cour dépendront pour beaucoup du nombre de condamnés. De toute évidence, il est à prévoir au départ que les peines de prison seront purgées sur le territoire de l'État qui a saisi la cour, à laquelle il appartiendra de surveiller l'application des peines (ou de désigner à cet effet un représentant du bureau).

13. La République du Bélarus estime que le concept de juridiction décrit par le Groupe de travail dans son rapport est assez souple et juge que c'est là le minimum que l'on puisse envisager — à trop réduire les éléments qui doivent lui permettre de rendre la justice en matière de crimes internationaux, on risquerait d'instituer une juridiction inefficace. Or, la pratique montre que la communauté internationale a besoin, au contraire, d'une institution qui fonctionne réellement.

Bulgarie

[Original : anglais]
[25 août 1993]

1. Le Gouvernement de la République de Bulgarie appuie la proposition de créer un tribunal pénal international ayant compétence pour juger des violations les plus graves du droit humanitaire international et estime, comme le Groupe de travail, que la création d'un tel tribunal est réalisable dans la pratique.

2. Le Gouvernement bulgare est d'avis que le mieux serait de créer ce tribunal sous les auspices de l'ONU en vertu d'un traité international, ouvert également à la signature des organisations intergouvernementales.

3. Compte tenu du caractère universel de ce tribunal et de l'intérêt qu'il y aurait à ce que les États puissent y recourir à tout moment, et pour mieux asseoir son autorité et la continuité de la jurisprudence, la République de Bulgarie préférerait que ce tribunal pénal international soit un organisme permanent. Toutefois, dans un souci de réalisme, le Gouvernement bulgare est prêt à appuyer la création d'un type moins ambitieux d'organe judiciaire, qui serait convoqué uniquement en cas de besoin, à condition que soit prévu un mécanisme permettant de

le saisir d'une affaire et de le convoquer dans des délais raisonnables.

4. Le Gouvernement bulgare est d'avis qu'il vaudrait mieux que la compétence de toute juridiction internationale appelée à poursuivre les responsables de graves violations du droit humanitaire international (et avant tout de crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité) soit obligatoire pour tous les États Membres de l'ONU, ou tout au moins pour les États parties au statut de la cour. Avant d'opter finalement pour la compétence facultative, toutes les solutions possibles devraient être envisagées, y compris les solutions de compromis, pour parvenir à l'adoption d'une forme de compétence obligatoire; des exemples de telles solutions sont donnés ci-après :

a) *Reconnaissance « sélective » de la compétence* : les États adhérant au statut seraient tenus de reconnaître la juridiction du tribunal pour au moins une des catégories de violations du droit humanitaire international qui sont de son ressort;

b) *Reconnaissance « différée » de la compétence* : les États seraient tenus de reconnaître la juridiction du tribunal dans des délais déterminés (trois ans, cinq ans ou tout autre délai) après l'entrée en vigueur du statut pour eux;

c) *Reconnaissance « facultative » de la compétence, par un système de « dérogations expresses »* : en adhérant au statut, les États peuvent déclarer qu'ils ne reconnaissent la compétence de la cour pour aucune des catégories de violations ou qu'ils ne la reconnaissent que pour certaines.

Les solutions ci-dessus pourraient également être combinées.

5. Le parallèle établi avec la CIJ n'est pas très heureux, étant donné que le Statut de cette dernière fait partie de la Charte des Nations Unies et que tout État devenant Membre de l'Organisation devient *ipso facto* partie au Statut de la CIJ. Au contraire, l'accession à l'instrument portant création du tribunal pénal international dépend de la volonté souveraine de chaque État et ne met pas en jeu des intérêts d'État aussi vitaux que l'adhésion à l'ONU.

6. En outre, la CIJ est déjà une étape dépassée du développement du droit international et il n'y a pas lieu de s'en inspirer, étant donné le bon fonctionnement du système de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que d'autres systèmes régionaux de protection des droits de l'homme.

7. L'idée de faire de cette institution judiciaire une instance d'appel qui examinerait les sentences imposées par un tribunal national est controversée. Du point de vue de l'efficacité du tribunal, ainsi que de celui de la souveraineté des États, la notion de compétence concurrente est tout à fait acceptable. Elle permettrait aux États qui ne sont pas parties au statut du tribunal de reconnaître sa compétence.

8. La République de Bulgarie est d'avis que le code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité devrait être examiné indépendamment de la proposition de

créer un tribunal pénal international. Cette dissociation permettrait aux États qui ne souhaitent pas adhérer au code d'adhérer au statut du tribunal, et vice versa, ce qui se traduirait finalement par un renforcement de la primauté du droit sur le plan international. Par ailleurs, certaines catégories de violations du droit international qui ne sont pas incluses dans le code devraient être prévues dans le statut du tribunal pour que ce dernier puisse en être saisi. De cette façon, le principe *nullum crimen sine lege* serait satisfait; autrement, comme les États ne sont pas tous parties aux mêmes conventions internationales, il serait impossible d'appliquer des normes juridiques identiques à leur égard ou à l'égard de leurs ressortissants, ce qui serait contraire au principe de l'égalité devant la justice pénale.

9. Pour la même raison, les lois nationales des États ne devraient pas servir, même indirectement, de base pour la compétence *ratione materiae*, étant donné que les crimes et les peines prévues dans ces lois y sont définis d'une manière différente, ce qui constituerait, à nouveau, une grave violation du principe de l'égalité de tous devant la justice pénale et la loi, indépendamment de la nationalité des accusés. Pour que le principe de l'égalité soit garanti, il faut que les peines applicables à chaque cas soient définies exactement et clairement dans le statut, sans quoi le principe *nulla poena sine lege* ne sera pas respecté. Là encore, les lois nationales ne peuvent pas servir de modèle, parce qu'elles sont très différentes selon les États.

10. Le mécanisme proposé pour la création du tribunal doit être amélioré pour les raisons suivantes :

a) D'une part, il ne semble pas juste qu'un État plaigneur puisse nommer le procureur dans l'affaire qui le concerne parce que cet État n'est pas impartial, ce qui compromettrait l'indépendance du procureur. Mais ce ne devrait pas non plus être le tribunal qui le nomme, car le parquet, comme le tribunal, doit être un organe indépendant, faute de quoi, il serait impossible de faire effectivement appel de ses décisions. La possibilité de créer un parquet indépendant qui nommerait le procureur pour chaque affaire suivant une certaine procédure pourrait être prévue par le statut du tribunal, ce qui permettrait de faire appel des décisions du procureur devant une chambre qui n'aurait pas le droit de juger l'affaire par la suite;

b) Les États intéressés devraient avoir le droit de désigner leurs juges nationaux siégeant dans la chambre chargée de l'affaire. On pourrait, à ce sujet, mettre utilement à profit l'expérience de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que la pratique de la CIJ. Les intérêts de l'État seraient ainsi garantis par la chambre avec un maximum d'objectivité et d'impartialité.

11. En ce qui concerne le financement du tribunal, le Gouvernement bulgare estime que, compte tenu des fonctions dont ce tribunal devra s'acquitter, dont l'importance sera universelle, son financement devrait être assuré par l'ONU, qu'il soit un organisme ad hoc ou permanent, et qu'il soit créé par un traité international ou de toute autre manière.

Danemark

[Voir Pays nordiques]

Espagne

[Original : espagnol]
[19 mai 1993]

1. Le Gouvernement espagnol est résolument en faveur de la création d'une juridiction internationale ayant compétence générale pour juger les crimes internationaux. Il pense que cette juridiction permettrait de remédier aux conséquences desdits crimes et qu'elle aurait en outre, par sa seule existence, des effets dissuasifs indiscutables. En conséquence, il approuve les idées maîtresses du rapport du Groupe de travail et, en particulier, le souci de prudence, de souplesse et de progressivité qui l'inspire.

2. La meilleure base juridique pour la création de cette juridiction serait un traité négocié et conclu sous l'égide de l'ONU, et ouvert à l'adhésion de tous. Cela étendrait à la nouvelle juridiction l'éminente représentativité et l'autorité politique et morale dont jouit l'Organisation.

3. Du moins dans un premier stade, la juridiction pénale ne devrait pas être un organe permanent. Il semble préférable que, au début, la cour se limite à un mécanisme simple, souple et peu coûteux d'administration de la justice dans chaque cas spécifique et selon les besoins. Une fois que la nouvelle juridiction aura fonctionné concrètement, une évolution vers une juridiction permanente, à compétence exclusive, pourrait être envisagée.

4. Du moins au début, la compétence de la cour ne serait pas obligatoire : l'acceptation de sa compétence par un État découlerait d'un acte exprès, différent et distinct de la manifestation de l'acceptation par ledit État de ses obligations en vertu d'un traité.

5. En ce qui concerne la compétence *ratione personae*, dans un premier stade, le tribunal n'aurait compétence que pour juger les crimes internationaux commis par des individus. La répression des crimes internationaux perpétrés par les États présente des problèmes d'une grande complexité juridique et politique, et doit être remise à plus tard.

6. S'agissant de la compétence *ratione materiae*, le principe *nullum crimen sine lege* veut que ne puissent être jugés que les crimes internationaux considérés comme tels par le droit international général, au moment où ils ont été commis. Le contenu concret du droit international applicable en la matière serait déterminé par les conventions et traités qui expriment indiscutablement l'*opinio juris* de la communauté internationale.

États-Unis d'Amérique

[Original : anglais]
[13 mai 1993]

Introduction

1. Le Gouvernement des États-Unis d'Amérique saisit l'occasion qui lui est offerte de présenter ses observations écrites sur le rapport du Groupe de travail. À la

quarante-septième session de l'Assemblée générale, les États-Unis ont clairement fait comprendre¹, avec d'autres pays, que le lancement du projet ne devait pas être considéré comme une approbation de l'idée de cour pénale internationale. Vu l'importance de la question et l'intérêt que présente la réalisation dans les meilleures conditions possibles des grands idéaux et des grands objectifs que peut servir une cour permanente, il conviendrait plutôt d'examiner les difficiles problèmes que le projet soulève et leur apporter des solutions justes et efficaces.

2. On ne trouvera donc pas dans les observations qui vont suivre une analyse complète du rapport du Groupe de travail. Elles expriment plutôt ce que pensent les États-Unis de quelques-unes des grandes questions que l'on a déjà isolées. Cet avis est exposé ici sous réserve des déclarations que les États-Unis pourraient faire ultérieurement à ce sujet ou sur d'autres aspects du rapport. Il faut également souligner que l'absence de commentaires sur les autres considérations que contient le rapport ne doit pas être interprétée comme une approbation.

Conception générale

3. Lorsqu'elle a demandé à la Commission d'entreprendre ce projet, l'Assemblée générale l'a priée de commencer

[...] par examiner les questions dégagées dans le rapport du Groupe de travail et au cours du débat de la Sixième Commission [...] compte tenu des vues exprimées pendant le débat à la Sixième Commission ainsi que des observations écrites qui auraient été reçues des États, et de présenter un rapport intérimaire à l'Assemblée générale, à sa quarante-huitième session.

On notera, à ce propos, que l'Assemblée générale a demandé à la Commission de présenter un rapport intérimaire.

4. Au cours de l'examen de la question à la dernière session de l'Assemblée générale, les États-Unis se sont félicités de la parution d'un rapport dans lequel ils voyaient une pièce importante à verser au débat sur ce sujet très important. On y trouvait en effet une analyse, très utile à leurs yeux, de beaucoup des questions complexes que soulève la création d'une cour pénale internationale. Notamment, la conception fondamentale proposée dans le rapport (par. 39 à 43), à savoir que la cour devrait être « une institution plus souple, à laquelle il serait fait recours en cas de besoin », établit avec réalisme un juste équilibre entre les nombreux intérêts en concurrence. Le rapport a permis de concentrer l'attention des États Membres sur ces questions et sur certaines autres qui sont apparues au cours des délibérations à la Sixième Commission.

5. Les États-Unis espèrent que la Commission remettra en fonction son groupe de travail et que, pour la suite de ses travaux, celui-ci entreprendra l'analyse détaillée des problèmes liés à la création de la cour et de leurs solutions. À cet égard, les États-Unis invitent la Commission à prendre l'avis de l'Assemblée générale, de manière que les articles qu'elle proposera pour instituer cette cour

pénale internationale soient aussi bien accueillis que possible.

6. Les États-Unis constatent que le Rapporteur spécial du code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité propose dans son onzième rapport² un projet de statut pour une cour criminelle internationale. Ce rapport devra être étudié attentivement avant de faire quelque observation que ce soit. Les États-Unis félicitent le Rapporteur spécial des propositions qui concourent de façon appréciable à l'identification et à l'analyse des nombreuses questions soulevées par le projet. Il faudra cependant pousser l'analyse et demander à l'Assemblée générale de nouvelles orientations, afin que la Commission puisse lui présenter un texte susceptible de réunir l'appui nécessaire qui permettra à la cour internationale de voir le jour.

7. Les États-Unis ne doutent pas que la Commission et l'Assemblée générale voudront tenir compte des événements qui entourent la création d'un tribunal pour juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, selon les termes de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité, en date du 22 février 1993. Il y a certainement entre les deux projets de multiples différences, tant de circonstances que d'objectifs, qui, sous certains aspects, appelleront vraisemblablement des démarches différentes; mais l'institution de ce tribunal ad hoc peut ouvrir des perspectives intéressantes sur les nombreux problèmes que soulève la création d'une cour pénale internationale. Le Secrétaire général a reçu un certain nombre d'observations et de propositions, à la suite de la décision prise par le Conseil de sécurité d'instituer le tribunal³. À l'extérieur de l'ONU aussi l'activité a été considérable, et l'on peut citer par exemple la Réunion internationale d'experts sur la question de la création d'un tribunal criminel international, qui s'est tenue à Vancouver (Canada), du 22 au 26 mars 1993, sous les auspices du Centre international pour la justice pénale et la réforme du code criminel, qui a examiné en détail le problème de la création du tribunal ad hoc et de la cour pénale internationale⁴.

8. L'examen du projet de création d'une cour pénale internationale doit s'inspirer de trois grands principes : premièrement, la conception et l'instauration d'une telle institution n'entraveraient pas, mais au contraire favoriseraient, l'action judiciaire internationale. C'est un point particulièrement important dans le cas des trafiquants de stupéfiants et des terroristes. Deuxièmement, on pourrait trouver une configuration qui réduirait au minimum le risque de politisation de la cour. Troisièmement, et fondamentalement, il est impérieux que le tribunal soit juste et efficace : des questions comme celles de la limite des compétences, du droit applicable, des règles de procédure et de présentation de la preuve ou des voies de recours doivent être réglées convenablement, c'est-à-dire effectivement, pragmatiquement et équitablement.

² Voir doc. A/CN.4/449, reproduit dans le présent volume p. 119.

³ Voir « Rapport du Secrétaire général établi conformément au paragraphe 2 de la résolution 808 (1993) du Conseil de sécurité » (doc. S/25704 et Corr.1 et Add.1).

⁴ Le rapport de la Réunion est annexé au document S/25504.

¹ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Sixième Commission, 21^e séance.*

La nécessité de bien cerner les questions

9. Comme la Commission l'a fait remarquer, le rapport n'était pas censé traiter exhaustivement des multiples questions que soulève le projet, et il faudra reprendre l'examen de certaines des plus importantes. Il est manifeste qu'il faudra, même si le rapport fournit un bon point de départ, réfléchir davantage à la résolution de beaucoup des questions difficiles qu'il soulève, comme celles de la compétence *ratione materiae* de la cour; de la saisine de la cour; de la reconnaissance, éventuellement obligatoire, de sa compétence par les États; et, le cas échéant, de la qualité des États en cause ou celle encore de l'exercice de la compétence *ratione personae* de la cour à l'égard d'un délinquant. Au cours de ses délibérations, la Sixième Commission a isolé d'autres grandes questions. D'autres se sont révélées avec les propositions concernant la création d'un tribunal ad hoc pour les crimes de guerre commis en ex-Yougoslavie, par exemple la nécessité de disposer d'une chambre d'appel distincte (et indépendante) à laquelle recourir en cas d'erreur sur un point de droit invalidant le jugement précédent, ou d'erreur de fait ayant entraîné un déni de justice manifeste.

10. D'autres questions encore sont apparues au moment de l'examen de ces propositions en dehors de l'ONU : c'est le cas, par exemple, des questions de procédure et de présentation des preuves, qui ont fait l'objet de longs débats à la réunion internationale d'experts de Vancouver. Les États-Unis pensent que la démarche adoptée face à des questions fondamentales comme celles-là peut avoir une incidence sur d'autres aspects des dispositifs juridiques qui pourraient être mis en place.

11. Le Groupe de travail reconnaît (par. 23) que, dans « certains cas », il n'a fait qu'exposer les diverses solutions possibles, sans indiquer de préférence ni expliquer par quel raisonnement il arrive à de telles conclusions. Mais les délibérations des experts internationaux, comme ceux qui se sont réunis récemment à Vancouver, montrent que beaucoup de questions mériteraient un examen plus approfondi. À propos, par exemple, des six questions centrales (le système des poursuites, la saisine, la remise des défenseurs à la cour, l'assistance judiciaire internationale, l'application des peines et la relation entre la cour et le régime d'extradition existant), le Groupe de travail reconnaît

[...] qu'il n'a pas pu, dans le temps qui lui était imparti, examiner ces questions dans le détail : l'analyse [...] n'a donc qu'un caractère provisoire et exploratoire. Ces questions devront être examinées de façon plus approfondie s'il est décidé que la Commission [doit] entreprendre d'élaborer un projet de statut pour une cour » (par. 113).

En de nombreuses occasions, à propos de questions comme la compétence matérielle de la cour ou la reconnaissance de cette compétence par les États, le régime de la compétence personnelle et les relations entre le droit interne et le droit international, le Groupe de travail a déclaré qu'il n'y avait pas lieu de concevoir le système dans tous ses détails (par. 49, 53 et 57)

Compétence ratione materiae de la cour

12. L'une des questions fondamentales à résoudre en premier, selon le Groupe de travail lui-même, est celle

de la compétence *ratione materiae* de la cour. Il est dit dès le début du rapport que l'idée d'une cour pénale internationale répond à l'origine à la volonté de disposer d'un tribunal pour réprimer les crimes de guerre et les actes de génocide approuvés par un État, qui resteraient autrement impunis (par. 27). Pourtant, le Groupe de travail élargit cette compétence étroitement circonscrite à tous les crimes de caractère « international ». Il se peut que l'analyse de certaines questions (comme celles qui touchent au consentement des États ou aux modalités de la comparution des accusés ou de la présentation des affaires devant la cour) ne soit pas la même pour la catégorie plus étroite des crimes de guerre approuvés par l'État que pour le trafic de stupéfiants. Le rapport qualifie ces questions de « détails » que l'on réglera plus tard.

13. Il s'agit pourtant là de questions décisives, qui ont des conséquences d'autant plus importantes que le régime envisagé est celui du consentement et non celui de la compétence obligatoire. Comme cela a été indiqué *supra* au paragraphe 4, les États-Unis approuvent le postulat de base d'une cour conçue comme un mécanisme souple, activé en cas de besoin et fondé sur le consentement des parties. Mais ce postulat n'est pas sans incidence sur l'éventail des crimes relevant de la cour. Qui en effet peut dire que tel ou tel crime présente un « caractère international » ? Qu'arrive-t-il si deux États qui ont en cause des intérêts égaux ne pensent pas la même chose ? Et comment convaincre un État de remettre l'un de ses ressortissants à une cour internationale alors qu'il n'est pas disposé à l'extrader pour le déférer devant une autre instance judiciaire ?

14. Les États-Unis sont très vivement préoccupés, notamment, par la conception que se fait le Groupe de travail de la compétence matérielle de la cour et de la définition des crimes quant au fond. Son rapport suppose que le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité servira de fondement à la compétence *ratione materiae* de la cour (par. 68 à 74). Bien qu'il soit prévu que les États n'auraient pas obligatoirement à accepter le code des crimes pour reconnaître la compétence de la cour internationale, le rapport dit explicitement qu'« il existe des liens non négligeables entre les deux projets » (par. 68). L'importance de ces liens est également évoquée ailleurs dans le rapport (par. 57). Comme beaucoup d'autres États, les États-Unis ont exprimé de graves réserves à propos du projet de code des crimes⁵. Dans la mesure où la création de la cour est liée au code, les réserves sur le second valent aussi pour la première.

15. D'autre part, selon ce qui est proposé dans le rapport, les crimes relevant de la cour pénale internationale seraient tous ceux qui peuvent faire l'objet de traités multilatéraux. Le Groupe de travail explique que

Il n'est pas nécessaire à ce stade de parvenir à un accord sur la liste précise des instruments de droit pénal international pertinents : il s'agirait, à n'en pas douter, des instruments visant les crimes de guerre graves, de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, de la Convention internationale sur l'élimination et la répression du crime d'apartheid, et des diverses conventions relatives à la prise d'otage, aux détournements de navires et d'aéronefs et autres. (Par. 57.)

⁵ Voir doc. A/CN.4/448 et Add.1 (reproduit dans le présent volume, p. 63).

Mais la plupart des traités multilatéraux visant des délits criminels supposent manifestement que des poursuites sont organisées sur le plan national, poursuites qu'ils cherchent à faciliter. Le projet d'internationalisation des crimes qui fait actuellement l'objet de traités multilatéraux ne semble pas tenir compte de cette considération fondamentale.

16. De surcroît, l'intervention d'une cour pénale internationale est-elle bien venue quand le crime, international ou multinational certes, peut néanmoins être réprimé sur le plan interne par une instance fonctionnant effectivement ? Plus particulièrement, est-il bien souhaitable d'offrir ainsi aux nations la possibilité de se décharger de leur responsabilité dans « les cas où la justice d'un petit pays ne dispose pas de moyens d'action en rapport avec l'ampleur du crime » (par. 28, b) ou quand les poursuites sont rendues difficiles par quelque autre circonstance.

17. La restriction supplémentaire proposée dans le rapport — la compétence de la cour se limiterait aux « infractions les plus graves, c'est-à-dire [aux] infractions qui ont elles-mêmes un caractère international » (par. 58) — laisserait plutôt perplexe. Beaucoup de crimes ont ce « caractère international ». Les États-Unis ne sont pas sûrs que toutes les catégories de crimes ainsi définis doivent tomber sous le coup de la compétence de la cour pénale. Et si c'est seulement des infractions les plus graves que la cour aura à connaître, comment seront-elles choisies ?

La remise des défendeurs à la cour

18. Une question mérite d'être mentionnée à part : c'est la proposition inédite du Groupe de travail selon laquelle la traduction des justiciables devant la cour ne serait pas considérée comme une « extradition » (par. 127). Selon le rapport, ce système permettrait à beaucoup d'États, à qui leurs lois ou leurs dispositions constitutionnelles interdisent l'extradition de leurs ressortissants, de remettre quand même certains d'entre eux à la cour, en vertu de la théorie qui voudrait que celle-ci ne soit en fait qu'un prolongement de leurs propres tribunaux. Il n'est pas du tout certain que les États-Unis pourront être partie au statut d'une cour fondée sur des spéculations de ce genre sans enfreindre la section 1 de l'article III de leur Constitution, qui dispose que tout tribunal exerçant le pouvoir judiciaire des États-Unis doit appliquer le droit des États-Unis, être créé par le Congrès et se composer de juges assurés d'exercer leurs fonctions tant qu'ils restent dignes de leur charge, nommés par le Président sur avis et avec le consentement du Sénat.

19. En outre, la Commission devrait se renseigner auprès des États pour savoir dans quelle mesure ils peuvent ou veulent accepter cette thèse. Leur réponse risque bien d'être l'un des éléments décisifs qui permettront de juger de l'efficacité des conceptions proposées dans le rapport. Elle pourrait figurer dans le rapport intérimaire que la Commission doit présenter à l'Assemblée générale.

Finlande

[Voir Pays nordiques]

Islande

[Voir Pays nordiques]

Italie

*[Original : anglais]
[3 mai 1993]*

1. De l'avis du Gouvernement italien, la cour devrait avoir une compétence générale et une vocation universelle. En fait, comme dans tout système juridique interne, la compétence pénale n'aurait de sens que si elle s'étendait à tous les citoyens, la compétence d'une cour internationale perdrait toute crédibilité si elle s'exerçait différemment selon la région ou le sujet de droit considéré. C'est pourquoi l'Italie n'est pas en faveur de la création de divers tribunaux régionaux qui ne seraient pas à même de garantir, devant la cour, le respect du principe fondamental de l'égalité de traitement de tout accusé.

2. S'agissant de la sélection des juges, il faudrait, dans chaque cas d'espèce, tenir dûment compte des caractéristiques des crimes à juger afin de permettre de mieux cerner les circonstances spécifiques liées aux faits ayant trait au procès. Dès lors, l'organe de jugement devrait comprendre des personnes en mesure de comprendre et d'apprécier ces caractéristiques.

3. La convention portant création de la cour devrait accorder à tous les États (y compris, le cas échéant, aux États tiers) le droit de désigner des personnes ayant les qualités de compétence et d'impartialité requises pour siéger dans les organes de jugement constitués pour statuer sur tel ou tel cas. Par ailleurs, l'assemblée générale des juges désignés (ou l'assemblée des États contractants) devrait élire le président et le bureau de la cour, lesquels constitueraient l'organe de jugement, à partir de la liste générale dressée conformément aux principes susévoqués et en s'inspirant du modèle de la Convention relative à la conciliation et à l'arbitrage au sein de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (CSCE). Par ailleurs, le siège de l'organe judiciaire doit être établi dans un lieu qui offre les plus larges garanties d'indépendance et de liberté de jugement. Ce lieu pourrait également être différent du siège officiel de la cour, que l'on gagnerait à établir dans l'une des villes sièges de l'ONU, afin de faciliter autant que possible la jouissance des privilèges et immunités par la nouvelle institution.

4. Le statut de la cour devrait être distinct du code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, dont les dispositions peuvent en fait comporter des crimes non justiciables de la cour internationale. Le code des crimes doit assurément être conçu sous la forme la plus appropriée (convention ou instrument d'un autre type) et, une fois défini, il devrait servir de guide principal à la cour. Toutefois, le statut de la cour doit néanmoins rester distinct du code.

5. La structure de la cour doit comprendre, premièrement, une instance de poursuite compétente pour instruire chaque affaire sur la base des preuves réunies à la suite des *notitiae criminis* ou des éléments de preuve que toute personne pourrait fournir à la cour; deuxièmement, une instance de jugement et, troisièmement, une instance d'appel.

6. Le Gouvernement italien est d'avis que la compétence de la cour doit s'étendre à tous les crimes visés par les conventions ayant un caractère universel, par exemple les crimes de guerre contre la paix ou l'humanité visés par les Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre et les protocoles y relatifs, la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, les conventions des Nations Unies et des institutions spécialisées contre le terrorisme, la Convention sur la prévention et la répression des infractions contre les personnes jouissant d'une protection internationale, y compris les agents diplomatiques, la Convention internationale contre la prise d'otages et d'autres conventions semblables. La liste ne doit pas être limitative, de manière à permettre d'y inclure d'autres conventions au fur et à mesure qu'elles seront universellement acceptées. En cas de doute à cet égard, la cour devrait être habilitée à rendre un « arrêt préliminaire » qui pourrait être lié à la décision relative à la reconnaissance de la compétence. En tout état de cause, toute intervention du Conseil de sécurité devrait être exclue.

7. Il en va différemment en cas d'agression. Il serait impossible, en pareil cas, d'exclure l'intervention du Conseil de sécurité visant à établir si une agression a été perpétrée dans telle ou telle situation. Mais, une fois cette constatation faite, l'exercice de la compétence de la cour doit être à l'abri de toute influence politique.

8. La compétence de la cour doit s'exercer sur les individus. Le fait qu'un individu soit investi de la qualité d'organe d'État doit être déclaré inexact et il doit être précisé que les règles relatives aux immunités ne jouent pas en l'occurrence. Par contre, l'État proprement dit ne doit pas être justiciable de la cour. On pourrait accepter que la compétence *ratione loci* de la cour (c'est-à-dire à raison des événements survenus sur le territoire d'un État) soit éventuellement subordonnée à une déclaration de reconnaissance. En revanche, on ne pourrait admettre aucune limitation à la compétence *ratione personae* ou *ratione materiae*, si ce n'est celles prévues par la convention portant création de la cour. Par ailleurs, on pourrait également accepter que la compétence de la cour s'exerce concurremment avec celle de tribunaux internes, si celle-ci est effectivement exercée. Toutefois, la convention portant création de la cour devrait accorder une certaine primauté à la compétence de la cour. Il faudrait également accorder au Conseil de sécurité la faculté de disqualifier, ne serait-ce qu'à titre temporaire, tel tribunal interne d'exercer une quelconque compétence, toutes les fois que l'on juge que ce tribunal ne satisfait pas aux critères d'impartialité universellement reconnus comme indispensables à la conduite du procès.

9. Toutes les dispositions internationalement reconnues concernant l'irrecevabilité des excuses absolutoires de la responsabilité pénale, telles que l'ordre du supérieur hiérarchique, l'ignorance du subordonné, et autres, doivent

être reproduites dans le statut. À cette fin, il est suggéré de s'inspirer largement, en élaborant le statut de la cour, des dispositions de la première partie du projet de code des crimes, qui traite des principes généraux de la responsabilité pénale et de la sanction.

10. L'Italie doute qu'il faille retenir l'idée de procès par contumace. En fait, si l'on peut avancer de nombreux arguments en faveur et contre ce type de procès, l'Italie incline à partager l'idée selon laquelle leur exclusion cadre mieux avec la volonté d'instituer une justice crédible (et non seulement déclamatoire). Le statut de la cour doit également définir précisément, sur la base des règles du droit international en vigueur, les garanties accordées à toute personne accusée à l'occasion de la procédure.

11. Enfin, la cour doit prononcer des peines et déterminer le lieu de leur exécution. En revanche, si la cour est habilitée à statuer sur l'indemnisation des victimes de crimes et si elle reconnaît à telle victime le droit d'être indemnisée, on pourrait également faire appel à différents mécanismes, pouvant conduire par exemple à la constitution de fonds spéciaux, pour régler des questions touchant par exemple le montant de l'indemnité, l'indemnisation du débiteur et l'application de la décision de la cour. Les peines prononcées par la cour doivent être exécutées sous le contrôle de l'ONU afin de prévenir l'octroi abusif d'amnisties ou de grâces.

Mexique

[Original : espagnol]
[5 mai 1993]

1. Le projet à l'examen est une entreprise éminemment novatrice. La communauté internationale n'a aucune expérience en matière de création de tribunaux pénaux internationaux à caractère permanent. Les seuls antécédents connus, à savoir les tribunaux de Tokyo et de Nuremberg, tirent leur origine de circonstances particulières et de la volonté des puissances sorties victorieuses de conflits armés majeurs; c'est pourquoi on ne saurait y voir un précédent valable en l'occurrence.

2. Étant donné la tentative récente de création d'un tribunal sur l'ex-Yougoslavie et le rôle dévolu à l'ONU en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales, certains pays ont proposé de créer, dans le cadre de l'Organisation, un tribunal pénal international, qui soit étroitement lié à celle-ci. Dans la mesure où la Charte des Nations Unies ne consacre aucune disposition à la création de ce type d'entité et où l'Organisation repose sur les principes de l'égalité juridique des États, de l'autodétermination des peuples et de la non-intervention dans les affaires intérieures des États, on est amené à affirmer que la création d'un tribunal pénal à vocation mondiale est subordonnée au consentement exprès des États, consacré dans un traité international et, en toute circonstance, dans la mesure où ceux-ci acceptent d'être liés par les dispositions de ce traité.

3. À ce jour, la règle générale internationalement acceptée est que les organes juridictionnels ordinaires normalement compétents pour juger les personnes physiques coupables d'infractions sont les tribunaux pénaux des États. L'administration de la justice sur son territoire

est une fonction essentielle et un devoir incontournable de l'État. Transférer ce devoir à une instance supranationale pourrait non seulement remettre directement en cause la souveraineté territoriale, mais également être contraire à la constitution de certains États.

4. Les différences énormes entre systèmes pénaux constituent un autre obstacle à la création d'un organe judiciaire international. En effet, ces systèmes ne donnent pas tous le même sens à des notions telles que la capacité, la sanction, la légalité, ainsi qu'il ressort clairement des débats qui ont été consacrés à la question dans les différentes instances.

5. Dans son rapport, le Groupe de travail, conscient des obstacles auxquels se heurte une entreprise d'une telle ampleur, a proposé de créer par un statut qui prendrait la forme d'un traité un mécanisme ad hoc qui serait une juridiction dotée d'une compétence facultative statuant en première instance seulement et qui, au début, serait compétente pour juger les seules personnes physiques (sans préjuger la responsabilité éventuelle de l'État).

6. En dépit de la souplesse du mécanisme proposé par le Groupe de travail, le lien étroit établi entre le tribunal pénal international et le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité qui, s'il est adopté, sera appliqué et interprété par ledit tribunal vient ajouter une série d'autres difficultés à celles déjà existantes; en effet, on se trouve ainsi conduit à examiner des questions telles que la non-rétroactivité de la loi, la légalité pénale, les sanctions, la prescription des infractions qui, dans les termes où ils sont présentés, sont quasiment en tous points en contradiction avec les principes de base des différents systèmes pénaux du monde. La règle de l'imprescriptibilité des crimes internationaux envisagée par le code au regard de celle de la prescription consacrée par la majorité des codes internes et celle du renvoi devant d'autres instances, s'agissant de questions aussi délicates que les sanctions (autant d'éléments essentiels aux règles de cette nature) en sont des exemples.

7. Par ailleurs, on n'a pas encore élucidé des questions qui entrent pour une part importante dans la décision de créer un tribunal pénal international, telles que celles qui ont trait à la mise en place d'un système pénitentiaire international qui garantisse l'application des sanctions imposées par le tribunal ou tout mécanisme analogue, à la vérification de l'application des peines par l'organe judiciaire qui les a prononcées, à la remise des personnes présumées responsables de crimes internationaux par les États qui en ont la garde et à la création d'un ministère public chargé de l'exercice de l'action pénale.

8. Dans le cas du Mexique, l'idée d'une juridiction pénale internationale peut paraître sérieusement contestable au regard de l'ordre interne, en ce que l'imposition des peines est du ressort exclusif de l'autorité judiciaire et, par conséquent, des tribunaux fédéraux (art. 21, 103 et 104 de la Constitution politique mexicaine).

9. Si le monopole détenu par l'État en matière d'action pénale pourrait être nuancé par l'idée d'une compétence facultative et concurrente, la nature du mécanisme juridictionnel envisagé pourrait conduire à l'assimiler à un tribunal spécial, ce qui irait à l'encontre des dispositions des articles 13 et 14 de la Constitution.

10. Les exceptions au principe *non bis in idem* envisagées par le projet, qui autorisent la dualité des poursuites dans des situations mal définies, ainsi que la vocation internationale du tribunal, laquelle oblige à invoquer les principes généraux de droit et à envisager le renvoi devant d'autres juridictions dans des cas qui ne sont pas prévus par le traité portant création du tribunal (ainsi que le Groupe de travail le reconnaît dans son rapport), vont à l'encontre des garanties de sûreté juridique consacrées par le droit mexicain, surtout en matière pénale où les lois sont censées être appliquées rigoureusement et où l'analogie est extrêmement restreinte.

11. Dans ce même ordre d'idées, le fait que divers instruments internationaux ne déterminent pas les sanctions applicables aux infractions de caractère international, se bornant à énoncer l'obligation faite aux États de les prévenir et de les réprimer, conduit à affirmer que les règles ne sont pas convenablement définies. Pour satisfaire aux prescriptions de la Constitution mexicaine, toute règle pénale doit reposer sur une obligation (qualification de l'infraction) et être assortie d'une sanction. L'absence de sanction en empêche l'application conformément au principe *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, qui est le fondement du système de droit mexicain (on n'est pas parvenu à un accord touchant les sanctions dans le projet de code, encore que l'on ait jugé celles-ci indispensables).

12. Dans son rapport, le Groupe de travail s'est prononcé en faveur de l'idée de donner au tribunal compétence à raison des crimes perpétrés avant son institution toutes les fois que les crimes auraient un caractère international reconnu dans les traités en vigueur au moment de leur perpétration. De l'avis du Groupe de travail, cet argument s'explique par un changement à posteriori dans la procédure qui ne remet nullement en cause le principe de la non-rétroactivité des lois. Une telle formule est excessive. Outre que l'article 14 de la Constitution mexicaine dispose que nul ne peut être inquiété dans ses droits si ce n'est à la suite d'un procès engagé devant des tribunaux préalablement institués et conformément aux lois antérieures aux faits, la simple existence d'un traité international visant quelque crime de ce type ne suffit pas à donner automatiquement compétence au tribunal pour le juger ou le réprimer, à fortiori si lesdits instruments donnent aux tribunaux internes la faculté et l'obligation de réprimer de tels actes délictueux.

13. Une des questions les plus délicates à résoudre est celle de la remise des personnes présumées responsables au tribunal. Partant de l'idée qu'un tribunal international n'est pas un tribunal étranger, le Groupe de travail penche pour l'idée de la remise immédiate de l'accusé sans qu'il soit besoin d'engager une procédure d'extradition, ce qui est discutable. S'il est certain qu'un tribunal international n'est pas un tribunal étranger, il n'est pas davantage un tribunal national et, aux fins de la remise d'un accusé, on devrait l'assimiler à un tribunal étranger et ainsi garantir à l'accusé le droit d'être entendu par l'autorité nationale compétente en matière d'extradition.

14. À cet égard, de nouvelles difficultés surgissent. Premièrement, conformément à la pratique, la remise des nationaux relève du pouvoir discrétionnaire du pouvoir exécutif fédéral et, deuxièmement, la loi mexicaine rela-

tive à l'extradition internationale (qui serait applicable dans un premier temps du moins) subordonne la remise à certaines conditions (art. 7 à 10 notamment) qui vont à l'encontre des principes énoncés par le tribunal international, comme, par exemple, celle qui veut que la demande ne soit pas recevable lorsque l'infraction poursuivie s'est prescrite conformément à la loi pénale mexicaine.

15. Le rapport du Groupe de travail laisse subsister diverses autres ambiguïtés qui appelleraient une analyse plus approfondie (en ce qui concerne notamment la création d'un ministère public et le régime pénitentiaire). Toutefois, comme le Groupe de travail n'a effectué qu'un examen préliminaire, le Gouvernement mexicain ne se prononcera pas sur elles en attendant de disposer de plus amples éléments d'information.

16. Pour l'heure, l'ordre juridique mexicain ne s'accommode pas de la création d'une juridiction pénale internationale. Néanmoins, il est suggéré d'examiner attentivement les questions suivantes lors de l'examen du sujet :

a) La nature du système d'administration de la justice pénale et le lien étroit qu'il entretient avec l'exercice de la souveraineté de l'État. Le mécanisme juridictionnel qui sera adopté en définitive devrait respecter strictement les compétences territoriales des organes judiciaires de tout État et reposer sur le consentement exprès dudit État;

b) Il faudrait garantir l'indépendance complète de l'organe juridictionnel qui sera créé en définitive et l'impartialité de ses juges. Divers États se sont prononcés en faveur de l'établissement d'un lien entre le tribunal et le système de l'ONU par la voie d'un accord spécial. Nonobstant le fait que cette proposition est logique quand on considère l'instance au sein de laquelle l'idée a été lancée, la nature des crimes qui seraient justiciables du tribunal (agression, menace d'agression, violations systématiques des droits de l'homme, etc.) la rend particulièrement susceptible aux aléas de la politique. Un tribunal dont l'action serait subordonnée à celle du Conseil de sécurité s'agissant de crimes déterminés risquerait de ne pas emporter la confiance de la communauté internationale;

c) Le statut devant régir l'action du tribunal devrait définir expressément chacune des hypothèses où la loi pénale serait appliquée afin d'éliminer totalement ou presque la nécessité des renvois ou de l'application supplétive d'autres lois;

d) Le fait que l'obligation et la sanction constituent les éléments essentiels de la loi pénale et trouvent par ailleurs leur expression dans la maxime universellement reconnue *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* doit nécessairement être consacré par le statut de tout tribunal appelé à dire le droit. La définition de l'infraction pénale et de la sanction applicable ne doit être absente ni des instruments internationaux visant les crimes de cette nature ni du statut du tribunal et doit, en l'occurrence, être consacrée par le principe de la légalité pénale;

e) L'application rétroactive de la loi, la prescription des crimes à caractère international qui sont à ce jour réprimés par le droit interne et l'idée d'autoriser la dualité des poursuites sont quelques-unes des questions délica-

tes que l'on gagnerait à élucider avant de s'engager plus avant dans l'entreprise de création du tribunal. Tout organe juridictionnel doit, en principe, connaître des seuls faits survenus postérieurement à son institution et appliquer les lois en vigueur à la date de la commission de l'infraction;

f) Le choix des mécanismes de remise des personnes présumées responsables au tribunal. L'obligation de respecter les garanties dans le déroulement de l'audience, de la légalité et de la sûreté juridique reconnues à toute personne commande de se conformer scrupuleusement aux traités d'extradition et d'y voir l'unique mécanisme régissant la remise à des tribunaux situés hors des frontières nationales des individus accusés d'avoir commis une infraction.

17. Enfin, tout en entreprenant de créer au plan international les conditions nécessaires à l'institution d'une juridiction pénale internationale et en poursuivant le développement progressif du droit des gens, il faudrait insister sur le renforcement des instances nationales et la coopération judiciaire internationale en tant que seules formules viables dans la lutte que les États mènent contre le crime.

Norvège

[Voir Pays nordiques]

Panama

[Original : espagnol]
[14 juillet 1993]

1. Le Gouvernement panaméen souhaiterait voir instituer un système de justice mondial uniforme et équitable ouvert à tous les États, qui permette de réprimer sévèrement les actes concourant à la perpétration de crimes internationaux au préjudice de la communauté internationale, ainsi qu'un mécanisme qui ouvre aux États la faculté d'exiger des réparations à raison de ces actes, afin de garantir la survie de l'humanité et la pérennité de la civilisation. En conséquence, le Gouvernement panaméen est favorable à la création d'un organe judiciaire pénal international de caractère permanent doté d'une compétence exclusive et obligatoire.

2. Le cadre juridique devant constituer le fondement de la juridiction pénale internationale devra prendre la forme d'un traité à ratifier par les États désireux de déférer à la compétence de celle-ci. Quelle que soit la nationalité de l'accusé, la compétence du tribunal doit être obligatoire à raison de toutes les infractions visées par le code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et les autres conventions internationales, conformément au principe *nullum crimen sine lege*.

3. De l'avis du Gouvernement panaméen, l'une des infractions les plus graves qui doit être réprimée par le code est l'attaque contre la personne des fonctionnaires de l'ONU, les missions permanentes ou leurs représentants et les troupes ou personnes mises à la disposition de l'Organisation par les États Membres.

4. Le traité portant création du tribunal doit définir la procédure à suivre en pareils cas, afin de veiller au respect du principe de la légalité et les peines applicables pourraient être fixées par le code de manière à sauvegarder le principe *nulla poena sine lege*.

5. Le Gouvernement panaméen est partisan de la création d'un centre de détention international des auteurs de crimes internationaux. Les modalités de fonctionnement de ce centre doivent être définies dans le traité ou dans une convention spéciale sur la matière. Nombre des États Membres de l'Organisation ne possèdent ni les infrastructures ni les mécanismes de sécurité nécessaires pour la détention de ces condamnés.

6. Nonobstant ce qui précède, le Gouvernement panaméen estime que la question relative au code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité et celle de la création du tribunal pénal international sont étroitement liées et ne sauraient être traitées séparément. Le Gouvernement panaméen estime qu'adopter un code sans disposer des moyens adéquats pour le mettre en œuvre priverait celui-ci de tout effet. De même, créer un tribunal sans le doter d'un code ne rimerait à rien, car celui-ci n'aurait pas de compétence objective. Les deux projets sont dès lors intimement liés.

7. Pour le Gouvernement panaméen, la ratification du traité portant création du tribunal de la part des États doit impliquer ipso facto l'acceptation du code des crimes tout en ménageant aux États parties au traité la faculté d'invoquer tout autre statut ou convention visé par le traité qui soit applicable à la matière considérée.

Pays nordiques

[Original : anglais]
[27 avril 1993]

1. Les pays nordiques se félicitent de la résolution 47/33 et sont d'avis que la Commission devrait accorder à l'élaboration d'un projet de statut un rang de priorité à sa prochaine session.

2. Idéalement, la Commission devrait rédiger un projet de texte qui serait présenté à la quarante-huitième session de l'Assemblée générale. Pour cela, il faudra envisager de remettre à plus tard certaines questions de détail, par exemple jusqu'au moment de l'examen en deuxième lecture du projet par la CDI. L'une de ces questions pourrait être la composition de la cour. Il en est de même pour l'exécution des peines, qui mérite un examen attentif.

3. Toutefois, la Commission pourrait juger indispensable ou commode de s'intéresser aux questions de procédure plus qu'aux questions de fond, comme la définition des crimes et le choix des sanctions. Un certain nombre de propositions de procédure détaillées ont déjà été présentées au Conseil de sécurité, sous le couvert de la résolution 808 (1993) du 22 février 1993.

4. Les pays nordiques tiennent à souligner que la question de la cour pénale internationale doit être considérée indépendamment de celle du code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Parmi les grands crimes internationaux, beaucoup sont déjà visés par le droit con-

ventionnel généralement accepté; la mise en application de celui-ci, notamment l'institution d'une cour pénale internationale, ne devrait pas attendre l'achèvement du code, qui peut prendre beaucoup plus de temps que l'élaboration du statut de la cour envisagée.

5. Si les pays nordiques sont d'accord pour que soit instituée une cour permanente par voie de convention internationale, ils n'en estiment pas moins que cette création doit se faire selon une conception évolutive. Cela signifie, par exemple, que, dans un premier temps au moins et tant qu'on n'aura pas une idée plus précise de la manière dont elle sera instituée, la cour ne sera pas un organe à plein temps, mais plutôt une structure préétablie pouvant se mettre en action en cas de besoin.

6. Les pays nordiques souscrivent à la suggestion du Groupe de travail selon laquelle l'État qui devient partie au statut n'accepte que certaines obligations administratives. Cet État pourrait reconnaître la compétence de la cour par déclaration, comme dans le cas de la compétence obligatoire de la CIJ. Les États qui ne sont pas parties au statut devraient, selon le système à deux temps décrit dans le rapport du Groupe de travail (par. 52), avoir l'occasion de déclarer qu'ils reconnaissent sur une base ad hoc la compétence de la cour.

7. La compétence *ratione materiae* de la cour doit être fondée sur les conventions internationales, comme les Conventions de Genève du 12 août 1949 et les Protocoles y relatifs et le futur code des crimes, plutôt que sur le droit interne des États. Dans une perspective à long terme, ce droit interne soulèverait des problèmes en ce qui concerne, par exemple, la nature des actes incriminés dans différentes législations, la définition des crimes et le choix des sanctions.

8. La compétence de la cour doit se limiter aux crimes contre l'humanité particulièrement graves, comme les crimes de guerre, qu'ils soient commis par le commandement militaire ou par des soldats sur le champ de bataille. Toutefois, il est grand temps de définir plus précisément les crimes de guerre, ainsi que la notion de « gravité ».

9. Pour ce qui est de la compétence *ratione personae* de la cour, le consentement de l'État dont l'accusé est ressortissant ne devrait pas être nécessaire, non plus d'ailleurs que celui de l'État sur le territoire duquel le crime a été commis, à moins que l'auteur du crime ne soit sous sa juridiction. D'une manière générale, la compétence de la cour devrait être très large; s'il faut obtenir le consentement des divers États en cause, il y a de fortes chances que cela gêne le fonctionnement de la cour.

10. Les pays nordiques renvoient à la déclaration faite en leur nom par la Norvège devant la Sixième Commission, à la quarante-septième session de l'Assemblée générale¹.

Suède

[Voir Pays nordiques]

¹ Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Sixième Commission, 21^e séance, par. 4 à 19.

DROIT RELATIF AUX UTILISATIONS DES COURS D'EAU INTERNATIONAUX À DES FINS AUTRES QUE LA NAVIGATION

[Point 4 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/447 et Add.1 à 3

Commentaires et observations reçus des gouvernements

[Original : arabe, anglais, espagnol, français]
[3 mars, 15 avril, 18 mai et 14 juin 1993]

TABLE DES MATIÈRES

| | <i>Pages</i> |
|---|--------------|
| Note | 156 |
| INTRODUCTION | 156 |
| <i>Sections</i> | |
| I. — COMMENTAIRES ET OBSERVATIONS REÇUS DES ÉTATS MEMBRES | |
| Allemagne | 157 |
| Argentine | 160 |
| Canada | 160 |
| Costa Rica | 163 |
| Danemark* | 164 |
| Espagne | 164 |
| États-Unis d'Amérique | 165 |
| Finlande* | 167 |
| Grèce | 167 |
| Hongrie | 169 |
| Iraq | 173 |
| Islande* | 173 |
| Norvège* | 173 |
| Pays-Bas | 174 |
| Pays nordiques | 178 |
| Pologne | 179 |
| République arabe syrienne | 181 |
| Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord | 181 |
| Suède* | 185 |
| Tchad | 185 |
| Turquie | 186 |
| II. — COMMENTAIRES ET OBSERVATIONS REÇUS D'UN ÉTAT NON MEMBRE | |
| Suisse | 187 |

* La réponse conjointe du Danemark, de la Finlande, de l'Islande, de la Norvège et de la Suède figure sous **Pays nordiques**.

NOTE

Instruments multilatéraux cités dans le présent document

Sources

| | |
|--|--|
| Traité de Versailles (Versailles, 28 juin 1919) | G. F. de Martens, <i>Nouveau Recueil général de Traités</i> , 3 ^e série, t. XI, Leipzig, Weicher, 1923, p. 323. |
| Accord concernant la Commission internationale pour la protection du Rhin contre la pollution (avec protocole de signature) [Berne, 29 avril 1963] | Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 994, p. 3. |
| Convention et Statut relatifs à la mise en valeur du bassin du Tchad (Fort-Lamy, 22 mai 1964) | Nations Unies, <i>Traités concernant l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. — Afrique, Ressources naturelles/Série eau n° 13</i> (numéro de vente : E/F.84.II.A.7), p. 8. |
| Convention relative à la protection de l'environnement (avec protocole) [Stockholm, 19 février 1974] | Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1092, p. 279. |
| Convention sur la protection du milieu marin dans la zone de la mer Baltique (Helsinki, 22 mars 1974) | PNUE, <i>Recueil de traités multilatéraux relatifs à la protection de l'environnement</i> , Série références 3, Nairobi, 1982, p. 416. |
| Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982) | <i>Documents officiels de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer</i> , vol. XVII (numéro de vente : F.84.V.3), p. 157, doc. A/CONF.62/122. |
| Convention pour la protection et la mise en valeur du milieu marin dans la région des Caraïbes [Carthage (Colombie), 24 mars 1983] | PNUE, Nairobi, 1983. |
| Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (Espoo, 25 février 1991) | Doc. E/ECE/1250, 1991. |
| Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels (Helsinki, 17 mars 1992) | <i>International Legal Materials</i> , Washington (D.C.), vol. 31, n° 6, novembre 1992, p. 1313. |
| Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Helsinki, 17 mars 1992) | <i>Ibid.</i> , p. 1335. |
| Convention sur la diversité biologique (Rio de Janeiro, 5 juin 1992) | <i>Ibid.</i> , n° 4, juillet 1992, p. 822. |

Introduction

1. À sa quarante-troisième session, tenue en 1991, la Commission du droit international a adopté provisoirement en première lecture un ensemble de projets d'articles concernant le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation¹. À sa 2237^e séance, le 9 juillet 1991, la Commission a décidé que, conformément aux articles 16 et 21 de son statut, le projet d'articles serait transmis, par l'intermédiaire du Secrétaire général, aux gouvernements pour commentaires et observations à ce sujet, en les priant d'adresser ces commentaires et observations au Secrétaire général avant le 1^{er} janvier 1993².

2. Au paragraphe 9 de sa résolution 46/54 et au paragraphe 12 de sa résolution 47/33, relatives, respectivement, aux rapports de la Commission du droit international à ses quarante-troisième et quarante-quatrième

sessions, l'Assemblée générale a appelé l'attention des gouvernements sur le fait qu'il était important, pour la Commission, qu'elle puisse disposer de leurs vues sur le projet d'articles concernant le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation que la Commission avait adopté en première lecture, et les a priés instamment de présenter par écrit leurs commentaires et observations avant le 1^{er} janvier 1993, conformément à la requête de la Commission.

3. Comme suite à la demande de la Commission, le Secrétaire général a adressé aux gouvernements des lettres circulaires datées des 20 décembre 1991 et 1^{er} décembre 1992, respectivement, les invitant à soumettre leurs commentaires et observations avant le 1^{er} janvier 1993.

4. Au 14 juin 1993, le Secrétaire général avait reçu seize réponses d'États Membres et une réponse d'un État non membre; le texte de ces commentaires est reproduit ci-après.

¹ *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 68 à 72.

² *Ibid.*, par. 58.

I. — Commentaires et observations reçus des États Membres

Allemagne

[Original : anglais]
[11 janvier 1993]

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. L'Allemagne se félicite de ce que la Commission du droit international ait adopté en première lecture un projet d'articles concernant le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. En raison de sa situation géographique au centre de l'Europe et surtout parce qu'elle partage avec d'autres pays plusieurs grands cours d'eau internationaux, l'Allemagne attache une importance particulière à l'objet de ce projet. Elle est d'avis que le projet d'articles répond aussi à la nécessité de régler cette question à l'échelle mondiale. Depuis la seconde guerre mondiale, en effet, l'attention a porté principalement sur l'utilisation des cours d'eau en général, alors que la navigation était reléguée à l'arrière-plan.

2. Pour cette raison, le Gouvernement allemand est heureux de noter que la CDI a réagi positivement face au défi particulier que posent l'accroissement de la demande mondiale d'eau enregistré au cours des dernières décennies et l'énorme volume d'eau utilisé dans le monde. L'Allemagne se félicite de ce que la CDI ait, d'emblée, pris en considération d'autres instruments de droit international ayant un but semblable, pour formuler le projet d'articles. L'Allemagne appuie l'approche suivie par la Commission consistant à fonder le futur instrument sur les réglementations existantes, en particulier sur les accords régionaux visant à protéger des cours d'eau spécifiques, dans la mesure où cela peut ainsi contribuer à mettre en place un très large cadre d'accords complémentaires de réglementation des cours d'eau internationaux à l'échelle mondiale et régionale.

3. L'Allemagne appuie le concept d'accord-cadre qui sous-tend le projet d'articles. D'une part, cette approche n'empêche pas les parties contractantes de tenir compte de caractéristiques et d'utilisations spécifiques de certains cours d'eau internationaux en concluant des accords bilatéraux et multilatéraux. D'autre part, un accord-cadre leur offre des principes généraux et établit ainsi une norme minimale. En outre, un tel instrument constitue une réglementation supplétive pour tous les cours d'eau internationaux qui ne font pas encore l'objet d'accords ayant force contraignante.

OBSERVATIONS RELATIVES À CERTAINS ARTICLES

Article premier

4. Il y a lieu de se féliciter de ce que le projet d'articles commence maintenant par un clair énoncé de son champ d'application, au paragraphe 1. Selon le Gouvernement allemand, l'exception prévue au paragraphe 2, à savoir que le projet ne s'applique à l'utilisation des cours d'eau internationaux aux fins de la navigation que dans la mesure où d'autres utilisations, telles que celles qui sont dé-

finies au paragraphe 1, ont une incidence sur la navigation ou sont affectées par elle, est appropriée et ne contredit pas le contenu essentiel de la réglementation. La disposition selon laquelle le projet s'applique aux utilisations « des cours d'eau internationaux et de leurs eaux » évitera des malentendus, dans la mesure où elle stipule clairement que, dans le cas d'un fleuve par exemple, la réglementation ne porte pas seulement sur le lit du cours d'eau.

Article 2

5. Un autre élément positif est que la CDI a renoncé à l'idée de la relativité du caractère international d'un cours d'eau (al. a). Ce concept, en effet, aurait inévitablement conduit à mal interpréter les différents articles. L'adoption de la notion de « système » de cours d'eau montre clairement qu'il faut réglementer l'utilisation de tous les éléments de ce système de façon qu'elle n'affecte pas les autres États du cours d'eau ou le cours d'eau lui-même.

6. Il est bon que le concept de « systèmes » de cours d'eau internationaux ait été adopté dans le projet d'articles. Définir un cours d'eau comme un système englobant les eaux de surface et les eaux souterraines correspond à l'idée, appuyée par l'Allemagne, selon laquelle il convient d'assurer aux cours d'eau la protection la plus complète et la plus efficace possible. Cette approche large est conforme aux réalités physiques et hydrologiques. Ainsi, la réglementation peut s'étendre aux affluents éloignés des frontières d'un État et, de ce fait, les eaux situées dans ces régions reculées tomberont sous le coup des dispositions du projet d'articles. La portée de la réglementation est cependant limitée par le fait que les cours d'eau doivent avoir un « point d'arrivée commun ». L'importance qu'il y a à inclure les eaux souterraines — à l'exception des eaux souterraines « captives » — apparaît à l'évidence lorsque l'on considère que ces eaux sont celles qui alimentent les cours d'eau dans le cadre du cycle hydrologique. La CDI a bien fait de ne pas étendre le projet aux eaux souterraines « captives » dans la mesure où elles n'ont pas de rapport physique avec les eaux de surface et ne font donc pas partie d'un tout qui devrait être protégé. Aussi importe-t-il au plus haut point de remplacer l'expression « cours d'eau » par l'expression « système de cours d'eau » afin de bien préciser qu'il faut protéger les meilleures utilisations possibles d'un cours d'eau en tant que ressource commune, sur la base de critères écologiques.

Article 3

7. L'article 3 donne au projet d'articles son caractère d'accord-cadre. La deuxième phrase du paragraphe 2 est particulièrement importante dans la mesure où elle précise que les accords concernant des cours d'eau internationaux doivent toujours tenir compte de leurs utilisations par tous les États du cours d'eau, même s'ils n'ont pas participé aux négociations. La Commission a ainsi, à juste titre, évité la situation dans laquelle un petit nom-

bre d'États peuvent s'entendre sur l'utilisation des eaux aux dépens d'autres États.

Article 4

8. L'Allemagne se félicite de ce que l'article 4 indique clairement qui peut devenir partie à un accord de cours d'eau. Les dispositions du paragraphe 2 méritent d'être relevées, dans la mesure où elles garantissent qu'un accord ne peut pas être conclu aux dépens d'une tierce partie lorsque celle-ci risque d'être affectée « de façon sensible », même si l'accord de cours d'eau ne s'applique qu'à une partie d'un cours d'eau international.

Article 5

9. L'Allemagne appuie le principe d'« utilisation équitable » ou de « répartition équitable » énoncé dans l'article 5, qui devrait permettre que l'utilisation d'un cours d'eau par plusieurs États débouche sur une utilisation optimale tout en réduisant au minimum les limites apportées au droit d'autres États d'utiliser l'eau (par. 1, deuxième phrase). Ainsi, le fait que l'article 5 énonce à la fois le droit d'utiliser l'eau et le devoir de ne pas limiter le droit des autres États d'utiliser équitablement cette eau est un élément positif. La notion de « participation équitable » reflétée au paragraphe 2 a pour but de garantir une utilisation optimale, qui n'est possible que lorsque les États du cours d'eau coopèrent en participant à sa protection et à sa mise en valeur.

Article 6

10. L'article 6 contient une règle qui facilitera beaucoup l'interprétation, dans la mesure où elle stipule ce qu'il faut entendre par une utilisation « équitable et raisonnable ». L'article décrit les principaux facteurs à prendre en considération, même si la liste donnée n'est pas exhaustive, ce qui n'est que naturel si l'on considère que la future convention se présente comme un accord-cadre. Comme l'on ne peut pas écarter la possibilité qu'il surgisse un différend concernant l'interprétation de cette expression juridique extrêmement importante mais non définie (utilisation équitable et raisonnable), le paragraphe 2 fait aux parties l'obligation d'engager des consultations dans un esprit de coopération, répétant ainsi un principe fondamental énoncé dans nombre de conventions internationales.

Article 7

11. L'article 7, qui définit le niveau de protection, constitue l'élément central du projet d'articles. Il est particulièrement important, dans la formulation de cet article, d'établir un équilibre équitable entre des intérêts concurrents. Ainsi, d'une part, le principe de bon voisinage signifie que les États doivent, dans le cadre des « relations normales entre États », tolérer sur leur territoire des effets limités qui causent une irritation plutôt que des dommages physiques effectifs. Alors même qu'il s'agit d'une utilisation commune et que toutes les utilisations du cours d'eau doivent être compatibles, il serait excessif et contraire à la pratique internationale d'interdire tous les effets, pour modestes qu'ils soient, pouvant affecter d'autres États riverains. D'un autre côté, il ne faut pas perdre de vue que le danger auquel sont exposés les cours d'eau internationaux, par suite de pollution, de ré-

chauffement et autres raisons, provient principalement d'un certain nombre d'utilisateurs qui, de leur propre point de vue, ne causent pas de préjudices graves aux cours d'eau ou de dommages aux autres États qui partagent le cours d'eau. Ce n'est que lorsqu'ils sont considérés *in toto* que ces dommages deviennent « sérieux » ou « graves » pour le cours d'eau international lui-même et pour les autres États riverains. Aussi faut-il souscrire à l'avis exprimé par le Rapporteur spécial et par la majorité des membres de la CDI, selon lequel il faut rejeter l'idée d'une protection contre les dommages qualifiés de « sérieux » ou de « graves ».

12. Le terme « appréciable » utilisé dans le projet d'articles a l'inconvénient de pouvoir être interprété de deux façons. L'expression « appréciable » peut signifier « décelable » ou « significatif », dans le contexte d'un risque ou d'un dommage. Comme cette double signification se traduit par des différences considérables sur le plan du fond, le Gouvernement allemand suggère d'utiliser l'expression « significatif », d'autant que ce terme correspond aussi à l'interprétation que la CDI donne du mot « appréciable ». En conséquence, il faudrait remplacer, à l'article 7, le mot « appréciables » par le mot « significatifs ». Le même changement devrait être fait aux articles 3 et 4, où l'expression correspondante en français est « de façon sensible », ainsi qu'aux articles 12, 18, 21, 22, 28 et 32.

13. S'agissant de la relation entre les articles 5 et 7, l'Allemagne pense qu'il serait bon d'étudier la question de savoir si le commentaire que fait à juste titre la CDI, à savoir que tout dommage « appréciable » ou, comme suggéré *supra*, « significatif » constitue une violation du principe de l'utilisation équitable et raisonnable consacré à l'article 5, devrait être expressément inclus dans la future convention dans un souci de clarté.

Article 8

14. L'Allemagne se félicite de ce que l'article 8, qui énonce les principes et objectifs généraux de la coopération entre les États du cours d'eau, contienne des formules établies depuis de longue date, telles que « égalité souveraine », « intégrité territoriale » et « avantage mutuel ».

Article 9

15. L'Allemagne appuie également l'obligation de procédure qui est faite aux États, à l'article 9, de s'informer et de se consulter au moment opportun lorsqu'ils planifient des utilisations du cours d'eau. Cette obligation a été incorporée, à juste titre, dans de nombreux traités concernant les utilisations des eaux et des cours d'eau et résulte de l'obligation qu'ont les États, en droit, d'éviter de faire quoi que ce soit qui puisse entraîner de graves dommages pour un autre État. L'Allemagne considère qu'un échange régulier d'informations est particulièrement important si l'on veut assurer une protection efficace des cours d'eau internationaux.

Article 10

16. L'article 10 confirme à bon droit que, en l'absence d'accords à l'effet contraire, aucune utilisation d'un

cours d'eau international n'a priorité en soi sur d'autres utilisations.

Articles 11 à 19

17. Il a été judicieux de prévoir aux articles 11 à 19 un processus extrêmement détaillé concernant les « mesures projetées » selon lesquelles les positions et les objections éventuelles des États du cours d'eau doivent être prises en considération lorsque l'on envisage un projet pouvant avoir « des effets négatifs appréciables » pour lesdits États (art. 12). Le processus applicable aux « mesures projetées » contient des éléments d'études internationales d'impact sur l'environnement.

18. Le Gouvernement allemand se félicite de ce que l'obligation qu'ont les États de se consulter et de négocier soit également renforcée, sur le plan de la procédure, par les dispositions qui prévoient des délais d'attente obligatoires d'un an au plus (art. 13, art. 15, par. 2, et art. 17, par. 1 et 3). Si cela implique une gêne fort considérable pour l'État riverain désireux de mener le projet à bien, les dérogations prévues à l'article 19 pour les cas de projets urgents assurent le contrepoids nécessaire. En outre, il faut aussi, avant de pouvoir mettre en œuvre des projets, respecter les procédures détaillées mises en place au niveau national pour consulter les citoyens (par exemple au moyen d'une étude d'impact sur l'environnement) et, de ce fait, il est peu probable que les mesures envisagées par les États riverains affectés se traduisent pour eux par des délais supplémentaires.

19. Cependant, le processus détaillé qui est prévu pour les « mesures projetées » ne peut être utile que dans le cas de projets de grande envergure; les dommages causés à des cours d'eau internationaux par une pollution cumulative de la part de plusieurs États ne sont pas couverts par les réglementations susmentionnées.

Articles 20 à 25

20. L'Allemagne attache une grande importance aux articles 20 à 25, qui ont trait, d'une part, à la protection de l'environnement et, d'autre part, aux conditions dommageables et aux cas d'urgence liés à l'utilisation de cours d'eau internationaux. Comme mentionné plus haut au paragraphe 1, la République fédérale d'Allemagne, qui partage avec d'autres pays plusieurs grands cours d'eau internationaux, s'intéresse particulièrement au développement du droit international dans ce domaine. Tel est particulièrement le cas de la formulation de règles relatives à la protection de l'environnement.

21. D'importants principes du droit de l'environnement, comme la nécessité d'aménager les utilisations et la mise en valeur des cours d'eau internationaux d'une façon qui permette de les protéger comme il convient (art. 20) ou l'énumération de certaines substances dont le déversement est interdit dans certains milieux (art. 21, par. 3), sont consacrés dans ces articles, ce dont il y a lieu de se féliciter. Toutefois, il faudrait indiquer plus clairement ce qu'il faut entendre par pollution au sens de l'article 21. Les cours d'eau internationaux ne peuvent être protégés, à long terme, que si le grave danger lié aux dommages que peut causer la pollution est écarté. Pour cela, il faut avoir une définition de la pollution qui aille au-delà des dispositions du paragraphe 1 de l'article 21.

La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer contient à l'alinéa 4 du paragraphe 1 de son article premier une telle définition, laquelle a été largement admise et devrait être incorporée au projet d'articles. L'article 22 est une disposition novatrice dans la mesure où il envisage l'introduction de « nouvelles » espèces animales et végétales dans les cours d'eau internationaux. Le Gouvernement allemand appuie l'article 23, selon lequel le milieu marin ne doit pas souffrir des efforts qui sont faits pour éliminer la pollution des cours d'eau. La réduction de la pollution de source tellurique dans le milieu marin, spécialement en mer du Nord et en mer Baltique, est particulièrement importante pour l'Allemagne, étant donné que ce sont les cours d'eau qui contribuent le plus à la pollution des mers.

22. Enfin, l'Allemagne considère que la large gamme de responsabilités prévue à l'article 24 est un élément positif, de même que l'obligation qui est faite, en cas d'urgence, aux États de coopérer avec les États non parties à la future convention (art. 25).

Articles 26 à 32

23. L'Allemagne se félicite, en particulier, de la disposition concernant la non-discrimination (art. 32) qui est conforme à son interprétation du droit et aux tendances récentes de la politique internationale en matière d'environnement. En raison des excellents résultats qui ont été obtenus en ce qui concerne le Rhin grâce, dans une large mesure, à l'œuvre remarquable accomplie par la Commission internationale pour la protection du Rhin contre la pollution¹, l'Allemagne souhaiterait qu'un accent plus marqué soit mis sur la gestion conjointe des cours d'eau internationaux. C'est ainsi, par exemple, que l'article 26 pourrait être déplacé pour être inséré en un endroit où il soit bien visible. Pour spécifier la signification de la « gestion conjointe » dans un contexte institutionnalisé, les dispositions de l'article 26 pourraient être étendues en se fondant sur les principes énoncés au paragraphe 2 de l'article 10.

CONCLUSION

24. Les 32 projets d'articles constituent une série de règles équilibrée, qui garantissent une protection efficace des cours d'eau et offrent un cadre pour des accords bilatéraux ou régionaux plus spécifiques. Il a été tenu compte de tous les grands principes du droit international de l'environnement, comme ceux qui concernent les limitations qui s'imposent à la souveraineté territoriale, l'interdiction de l'abus des droits reconnus en droit international en matière de responsabilité des États et l'obligation qu'ont les États, du point de vue de la procédure, d'informer et de consulter en temps voulu les autres parties lorsqu'ils envisagent d'utiliser un cours d'eau, en particulier lorsqu'il s'agit d'utiliser les eaux d'un bassin de drainage international.

25. L'Allemagne considère qu'il faudrait convoquer sans tarder une conférence diplomatique en vue d'adopter un projet de convention.

¹ Instituée par l'Accord concernant la Commission internationale pour la protection du Rhin contre la pollution.

Argentine

[Original : espagnol]
[15 mars 1993]

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. L'Argentine estime que le projet d'articles concernant le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation appelle des observations concernant les parties aux accords de cours d'eau et le caractère supplétif des articles. Afin d'éviter que les projets d'articles n'affectent les accords de cours d'eau préexistants, il est recommandé d'y insérer une disposition stipulant expressément que le futur instrument sur les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation aura un caractère supplétif et qu'il ne s'appliquera pas aux cours d'eau régis par une convention, sauf si les États parties à celle-ci donnent leur accord.

OBSERVATIONS RELATIVES À CERTAINS ARTICLES

Article 4

2. Aux termes de l'article 4 du projet, dans le cas d'accords visant le cours d'eau tout entier ou une partie de ce cours d'eau, tout État tiers riverain « a le droit » de participer à la négociation et de devenir partie à l'accord ou au projet en question.

3. De l'avis du Gouvernement argentin, cet article place l'État tiers riverain dans une position privilégiée. Il estime donc souhaitable de le remplacer par un article qui ferait de l'adhésion au traité une possibilité et non un droit, les droits des tiers étant protégés par d'autres articles, par exemple l'obligation d'utiliser les cours d'eau de manière équitable et raisonnable (art. 5 et 6), l'obligation de ne pas causer de dommages appréciables (art. 7), l'obligation de coopérer (art. 8), l'obligation d'échanger des données et informations (art. 9) et des renseignements sur les mesures projetées (art. 11 et suiv.).

4. En conséquence, le Gouvernement argentin propose de remplacer le libellé actuel de l'article 4 par le texte suivant :

« 1. Tout État du cours d'eau peut devenir partie à un accord de cours d'eau qui s'applique au cours d'eau international tout entier aux conditions convenues entre ledit État et les États parties à l'accord. Ces derniers sont tenus de négocier de bonne foi avec ledit État les conditions de son adhésion à l'accord.

« 2. Tout État du cours d'eau dont l'utilisation du cours d'eau international risque d'être affectée de façon sensible par la mise en œuvre d'un éventuel accord de cours d'eau ne s'appliquant qu'à une partie du cours d'eau ou à un projet ou programme particulier, ou à une utilisation particulière, peut y devenir partie pour autant que son utilisation du cours d'eau soit affectée par l'accord, le projet, le programme ou l'utilisation considérée, et ce aux conditions convenues entre ledit État ou les États parties à l'accord, au programme ou à l'utilisation considérée. Ces derniers

sont tenus de négocier de bonne foi avec ledit État les conditions de son adhésion. »

Canada

[Original : anglais]
[30 mars 1993]

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Le Gouvernement canadien rend hommage à la Commission du droit international pour l'élaboration du projet d'articles concernant le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, entreprise qui s'est étalée sur deux décennies et a nécessité un effort de compromis considérable. On a tenté ainsi d'aplanir les divergences d'opinion qui se font fatalement jour quant au cadre juridique international qu'il est approprié de définir pour les fleuves et lacs qui traversent et constituent des frontières politiques. Néanmoins, le projet d'articles inspire au Gouvernement canadien certaines questions et observations.

2. Pour commencer, le Gouvernement canadien reconnaît que le projet d'articles traite des problèmes classiques soulevés par le droit international relatif aux cours d'eau, à savoir les utilisations et la pollution. Il serait cependant bon d'y introduire, chaque fois que possible, les notions dégagées par la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement touchant le développement durable¹.

3. D'une manière générale, le Gouvernement canadien est favorable à un cadre de règles supplétives revêtues d'une force obligatoire juridique, lorsque les États du cours d'eau ne peuvent convenir d'un régime. Il se pose la question de savoir comment des règles supplétives pourraient s'appliquer à un régime bilatéral dans l'hypothèse où une portion du cours d'eau relèverait d'un régime bilatéral alors qu'il n'en serait pas ainsi de ses autres parties. De même, la question peut se poser de savoir quel régime juridique est applicable lorsqu'un arrangement bilatéral existant règle certaines, mais pas toutes les questions visées par le projet d'articles.

OBSERVATIONS RELATIVES À CERTAINS ARTICLES

Article 3

4. Le Canada reconnaît que la gestion internationale des ressources en eau doit s'opérer dans des situations géographiques diverses pouvant se prêter à différentes solutions. C'est ainsi que, dans certains cas, les règles énoncées dans un ensemble d'articles de portée générale pourraient ne pas produire l'effet souhaité. Considérant que les solutions les plus durables sont souvent celles qui sont le fruit de négociations bilatérales entre les États intéressés et conscients que l'obligation générale faite par le droit international de chercher à régler les diffé-

¹ Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992 [A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I, Vol. I/Corr.1, Vol. II, Vol. III et Vol. III/Corr.1)] (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatifs), vol. I : Résolutions adoptées par la Conférence, résolution 1, annexes I (Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement) et II (Action 21).

rends par voie de négociation, le Gouvernement canadien souscrit pleinement à l'article 3 qui donne aux États la faculté d'adapter les dispositions du projet d'articles. Il se pose toutefois la question de savoir quel est le statut des accords existants consacrés à la gestion de l'eau ou à certains de ses aspects.

5. Cette question intéresse le Canada au plus haut point, car le régime juridique international régissant les fleuves et lacs transfrontières canadiens consiste essentiellement en un certain nombre de traités et de pratiques bilatéraux conclus entre le Canada et les États-Unis d'Amérique. Il est entendu que ces accords subsistent dans le cadre du projet d'articles sans qu'il soit besoin pour les parties à ces accords de prendre d'autres mesures. Il importe dès lors de stipuler expressément que le projet d'articles ne prime pas les accords en vigueur.

Articles 5 à 7

6. Le Canada entend exprimer de sérieuses réserves vis-à-vis de la manière dont les principes généraux sont énoncés aux articles 5, 6 et 7. Tout en reconnaissant que la doctrine de l'utilisation raisonnable et équitable a recueilli une très large adhésion, il ressort toutefois de certaines conventions internationales ou de la pratique de certaines régions que l'utilisation équitable peut être synonyme d'utilisation égale. En effet, la pratique adoptée par le Canada et les États-Unis d'Amérique s'agissant des ressources en eau est généralement fondée sur le principe de la répartition égale des ressources en eau et qu'elle a fourni une bonne base pour la gestion des problèmes d'ordre bilatéral concernant ces ressources.

7. Par ailleurs, le projet d'articles n'a pas résolu la contradiction intrinsèque qui existe entre les articles 5 et 7 tels qu'ils sont libellés. Selon l'article 5, les différentes utilisations des cours d'eau internationaux se concilient en équilibrant les intérêts des parties concernées, compte pleinement tenu de tous les facteurs pertinents. Toutefois, l'article 7 semble exclure cet équilibre des intérêts dès lors qu'il est établi que des dommages appréciables risquent de se produire. Le point de vue de la CDI tel qu'il ressort du commentaire² semble être que l'on peut lever la contradiction qui existe entre l'article 5 et l'article 7 en posant comme présomption irréfragable que toute utilisation des eaux d'un système de cours d'eau international qui cause des dommages transfrontières appréciables est ipso facto déraisonnable et inéquitable et serait illicite en vertu des articles 5 et 7. Cependant, dans son commentaire, la CDI a reconnu que, dans certains cas, l'utilisation équitable et raisonnable n'est possible que si un ou plusieurs États du cours d'eau tolèrent des dommages jusqu'à un certain point. En pareil cas, la CDI suggère que les accommodements nécessaires doivent alors faire l'objet d'accords particuliers³. Or, c'est précisément dans ces situations que l'insertion d'une règle interdisant de causer des dommages aurait pour effet de rendre difficile la réalisation d'un accord. Le Gouvernement canadien craint que la doctrine de l'utilisation raisonnable et équitable énoncée aux arti-

cles 5 et 7 ne permette pas d'équilibrer les intérêts des États en présence.

8. En outre, il semblerait que, en adoptant la règle interdisant de causer tout dommage appréciable, on ressusciterait le principe de l'affectation d'origine (le premier par le temps étant le premier en droit), car on empêcherait un État d'amont d'entreprendre toute activité de mise en valeur qui causerait un dommage appréciable aux activités menées dans un État d'aval.

9. La contradiction qui existe entre les articles 5 et 7 pourrait être résolue de diverses manières. La question se pose de savoir s'il est nécessaire de faire de l'article 7 une disposition distincte, puisqu'il semble que l'idée de dommage soit sous-entendue dans l'exigence de soupeser et d'équilibrer les facteurs énumérés à l'article 6, s'agissant de toute utilisation d'un cours d'eau international.

10. Par ailleurs, on a déjà réussi à opérer l'équilibre des deux concepts de l'utilisation équitable et de l'interdiction de causer un dommage appréciable grâce à la formulation suivante de M. Schwebel, ancien rapporteur spécial, dans son troisième rapport :

Le droit, pour un État d'un système de cours d'eau international, d'utiliser les ressources en eau du système est limité par l'obligation qui lui est faite de ne pas causer de dommage appréciable aux intérêts d'un autre État du système, si ce n'est dans la mesure qui peut être autorisée au titre de la détermination d'une participation équitable au système de cours d'eau international en question⁴.

Par conséquent, il faudrait examiner plus avant les relations qui existent entre ces deux principes.

11. S'agissant de l'article 6, il importe que les facteurs appropriés soient pris en considération pour déterminer raisonnablement l'utilisation équitable. Du point de vue de la gestion des eaux internationales canadiennes, il est essentiel de prendre en considération les utilisations passées et la pratique en matière de répartition dégagée à l'occasion des relations bilatérales avec les États-Unis. Tout en admettant que l'article 6 ne fournit pas une liste de facteurs exhaustive ou exclusive, le Gouvernement canadien suggère à la CDI d'envisager d'y ajouter d'autres facteurs pour tenir compte des craintes qu'il a exprimées. On pourrait, par exemple, se référer à « la pratique régionale des États », aux « utilisations historiques » et à « l'accès traditionnel ».

Articles 11 à 18

12. Le Canada souscrit à la procédure de notification et de consultation prévue relativement à l'utilisation des cours d'eau internationaux. Toutefois, si le désaccord subsiste entre les États après la consultation, le projet d'articles ne prévoit aucune disposition sur le règlement des différends. Par suite, faute pour les États de tomber d'accord, une fois le délai imparti pour la consultation couru, le projet d'articles n'offre aucun autre recours. Une disposition consacrée au règlement des différends serait bienvenue dans le projet d'articles.

² Pour le commentaire de l'article 7, initialement adopté en tant qu'article 8, voir *Annuaire... 1988*, vol. II (2^e partie), p. 37 à 43, notamment p. 38, par. 2.

³ *Ibid.*, par. 3.

⁴ *Annuaire... 1982*, vol. II (1^{re} partie), p. 125, doc. A/CN.4/348, par. 156 (art. 8, par. 1).

13. Aux termes de l'article 16 tel qu'il est actuellement libellé, si l'État auteur de la notification ne reçoit aucune réponse de l'État auquel la notification a été adressée, il peut, conformément aux obligations que lui impose le projet d'articles, procéder à la mise en œuvre de toute mesure projetée, sous réserve des obligations qui lui incombent en vertu des articles 5 et 7. Il se peut que l'État auquel la notification a été adressée et qui choisit de ne pas y répondre puisse néanmoins soulever des objections et, voire, demander réparation à une étape ultérieure. Par suite, tout État qui se conforme à l'obligation de notification énoncée dans le projet d'articles pourrait se voir reprocher d'avoir violé les principes fondamentaux posés par le projet d'articles sans que la possibilité lui ait été donnée de mener des consultations au sujet de telles mesures projetées. Il importe que l'État notifié ne puisse pas tirer avantage de mesures dilatoires délibérées. On pourrait régler la question, par exemple, en considérant le silence comme valant consentement aux mesures projetées, et empêcher ainsi l'État notifié qui n'a pas répondu de soulever des objections par la suite. Le Gouvernement canadien est d'avis que la CDI devrait revenir sur cette question.

Articles 19 et 26

14. Le Canada a souscrit à l'idée de recourir à des mécanismes mixtes de gestion des cours d'eau internationaux ainsi que le prévoit l'article 26. La Commission mixte internationale, organe semi-autonome chargé de régler certaines questions touchant les ressources en eau entre le Canada et les États-Unis d'Amérique, pourrait servir de modèle. Il semble que la portée du terme « gestion » employé à l'article 26 soit limitée et qu'elle gagnerait peut-être à être examinée plus avant. Le Canada déplore que le projet d'articles n'ait pas mis davantage l'accent sur les aspects structurels de tous les articles pertinents en vue de réaliser la gestion envisagée à l'article 26.

15. D'une manière générale, les dispositions consacrées à la gestion et à l'application ne vont pas assez loin dans la définition des règles juridiques propres à permettre de déterminer l'aspect le plus important de l'utilisation des cours d'eau internationaux dans la pratique. Encore que les règles minimales proposées dans le projet d'articles ne font pas problème aux yeux du Canada, il serait souhaitable d'énoncer des règles précises sur les procédures et voies de recours ouvertes en cas de différends insolubles.

Article 21

16. Quant à l'obligation de ne pas causer de dommage par la pollution énoncée au paragraphe 2 de l'article 21, le Gouvernement canadien estime que l'on peut faire valoir que la pollution qui cause un dommage appréciable est a priori déraisonnable et inéquitable. Il est certain que tous les dommages ne sont pas interdits : le sont plutôt les dommages appréciables. Cela étant, le Canada convient que, s'agissant de la pollution, la primauté doit être accordée au principe interdisant de causer un dommage appréciable.

Autres considérations

17. Un certain nombre de termes employés dans le projet d'articles sont susceptibles d'interprétations diverses. Le Gouvernement canadien suggère d'en revoir le texte pour faire en sorte que les termes qui gagneraient à être éclaircis soient définis dans le contexte des articles proprement dits. À tout le moins, les expressions ci-après devraient être définies : « besoins humains essentiels » (art. 10), « effets négatifs appréciables » (art. 12), « dommage » et « dommages appréciables » (art. 7 et 21). De même, le Gouvernement canadien suggère de revoir ces termes pour qu'ils cadrent avec la terminologie des autres accords internationaux relatifs à l'environnement.

Article 22

18. L'article 22, qui traite de l'introduction d'espèces étrangères ou nouvelles fait obligation aux États de prendre « toutes les mesures nécessaires pour prévenir l'introduction d'espèces étrangères ou nouvelles ». Il serait peut-être bon de limiter la portée de cette obligation car elle pourrait être l'objet d'interprétations par trop larges.

Article 27

19. L'absence, dans le projet d'articles, de toute référence au principe de la mise en commun des avantages recueillis en aval est une lacune qui inspire de l'inquiétude au Canada. Il n'est nullement fait allusion dans l'article 27 à la mise en commun des avantages recueillis en aval à la faveur d'ouvrages installés dans un État situé en amont. La question devrait être examinée.

Article 31

20. L'article 31 prévoit une exception limitée (défense et sécurité nationales) à l'obligation faite à tout État de fournir des données et informations dans le cadre des procédures de notification et de consultation et des procédures relatives à l'échange d'informations. Comme dans nombre d'États, la législation et pratique judiciaire au Canada interdit de divulguer certains documents et matériaux confidentiels. L'article 31 devrait donc comporter une disposition stipulant que l'obligation énoncée dans le projet d'articles est subordonnée aux lois internes relatives à la protection de l'information.

Article 32

21. L'article 32, qui pose le principe de la non-discrimination devant les juridictions internes, traduit le fait que les États se rendent de plus en plus compte que souvent ces juridictions n'autorisent pas les victimes d'une pollution transfrontière à demander réparation parce que les étrangers et les non-résidents ne sont pas égaux devant elles. D'ailleurs, une disposition similaire plus radicale a été retenue dans le principe 10 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, aux termes duquel « un accès effectif à des actions judiciaires et administratives, notamment des réparations et des recours, doit être assuré par les États ». Au Canada, la compétence à raison de questions touchant les ressources en eau est partagée entre les admi-

nistrations provinciales et l'administration fédérale. De ce fait, même s'il se peut que l'administration fédérale ouvre l'accès aux tribunaux s'agissant de certaines affaires fédérales et à certains tribunaux administratifs fédéraux, les administrations provinciales doivent opérer des changements au niveau des provinces mêmes. La CDI pourrait réfléchir à la solution de cette question.

CONCLUSION

22. Enfin, compte tenu du débat consacré au projet d'articles, le Gouvernement canadien invite instamment la CDI à réfléchir à la question de savoir s'il ne serait pas préférable de poursuivre le travail d'élaboration du projet d'articles en tant qu'ensemble de principes ou de directives au lieu de chercher à élaborer une convention multilatérale, objectif qui pourrait ou non recueillir une large adhésion.

Costa Rica

[Original : espagnol]
[1^{er} septembre 1992]

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Le Gouvernement costa-ricien est extrêmement heureux de relever, en tout premier lieu, que le projet d'articles concernant le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation représente un effort remarquable non seulement parce qu'il régleme comme il convient les utilisations des cours d'eau à des fins autres que la navigation, mais aussi parce qu'il va dans le sens des initiatives prises au sein de différentes instances et au moyen de divers instruments en matière de protection de l'environnement, conformément aux grandes lignes établies dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, dont le projet d'articles s'est souvent inspiré pour ce qui est de la réglementation et de la terminologie.

2. Il faut également féliciter le Comité de rédaction de l'œuvre qu'il a accomplie et de ses commentaires, étayés par une abondante étude comparative de la doctrine et de la jurisprudence, qui sert de guide pour l'interprétation de la portée des normes proposées.

3. Dans un tel domaine, où la tâche consiste à élucider les règles existantes et à les perfectionner en développant progressivement le droit fluvial, le projet d'articles est marqué par une recherche constante de l'équilibre et de solutions négociées conformes à la réalité des différentes relations en cause.

4. Le Gouvernement costa-ricien appuie le travail réalisé par le Comité de rédaction que la Commission du droit international a chargé d'élaborer le projet de texte. Ce faisant, il confirme l'esprit qui l'a conduit à ratifier la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ainsi que son profond attachement au droit international et le profond respect que celui-ci lui inspire.

5. Nonobstant ce qui précède et compte tenu de l'intérêt que suscite le texte, le Gouvernement costa-ricien souhaite présenter quelques brèves réflexions touchant le régime élaboré par la Commission.

6. En ce qui concerne l'expression même de « cours d'eau international », le projet, ainsi que le Costa Rica l'interprète, fait dépendre le caractère international d'un cours d'eau de critères purement physiques et non politiques. C'est ainsi qu'un cours d'eau est international lorsque ses différentes parties se trouvent sur le territoire d'États différents (art. 2, al. a). De ce fait, l'« État du cours d'eau » est l'État sur le territoire duquel se trouve une partie d'un cours d'eau international (al. c).

7. Dans son commentaire, la CDI fait observer que les exemples les plus communs seraient ceux d'un fleuve constituant une frontière ou traversant une frontière¹. Le Gouvernement costa-ricien se demande si cette notion pourrait être interprétée comme modifiant le caractère d'un cours d'eau qui, conformément à un traité, sert de frontière entre deux pays mais qui appartient exclusivement à l'un d'entre eux. Autrement dit, un cours d'eau frontalier officiellement soumis à la souveraineté territoriale d'un État mais sujet aussi au droit perpétuel de navigation de l'autre État pourrait-il être considéré, du seul fait qu'il est frontalier et du fait que les deux États voisins ratifient une convention comme celle-ci, comme un « cours d'eau international » aux différentes fins du projet ?

8. La question se pose de savoir si les cours d'eau de l'autre État qui se déversent dans le cours d'eau frontalier, du fait qu'ils débouchent dans ce dernier, devraient être considérés comme internationaux du fait qu'ils se jettent dans des eaux soumises à la souveraineté territoriale de l'État limitrophe voisin, et si la mesure dans laquelle un cours d'eau pénétrerait ou s'infiltrerait à travers les frontières de l'autre État aurait une incidence sur le caractère international ou non international dudit cours d'eau.

9. Le Gouvernement costa-ricien se demande si, par exemple, dans le cas d'un cours d'eau de moyenne importance dont le lit se situe en majeure partie sur le territoire d'un État mais qui, en aval, traverse un certain secteur, pas très étendu, du territoire d'un État voisin et qui, de là, se déverse dans les affluents, lacs et autres cours d'eau dudit État, il suffirait que le cours d'eau en question traverse un secteur réduit du territoire d'un État voisin et se déverse dans les eaux de ce dernier pour que l'intégralité du cours d'eau ou de l'affluent soit qualifiée de « cours d'eau international ». Dans l'affirmative, ce raisonnement ne permettrait-il pas d'étendre le caractère international au cours d'eau dans lequel se jettent ceux pris comme hypothèse, dans la mesure où ces derniers forment avec le cours d'eau en question un système d'eaux « constituant du fait de leurs relations physiques un ensemble unitaire et aboutissant à un point d'arrivée commun » (art. 2, al. b) ?

10. Le Gouvernement costa-ricien se demande quels effets aura la distinction que fait la Commission, aux fins de l'application du régime envisagé dans le projet d'articles, entre les cours d'eau et leurs eaux (art. 1^{er}, par. 1).

¹ *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 72, paragraphe 2 du commentaire sur l'article 2 du projet.

11. D'autres questions, bien que distinctes, sont étroitement liées à ce qui précède.

12. Le Gouvernement costa-ricien se demande si la ratification éventuelle d'un instrument de ce type serait accompagnée d'une déclaration indiquant les cours d'eau auxquels les États envisagent d'appliquer le régime prévu par le texte; si le critère de subsidiarité du projet d'articles, tel qu'il ressort en particulier des articles 2 et 3, continuera de s'appliquer en ce qui concerne les accords préexistants²; et s'il sera possible, du seul fait qu'un État souscrit à une convention de ce type et en l'absence d'une déclaration quelconque indiquant les cours d'eau auxquels elle s'appliquerait, que les cours d'eau soient utilisés à des fins autres que la navigation tandis que le régime qui les régit ne s'applique qu'à la navigation.

13. S'il est vrai que bon nombre des règles énoncées dans le projet d'articles appartiennent à la catégorie des règles dites de *soft law*³ qui dépendent d'une réglementation spécifique ultérieure, il n'en est pas moins vrai qu'un régime de responsabilité se dégage de cet instrument-cadre. Toutefois, comme cela est fréquemment le cas en droit international, le principe de la responsabilité, même s'il est établi, ne s'accompagne pas d'un régime de sanctions venant le renforcer. La question se pose de savoir s'il y a une possibilité de mettre en place un tel régime et si le régime de responsabilité s'étendra à la gestion des eaux des affluents d'un cours d'eau international. Le projet d'articles prend comme point de départ le concept de système afin de tenir compte des questions relatives à la protection de l'environnement. Le Gouvernement costa-ricien se demande si une contamination indirecte des cours d'eau causée par la pollution des affluents entraînerait une responsabilité de la part de l'État sur le territoire duquel les affluents en question sont situés, et si un manque de protection des sols et des forêts des bassins visés par le projet d'articles constituerait une faute de la part de l'État sur le territoire duquel lesdits bassins sont situés.

14. Il faudrait également savoir si les aspects de procédure du projet d'articles, comme ceux qui découlent de la règle de non-discrimination énoncée à l'article 32, devraient être révisés ou précisés, comme le fait l'article 3 de la Convention relative à la protection de l'environnement, conclue entre les pays scandinaves et dont l'article 32 est inspiré.

15. Enfin, le Gouvernement costa-ricien est d'avis qu'une série de dispositions relatives au règlement pacifique des différends est absolument indispensable.

16. Le Gouvernement costa-ricien espère que les commentaires exposés ci-dessus encourageront la Commission du droit international à poursuivre des travaux qui ont déjà abouti à des résultats fructueux.

² Selon les principes bien établis du droit, la règle postérieure prime sur la règle antérieure, et la règle particulière sur la règle générale. Dans ce domaine, toutefois, où on innove aussi, ces principes risquent de ne pas suffire et il pourra s'avérer nécessaire de les combiner au principe régissant la relation entre les règles principales et subsidiaires.

³ Règles générales et flexibles.

Danemark

[Voir Pays nordiques]

Espagne

[Original : espagnol]
[27 janvier 1993]

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. De l'avis du Gouvernement espagnol, le projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eaux internationaux à des fins autres que la navigation constitue une base de discussion acceptable.

2. Le Gouvernement espagnol considère qu'il serait bon, également, d'établir un projet d'articles concernant l'utilisation et l'exploitation des eaux souterraines « captives » pour les cas où une frontière traverse la nappe aquifère dont font partie lesdites eaux¹. Ces articles pourraient ensuite, peut-être, être incorporés au projet à l'étude.

OBSERVATIONS CONCERNANT CERTAINS ARTICLES

Article 3

3. La référence qui est faite à l'article 3 à l'application du projet d'articles appelle une observation. Tels qu'ils sont actuellement rédigés, les paragraphes 1 et 3 de l'article 3 laissent entendre que les droits et obligations qui sont visés dans le projet ne s'appliquent que s'il existe un accord entre les États du cours d'eau. Une lecture attentive de l'ensemble des articles du projet ainsi que du commentaire y relatif montre que telle n'est pas l'intention de la Commission du droit international². Une solution possible consisterait à supprimer, au paragraphe 3, les mots « ou d'appliquer » et, pour plus de clarté, on pourrait aussi supprimer au paragraphe 1 les mots « appliquent et ».

Article 6

4. Selon le Gouvernement espagnol, il conviendrait, au paragraphe 1 de l'article 6, d'ajouter un nouvel alinéa, qui pourrait s'insérer entre les alinéas *d* et *e* actuels, et qui se lirait comme suit : « le degré de dépendance de chaque État du cours d'eau à l'égard des eaux dont il s'agit ». Cette idée, si elle se trouve implicitement énoncée dans différents alinéas du paragraphe 1 de l'article 6, n'est pas reflétée assez clairement dans le texte actuel de ce paragraphe. Par ailleurs, le texte proposé est tiré du mémorandum sur les aspects juridiques de l'utilisation des systèmes hydrographiques internationaux, présenté par les États-Unis en 1958, dont il est question au paragraphe 7 du commentaire relatif à l'article 6³.

¹ Voir le paragraphe 5 du commentaire sur l'article 2 dans *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 72 et 73.

² Pour le commentaire de l'article 5 (initialement adopté en tant qu'article 6), voir *Annuaire... 1987*, vol. II (2^e partie), p. 32 à 37, notamment le paragraphe 5 *in fine*.

³ Initialement adopté en tant qu'article 7. Pour le commentaire, *ibid.*, p. 38 et 39.

Article 8

5. Il serait peut-être bon de mentionner expressément à l'article 8 les principes de la bonne foi et du bon voisinage dont il est question au paragraphe 2 du commentaire relatif à l'article⁴.

Article 9

6. Dans le texte espagnol du paragraphe 2, il serait bon de remplacer le mot *reunión* par le mot *recogida* ou *recolección*.

Article 11

7. L'article 11 impose aux États du cours d'eau une série d'obligations qui, de l'avis du Gouvernement espagnol, sont difficilement applicables dans la pratique. Il serait bon d'en modifier le texte pour limiter la portée de l'article aux mesures projetées qui peuvent avoir des effets appréciables ou, sinon, de supprimer l'obligation de consultation.

Article 18

8. Il conviendrait de modifier le paragraphe 3 afin d'établir un régime mieux équilibré qui tienne compte des divers intérêts en jeu. Le texte se lirait alors comme suit :

« 3. Au cours des consultations et des négociations, l'État qui projette les mesures s'abstient de mettre en œuvre ou de permettre que soient mises en œuvre ces mesures pendant une période ne dépassant pas six mois si l'autre État, au moment où il demande l'ouverture de consultations et de négociations, soumet une demande à cet effet en y joignant un exposé détaillé des raisons sur lesquelles la demande est basée. »

Article 24

9. Dans le texte espagnol, il faudrait ajouter la conjonction *y* avant les mots *que puedan ser nocivos para otros Estados del curso de agua*.

États-Unis d'Amérique

[Original : anglais]
[4 janvier 1993]

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Les États-Unis apprécient les efforts déployés par la Commission du droit international pour achever son examen en première lecture du projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. Ils appuient pleinement la décision qui a été prise de structurer le projet comme un instrument-cadre qui énonce les droits et les obligations de caractère général dont les États pourront s'inspirer pour mettre au point des pratiques de gestion adaptées à leurs circonstances propres. Il y a lieu de se féliciter tout particulièrement de l'accent qui est mis dans le projet d'articles sur la coopération entre les États du cours d'eau. Les observations et commentaires généraux ci-après s'appliquent à l'ensemble du texte.

⁴ Initialement adopté en tant qu'article 9. Pour le commentaire, voir *Annuaire...* 1988, vol. II (2^e partie), p. 44.

Domage appréciable

2. Le projet d'articles impose aux États l'obligation de ne pas causer de dommage « appréciable » aux autres États du cours d'eau. Le dommage « appréciable » doit pouvoir être établi « par des constatations objectives »; il doit « y avoir une véritable atteinte à l'utilisation, c'est-à-dire un effet nocif de quelque importance — par exemple sur la santé publique, l'activité industrielle, les biens, l'agriculture ou l'environnement — dans l'État affecté »¹.

3. Les États-Unis se félicitent de ce que la CDI se soit attachée à exclure du champ d'application du projet d'articles les dommages insignifiants ou mineurs. Ils craignent, néanmoins, qu'un dommage « appréciable » soit un seuil trop bas. En 1966, les Règles d'Helsinki², qui ont fait date en la matière, ont pris comme critère celui du dommage « substantiel ». À mesure que l'on en apprend davantage sur les effets sur l'environnement de l'activité humaine, il devient possible d'identifier des impacts toujours moindres. Les accords internationaux récents concernant les cours d'eau adoptent comme norme celle du dommage « significatif »³ ou « sérieux »⁴. Les États-Unis pensent que la CDI devrait harmoniser la norme retenue à celle établie dans lesdits instruments.

Participation du public

4. Faire participer le public à l'examen par un État des activités de nature à affecter des cours d'eau transfrontières peut améliorer la protection et l'utilisation desdits cours d'eau; c'est une approche qui a été suivie récemment dans différentes conventions⁵. Les États-Unis recommandent à la CDI d'étudier la façon dont le projet d'articles pourrait encourager la participation du public. Les articles les mieux appropriés semblent être les articles 12 et/ou 15, qui concernent les obligations de l'État qui doit donner notification et de l'État qui reçoit notification, et l'article 25, concernant la planification en cas d'urgence et les mesures à prendre pour les atténuer. Remaniés dans ce sens, ces articles complèteraient l'actuel article 32, qui stipule que les États ne font pas de discrimination « fondée sur la nationalité ou la résidence dans l'octroi de l'accès aux procédures juridictionnelles et autres » à l'égard d'une personne qui a subi un dommage, et qui ne décrit pas les procédures en question. De l'avis des États-Unis, toutefois, les articles ainsi remaniés ne devraient pas nécessairement conduire, et ne devraient

¹ Pour le commentaire de l'article 7, initialement adopté en tant qu'article 8, voir *Annuaire...* 1988, vol. II (2^e partie), p. 37 à 43, notamment p. 38, par. 5.

² Règles d'Helsinki sur les utilisations des eaux des fleuves internationaux, adoptées par l'Association de droit international en 1966; voir ILA, *Report of the Fifty-second Conference, Helsinki, 1966*, Londres, 1967, p. 484 et suiv.; reproduit en partie dans *Annuaire...* 1974, vol. II (2^e partie), p. 396, doc. A/CN.4/274, par. 405.

³ Voir Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Convention d'Helsinki) [art. 1, par. 2]; et Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (Convention d'Espoo) [art. 2].

⁴ Voir Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels (art. 1, al. d).

⁵ Voir *supra* notes 3 et 4.

pas amener, à des procès privés, pas plus qu'ils n'exigeraient des États qu'ils mettent en place des procédures autres que celles qui sont déjà ouvertes à leurs propres ressortissants. Pour ce qui est de la teneur des révisions à apporter à ces articles, il serait bon d'étudier plus avant les propositions formulées par le Rapporteur spécial dans son sixième rapport⁶.

Primauté de l'utilisation équitable et raisonnable

5. Comme indiqué à l'article 5, une utilisation « équitable et raisonnable » est la règle fondamentale en matière de cours d'eau internationaux. L'article 6 énonce les facteurs à prendre en considération pour déterminer quand une utilisation est équitable et raisonnable. L'article 7 est pertinent aussi, bien qu'il constitue une règle juridique indépendante aussi. Malheureusement, les articles suivants semblent obscurcir la signification de cette règle. Le paragraphe 2 de l'article 26, par exemple, parle d'une gestion en vue de « la mise en valeur durable d'un cours d'eau » et de l'utilisation « rationnelle et optimale » du cours d'eau. La relation qui existe entre ces expressions et l'expression « équitable et raisonnable » n'est pas spécifiée, et leur signification en droit international n'est pas claire. La quatrième partie, relative à la protection et à la préservation, semble aussi énoncer des obligations spécifiques qui peuvent prévaloir sur l'obligation stipulée à l'article 5.

6. Selon les États-Unis, il faudrait indiquer clairement que tous les articles suivants sont subordonnés à la règle de l'utilisation « équitable et raisonnable » consacrée à l'article 5. Les seules exceptions à ce principe pourraient être les articles qui consacrent des responsabilités juridiques déjà bien établies (par exemple, l'obligation de ne pas porter préjudice aux biens d'autrui ou les obligations concernant la protection du milieu marin reconnues en droit de la mer coutumier). De l'avis des États-Unis, la CDI devrait envisager de remanier les articles suivants de façon à y inclure les expressions utilisées au paragraphe 1 de l'article 6, ou bien les expressions employées dans les articles suivants pourraient être mentionnées au paragraphe 1 de l'article 6 si elles peuvent être définies comme il convient.

7. Par ailleurs, les États-Unis considèrent qu'il faut accorder une grande attention à la relation entre les règles d'utilisation équitable et la règle de l'article 7 relative à l'absence de dommage. Bien qu'il soit indiqué dans le commentaire relatif à l'article 7 que la règle relative à l'absence de préjudice prévaut en cas de conflit, cela ne ressort pas clairement des articles tels qu'ils sont actuellement rédigés, et il peut d'ailleurs y avoir des circonstances dans lesquelles tel ne devrait pas être le cas.

OBSERVATIONS RELATIVES À CERTAINS ARTICLES

Article 3

8. Les États-Unis recommandent de remplacer, au paragraphe 2, le membre de phrase « ne porte pas atteinte, de façon sensible » par les mots « ne cause pas de dommage significatif ». La raison pour laquelle il convient

de remplacer « appréciable » par le mot « significatif » a été expliquée dans les commentaires généraux ci-dessus. En outre, les États-Unis considèrent que la signification des mots « de façon » n'est pas claire et prête à confusion, étant donné qu'ils n'apparaissent pas dans d'autres articles, par exemple à l'article 7. Selon l'approche des États-Unis, un dommage localisé, s'il était « significatif », tomberait sous le coup du projet d'articles, même s'il ne portait pas atteinte à l'utilisation des eaux « de façon significative ».

9. Les États-Unis appuient l'approche consistant à faire de cet article une disposition-cadre, comme cela est d'ailleurs le cas dans la Convention d'Helsinki. En outre, ils estiment qu'il faudrait déplacer les articles 8 et 26 de manière qu'ils précèdent l'article 3 afin de bien montrer qu'ils ont priorité. L'objectif primordial du projet d'articles est la coopération en ce qui concerne l'utilisation et la protection des cours d'eau transfrontières. Un accord n'est qu'un moyen parmi d'autres de parvenir à cette fin, comme cela est stipulé au paragraphe 1 de l'article 3, en ne rendant pas un accord obligatoire.

Article 4

10. Les États-Unis éprouvent des doutes quant à la signification du paragraphe 2, car l'expression « ne s'appliquant » est ambiguë. Si ces mots sont synonymes de « n'affectant sensiblement », ils n'ajoutent rien au paragraphe 2 de l'article 4. Si le verbe « s'appliquer » signifie « régir » ou « réglementer », les dispositions de ce paragraphe sont une tautologie car tous les États du cours d'eau doivent être parties à un accord réglementant un cours d'eau se trouvant entièrement sur leur territoire.

11. Pour les mêmes raisons que celles indiquées *supra* au paragraphe 8, il conviendrait, au paragraphe 2, de remplacer les mots « risque d'être affectée de façon sensible » par les mots « risque de subir un dommage significatif ».

Article 5

12. Les États-Unis appuient le principe de l'utilisation équitable. Ils relèvent cependant que, dès lors que l'utilisation faite par un État est contraire aux obligations qui lui incombent de ne pas causer d'effet sur le territoire d'un autre État, il existe une tension inexorable entre les différentes utilisations. Bien que l'on puisse ménager des accommodements pour concilier ces principes concurrents, souvent sur la base des circonstances propres à chaque cas d'espèce, il convient d'éviter les tensions dans la mesure du possible. Il importe, par conséquent, que l'application de l'article 7 ne soit pas déclenchée par un dommage qui n'est pas « significatif ».

Article 6

13. Les États-Unis appuient l'idée qui sous-tend le paragraphe 2, mais pensent qu'il fait double emploi avec l'article 8 et le paragraphe 2 de l'article 10. La CDI devrait par conséquent envisager de le supprimer.

⁶ *Annuaire... 1990*, vol. II (1^{re} partie), p. 41, doc. A/CN.4/427 et Add.1.

Article 7

14. Outre les points soulevés *supra* au paragraphe 2, les États-Unis pensent qu'il faudrait, soit dans ce projet d'articles lui-même, soit dans le commentaire, indiquer clairement que cet article reflète une obligation de moyens (il s'agit en fait de diligence due) plutôt qu'une obligation de résultats.

15. Par ailleurs, les États-Unis engagent instamment la CDI à étudier les effets que cet article peut avoir sur des mécanismes orientés vers le marché, comme les régimes de permis cessibles de pollution et d'émission. Ces mécanismes permettent aux opérateurs sur le marché de décider, dans certaines limites, s'il est plus efficace pour eux de limiter telle ou telle activité ou de payer une prime pour la poursuivre. Comme il se peut que ce soient des personnes et non des États qui décident d'utilisations spécifiques qui peuvent causer un dommage à un cours d'eau, il n'est pas certain que de tels mécanismes soient conformes à l'article 7. La CDI devrait veiller à ce que cet article n'empêche pas d'adopter de telles politiques.

Article 10

16. Les États-Unis proposent, au paragraphe 2 de cet article, de se référer à l'article 8, qui énonce les bases de la coopération entre les États, comme étant l'un des articles à consulter pour régler les problèmes que peuvent poser des utilisations concurrentes.

Article 25

17. Les États-Unis attachent une grande importance à la nécessité de prévenir les situations d'urgence et de mitiger leurs effets. C'est ainsi, par exemple, qu'ils ont conclu des accords concernant les plans à mettre en œuvre conjointement dans le cas de situations d'urgence en mer avec le Mexique, le Canada et l'ancienne Union soviétique, et qu'ils ont participé activement à la mise au point de mesures d'urgence dans le cadre de la CEE, de l'OCDE et de l'OMI, ainsi que dans le cadre d'accords régionaux comme la Convention pour la protection et la mise en valeur du milieu marin dans la région des Caraïbes, qui comporte un protocole sur les mesures d'urgence à prendre en cas de pollution par les hydrocarbures.

Article 26

18. Voir *supra* paragraphe 4. Les États-Unis se demandent si les éléments de la « gestion » mentionnés dans cet article sont réellement un exemple des obligations qui incombent aux États en matière d'utilisation « équitable et raisonnable ». Selon les États-Unis, il ne faudrait pas ajouter des obligations autres que celles reflétées à l'article 5. Comme suggéré *supra* au paragraphe 5, les concepts de « mise en valeur durable » et d'utilisation « rationnelle et optimale », dans la mesure où ils ont une signification propre, devraient être incorporés au paragraphe 1 de l'article 6, qui indique les facteurs à prendre en considération pour déterminer si une utilisation est « équitable et raisonnable ». Si ces concepts n'ont pas de signification propre, les expressions en question devraient être remplacées par celles employées au paragraphe 1 de l'article 6.

Article 29

19. Les États-Unis appuient la conclusion selon laquelle les règles applicables dans ce domaine sont celles qui s'appliquent aux conflits armés.

Article 32

20. Les États-Unis appuient sans réserve le principe de non-discrimination, spécialement dans le contexte de la participation du public aux procédures relatives aux menaces pouvant peser sur un cours d'eau international. Les États-Unis relèvent, toutefois, qu'un tribunal américain pourrait contester le droit d'agir d'un demandeur, notamment pour le motif que l'intéressé ne réside pas dans la région du cours d'eau international dont il s'agit et ne peut donc pas établir l'existence d'un préjudice quelconque. Le droit international n'exige pas, et ne devrait pas exiger, que le droit d'agir du requérant soit reconnu en pareilles circonstances.

21. De l'avis des États-Unis, cet article ne devrait pas être interprété comme exigeant d'un État qu'il prévoie des procédures ou des recours autres que ceux qui sont déjà ouverts à ses propres citoyens. La pratique récente dans la région de la CEE, par exemple, veut que la possibilité offerte au public de la partie touchée « soit équivalente à celle qui est offerte à son propre public » (Convention d'Espoo, art. 2, par. 6). Les paragraphes 2 et 3 de l'article 9 de la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels contiennent des dispositions comparables.

CONCLUSION

22. Les États-Unis sont heureux d'avoir eu la possibilité de formuler ces commentaires et ces observations.

Finlande

[Voir Pays nordiques]

Grèce

[Original : français]
[3 février 1993]

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Le projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation contient, en principe, des dispositions qui sont en général acceptables par le Gouvernement hellénique. En effet, ce projet a réussi à concilier, dans l'ensemble, les droits et intérêts antagonistes qui sont en présence dans ce domaine — ceux, d'une part, des pays en amont et ceux, d'autre part, des pays en aval. Par conséquent, il suit la bonne direction et constitue ainsi une excellente base de travail.

OBSERVATIONS RELATIVES À CERTAINS ARTICLES

Article 2

2. Le Gouvernement hellénique a constaté que la Commission a adopté, selon l'article 2 du projet, la notion de système de cours d'eau internationaux. Il aurait cependant préféré l'adoption de la notion moderne de « bassin hydrographique international » qui, scientifiquement, est plus complète et plus solide. D'autre part, il faut considérer comme un point positif le fait que le champ d'application du projet s'étend également aux eaux souterraines du système.

Articles 5 à 7

3. Les articles 5 et 6 peuvent être considérés comme les piliers du projet, car ils déterminent, en réalité, la conduite des États riverains en ce qui concerne l'utilisation du cours d'eau sur leurs territoires respectifs. Cette utilisation devra être équitable et raisonnable. L'emploi de la notion d'équité dans le cadre des relations en matière de cours d'eau internationaux est tout à fait pertinent. Toutefois, il faudrait souligner que l'équité n'est pas une notion située en dehors du droit, une sorte de solution *ex aequo et bono*, mais qu'elle est, au contraire, une règle juridique imposée par le droit international coutumier. L'équité est donc une notion contrôlable, obéissant à des critères déterminés, qui sont ceux énumérés dans l'article 6.

4. L'article 7 du projet prévoit l'obligation de ne pas causer de dommages appréciables. De l'avis du Gouvernement hellénique, le terme « dommages sensibles », étant plus proche de la pratique actuelle dans ce domaine, aurait dû être préféré. Il en va de même pour les articles du projet dans lesquels le même terme est employé.

Article 10

5. Quant à l'article 10, qui prévoit le rapport entre les utilisations, le Gouvernement hellénique croit qu'il faudrait, même à titre d'exception, tenir compte de certains intérêts spécifiques, notamment en ce qui concerne des fleuves de dimension modeste, tels que la protection de la santé publique et la préservation de la qualité de l'eau à usage domestique et agricole, intérêts qui peuvent avoir une importance vitale pour certaines régions.

Articles 11 à 18

6. Les articles 11 à 18 établissent un mécanisme qui paraît être à la fois réaliste et efficace. Cependant, selon l'opinion du Gouvernement hellénique, le délai de six mois qui est prévu est court. Il faudrait donc prévoir, notamment en ce qui concerne l'article 13, un délai d'au moins un an. Autrement, les États, ne disposant pas de temps suffisant pour étudier et évaluer les effets éventuels, auraient tendance à s'opposer, dans tous les cas, aux projets qui leur seraient notifiés.

Article 19

7. L'article 19, qui permet à l'État concerné d'agir unilatéralement en cas d'extrême urgence, situation

d'ailleurs qu'il appréciera lui-même, rompt l'équilibre que le projet veut établir en l'occurrence et mine le système de sauvegarde qui repose sur les articles 12 et suivants. Dans la pratique, les abus et les faits accomplis seraient inévitables. Par conséquent, cet article devrait, selon l'opinion du Gouvernement hellénique, faire l'objet d'un réexamen attentif.

Articles 20 à 25

8. Les dispositions des articles 20 à 25 semblent être satisfaisantes dans leur ensemble. Elles s'inspirent largement de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, ainsi que d'autres instruments juridiques internationaux pertinents relatifs, notamment, à la lutte contre la pollution des eaux. En particulier, le Gouvernement hellénique appuie l'utilisation du terme « écosystème » qui est une notion sûre et scientifiquement approuvée.

9. Le Gouvernement hellénique pense que le paragraphe 2 de l'article 21 n'a pas encore atteint un équilibre souhaitable entre les droits des pays en amont et ceux des pays en aval. En effet, en dehors de la prévention, de la réduction et de la maîtrise de la pollution, il faudrait prévoir également dans ce paragraphe, ne serait-ce que sous certaines conditions, le cas de l'élimination de la pollution. De même, dans l'article 24, faudrait-il, après les mots « prévenir » et « atténuer », ajouter les termes « maîtriser » et, si possible, « éliminer ».

Articles 26 à 29

10. L'importance des articles 26 et 27, portant respectivement sur les questions de la gestion et de la régularisation du débit des cours d'eau internationaux, est évidente et leur formulation est en général satisfaisante. Il en est de même de l'article 28 concernant l'entretien et la protection des installations. L'article 29 sur la protection des cours d'eau internationaux et leurs installations en période de conflit armé a bien sa place dans le projet. Il traite avec prudence une question délicate.

Article 32

11. Le Gouvernement hellénique, sans nier l'importance du principe qui est énoncé à l'article 32, intitulé « Non-discrimination », est tout de même d'avis que cette disposition dépasse le cadre du projet en question. Il s'agit, en réalité, du droit de l'accès à la justice, c'est-à-dire d'une question qui est réglée par d'autres instruments du droit international. Par conséquent, il faudrait examiner encore l'opportunité d'inclure une telle disposition dans le projet.

CONCLUSION

12. Enfin, il n'y a pas de doute que le projet doit être complété par des dispositions portant sur la question du règlement des différends. Vu la nature du sujet, ces dispositions devraient se référer plutôt aux procédures de règlement contraignantes, à savoir l'arbitrage et le règlement judiciaire.

13. Le Gouvernement hellénique se réserve le droit d'apporter ultérieurement des observations supplémentaires sur ce projet d'articles.

Hongrie

[Original : anglais]
[13 mai 1993]

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Pour évaluer le projet d'articles concernant le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, de la CDI, on peut prendre pour point de départ la réponse du Gouvernement hongrois au questionnaire de la Commission de 1975 qui, *grosso modo*, admettait la nécessité de codifier ce domaine du droit international¹. Cette réponse mettait l'accent sur le fait que les accords de gestion de l'eau qui étaient en vigueur à l'égard de la Hongrie n'avaient servi que partiellement les intérêts hongrois. Le Gouvernement hongrois indiquait dans la même réponse sa préférence pour l'application du concept de bassin hydrographique.

2. De l'avis du Gouvernement hongrois, le projet le plus récent de la Commission mérite, *dans l'ensemble, d'être approuvé* et peut constituer une bonne base pour une convention internationale juridiquement contraignante. Il n'y a aucune antinomie entre ce point de vue et le fait que la présente réponse comporte également certaines observations critiques.

3. À ce jour, les résultats de la codification entreprise par la CDI traduisent le fait que la communauté internationale, dans son ensemble, a désormais admis l'existence de principes et de règles de droit international général régissant les relations entre États en ce qui concerne les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. Le droit international général — même en l'absence de traités — limite la liberté d'action des États du cours d'eau. Le projet d'articles dégage ces principes généraux et règles de droit international, et son autorité est supérieure à celle des résolutions adoptées par des associations internationales du domaine juridique, comme l'Institut de droit international ou l'Association de droit international. Comme d'autres exemples l'ont également démontré, *même un projet est susceptible de devenir une composante de l'usage international, d'être un point de référence*, tant lors de négociations visant à la conclusion de conventions internationales que dans le cadre de différends se rapportant à l'utilisation de cours d'eau internationaux.

4. Il aurait pu sembler plus logique d'inclure les différentes définitions (art. 21, par. 1, art. 25, par. 1, art. 26, par. 2, et art. 27, par. 3), dans un seul article, éventualité visée dans le commentaire lui-même²; la méthode employée dans le projet, qui ne donne à l'article 2 que la définition d'un cours d'eau international et, par là même, la définition de l'État du cours d'eau, paraît néanmoins plus heureuse car elle souligne le poids particulier de cette notion, en définissant *le champ d'application territorial* des règles générales énoncées dans le projet.

¹ *Annuaire... 1976*, vol. II (1^{re} partie), p. 155 et suiv., doc. A/CN.4/294 et Add.1.

² *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 73, paragraphe 8 du commentaire sur l'article 2.

5. La mention de l'*obligation générale de coopérer* (art. 8) parmi les principes généraux (deuxième partie) pose davantage de problèmes. On suppose que cette obligation générale est identique au principe de coopération — la seule différence tenant à la définition d'un objectif concret de coopération, parvenir à l'utilisation optimale et à la protection adéquate —, lequel a un caractère plus global puisqu'il figure dans des documents comme la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies³ ou l'Acte final d'Helsinki⁴. Même sous un angle pratique, il serait préférable d'inclure dans une obligation générale de coopérer *les différents modes de coopération*, dont l'échange régulier de données (art. 9), les obligations de procédure concernant des projets (art. 11 à 19), ainsi que la gestion (art. 26) et la régularisation (art. 27), qui seraient supprimées des dispositions diverses.

OBSERVATIONS RELATIVES À CERTAINS ARTICLES

Article premier

6. Dans sa précédente réponse apportée au questionnaire de la CDI, le Gouvernement hongrois a déjà appuyé l'interprétation extensive de la notion d'utilisation à des fins autres que la navigation, comprenant les utilisations des cours d'eau et de leurs eaux et les mesures de conservation et de protection. Cet article du projet est conforme à cette interprétation.

Article 2

7. *En définissant l'expression « cours d'eau international »*, le projet définit aussi la portée territoriale des règles qui y sont contenues. Depuis près de vingt ans que dure l'histoire de la codification, la définition de l'expression « cours d'eau international » n'a cessé de constituer le problème le plus ardu et le plus controversé. D'emblée, la conception « traditionnelle » et restrictive du cours d'eau international (l'origine de l'expression remonte au Congrès de Vienne de 1815), réservant cette appellation à un cours d'eau qui constitue ou traverse une frontière, s'est heurtée à l'interprétation large qui identifie — sous l'effet principalement des Règles d'Helsinki⁵ — le cours d'eau international au bassin de drainage (ou selon une terminologie plus récente au « bassin hydrographique international ») ou au système de cours d'eau international (le commentaire⁶ se réfère à ce propos au Traité de Versailles). L'hypothèse de travail acceptée par la CDI en 1980⁷ tentait de résoudre le conflit entre les deux conceptions, en introduisant un terme fonctionnel qui créait un lien entre la nature internationale du cours d'eau et ses effets transfrontières : si

³ Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, annexe.

⁴ *Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe*, signé à Helsinki le 1^{er} août 1975 (Lausanne, Imprimeries réunies).

⁵ Règles d'Helsinki sur les utilisations des eaux des fleuves internationaux, adoptées par l'Association de droit international en 1966; voir ILA, *Report of the Fifty-second Conference, Helsinki, 1966*, Londres, 1967, p. 484 et suiv.; reproduit en partie dans *Annuaire... 1974*, vol. II (2^e partie), p. 396, doc. A/CN.4/274, par. 405.

⁶ *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 73, paragraphe 9 du commentaire sur l'article 2.

⁷ *Annuaire... 1980*, vol. II (2^e partie), par. 90.

les conséquences d'une mesure appliquée à un système hydrologique affectent le territoire d'un autre État du cours d'eau, il s'agit d'un cours d'eau international; dans le cas contraire, le cours d'eau n'est pas international.

8. Il pourrait cependant être utile d'énumérer les éléments majeurs d'un « cours d'eau international », que l'on trouve dans le commentaire, notamment les nappes⁸; on peut, par ailleurs, approuver l'exclusion des eaux souterraines captives, non liées aux eaux de surface.

Articles 3 et 4

9. Les articles 3 et 4 peuvent être considérés comme deux des dispositions clés du projet. Ils partent de prémisses réalistes, étayées tant par les précédents que par des considérations théoriques, à savoir que le meilleur moyen de réglementer les relations internationales relatives aux utilisations à des fins autres que la navigation est la conclusion par les États du cours d'eau de traités internationaux, qualifiés dans le projet d'accords de cours d'eau.

10. L'utilité et la nécessité de conclure des accords de cours d'eau sont généralement reconnues dans le commentaire sur l'article 3⁹ et s'accordent avec l'idée fondamentale de la réponse de 1976 du Gouvernement hongrois.

11. Une telle démarche aboutit à une ambivalence des réglementations relatives aux cours d'eau internationaux, qui, d'une part, relèvent des accords de cours d'eau et, d'autre part, se rapportent aux principes généraux et règles codifiés dans le projet. Cette double nature de la réglementation en droit international crée néanmoins des problèmes sur les deux terrains.

12. Le commentaire attribue deux fonctions aux principes généraux et règles codifiés dans le projet : d'une part — en l'absence d'un accord de cours d'eau — ils définissent les droits et obligations des États du cours d'eau¹⁰; d'autre part — en tant qu'accord-cadre¹¹ — ils énoncent les principes directeurs des accords de cours d'eau à conclure. La validité de cette dernière fonction ne peut guère être mise en cause, mais il est difficile de déterminer s'il serait possible d'appliquer directement chacun de ces principes généraux et règles, si ces derniers pourraient — en l'absence d'accord — définir avec la précision attendue les droits et obligations des États du cours d'eau.

13. Le projet d'articles laisse aux États du cours d'eau le soin de décider s'ils veulent conclure des accords de cours d'eau et leur donne toute latitude pour en définir le champ d'application territorial et l'objet (*ratione materiae*). En d'autres termes, il n'existe aucune obligation de conclure des accords¹² (le projet s'inscrit ici dans la

logique de la sentence arbitrale rendue dans l'affaire du *Lac Lanoux*)¹³, mais tout État du cours d'eau a droit à un *pactum de contrahendo*, c'est-à-dire qu'il a le droit d'engager des négociations en vue de conclure un accord.

14. S'il y a plus de deux États du cours d'eau relativement à un cours d'eau international, d'autres problèmes doivent être pris en compte. Le projet d'articles traite de la situation où une utilisation du cours d'eau par un État du cours d'eau risque d'être affectée de façon sensible. De l'avis de Gouvernement hongrois, les textes anglais (*appreciable extent*) et français (« de façon sensible ») ne sont pas parfaitement en accord du fait qu'un accord de cours d'eau est limité dans son champ d'application territoriale ou son objet. Cet État a le droit de participer aux négociations relatives à l'accord et de devenir partie à celui-ci¹⁴. Mais le problème n'est pas totalement réglé car rien n'est dit de ce qui se passerait si les parties à l'accord — censément bilatéral —, qui porte atteinte de façon sensible à l'utilisation du cours d'eau par un État tiers, ne reconnaissent pas les droits de ce dernier ou rendent son intervention impossible.

15. Selon le projet d'articles, le but des accords de cours d'eau est d'appliquer les principes généraux et règles et de les adapter à la situation concrète. Cela laisse suffisamment de marge à des considérations spécifiques, puisque, s'il doit être tenu compte lors de la conclusion d'accords de ces principes et règles¹⁵, c'est en tant que principes directeurs¹⁶. Même ainsi, l'article 3 n'est pas dépourvu d'ambiguïté, et comporte, de l'avis du Gouvernement hongrois, une certaine force, comme l'atteste l'absence de la formule « sauf dispositions contraires d'un traité international ». Même dans ce dernier cas, le problème peut se poser — cela ressort par exemple du commentaire relatif aux Règles du droit international applicables à la pollution transfrontière (Règles de Montréal) selon lequel

Les États intéressés sont libres de convenir d'un degré supérieur de protection [...] un tel accord ne pouvant disposer des droits d'autres États ni exonérer un État de la responsabilité de protéger l'environnement¹⁷. »

et également de l'article premier des Règles d'Helsinki.

16. Si les droits d'autres États du cours d'eau, ou simplement d'autres États (les « États différemment lésés », visés par le Rapporteur spécial sur le sujet de la responsabilité des États, M. Arangio Ruiz, dans son troisième rapport)¹⁸ se trouvent lésés du fait de l'abandon, l'exclusion, ou la modification des principes et règles contenus dans le projet, sous le prétexte de les « appliquer et adapter », *suffirait-il alors de recourir aux règles*

¹³ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (numéro de vente : 63.V.3), p. 281.

¹⁴ Voir le commentaire sur l'article 4, initialement adopté en tant qu'article 5, dans *Annuaire... 1987*, vol. II (2^e partie), p. 31, par. 2.

¹⁵ Voir le paragraphe 5 du commentaire sur l'article 3 (*supra* note 9).

¹⁶ Voir le paragraphe 2 du commentaire sur l'article 3 (*ibid.*)

¹⁷ ILA, *Report of the Sixtieth Conference, Montreal, 1982*, Londres, 1983, p. 158, paragraphe 2 du commentaire sur l'article premier des Règles.

¹⁸ *Annuaire... 1991*, vol. II (1^{re} partie), p. 28, doc. A/CN.4/440 et Add.1, par. 89 à 95.

⁸ *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 72 et 73, paragraphe 5 du commentaire.

⁹ Voir le commentaire sur l'article 3, initialement adopté en tant qu'article 4, dans *Annuaire... 1987*, vol. II (2^e partie), p. 28 à 31, notamment le paragraphe 2 *in fine*.

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*, par. 3 *in fine*.

¹² *Ibid.*, p. 30, par. 18 à 20 du commentaire.

de la responsabilité juridique internationale, ou ne faudrait-il pas que le projet prévoie une procédure propre ?

17. Un autre problème soulevé par les rapports entre l'accord de cours d'eau et les principes généraux et règles est que ces derniers intéressent aussi des notions qui sont, par définition, mouvantes et dont l'importance et le poids évoluent dans le temps¹⁹. Il s'agit, par exemple, des conditions techniques qui jouent sur l'appréciation d'une utilisation raisonnable et équitable et des intérêts de la protection de l'environnement. De quelle façon l'évolution des principes généraux et règles pourrait-elle à son tour affecter les accords de cours d'eau, cette évolution pourrait-elle être qualifiée de changement substantiel de circonstances, ou faut-il adapter les traités en vigueur (en particulier les plus anciens) aux nouvelles circonstances ? (Cette idée est envisagée, par exemple, dans la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux.)

Articles 5 à 10

18. Le titre de la deuxième partie (Principes généraux) n'est pas très heureux. Seules trois des obligations peuvent répondre aux critères traditionnels d'un principe juridique, à savoir les principes d'utilisation équitable et raisonnable, l'obligation de ne pas causer de dommages et la coopération. De l'avis du Gouvernement hongrois, l'échange régulier de données et d'informations constitue plutôt une obligation générale, tandis que l'absence de hiérarchie entre les utilisations du cours d'eau est davantage une conséquence du principe de participation raisonnable et équitable et devrait donc plutôt figurer à la suite de l'article 6.

19. Les principes susvisés d'utilisation des eaux trouvent leur origine dans le droit international coutumier, mais on peut aussi déceler une évolution progressive du droit. L'utilisation raisonnable et équitable ainsi que l'obligation de ne pas causer de dommages, en tant que paire de principes, figurent déjà dans la résolution adoptée par l'Institut de droit international, à sa session de Salzbourg, en 1961²⁰. Par contre, les Règles d'Helsinki ne reconnaissent qu'un principe clef (art. V.), celui d'une participation raisonnable et équitable. Si l'Association de droit international — en s'éloignant du concept mentionné — ajoute, dans sa résolution sur le droit relatif aux eaux souterraines internationales²¹, l'obligation de ne pas causer de dommages au principe de participation raisonnable et équitable, la résolution adoptée par l'Institut de droit international, à sa session d'Athènes, en 1979²², néglige — au moins dans le domaine de la protection contre la pollution — le principe de participation raisonnable et équitable.

20. S'agissant de l'évolution du droit, il faut définir d'abord l'essence des principes puis leurs relations mutuelles.

21. Le principe de l'utilisation raisonnable et équitable, décrit à l'article 5, comporte, de prime abord, un élément axiomatique qui semble particulièrement important, en ce qu'il affirme le droit de l'État du cours d'eau, en tant qu'attribut de sa souveraineté, d'utiliser le cours d'eau²³. La limite immanente de ce droit est le droit égal et corrélatif d'autres États du cours d'eau à l'utilisation et aux avantages de celui-ci.

22. La limite inhérente à l'utilisation raisonnable et équitable en soi — hormis les cas extrêmes (comme la privation manifeste de l'État du cours d'eau de son droit à l'utiliser)²⁴ — n'emporte pas pour autant délimitation des droits d'utilisation ni des obligations de protéger les eaux contre tout dommage. Autrement dit, la conclusion d'un traité international, d'un accord de cours d'eau est indispensable à la réalisation du principe susvisé. En cas de conflits d'utilisations, des accords particuliers de cours d'eau seraient le meilleur moyen de procéder à des ajustements ou accommodements²⁵; d'autre part, suivant le commentaire de l'article 7,

un État du cours d'eau ne peut pas justifier une utilisation qui cause des dommages appréciables à un autre État du cours d'eau au motif que cette utilisation est « équitable », s'il n'existe pas d'accord entre les États du cours d'eau intéressés»²⁶.

23. Les facteurs précités déterminent le rapport entre les principes de l'utilisation raisonnable et équitable et la règle de l'absence de dommages. À première vue, on pourrait les considérer comme des principes jumeaux, entre lesquels les parties intéressées pourraient choisir selon les besoins. Cependant, la Commission — comme cela est spécifiquement reconnu par M. McCaffrey²⁷ — a décidé de faire prévaloir la règle de l'absence de dommages, en assignant un rôle subalterne au principe d'utilisation équitable. Les motifs de cette décision sont les suivants : a) la clarté et la facilité d'application de la règle de l'absence de dommages comparée au caractère très souple de la règle de l'utilisation équitable, qui exige la mise en balance d'un certain nombre de facteurs; b) la règle de l'absence de dommages offre une meilleure protection à l'État le plus faible ou l'État d'aval; et c) le principe de l'utilisation raisonnable et équitable est moins efficace pour régler les problèmes liés à la pollution et à la protection de l'environnement.

Article 7

24. Le projet d'articles ne considère comme pertinents que les dommages appréciables. L'accent mis sur le caractère appréciable des dommages soulève non seule-

¹⁹ Voir la résolution de l'Institut de droit international relative au problème intertemporel en droit international public (*Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 56, 1975, p. 340).

²⁰ « Utilisation des eaux internationales non maritimes (en dehors de la navigation) », *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 49, t. II, 1961, p. 370 à 373.

²¹ ILA, *Report of the Sixty-second Conference, Seoul, 1986*, Londres, 1987, p. 238 et suiv.

²² « La pollution des fleuves et des lacs et le droit international », *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 58, t. II, 1980, p. 196.

²³ Pour le commentaire de l'article 5, initialement adopté en tant qu'article 6, voir *Annuaire... 1987*, vol. II (2^e partie), p. 32 à 37, notamment paragraphe 8 *in fine*.

²⁴ *Ibid.*, p. 31, par. 2 *in fine*.

²⁵ *Ibid.*, p. 32, par. 9 *in fine*.

²⁶ Pour le commentaire de l'article 7, initialement adopté en tant qu'article 8, voir *Annuaire... 1988*, vol. II (2^e partie), p. 37 à 43, notamment p. 38, par. 3.

²⁷ « The International Law Commission and its efforts to codify the international law of waterways », *Annuaire suisse de droit international*, vol. XLVII, 1990, p. 32 à 53.

ment un problème d'interprétation mais crée aussi une distinction juridique entre deux degrés de dommages. La thèse selon laquelle les dommages insignifiants ou mineurs sont dépourvus d'intérêt est manifestement exacte. Néanmoins, la maxime *de minimis non curat praetor* fait implicitement partie de tout instrument juridique. L'insistance sur la portée « appréciable » des dommages amène à conclure qu'il doit exister des effets dommageables dans la « zone grise » qui sépare le dommage *de minimis* (qui peut être passé sous silence dans l'instrument) et le dommage appréciable.

25. Vu que la règle de l'*absence de dommages* interdit de causer des dommages appréciables, tout acte contraire à cette règle est une violation du droit international, dont l'illégalité ne pourrait être exclue que par un accord visant à la réalisation d'une utilisation raisonnable et équitable.

26. Le Gouvernement hongrois estime qu'il faudrait compléter la règle de l'*absence de dommages* par une obligation générale de prévention, qui ne devrait pas être exclusivement limitée à la protection contre la pollution (comme c'est le cas à l'article 21). Cela s'accorderait avec la théorie du système — qui gagne actuellement du terrain — d'analyse des effets. Comme le mentionne M. McCaffrey, dans l'article cité *supra* au paragraphe 23, ce problème a surgi aussi dans le cadre des travaux de la CDI, posant la question du critère de responsabilité applicable à la violation de la règle de l'*absence de dommages*. Le Gouvernement hongrois estime que cette question pourrait être réglée de manière satisfaisante par une obligation générale de prévention. Néanmoins, les conséquences de sa violation doivent être fixées conformément aux règles de la responsabilité internationale.

27. L'article 28 relatif aux installations est étroitement lié à l'obligation générale de prévention qui, structurellement, aurait dû être insérée ici. Relève aussi de l'obligation de prévention la règle formulée dans le cadre de l'affaire du *Lac Lanoux*, selon laquelle sont prohibés

la construction et le fonctionnement d'installations anormales, c'est-à-dire d'installations excédant les risques techniquement et politiquement normaux.*

La Hongrie accorde une importance considérable à cette règle.

28. Le paragraphe 1 du commentaire sur l'article 7 identifie l'obligation de ne pas causer de dommages à la maxime *sic utere tuo ut alienum non laedas*²⁸. Selon des auteurs faisant autorité (Oppenheim, Lauterpacht, Starke et d'autres)²⁹, la règle précitée exprime l'interdiction de l'abus de droit, qui est manifestement beaucoup plus étroite que l'obligation générale de ne pas causer de dommages.

Articles 11 à 19

29. Tout comme l'interdiction de causer des dommages (et les dispositions relatives à la protection de

l'environnement), les articles 11 à 19 relèvent du groupe de règles dont l'application ne requiert pas la conclusion d'accords de cours d'eau. Hormis les dispositions fixant des délais concrets, la troisième partie (Mesures projetées) du projet d'articles codifie le droit international coutumier. Il aurait cependant été utile de citer le différend qui a surgi lors de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement³⁰ quant à l'obligation de prévoir une notification. Le Gouvernement hongrois n'a que deux observations à exprimer sur la formule employée par le projet.

30. Premièrement, il serait souhaitable d'insérer un *pactum de contrahendo* « en vue de négocier de bonne foi dans le but de conclure un accord de cours d'eau » au paragraphe 1 de l'article 17, ce qui serait conforme à la logique et aux dispositions spécifiques du projet (voir art. 4 et 5) et renforcerait les garanties de respect des principes généraux et des règles du droit international.

31. Deuxièmement, le paragraphe 2 de l'article 17 — qui reflète le précédent concept de participation raisonnable et équitable — stipule que les consultations et négociations se déroulent selon le principe que chaque État doit tenir raisonnablement compte des droits et des intérêts légitimes d'autres États³¹. Cette formulation est critiquable car il faut respecter les droits et non en tenir compte; c'est pourquoi l'obligation de tenir compte ne s'applique qu'aux intérêts. Pour une interprétation analogue, voir la sentence rendue dans l'affaire du *Lac Lanoux*.

32. L'objection du Gouvernement hongrois au mécanisme de notification-consultation est motivée par le fait que ce mécanisme limite la *procédure* à un seul cas. Cela découle déjà, notamment, du libellé du paragraphe 3 de cet article et du paragraphe 4 du commentaire s'y rapportant, à savoir : « Passé ce délai, l'État auteur de la notification peut procéder à la mise en œuvre de ses projets »³².

33. On pourrait néanmoins soutenir que les utilisations existantes et les installations en service pourraient avoir également de tels effets négatifs qui, ainsi, pourraient résulter de l'accumulation d'effets latents ou auraient un caractère imprévu [un exemple de la prise en considération de ce dernier type d'effets est fourni par l'Accord relatif à l'utilisation des ressources hydrauliques du Paatsojoki (Pasvik) conclu entre la Norvège et l'Union soviétique en 1957]³³. L'extension de l'obligation de consultation-notification à ce cas serait conforme à la règle de l'absence de dommages et à l'obligation de coopérer, et ne mettrait pas fin pour autant à l'application des droits à l'utilisation découlant de la souveraineté territoriale, qu'elle ne restreindrait que dans une faible mesure³⁴.

³⁰ Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.II.A.14), troisième partie, chap. VIII, par. 60.

³¹ Voir les articles VII et VIII des Règles d'Helsinki.

³² *Annuaire...* 1988, vol. II (2^e partie), p. 55 et 56.

³³ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 312, p. 274.

³⁴ Par analogie avec l'affaire du *Lac Lanoux*.

²⁸ Voir *supra* note 26.

²⁹ Voir J. Bruhács, *The Law of Non-navigational Uses of International Watercourses*, Dordrecht, Boston, Nijhoff, 1993.

Articles 20 à 23

34. La quatrième partie (Protection et préservation) du projet d'articles comprend — de l'avis du Gouvernement hongrois — les principes et règles du droit coutumier international qui se sont développés dans les domaines de la protection de l'environnement et de la lutte contre la pollution. Cette partie traite aussi de normes de droit international *in statu nascendi* se rapportant à ce sujet, parmi lesquelles, cela mérite d'être noté, les dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et les instruments élaborés par la CEE jouent aussi un rôle important (par exemple le paragraphe 2 du commentaire sur l'article 20³⁵, le paragraphe 1 du commentaire sur l'article 23³⁶ et l'article 24 dans son ensemble sont fondés sur la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer).

35. Il conviendrait de modifier l'article 20 relatif à la protection et la préservation des écosystèmes en y ajoutant l'obligation de rétablir l'environnement dans son état initial en cas de dommages. Une telle solution s'accorderait avec le paragraphe 2 de l'article 21 relatif à la pollution, qui exige que les États du cours d'eau réduisent et maîtrisent (ce dernier terme ne correspond d'ailleurs pas exactement au mot anglais *control*) la pollution, car, vraisemblablement, on peut aussi prévoir de réparer les dommages qui se sont déjà produits.

36. Enfin, il serait logique de transférer dans le texte de l'article 20 la définition du terme « écosystème » figurant au paragraphe 2 du commentaire³⁷.

37. L'article 21 traduit suffisamment le fait que la protection de la qualité de l'eau des cours d'eau internationaux impose des obligations plus strictes. Reste que l'énumération des dommages pertinents au paragraphe 2 paraît superficielle, voire troublante. À quoi sert de distinguer les dommages causés aux ressources vivantes de l'ensemble des dommages écologiques ? Il serait certes nécessaire de définir les formes de différents dommages, mais le mieux serait de le faire dans le cadre d'accords de cours d'eau — peut-être d'accords énonçant les dommages engendrant une obligation civile de réparer.

Articles 26 à 32

38. Comme indiqué *supra*, certaines des dispositions diverses (art. 27, 28, 30 et 31), logiquement liées à d'autres articles, auraient dû être déplacées.

39. Le Gouvernement hongrois approuve les dispositions relatives aux droits et obligations en période de conflit armé stipulées à l'article 29.

³⁵ Initialement adopté en tant qu'article 22. Pour le commentaire, voir *Annuaire...* 1990, vol. II (2^e partie), p. 58 à 61.

³⁶ Initialement adopté en tant qu'article 25. Pour le commentaire, *ibid.*, p. 65 et 66.

³⁷ Voir *supra* note 35.

Iraq

[Original : arabe]
[28 janvier 1993]

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Tous les articles et toutes les dispositions du projet concernant le droit relatif aux utilisations des cours d'eau à des fins autres que la navigation ainsi que le commentaire y relatif sont utiles et sont conformes à la conception de l'Iraq en ce qui concerne l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation.

2. Le paragraphe 4 du commentaire relatif à l'article 8¹ mentionne que l'expression « eaux transfrontières » a été utilisée dans les « Principes relatifs à la coopération dans le domaine des eaux transfrontières », adoptés par la CEE, en 1987. Cette expression est incompatible avec la définition d'un cours d'eau international. L'Iraq est d'avis que l'on ne doit pas tenir compte de cette expression, partout où elle se retrouve.

OBSERVATIONS RELATIVES À CERTAINS ARTICLES

Article 6

3. L'Iraq propose d'ajouter la disposition suivante à la fin de l'alinéa *d* du paragraphe 1 du projet d'article 6 :

« , en tenant compte de l'importance particulière qui doit être accordée aux utilisations existantes par rapport aux utilisations potentielles, au cas où il y aurait conflit entre elles ».

4. L'Iraq propose d'ajouter, au paragraphe 1 de l'article 6 du projet, un alinéa *g* qui stipulerait qu'il faut prendre en considération, pour déterminer le caractère équitable et raisonnable d'une utilisation, la qualité de l'eau arrivant sur le territoire de tous les États du cours d'eau.

Article 8

5. L'Iraq propose d'ajouter les mots « , si possible, » après les mots « l'utilisation optimale », car cette expression n'a pas de caractère restrictif et lierait l'application de cette disposition au progrès de la science et de la technologie.

Islande

[Voir Pays nordiques]

Norvège

[Voir Pays nordiques]

¹ Initialement adopté en tant qu'article 9. Pour le commentaire, voir *Annuaire...* 1988, vol. II (2^e partie), p. 43 à 45.

Pays-Bas

[Original : anglais]
[4 juin 1993]

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Avant d'examiner chaque article du projet concernant le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation séparément, le Gouvernement néerlandais voudrait porter une appréciation globale sur l'ensemble du projet et formuler quelques observations de caractère général sur la nature de l'instrument qui sera proposé après l'adoption du projet en deuxième lecture, sur certaines incohérences et sur plusieurs questions dont le projet ne semble pas tenir compte.

Appréciation globale

2. Le projet d'articles est dans l'ensemble positif, et la CDI a formulé des règles extrêmement pertinentes sur ces questions très complexes. Toutefois, pour être plus précis, le Gouvernement néerlandais tient à faire observer que son appréciation d'ensemble du projet et des divers articles qui le composent dépend, dans une large mesure, de la question de savoir s'il faut considérer le projet comme un projet de recommandation, un projet de déclaration ou un projet de traité. Pour les raisons indiquées au paragraphe 5, le Gouvernement néerlandais estime qu'il convient d'accorder la préférence à la première de ces options, c'est-à-dire considérer le projet comme un projet de recommandation. Dans cette hypothèse, le Gouvernement néerlandais juge le projet satisfaisant et, sous réserve de certaines modifications, il en recommanderait l'adoption.

3. Une deuxième partie des présents commentaires et observations porte sur les articles qu'il y aurait lieu de modifier. Si, toutefois, il était finalement décidé de faire du projet d'articles un projet de traité, le Gouvernement néerlandais tient à souligner que d'autres parties du projet appelleraient des modifications et qu'il faudrait, par conséquent, en revoir le texte.

Nature de l'instrument

4. Comme indiqué au paragraphe 2, le Gouvernement néerlandais est d'avis de ne pas faire du projet d'articles un instrument juridiquement obligatoire, mais de l'adopter en tant que recommandation de l'Assemblée générale des Nations Unies. Il reconnaît que plusieurs arguments militent en faveur d'un traité. Une réglementation juridiquement obligatoire des utilisations des cours d'eau internationaux pourrait, dans certains cas, préciser les droits et les obligations des États riverains et, partant, contribuer à l'adoption d'un accord international sur l'utilisation des cours d'eau internationaux. Dans certaines parties du projet d'articles du moins, la question traitée a été assez finement analysée pour que sa réglementation par voie de traité soit justifiée.

5. Mais le Gouvernement néerlandais accorde plus de poids à l'argumentation en faveur d'un texte qui ne soit pas juridiquement obligatoire. Il doute, en particulier,

que le sujet se prête à l'adoption d'un traité applicable dans le monde entier et spécifiant de façon suffisante les droits et les obligations des États. Vu les différences qui existent entre les fleuves, les intérêts largement contradictoires des États d'amont et des États d'aval et les grandes différences entre les régions, il serait difficile de parvenir à un accord sur un traité-cadre contenant des dispositions aussi détaillées. Pour ces motifs, le Gouvernement néerlandais incorporerait, de préférence, le projet d'articles dans une recommandation formulant des principes directeurs pour la conclusion d'accords contraignants sur tel ou tel cours d'eau.

6. À cet égard, le Gouvernement néerlandais tient à ajouter que le choix d'une recommandation n'empêcherait pas que certaines parties du projet d'articles soient considérées comme exprimant la coutume existante.

Incohérences

7. Le Gouvernement néerlandais relève un certain nombre d'incohérences dans la manière dont les articles ont été formulés. Dans certains cas, ces incohérences n'ont pas de raison apparente. Dans d'autres cas, ces raisons existent peut-être mais sont insuffisamment précises dans le commentaire des articles. Ces incohérences concernent, en particulier, la manière dont les obligations sont qualifiées. On ne voit pas toujours très bien pourquoi, dans les articles en cause, différents adjectifs sont employés pour qualifier les obligations. Par exemple, le paragraphe 2 de l'article 21 fait obligation aux États de prévenir la survenance d'un « dommage appréciable »; l'article 24 parle de prévenir les conditions qui sont « dommageables »; et l'article 25 concerne les situations dans lesquelles un « dommage grave » risque d'être causé. Dans certains cas, les raisons des diverses modifications apportées aux seuils sont clairement indiquées et concluantes (par exemple, dans le cas du seuil de notification à l'article 12); dans d'autres cas, le commentaire n'est pas satisfaisant.

8. Le projet d'articles gagnerait en clarté si la terminologie employée était cohérente. Toutes les fois qu'un libellé différent est choisi, le commentaire devrait dire pour quelles raisons il l'est et quelles seront ses conséquences sur le fond et la portée des obligations en cause.

Questions ignorées dans la réglementation

9. Le Gouvernement néerlandais regrette que plusieurs questions ne soient pas abordées dans le projet d'articles. Il relève, à cet égard, l'absence de toute disposition sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement (voir *infra* par. 11) et, notamment, de dispositions sur le règlement des différends.

10. L'absence de dispositions sur le règlement des différends est un point faible du projet. Vu que celui-ci, au cas où il prendrait la forme d'une recommandation, servirait de modèle pour la conclusion de traités sur tels ou tels cours d'eau, le Gouvernement néerlandais estime qu'il est essentiel d'y ajouter des règles pertinentes et efficaces pour le règlement des différends.

OBSERVATIONS RELATIVES À CERTAINS ARTICLES

Article premier

11. Le Gouvernement néerlandais juge souhaitable de préciser que, dans le commentaire se rapportant à l'article¹, il est indiqué que le terme « utilisations » des cours d'eau internationaux est à interpréter au sens large. Bien que, par exemple, la construction de digues par un État d'amont pour protéger ses terres contre des dégâts éventuels puisse affecter l'utilisation de l'eau par l'État d'aval, cette activité ne saurait être réputée être une « utilisation » au sens de l'article premier. Il conviendrait de rédiger le commentaire en tenant compte du lien étroit qui existe entre les activités de ce type et les domaines régis par le projet d'articles.

Article 2

12. En ce qui concerne l'article 2, le Gouvernement néerlandais tient à faire observer que la définition de l'expression « cours d'eau » risque de prêter à confusion dans son application. Selon cette définition, la Meuse et le Rhin, qui aboutissent à un point d'arrivée commun, devraient être considérés comme constituant un cours d'eau unique. Bien que les États riverains puissent définir eux-mêmes la coopération qu'ils souhaitent établir entre eux en vertu des dispositions de l'article 3, certaines des obligations visées dans le projet d'articles s'appliqueraient, en l'absence d'accord de cours d'eau, au cours d'eau pris dans son ensemble. On pourrait résoudre ce problème en modifiant la définition donnée, de manière à indiquer que les cours d'eau qui aboutissent à un point d'arrivée commun tout en suivant chacun son propre cours doivent être considérés comme des cours d'eau distincts aux fins du projet d'articles. Une autre solution serait de supprimer le membre de phrase « et aboutissant à un point d'arrivée commun », encore que cela revienne à supprimer une restriction.

13. L'article 2 ne précise pas où prend fin le cours d'eau qui se jette dans la mer. Or, comme cette précision pourrait à l'occasion revêtir de l'importance au regard du champ d'application du projet d'articles, il aurait été souhaitable d'en traiter à tout le moins dans le commentaire.

Article 3

14. Au cas où le projet d'articles revêtirait finalement la forme d'un traité sujet à ratification, les mots « applique », au paragraphe 1, et « appliquer », au paragraphe 3, seraient superfétatoires et devraient être supprimés. Il ne soulèverait pas d'objection à leur maintien au cas où le projet d'articles revêtirait la forme d'une recommandation.

Article 6

15. Le critère des « utilisations actuelles et potentielles du cours d'eau », à l'alinéa *d* du paragraphe 1, n'est pas explicite. Le Gouvernement néerlandais tient à souligner

¹ Initialement adopté en tant qu'article 2. Pour le commentaire, voir *Annuaire... 1987*, vol. II (2^e partie), p. 26 et 27, notamment le paragraphe 1 *in fine*.

qu'il est impossible de prendre pleinement en considération toutes les utilisations imaginables dans l'examen des intérêts prévu à l'article 6. Seules peuvent être prises en considération les utilisations qui sont jugées possibles dans le proche avenir.

Article 7

16. Le Gouvernement néerlandais juge souhaitable de préciser dans le commentaire qu'il s'agit là d'une obligation de diligence due, qui ne met pas en jeu la responsabilité objective. Pareille précision apparaît d'ailleurs dans le commentaire qui accompagne d'autres articles, à savoir le paragraphe 2 de l'article 21², l'article 24³ et le paragraphe 1 de l'article 28⁴.

Article 10

17. Les mots « ou de coutume », au paragraphe 1, devraient être supprimés ou, au moins, précisés. Tel qu'il est présentement libellé, l'article 10 pourrait tendre à l'octroi d'une priorité absolue aux utilisations actuelles par rapport aux utilisations nouvelles. Le Gouvernement néerlandais ne juge pas que ce résultat soit souhaitable, outre le fait que cette priorité ne serait pas compatible avec le paragraphe 1 de l'article 6, qui dispose que les utilisations actuelles ne sont qu'un des facteurs à prendre en considération. La situation serait évidemment différente si la protection des utilisations actuelles se fondait sur une règle de droit coutumier (régional). On pourrait ajouter dans le commentaire relatif à l'article un paragraphe distinct qui tiendrait compte de cette éventualité.

Article 16

18. Le Gouvernement néerlandais ne voit pas bien comment la responsabilité de l'État auteur de la notification serait engagée, au cas où l'État destinataire de la notification ne répondrait pas à la notification. Selon cet article, l'État à qui la notification a été adressée a la possibilité de tenir l'État auteur de la notification pour responsable au regard des articles 5 à 7. Selon le paragraphe 1 du commentaire relatif à l'article⁵, l'absence de réponse de l'État auquel une notification a été adressée peut être interprétée comme valant consentement tacite. Cet article pourrait se révéler contradictoire si l'État destinataire de la notification devait alors, ultérieurement, invoquer les projets d'articles 5 à 7 au cas où l'État auteur de la notification mènerait à bien les activités conformément à la notification.

19. Les obligations de procédure visées aux articles 12 et suivants sont, en principe, sans effet sur les obligations de fond visées aux articles 5 à 7. Les règles proposées par la CDI devraient donc être maintenues. L'absence de réponse à une notification peut, bien entendu, influencer sur la capacité de l'État auteur de la notification de prévoir les dégâts dus à l'activité envisagée, et,

² Initialement adopté en tant qu'article 23. Pour le commentaire, voir *Annuaire... 1990*, vol. II (2^e partie), p. 62 à 65, notamment par. 4.

³ Initialement adopté en tant qu'article 26. Pour le commentaire, *ibid.*, p. 66 et 67, par. 2.

⁴ Pour le commentaire, voir *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 78 et 79, notamment par. 2.

⁵ *Annuaire... 1988*, vol. II (2^e partie), p. 54.

partant, sur la mesure dans laquelle il peut être tenu pour responsable. Le Gouvernement néerlandais souhaiterait donc que le commentaire relatif à l'article 16 précise que l'absence de réponse à la notification ne doit pas être automatiquement interprétée comme valant consentement.

Article 20

20. Il y a lieu de clarifier le rapport entre le projet d'article 20 et les autres articles de la quatrième partie. Le commentaire indique :

Vu le caractère général de l'obligation énoncée dans l'article [...], la Commission a été d'avis qu'il devrait précéder les autres articles, plus spécifiques, de la quatrième partie⁶.

En conséquence, force est de conclure que l'article a pour but, non pas d'accorder des droits particuliers, subjectifs, mais d'introduire les dispositions qui suivent dans la quatrième partie. De l'avis du Gouvernement néerlandais, Il faut prévoir une obligation distincte de protéger les écosystèmes des cours d'eau internationaux, complétant les obligations qui découlent des dispositions ultérieures, plus spécifiques, de la quatrième partie. Cette obligation distincte porterait, notamment, sur la protection de la faune et de la flore, y compris la préservation de la diversité des espèces, dans la mesure où cette protection n'est pas garantie par l'obligation de prévenir la pollution.

21. L'article 20 a été formulé en des termes plus généraux que le paragraphe 2 de l'article 21. Il ne contient, en particulier, aucune notion restrictive comme celle de « dommage appréciable ». Si le but recherché est effectivement de donner un sens différent à l'article 20, le Gouvernement néerlandais recommande que l'on définisse la portée de cette obligation et que l'on indique pourquoi il y aurait éventuellement des différences avec le paragraphe 2 de l'article 21.

22. L'écosystème n'est défini que dans le commentaire. Cet article diffère donc des autres projets d'articles, qui contiennent dans leur texte une définition des déterminants de l'obligation considérée. S'il faut voir dans l'article 20 une disposition dont peuvent découler des droits subjectifs, le Gouvernement néerlandais juge essentiel que le terme « écosystème » soit défini de manière plus précise, surtout si le projet d'articles doit devenir un traité.

Article 21

23. Il conviendrait de modifier la formulation des objectifs du paragraphe 2 de l'article 21 en remplaçant l'obligation de prévenir, réduire *et* maîtriser la pollution par l'obligation de prévenir, réduire *ou* maîtriser la pollution, ces différentes mesures ne pouvant être prises simultanément.

24. Il est important que les observations faites à propos de l'article 7 en ce qui concerne l'obligation d'exercer la diligence due s'appliquent aussi au paragraphe 2 de l'article 21. Le commentaire qui accompagne ce dernier semble signifier que cette obligation ne s'impose que lorsqu'il s'agit de réduire et de maîtriser la pollution⁷,

sans que l'on sache clairement si une autre norme s'applique à la prévention. Il faudrait préciser aussi pourquoi il n'est pas question de responsabilité dans ce cas.

Article 24

25. Comme indiqué *supra* au paragraphe 7, contrairement au paragraphe 2 de l'article 21, cette obligation ne se limite pas à l'interdiction des activités causant un dommage appréciable, mais porte sur toutes les conséquences dommageables. Le Gouvernement néerlandais souhaiterait que les raisons de cette distinction soient expliquées.

26. En partie pour des raisons d'incohérence dans la formulation, le Gouvernement néerlandais ne trouve pas suffisamment claire la distinction faite entre les obligations contenues dans le paragraphe 2 de l'article 21, en particulier celles qui ont trait au « dommage à la santé ou à la sécurité de l'homme », et dans l'article 24, notamment celles relatives aux « maladies à transmission hydrique ». Il souhaiterait que l'article 24 ne soit applicable qu'aux dommages ayant des causes autres que la pollution. Il est en outre d'avis qu'il conviendrait d'harmoniser les obligations relatives à la pollution et celles applicables aux dommages ayant d'autres causes.

Article 25

27. L'observation relative à la formulation du paragraphe 2 de l'article 21 vaut aussi dans le présent cas, à savoir qu'il conviendrait de remplacer « et » par « ou » dans « prévenir, atténuer et éliminer », au paragraphe 3 de l'article.

Article 26

28. L'article 26 ne mentionne pas l'opportunité ou la nécessité d'institutionnaliser la coopération entre États riverains. Il s'agit là d'une lacune, compte tenu de l'importance que revêtent dans la pratique les institutions telles que les commissions fluviales. Le Gouvernement néerlandais juge souhaitable que l'article 26 soit amendé sur ce point, afin d'y mentionner les possibilités d'institutionnaliser la coopération et de s'assurer que l'expression « mécanisme mixte » couvre bien la création de commissions fluviales et d'autres cadres institutionnels possibles, surtout si le projet d'articles doit devenir une recommandation.

Article 27

29. De l'avis du Gouvernement néerlandais, il faudrait supprimer, au paragraphe 1 de cet article, l'expression « selon que de besoin », qui restreint indûment la portée de l'obligation de coopérer.

30. Par souci de cohérence, avec l'article 21, par exemple, il serait préférable de faire figurer dans le paragraphe 1 la définition qui se trouve actuellement au paragraphe 3.

Article 29

31. Étant donné que cet article n'impose pas de nouvelles obligations et n'a d'autre fonction que de rappeler aux États l'applicabilité du droit concernant les conflits

⁶ Initialement adopté en tant qu'article 22. Pour le commentaire, voir *Annuaire... 1990*, vol. II (2^e partie), p. 58 à 61, notamment par. 1.

⁷ Voir *supra* note 2.

armés, il n'aura probablement pas de conséquences pratiques. On peut aussi se demander si les États riverains de cours d'eau internationaux reprendront cette disposition dans les accords spécifiques qu'ils conclueront en application de l'instrument-cadre auquel le projet d'articles doit aboutir. Le mieux serait probablement de supprimer cet article.

Article 30

32. Le Gouvernement néerlandais n'est pas satisfait du texte proposé pour cet article. Il estime, en particulier, que la réserve introduite par l'expression finale « acceptée par eux » pourrait vider cette obligation de tout contenu pratique. Cette obligation serait renforcée si ladite expression était remplacée par « à leur disposition » ou si elle était carrément supprimée.

Article 32

33. Le Gouvernement néerlandais constate que l'article 32 est d'une portée très limitée. Il n'interdit que la discrimination touchant l'accès aux procédures juridictionnelles et administratives, sans stipuler que cet accès doit être possible. Le Gouvernement néerlandais estime souhaitable que l'article 32 soit amendé, de manière à s'assurer qu'il existe bien des procédures juridictionnelles nationales permettant l'accès aux procédures et, éventuellement, aux droits à indemnisation. Cela permettrait par ailleurs de mieux harmoniser le projet d'articles avec la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (Convention d'Espoo).

Questions particulières

Obligation de coopérer et règles institutionnelles

34. Les stipulations du projet d'articles concernant les obligations de coopérer sont en grande partie satisfaisantes. Certaines observations sur l'article 16 figurent *supra* aux paragraphes 18 et 19.

35. Le Gouvernement néerlandais note que les articles 11 à 19, relatifs aux droits et obligations de procédure applicables lorsque les États prévoient d'entreprendre des activités qui pourraient affecter d'autres États, correspondent jusqu'à un certain point aux obligations posées par la Convention d'Espoo. Sur certains points, ces obligations ne concordent pas totalement. On trouvera quelques remarques sur ce point *infra* aux paragraphes 43 à 45, relatifs au lien avec la pratique des États.

36. Comme indiqué à propos de l'article 26 (*supra* par. 28), le Gouvernement néerlandais regrette que le projet d'articles ne comporte que très peu de dispositions concernant les règles institutionnelles et pense qu'il faudrait le modifier à cet égard. On peut également se référer à la Convention d'Helsinki, dans laquelle est expressément prévue la « création d'organes communs » chargés de certaines responsabilités.

Les expressions « utilisation équitable » et « pollution »

37. Outre les observations figurant *supra*, le Gouvernement néerlandais trouve satisfaisantes les dispositions

relatives à l'utilisation équitable (art. 5 et 6) et à la pollution (en particulier à l'article 21). Il souhaite néanmoins faire quelques observations sur les relations entre ces dispositions.

38. Les règles envisagées par la CDI accordent priorité à l'article 21 sur le principe de l'utilisation équitable. Le paragraphe 2 de l'article 21 ne prévoit pas d'exception pour un dommage appréciable causé par des activités menées en conformité avec ce principe. Le Gouvernement néerlandais approuve cette interprétation. L'importance actuellement accordée dans de nombreux contextes internationaux à la prévention de la pollution des eaux transfrontières semble difficilement conciliable avec une réglementation qui considère une telle pollution, même si elle a produit un dommage appréciable, comme licite au vu des intérêts en cause dans l'activité qui l'a provoquée. Même les conventions les plus récentes n'offrent aucun point de contact. Bien que l'utilisation équitable soit réglemantée dans la Convention d'Helsinki, celle-ci ne semble pas la subordonner à l'obligation de ne pas causer de dommage appréciable.

39. Toutefois, le Gouvernement néerlandais considère comme moins satisfaisant le lien établi entre les dispositions relatives à l'utilisation équitable et l'obligation de ne pas causer de dommages appréciables, stipulée à l'article 7. Là encore, la CDI semble donner priorité à l'article 7; cela ressort, d'une part, de la formulation sans réserve de l'article et, d'autre part, du commentaire y afférent, selon lequel l'utilisation d'un cours d'eau n'est pas équitable à première vue si elle cause des dommages appréciables à un autre État. Cette solution présente l'avantage d'une certaine objectivité. L'article 7 est formulé en des termes beaucoup moins souples que l'article 5. Si un dommage appréciable est causé, l'examen des intérêts dans le cadre des dispositions de l'article 5 perd toute pertinence. Il faut néanmoins signaler les conséquences possibles de cette règle.

40. Vu que les utilisations existantes d'un cours d'eau sont protégées contre le dommage appréciable que pourraient produire de nouvelles utilisations, le projet d'articles semble donner priorité aux utilisations existantes sur les utilisations nouvelles. En partie à cause de cela, les États d'aval jouiraient d'une position plus forte que celle qui leur serait conférée par l'application du principe de l'utilisation équitable. De plus, s'il est admis que la définition de l'illicéité, au regard de l'article 7, peut contredire le résultat produit par l'application de l'article 5, la réglementation proposée risque d'avoir un effet fâcheux, en ce que le projet d'articles stipule un résultat « inéquitable ». Enfin, l'interprétation retenue s'écarte de ce qui est largement considéré comme la doctrine du droit coutumier, telle qu'elle a été formulée dans les Règles d'Helsinki⁸, doctrine qui donne priorité au principe d'utilisation équitable. Vu ces considérations, le Gouvernement néerlandais souhaite que l'on revoie les relations entre l'article 5 et l'article 7 en vue d'autoriser

⁸ Règles d'Helsinki sur les utilisations des eaux des fleuves internationaux, adoptées par l'Association de droit international en 1966; voir ILA, *Report of the Fifty-second Conference, Helsinki, 1966*, Londres, 1967, p. 484 et suiv.; reproduit en partie dans *Annuaire... 1974*, vol. II (2^e partie), p. 396, doc. A/CN.4/274, par. 405.

un dommage appréciable si cela est conciliable avec le principe de l'utilisation équitable.

Évaluation de l'impact sur l'environnement

41. Le Gouvernement néerlandais relève que le projet ne contient aucune disposition expresse concernant l'évaluation de l'impact sur l'environnement. Plusieurs dispositions sont néanmoins pertinentes, notamment celles relatives à la notification et à la consultation (voir *supra* par. 35), qui servent à établir les effets transfrontières des mesures projetées. Ces dispositions peuvent être considérées comme des éléments de procédures d'évaluation de l'impact sur l'environnement.

42. L'absence de dispositions spécifiques sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement constitue une lacune. L'addition d'une clause générale recommandant que soient effectuées des évaluations de l'impact sur l'environnement est souhaitable.

Pratique des États

43. Le Gouvernement néerlandais observe que plusieurs des projets d'articles se rapportent à des questions déjà traitées dans le cadre des obligations découlant des conventions existantes. Il a déjà mentionné les différences relevées entre les dispositions du projet d'articles et celles, en particulier, de la Convention d'Espoo et de la Convention d'Helsinki, plusieurs de ces différences pouvant être perçues comme des améliorations.

44. Cela vaut, par exemple, pour l'article 12, qui oblige les États à donner notification dans les cas où leurs activités pourraient avoir des effets négatifs appréciables pour d'autres États. Ce critère s'écarte de celui du « dommage appréciable » qui, dans le cadre de l'article 7 et du paragraphe 2 de l'article 21, est le facteur décisif pour établir le caractère licite des activités. Harmoniser ces critères aurait pour conséquence fâcheuse d'obliger un État à donner notification de son projet de commettre un acte illicite. L'article 12 est donc plus satisfaisant que les dispositions correspondantes de la Convention d'Espoo, qui établissent un lien entre l'obligation d'éviter « l'impact transfrontière préjudiciable important que des activités proposées pourraient avoir » et l'obligation faite aux États de donner notification de toute activité qui risque de produire un « impact transfrontière préjudiciable important ».

45. Sur certains points, les dispositions du projet d'articles sont moins favorables que celles des conventions existantes. Tel est le cas de l'article 32, qui offre au public une moindre protection que la Convention d'Espoo, et de l'article 26 qui, faute de comporter une clause sur la coopération institutionnalisée, soutient mal la comparaison avec la Convention d'Helsinki. Rien n'est dit non plus du principe de précaution, consacré par cette dernière Convention, ni de l'évaluation de l'impact sur l'environnement, dont il est question dans les deux conventions susmentionnées.

Pays nordiques

[Original : anglais]
[18 décembre 1992]

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Les pays nordiques portent un intérêt spécial au projet d'articles non seulement parce qu'ils sont à l'origine de la résolution 2669 (XXV) par laquelle l'Assemblée générale a recommandé à la CDI d'aborder l'étude de l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, mais aussi en raison de l'importance des problèmes juridiques que soulève l'utilisation de ces cours d'eau et de la nécessité de coordonner les travaux réalisés dans ce domaine par de nombreux organismes internationaux. Le projet d'articles adopté par la CDI peut maintenant être considéré comme un pas décisif sur la voie de la codification définitive du droit des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation.

2. De l'avis des cinq pays nordiques, l'approche de l'accord-cadre adoptée par la CDI lorsqu'elle a rédigé le projet d'articles offre une bonne base pour la suite des négociations. Elle laisse aux États intéressés le soin de déterminer par voie d'accord entre eux, comme cela est couramment pratiqué, les règles spécifiques à appliquer aux différents cours d'eau. Cette approche, toutefois, ne doit pas conduire à un instrument qui ne constituerait qu'une recommandation.

3. À titre d'observation générale, les pays nordiques souhaiteraient appeler l'attention sur les deux conventions qui ont été conclues récemment sous les auspices de la CEE, à savoir la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Convention d'Helsinki) et la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (Convention d'Espoo). Ces deux conventions, ainsi que le projet d'articles sur les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, ont un champ d'application en partie semblable et traitent de problèmes juridiques analogues, mais les solutions ne correspondent pas nécessairement toujours. Afin d'éviter l'éventualité d'un conflit entre les règles applicables, il conviendrait de s'attacher à harmoniser le projet d'articles aux conventions susmentionnées dans toute la mesure possible.

OBSERVATIONS RELATIVES À CERTAINS ARTICLES

Article 2

4. De l'avis des pays nordiques, l'expression « cours d'eau international » n'est pas tout à fait claire et est ambiguë. Certes, l'emploi d'autres termes déjà rejetés par la Commission, comme « bassin de drainage », susciterait aussi des difficultés. Il importe évidemment au plus haut point que le concept utilisé à l'article premier, quel qu'il soit, reçoive une définition adéquate à l'article 2. Il semble, néanmoins, que la CDI pourrait encore envisager de remplacer l'expression « cours d'eau international » par l'expression « eaux transfrontières » qui est employée

dans un contexte très semblable dans la Convention d'Helsinki.

5. L'une des principales questions que soulève l'adoption de l'expression « cours d'eau » est de savoir si les règles qui régissent les eaux de surface s'appliqueraient aussi aux eaux souterraines et, plus spécifiquement, à ce qu'il est convenu d'appeler les eaux souterraines « captives ». Il existe, dans de nombreuses régions du monde, de vastes et importantes ressources en eaux souterraines captives que coupent les frontières entre États et qui n'ont aucune relation physique avec des systèmes d'eaux de surface. Il se peut néanmoins que de telles ressources en eaux souterraines captives réagissent tout comme les autres unités hydrologiques.

6. Bien que l'actuelle définition de l'expression « cours d'eau » semble exclure les eaux souterraines captives, il ne faut pas en déduire que les nappes aquifères n'ayant aucune relation physique avec les zones de surface doivent être laissées en marge de toute réglementation juridique. Il pourrait y avoir lieu de se pencher une fois de plus sur la question des eaux souterraines captives afin de préciser l'essence de ce concept et de préparer un projet de règle concernant son application.

Articles 5 et 7

7. Depuis les premiers stades des travaux de la CDI, la question de la relation entre, d'une part, une utilisation et une participation équitables et raisonnables (art. 5) et, d'autre part, l'obligation de ne pas causer de dommage appréciable (art. 7) s'est avérée problématique. Le principe de l'utilisation équitable ne devrait probablement pas être subordonné à l'interdiction de causer un dommage appréciable car il a été initialement introduit pour nuancer cette interdiction. Les pays nordiques sont d'avis que, s'agissant des utilisations qui ne sont pas à l'origine de pollution, l'obligation de ne pas causer de dommage appréciable devrait plutôt être sujette au principe de l'utilisation équitable. Mais il s'ensuivrait alors que les mesures visant à prévenir, à réduire et à combattre la pollution seraient aussi soumises à des garanties plus explicites en vertu de l'article 7.

8. Il convient de mentionner aussi qu'un mécanisme de procédure déterminée fait toujours défaut, s'agissant d'appliquer dans des situations concrètes le principe de l'utilisation équitable. Ce principe n'établit pas de normes a priori qui soient universellement acceptables en matière d'utilisation des cours d'eau internationaux.

Troisième et quatrième parties

9. Enfin, il serait bon d'étudier plus avant la relation entre la troisième partie (Mesures projetées) et la quatrième partie (Protection et préservation). Cela est important car la mise en œuvre des mesures projetées conformément à la troisième partie pourra bien souvent rendre probable la pollution d'un cours d'eau international, qui fait l'objet de l'article 21.

Pologne

*[Original : anglais]
[29 mars 1993]*

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Le projet d'articles consacré au droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation est par trop abstrait. C'est pourquoi il représente le type même de l'« accord-cadre » qui envisage clairement la conclusion d'accords détaillés entre les États de chaque cours d'eau. La valeur pratique des dispositions susmentionnées a nettement diminué pour la Pologne et pour l'Europe à la suite des changements qui se sont produits dans cette partie du monde depuis 1989. La situation nouvelle créée en Europe par suite des initiatives de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, a permis la conclusion, sous les auspices de la CEE et de l'ONU, de trois conventions d'une importance vitale, qui développent en fait la matière du projet d'articles en question : la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (Convention d'Espoo); la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels; et la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Convention d'Helsinki). La Convention sur la protection du milieu marin dans la zone de la mer Baltique de moindre portée prévoit une coopération plus étroite.

OBSERVATIONS RELATIVES À CERTAINS ARTICLES

Articles 1 à 4

2. La première partie (Introduction) du projet d'articles comporte quatre articles. L'article premier décrit la matière du projet, qui recouvre toutes les utilisations autres que la navigation, à moins que la navigation n'influence les autres utilisations de l'eau, ce qui est souvent le cas des fleuves de taille petite ou moyenne utilisés pour le transport (l'Oder, par exemple). La disposition la plus importante, mais aussi la plus controversée de cette première partie, est l'article 2 qui définit les expressions « cours d'eau international » et « cours d'eau ». L'expression « cours d'eau » s'entend d'un système d'eaux de surface et souterraines constituant du fait de leurs relations physiques un ensemble unitaire et aboutissant à un point d'arrivée commun. Cette interprétation du terme « cours d'eau » dans un contexte international signifie que les bassins de la Vistule (en tant que fleuve national) et de l'Oder constituent des cours d'eau internationaux. Outre les eaux qui constituent la matière principale du projet, il existe un type particulier d'eaux souterraines — celles qui ne sont pas liées aux eaux de surface. La démarche suivie par la CDI paraît discutable pour deux raisons au moins : a) l'importance des eaux souterraines proches des frontières ne cesse de croître; et b) l'identité ou la similarité des principes et des procédures applicables à ce type d'eaux souterraines et des principes retenus s'agissant des eaux qui sont l'objet des dispositions du projet d'articles. À en juger par le fait que la question du règlement des différends n'a pas encore été résolue, s'agissant des eaux souterraines, et par la lenteur des travaux de la CDI (il a été suggéré dans le

commentaire que la CDI étudie cette question séparément¹), la solution adoptée n'est pas très satisfaisante.

Articles 5 à 10

3. Les dispositions énoncées dans la deuxième partie (Principes généraux) constituent le fondement de l'ensemble du projet. Les éléments clefs en sont les articles 5 et 7. L'article 5 dispose que « les États du cours d'eau utilisent sur leurs territoires respectifs un cours d'eau international de manière équitable et raisonnable ». Une telle politique devrait s'accompagner d'une bonne disposition à l'égard des propositions de coopération faites par les autres États du cours d'eau. L'article 6 tente d'explicitier le principe de l'utilisation équitable et raisonnable. En fait, il offre une liste non exhaustive de facteurs et de circonstances à envisager en évaluant tel comportement et en appréciant les intérêts des États du cours d'eau. Ces deux articles reflètent fidèlement le caractère pratique du traité qui commence à se manifester, ainsi que les thèses relativement bien établies de la doctrine.

4. Les difficultés commencent avec l'article 7, qui impose aux États du cours d'eau l'obligation d'utiliser le cours d'eau international de manière à ne pas causer de dommages appréciables aux territoires des autres États du cours d'eau. Selon la majeure partie de la doctrine, l'acceptation du seuil des « dommages appréciables » marque un recul dans le développement du droit international et un divorce par rapport à un principe célèbre exprimé dans la maxime latine *sic utere tuo ut alienum non laedas*. Il s'agit là d'une question compliquée car, dans la pratique, les pays tolèrent le « dommage appréciable » (par opposition au dommage substantiel) en tant que conséquence inévitable du voisinage, mais consacrer cette pratique dans un document de la portée du projet à l'examen irait au-delà de la simple tolérance passive du dommage causé par un voisin. Qui plus est, l'absence de critères objectifs permettant de déterminer le « dommage appréciable » semble offrir de nouvelles possibilités « licites » de méconnaître les intérêts des autres pays. Il semble également qu'une évaluation de ce type entame la valeur préventive du principe de l'utilisation équitable et raisonnable. La Pologne qui, dans la plupart des cas, se trouve dans la situation d'un pays situé en aval d'un cours d'eau, et donc plus exposé à une forte pollution, a intérêt à plaider en faveur de l'abaissement du seuil du « dommage appréciable ». Exiger un comportement impliquant un dommage nul est peu réaliste. Il faut donc trouver le juste milieu. Sans avoir de solution toute prête à offrir, la Pologne estime que, en recherchant le juste milieu, il ne faudrait pas oublier que l'article 7 représente une soupape de sécurité pour l'article 5 en cas d'échec des négociations.

Articles 11 à 19

5. La troisième partie (Mesures projetées) a trait à la procédure et, de ce fait, suscite moins de doutes. Dans le cas de la Pologne et de ses voisins, on résoudrait mieux ces questions en ayant recours aux dispositions de la Convention d'Espoo [la Convention n'est pas entrée en

vigueur, le nombre minimum de ratifications requis à cette fin (16) n'ayant pas encore été recueilli; la Pologne ne l'a jusqu'ici pas ratifiée, bien qu'elle soit dans son intérêt : il s'agit là d'un instrument de base pour la création d'une sécurité écologique dans les régions frontalières]. Les dispositions de la troisième partie pourraient être complétées, en y prévoyant la participation du public aux consultations concernant les mesures projetées qui influent sur ses intérêts. Il ne semble pas que cette question puisse être réglée par l'article 32 (Non-discrimination). La participation du public dont l'institution se répand dans la pratique conventionnelle témoigne de la démocratisation du droit international. Une telle initiative menée dans le cadre de l'ONU devrait recueillir l'adhésion de la majorité des pays.

6. L'article 18, consacré aux procédures en cas d'absence de notification, devrait être complété en son paragraphe 2 : le délai de réponse doit être précisé (par exemple, un mois); à défaut, il se créerait un déséquilibre pour le pays qui procède aux investissements sans consultation préalable, parce que cela pourrait retarder indûment la réponse et les consultations.

Articles 20 à 25

7. Les quatrième (Protection et préservation de l'environnement) et cinquième parties (Conditions dommageables et cas d'urgence) n'inspirent aucune objection. Dans l'intérêt de la Pologne, ces questions seront réglées par les conventions susmentionnées (il convient de remarquer ici que la Pologne n'a pas ratifié non plus la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels).

Articles 26 à 32

8. La sixième partie (Dispositions diverses), qui a été ajoutée in extremis, se singularise par le fait qu'elle ne repose ni sur une idée centrale ni sur une logique intrinsèque, ce qui ne signifie toutefois pas que les dispositions qu'elle contient soient sans valeur. L'article 27, qui a trait à la coopération des États du cours d'eau dans le domaine de la régularisation du débit, notamment en ce qui concerne la construction et l'entretien d'ouvrages ainsi que la répartition des coûts, présente le plus d'intérêt. Dans la pratique, on peut se demander, s'agissant du paragraphe 2, si le pays qui ne participe pas à l'investissement nécessaire à la réalisation d'ouvrages sur le cours d'eau mais qui en bénéficie serait tenu de prendre à sa charge une partie du coût de cet investissement. On ne peut répondre à cette question que par la négative, à moins que les pays intéressés n'aient conclu entre eux un accord préalable sur le partage des coûts. Le paragraphe 2 devrait être reformulé de manière à y indiquer qu'un tel accord serait utilisé comme base pour les calculs.

9. L'article 32 (Non-discrimination) est l'une des dispositions les plus importantes du projet d'articles. Il garantit aux personnes physiques et morales étrangères l'accès aux procédures juridictionnelles et autres au titre d'actions en réparation ou en prévention de dommages. L'adoption d'une telle disposition serait un grand pas dans la pratique internationale. D'une certaine manière, elle substitue une responsabilité civile à la responsabilité

¹ *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 73, paragraphe 5 in fine du commentaire de l'article 2.

internationale de l'État et constitue une espèce de responsabilité objective. Toutefois, le titre de l'article est sujet à caution. La notion de « non-discrimination » dans la pratique internationale a un sens beaucoup plus large; d'ailleurs, elle est liée à une norme matérielle. La teneur de l'article appelle un titre tel que « Accès à des procédures juridictionnelles et autres ».

10. Le projet d'articles ne consacre même pas des dispositions générales au transfert des eaux d'un bassin à l'autre. Les principes généraux qui y sont énoncés ne suffisent pas à eux seuls comme base.

11. En résumé, il convient de constater que les dispositions du projet d'articles auront surtout une valeur pratique dans les régions du monde où il n'existe presque pas de réglementation conventionnelle dans ce domaine. Or il s'agit des régions où l'on rencontre le plus de conflits, où des pénuries d'eau sévissent depuis de longues années. C'est principalement le cas du Moyen-Orient (République islamique d'Iran, Iraq, Syrie, Turquie), mais aussi de l'Asie (Bangladesh, Inde) et de l'Afrique (Égypte, Éthiopie, Soudan). L'adoption de cet instrument et sa mise en œuvre dans les régions susmentionnées permettraient d'améliorer la situation dans le monde et de réduire le nombre de conflits armés.

12. Dans l'ensemble, le projet d'articles mérite l'appui de la Pologne. Il reflète assez fidèlement l'état du droit international au développement dans lequel la Pologne participe activement. Les dispositions de la future convention offrent une bonne base de départ pour la négociation d'instruments internationaux plus détaillés lors de la formulation de nouveaux traités de coopération concernant les eaux qui forment des frontières avec de nouveaux États voisins.

République arabe syrienne

[Original : anglais]
[10 avril 1992]

OBSERVATIONS RELATIVES À CERTAINS ARTICLES

Article 7

1. Ajouter un nouveau paragraphe ainsi conçu :

« Lorsqu'ils utilisent un cours d'eau international, les États du cours d'eau s'engagent à s'abstenir en toutes circonstances de couper l'écoulement des eaux ou de le réduire en dessous du niveau sanitaire nécessaire dans le lit du cours d'eau. »

Article 8

2. Ajouter un nouveau paragraphe ainsi conçu :

« La coopération, dans ce contexte, signifie, notamment, que les États du cours d'eau doivent déterminer d'un commun accord la part raisonnable et équitable qui leur revient des utilisations des eaux, conformément aux ressources hydrauliques du cours d'eau international. »

Article 9

3. Reformuler comme suit le paragraphe 1 :

« 1. En application de l'article 8, les États du cours d'eau échangent régulièrement, par l'entremise

de commissions mixtes, les données et les informations normalement disponibles sur l'État du cours d'eau, en particulier celles d'ordre hydrologique, météorologique, hydrogéologique et écologique et celles concernant la gestion des réservoirs, ainsi que les prévisions s'y rapportant; et ce aussi bien avant qu'après être parvenus à un (des) accord (s) final (aux) sur les utilisations des eaux du cours d'eau international. »

4. Le Gouvernement de la République arabe syrienne attache une grande importance à ce que la Commission du droit international reflète ces commentaires et observations dans le projet d'articles lorsqu'elle reprendra l'examen du projet en vue de son adoption finale.

Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord

[Original : anglais]
[15 janvier 1993]

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Le Gouvernement du Royaume-Uni félicite la Commission du droit international de son projet d'articles concernant le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. Le Royaume-Uni, bien qu'il ne soit pas un pays riverain d'un important cours d'eau international, attache néanmoins de l'importance au projet d'articles, dans la mesure où il représente une contribution précieuse à la protection internationale de l'environnement. C'est essentiellement de cette idée que sont inspirés les commentaires suivants.

2. Il convient de replacer les travaux réalisés par la Commission dans le contexte de l'évolution récente du droit international de l'environnement, telle qu'elle s'est reflétée notamment dans la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (« Convention d'Espoo »), la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (« Convention d'Helsinki ») et la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (« Conférence de Rio »). Cette conférence a débouché sur l'adoption d'un ambitieux programme de protection de l'environnement s'étendant jusqu'au XXI^e siècle, le programme « Action 21¹ », qui consacre un chapitre spécial (chap. 18) aux ressources en eau douce. Le droit reconnaît ainsi qu'une mise en valeur rationnelle des ressources hydrologiques est essentielle aussi bien pour la satisfaction des besoins essentiels que pour la sauvegarde des écosystèmes.

3. Le projet d'articles constitue une bonne base pour l'édification d'un système juridique tenant compte de la dimension internationale de la mise en valeur des cours d'eau. Cependant, si l'on veut que le projet d'articles, dès qu'il aura été modifié et affiné à la lumière des présentes observations et des autres commentaires qui auront été faits ainsi qu'à la suite de la discussion, consti-

¹ Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992 [A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I, Vol. I/Corr.1, Vol. II, Vol. III et Vol. III/Corr.1)] (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatifs), vol. I : Résolutions adoptées par la Conférence, résolution 1, annexe II.

tue un fondement solide pour l'action future, il importe qu'il reflète avec exactitude l'état actuel du droit international de l'environnement. Il faut tenir compte pleinement de la Convention d'Helsinki et de la Convention d'Espoo ainsi que la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (Déclaration de Rio)², et en particulier de l'accent qu'elles mettent sur la nécessité de prévenir tout impact ou effet néfaste significatif sur l'environnement. La communauté internationale attache de l'importance à l'œuvre réalisée par la Commission à ce sujet, ainsi qu'à propos des autres questions intéressant l'environnement. L'alinéa e du paragraphe 39.1 du programme « Action 21 » souligne notamment

La nécessité de prendre en compte, dans le cadre des futurs projets de développement progressif et de codification du droit international concernant le développement durable, les travaux que mène actuellement la Commission du droit international.

4. Le Royaume-Uni a déjà exprimé précédemment les réserves que lui inspire la forme que revêtira finalement l'instrument contenant le texte élaboré par la Commission. Le Royaume-Uni persiste à penser que le mieux serait de refléter les travaux accomplis par la Commission à ce sujet dans une série de règles types, de recommandations ou de directives qui seraient appliquées et modifiées selon les circonstances. Ces règles, recommandations ou directives constitueraient des indications faisant autorité quant aux règles juridiques à appliquer, mais ménageraient cependant la souplesse nécessaire pour tenir compte de la large diversité qui caractérise les divers systèmes de cours d'eau internationaux. Leur caractère serait essentiellement résiduel et les États seraient libres de conclure des accords concernant des cours d'eau spécifiques. Le projet d'articles aurait davantage de chance d'être généralement accepté s'il se présentait sous cette forme. Si, toutefois, la Commission continuait d'accorder la préférence à une convention, le Royaume-Uni lui suggérerait d'envisager de modifier les articles de façon à présenter l'instrument sous forme d'une convention-cadre dont les États pourraient s'inspirer afin de conclure des accords bilatéraux adaptés aux circonstances du cours d'eau considéré.

5. Reste également la question du chevauchement entre le sujet à l'examen et ceux de la responsabilité des États et de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international. Bien que le Royaume-Uni ne veuille absolument pas dire qu'il faille retarder l'achèvement des travaux de la Commission au sujet des cours d'eau internationaux, il importe au plus haut point d'éviter des contradictions entre les résultats de l'examen de tous ces sujets par la CDI. En particulier, la norme de gravité du dommage fixée à l'article 7 devrait cadrer avec les travaux accomplis par la Commission sur les autres sujets ainsi qu'avec les principes du droit international qui sont aujourd'hui généralement acceptés. Par exemple, le projet d'articles sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, tel qu'il est actuellement rédigé³, correspond, pour l'essentiel, aux dispositions de la Convention d'Helsinki et de la Convention d'Espoo. L'on reviendra

sur cette question lors de l'examen détaillé du projet d'articles.

6. Compte tenu de ces remarques liminaires, le Royaume-Uni a un certain nombre d'observations détaillées à formuler au sujet du projet d'articles.

OBSERVATIONS RELATIVES À CERTAINS ARTICLES

Article 2

7. Le Royaume-Uni appuie l'application du projet d'articles aux « systèmes de cours d'eau internationaux » définis comme englobant les eaux souterraines. Cette approche est conforme aux réalités scientifiques et géographiques. Dans de nombreuses régions du monde, les eaux souterraines constituent la principale source d'eau douce dont dépendent toutes les formes de vie. La définition de la Commission est conforme à l'approche adoptée dans le programme « Action 21 », où l'environnement de l'eau douce est considéré comme un élément du cycle hydrologique englobant aussi bien les eaux de surface que les eaux souterraines (par. 18.1 et 18.3). Elle est conforme aussi à la définition des « eaux transfrontières » figurant au paragraphe 1 de l'article premier de la Convention d'Helsinki.

8. Tout en se félicitant de ce que le projet d'articles englobe les eaux souterraines, le Royaume-Uni considère que le champ d'application potentiel du projet d'articles est trop vaste. Tel qu'il est actuellement rédigé, il impose aux États des obligations qui seraient très difficiles à définir et qui risquent fort d'être inacceptables pour eux si le projet d'articles est présenté sous une forme juridique contraignante. Pour que le projet d'articles puisse être appliqué, les États doivent pouvoir définir l'étendue de leurs obligations en fonction de la présence physique de cours d'eau internationaux sur leur territoire. Une telle identification est difficile et onéreuse dans le cas des eaux souterraines. L'un des sept programmes d'action envisagés dans le programme « Action 21 » (par. 18.27, a, iv) concerne le problème de l'évaluation des ressources hydrauliques, y compris l'identification des sources potentielles d'eau douce. Ce programme encourage tous les États, selon leurs capacités et les ressources dont ils disposent, à

coopérer à l'évaluation des ressources en eaux transfrontières, sous réserve de l'accord préalable de chaque État riverain concerné.

En outre, des programmes de recherche-développement doivent être établis ou renforcés aux échelons national, sous-régional, régional et international pour faciliter les activités d'évaluation des ressources en eau. Ce type de difficultés pourrait être surmonté au moyen de règles types, de recommandations ou de directives, lesquelles permettraient aux États de conclure des accords spécifiques concernant les cours d'eau qu'ils auraient identifiés plutôt que d'assumer des obligations générales dont l'étendue risquerait d'être difficile à déterminer.

Article 3

9. Le Royaume-Uni engage instamment la Commission à reconsidérer le libellé du paragraphe 1, qui reflète les incertitudes entourant actuellement la forme que revêtira en définitive le projet d'articles. D'une part, les dispositions du projet sont censées être d'application gé-

² Ibid., annexe I.

³ Pour le texte, voir *Annuaire... 1990*, vol. II (2^e partie), notes 341 à 345, 347, 349, 352 à 354 et 359.

nérale, comme stipulé à l'article premier, mais, aux termes du paragraphe 1 de l'article 3, elles doivent pouvoir être modifiées en fonction des circonstances propres à chaque cas d'espèce. Si la souplesse est un élément souhaitable qu'il convient de conserver, il faut aussi définir clairement la portée du projet d'articles et la refléter dans le texte.

10. Dans le texte anglais, le paragraphe 2 comprend l'expression *adversely affect, to an appreciable extent*. Le Royaume-Uni a exprimé à de nombreuses occasions les réserves que lui inspire l'emploi du mot « appréciable ». Le Royaume-Uni persiste à penser que le mot « sensible » traduit mieux le sens du projet d'articles, particulièrement lorsqu'il est utilisé pour modifier le mot « dommage ». L'expression « dommage appréciable » est au cœur de plusieurs dispositions clefs du projet d'articles, et surtout de l'article 7, mais sa signification est loin d'être claire. Il est dit au paragraphe 5 du commentaire relatif à l'article 7 que le mot « appréciable » traduit un critère factuel selon lequel le dommage doit pouvoir être établi par des constatations objectives : il ne s'agit pas d'un dommage « insignifiant » ou « à peine décelable », et le dommage ne doit pas nécessairement être « grave »⁴. Le Royaume-Uni est d'accord avec la signification qui est attribuée au mot « appréciable » dans le commentaire, mais il ne pense pas que cet adjectif reflète comme il convient le sens que l'on a entendu donner. Le mot employé doit dénoter un dommage qui est significatif et qui n'a pas seulement un effet transitoire ou limité. Ce mot doit refléter ce sens dans le texte, sans que l'on ait besoin, pour l'éclaircir, de se référer au commentaire. (Cette observation s'applique également à toutes les dispositions où apparaît le mot « appréciable », à savoir au paragraphe 2 de l'article 4 du texte anglais, dans les articles 7 et 12, au paragraphe 1 de l'article 18, au paragraphe 2 de l'article 21, dans l'article 22 et au paragraphe 2 de l'article 28.)

11. Le mot « appréciable » ne reflète pas non plus le seuil de responsabilité qui a été adopté dans les derniers traités conclus en matière d'environnement, en particulier dans la Convention sur la diversité biologique. Les articles 7 et 14 de cette convention, qui a été signée par virtuellement tous les États qui ont participé à la Conférence de Rio, emploient, respectivement, les expressions « influence défavorable sensible » et « nuire sensiblement ». Les principes 17 et 19 de la Déclaration de Rio emploient, respectivement, les expressions « effets nocifs importants » et « effets transfrontières sérieusement nocifs ». Le paragraphe 2 de l'article premier de la Convention d'Helsinki parle d'« effet préjudiciable important », tandis que, au paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention d'Espoo, on trouve l'expression « impact transfrontière important ».

Articles 5 et 7

12. Il est clair que, si l'on a qualifié le mot « dommage », c'est pour que le projet d'articles n'entrave pas inutilement l'utilisation des cours d'eau internationaux. Cet équilibre entre l'utilisation et la protection de l'environnement est précisément ce sur quoi a porté la

Conférence de Rio. Il y a lieu de féliciter la Commission de l'approche qu'elle a appliquée à son étude du sujet et d'avoir fermement ancré l'utilisation des cours d'eau au concept de développement durable. Les États riverains peuvent utiliser un cours d'eau international de façon équitable et raisonnable, mais cette obligation d'utilisation équitable, qui ressort de l'article 5, est subordonnée à l'obligation de ne pas causer de préjudice « appréciable », comme stipulé à l'article 7.

13. En principe, le Royaume-Uni appuie la subordination de l'obligation d'utilisation équitable à l'obligation de ne pas causer de dommage « appréciable », mais estime que l'équilibre entre la protection de l'environnement et l'utilisation serait plus clair si le mot « dommage » était qualifié par le mot « sensible ». (Voir *supra* les observations relatives à l'article 3.) Cela serait conforme au programme « Action 21 », qui attache une importance égale à la satisfaction des besoins essentiels et à la sauvegarde des écosystèmes dans le domaine de la mise en valeur et de la gestion intégrées des ressources hydrauliques (par. 18.6 à 18.12).

Article 8

14. L'article 8 énonce une obligation de coopérer, obligation qui est reconnue dans nombre de traités concernant l'environnement et d'autres domaines. La Convention sur la diversité biologique énonce à l'article 5 une obligation de coopérer en ce qui concerne les questions non soumises à la juridiction nationale et d'autres questions d'intérêt commun. Tout en se félicitant de l'inclusion dans le projet d'une obligation générale de coopérer, le Royaume-Uni continue d'éprouver certains doutes quant au fonctionnement concret de l'article 8. En particulier, il se demande si les notions d'« utilisation optimale » et de « protection adéquate » sont mesurables d'une façon qui permettrait aux États de s'acquitter de l'obligation énoncée à l'article 8 et d'identifier la mesure dans laquelle la norme requise resterait à atteindre. La Commission voudra peut-être envisager à nouveau la possibilité d'énoncer en détail les objectifs de la coopération, ce qui donnerait davantage de corps à la substance de l'obligation de coopérer.

Article 9

15. L'obligation d'échanger des données et des informations est elle aussi une obligation énoncée dans de très nombreux instruments internationaux existants et elle donne une expression concrète à l'un des aspects de l'obligation de coopérer visé à l'article 8. Il importe de veiller à ce que l'obligation d'échanger « les données et les informations normalement disponibles », énoncée au paragraphe 1, ne devienne pas excessivement onéreuse pour les États intéressés. En conséquence, le Royaume-Uni se félicite de l'emploi de l'adverbe « normalement ». Ce qui est « normal » variera d'un cas à l'autre, selon toute une série de facteurs allant des capacités technologiques aux lois nationales touchant la protection des données. Néanmoins, il serait utile de préciser la disposition en donnant une liste (non exhaustive) de ce qu'il faut entendre par « informations normalement disponibles », comme cela a été fait au paragraphe 1 de l'article 13 de la Convention d'Helsinki.

⁴ Pour le commentaire de l'article 7, initialement adopté en tant qu'article 8, voir *Annuaire... 1988*, vol. II (2^e partie), p. 37 à 43.

Article 10

16. Le Royaume-Uni doute que la référence qui est faite au paragraphe 2 aux « besoins humains essentiels » soit suffisamment spécifique pour compléter utilement les critères déjà spécifiés dans l'article. Si l'intention de ce paragraphe est d'accorder la priorité à la satisfaction de besoins spécifiques vitaux de l'homme, comme l'accès à une eau potable salubre, il serait préférable de remanier l'article de façon à mentionner spécifiquement ces besoins.

Articles 11 à 19

17. Sous réserve des observations spécifiques figurant dans les paragraphes ci-après, le Royaume-Uni appuie les articles 11 à 19, qui établissent un équilibre satisfaisant entre les intérêts de l'État qui projette des mesures et ceux des autres États du cours d'eau que lesdites mesures peuvent affecter. Ces dispositions, particulièrement l'article 12, sont conformes au principe 19 de la Déclaration de Rio.

Article 12

18. Le Royaume-Uni préférerait que cet article parle d'« effets négatifs sensibles » plutôt que d'« effets négatifs appréciables » (voir *supra* les observations relatives à l'article 3). Il importe d'établir une distinction entre l'intensité de l'impact qui déclenche l'obligation de notifier les mesures projetées et la gravité du dommage qui équivaut à une violation de l'obligation énoncée à l'article 7. L'idée qui sous-tend l'article 12 est manifestement de faire en sorte que l'obligation de notifier les mesures projetées prenne naissance à un niveau d'impact plus faible que celui qui est visé à l'article 7. Cette suggestion est conforme aussi à l'article 14 de la Convention d'Helsinki, qui énonce l'obligation d'informer les autres États riverains « de toute situation critique susceptible d'avoir un impact transfrontière ». L'« impact transfrontière » est défini au paragraphe 2 de l'article premier de la Convention comme étant « tout effet préjudiciable important [...] sur l'environnement ».

Articles 20 à 23

19. La protection et la préservation des écosystèmes des cours d'eau internationaux sont un aspect essentiel du projet d'articles. Un autre programme d'action envisagé dans le programme « Action 21 » est consacré à la protection des ressources hydrauliques, de la qualité des eaux et des écosystèmes aquatiques (par. 18.35 à 18.39). Pour l'essentiel, le projet d'articles est conforme à l'un des objectifs visés par ce programme d'action, qui est de « mettre en route des programmes de protection, de conservation et d'utilisation rationnelles et durables de ces ressources » (par. 18.39, a). Le Royaume-Uni appuie l'approche adoptée dans cette partie du projet d'articles, qui établit une distinction entre la pollution et la protection de l'environnement. Le programme « Action 21 » comprend un programme d'action tendant à protéger le milieu marin (par. 17.18 à 17.35). Les dispositions de la quatrième partie sont utiles aussi en ce sens qu'elles constituent une contribution positive à la réalisation des objectifs énoncés dans ce chapitre.

Article 21

20. Le Royaume-Uni appuie le paragraphe 1 de l'article 21, qui contient une définition factuelle de l'expression « pollution d'un cours d'eau international ». L'élément qui déclenche l'obligation des États de prévenir, de réduire et de combattre la pollution d'un cours d'eau international est spécifié au paragraphe 2, qui parle de « dommage appréciable ». Le Royaume-Uni regrette que le mot « harmoniser » ait été employé dans la dernière phrase de ce paragraphe, dans la mesure où il donne l'impression qu'il faut rendre semblables les politiques nationales, alors que l'obligation visée par cet article, qui est d'éviter des contradictions entre les politiques suivies, ne va pas aussi loin.

21. En conséquence, le Royaume-Uni préférerait que la dernière phrase du paragraphe 2 soit remplacée par le texte suivant :

« Les États du cours d'eau prennent des mesures pour coordonner leurs politiques à cet égard. »

Article 22

22. Dans un souci de cohérence de rédaction, le Royaume-Uni suggère d'ajouter à la fin de l'article le membre de phrase « ou pour leur environnement ». En effet, il semblerait que les raisons qui ont conduit à inclure ces mots à l'article 21 valaient tout autant dans le cas de l'article 22.

Article 23

23. Le Royaume-Uni se félicite de cet article, qui est conforme aux dispositions de l'article 192 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Il reconnaît que des dommages peuvent être causés à l'environnement marin, y compris aux estuaires, sans qu'il soit porté atteinte à l'obligation de ne pas causer de dommage « appréciable » (ou, comme le Royaume-Uni le préférerait, « sensible ») aux autres États du cours d'eau, cette dernière obligation faisant l'objet de l'article 22. L'importance de l'article 23 est soulignée par le fait que 70 % de la pollution des mers est due à des sources telluriques.

Article 26

24. Le Royaume-Uni appuie cet article, qui complète le premier programme d'action envisagé dans le programme « Action 21 », qui concerne la mise en valeur et la gestion intégrées des ressources hydrauliques (par. 18.6 et suiv.). Des mécanismes d'application et de coordination efficaces sont incontestablement nécessaires à un développement durable des ressources hydrauliques. À cet égard, l'alinéa a du paragraphe 2 est particulièrement judicieux dans la mesure où il met l'accent sur la mise en valeur durable d'un cours d'eau et l'exécution des plans qui auront pu être adoptés. La Commission pourrait cependant s'inspirer de l'exemple que constitue l'article 9 de la Convention d'Helsinki, qui prévoit la création d'organes mixtes en application des accords bilatéraux ou multilatéraux portant sur les sujets qui font l'objet de la Convention, et qui spécifie certaines des tâches qui pourraient être confiées à de tels organes.

Article 27

25. Le Royaume-Uni n'est toujours pas convaincu de la nécessité de cet article, qui n'est pas autre chose qu'une application à un cas spécifique de l'obligation de coopérer visée à l'article 8.

Article 29

26. Le Royaume-Uni a déjà exprimé ses réserves concernant l'inclusion d'un projet d'article concernant les cours d'eau internationaux et les installations en période de conflit armé. La protection de l'environnement, et plus précisément des cours d'eau et des installations, facilités et autres ouvrages connexes, est déjà prévue par les règles existantes du droit international relatif aux conflits armés. Le Royaume-Uni ne croit donc pas qu'il soit souhaitable d'insérer un article aussi général dans un texte qui, par ailleurs, porte sur un sujet tout à fait différent. Bien entendu, cela n'écarte pas la possibilité que la question soit discutée au sein d'autres instances mieux appropriées. Le Royaume-Uni inviterait la Commission à envisager de remanier cet article de sorte qu'il se lise comme suit :

« Les présents articles sont sans préjudice de l'application aux cours d'eau internationaux des principes et des règles de droit international applicables en période de conflits armés internationaux et internes. »

Article 30

27. On voit difficilement ce que cet article ajoute aux obligations qui incombent aux États en vertu des articles 9 à 19. Les articles précédents ne contiennent aucune mention de « contacts directs » et il y a lieu de présumer que, dans l'accomplissement de bonne foi des obligations qui leur incombent, les États auront recours à des moyens aussi bien directs qu'indirects, selon qu'il conviendra.

Article 32

28. Le Royaume-Uni appuie le principe de non-discrimination énoncé dans cet article, qui facilite l'application dans les systèmes juridiques internes du principe « pollueur-payeur ». Toutefois, comme il appartient à chaque système juridique interne de fixer le niveau de gravité que doit atteindre un dommage pour donner naissance à un motif d'agir, il faudrait éviter le mot « appréciable ». Vu l'objet spécifique de cet article, il n'est pas nécessaire de qualifier le mot « dommage ».

Suède

[Voir *Pays nordiques*]

Tchad

[Original : français]
[10 mars 1993]

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Le Tchad est un pays entièrement enclavé et sa situation géoclimatique ne lui permet pas d'avoir des

cours d'eau navigables en toute saison. La plupart des cours d'eau sont de type temporaire, excepté le Chari et son affluent, le Logone, qui sont permanents et semi-navigables.

2. Les cours d'eau du Tchad et ceux à usage commun avec les pays voisins, appelés cours d'eau internationaux, ne peuvent être utilisés en grande partie qu'à d'autres fins telles que l'irrigation, l'approvisionnement en eau de la population, l'aménagement des petits barrages, etc. Malheureusement, depuis l'indépendance, les divers troubles dus aux guerres civiles, qui n'ont fait que retarder le développement du pays, n'ont pas permis d'entreprendre des projets d'utilisation rationnelle des cours d'eau.

3. Les mesures de conservation dont il est question dans le projet d'articles concernant le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation doivent attirer beaucoup plus l'attention de l'État puisque le Tchad est un des pays sahéliens où le problème de l'eau se pose avec acuité et où il faut conserver et protéger le peu d'eau qui existe.

4. Le pays n'a pas encore atteint le stade de la pollution par les résidus industriels, mais il faut dès à présent penser à adopter des mesures de protection contre les éventuels polluants. La protection contre les polluants naturels peut également être envisagée. Le Tchad pourrait établir avec son voisin du sud, la République centrafricaine, des relations conventionnelles en vue de régulariser les régimes des cours d'eau et de prévenir les inondations.

5. Il serait souhaitable que l'État prenne en compte les dispositions des articles 3, 4 et 5 pour la conclusion d'accords de cours d'eau internationaux, principalement dans le cadre de la Commission du bassin du Tchad¹; qu'il tienne compte également de la recommandation 51 [du Plan d'action pour l'environnement²] dans la deuxième partie du projet d'articles, consacrée aux principes généraux qui parlent de la création de commissions fluviales internationales pour superviser l'utilisation équitable des cours d'eau internationaux et faire appliquer les accords signés entre les États, étant entendu que ces accords doivent concerner uniquement les cours d'eau s'étendant sur plusieurs États, comme le stipule le premier paragraphe de la recommandation.

6. Il faudrait aussi tenir compte du fait que les cours d'eau sont un don de la nature et que celle-ci ne s'est pas souciée d'équité dans leur répartition entre les États; par conséquent, il ne serait pas logique qu'un État qui dispose d'une grande partie du cours d'eau soit soumis à des utilisations équitables avec les autres qui n'en ont qu'une petite partie (comme cela est prévu dans l'article 5).

7. Le projet d'articles a été bien conçu et pourrait servir de base non seulement à la réglementation des cours d'eau internationaux mais aussi à la collaboration entre les États du cours d'eau.

¹ Instituée par l'article premier de la Convention relative à la mise en valeur du bassin du Tchad.

² Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.II.A.14), chap. II.

OBSERVATIONS RELATIVES À CERTAINS ARTICLES

Article 9

8. Eu égard aux observations faites régulièrement à l'intérieur du Tchad, il est souhaitable d'ajouter au paragraphe 3 de l'article 9 le texte qui suit :

« Les États riverains doivent permettre à tout moment l'installation provisoire de dispositifs tels que piquets, balises, etc., pour effectuer des mesures sur les cours d'eau internationaux. »

Turquie

[Original : anglais]
[25 janvier 1993]

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

1. Pour être réaliste, un projet d'articles de caractère général préparé par la Commission du droit international pour codifier et améliorer les règles de droit touchant les utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation doit se présenter comme une loi-cadre non détaillée car la situation géographique, le profil hydrologique, les aspects démographiques et les caractéristiques des cours d'eau internationaux sont extrêmement différents.

2. L'un des points sur lesquels le projet d'articles prête peut-être à la critique est que l'idée de dommage causé à l'environnement ne tient pas compte comme il convient des problèmes de développement des États. L'accent qui est mis, d'une façon générale, sur le « dommage » a abouti à un texte qui limite l'utilisation des cours d'eau par les États d'amont. Il faudrait que le texte soit mieux équilibré à cet égard.

3. Le projet d'articles devrait se présenter comme une série de règles qui puissent être appliquées dans le contexte de relations de bon voisinage plutôt que comme des principes généraux qui s'appliquent à tous les cours d'eau internationaux.

4. La Turquie estime que l'on n'a pas tenu suffisamment compte, lors de la détermination du régime à appliquer aux cours d'eau internationaux, de la souveraineté des États sur leurs propres ressources naturelles ou de leurs droits de gérer lesdites ressources.

5. L'expression « cours d'eau », telle qu'elle est utilisée dans le projet, risque de susciter des difficultés à l'avenir. Cette expression reçoit une définition large, qui englobe également les eaux souterraines. De plus, l'expression « système de cours d'eau » a également une signification trop large qui englobe les glaciers, les canaux et spécialement les eaux souterraines, et qui conduit naturellement à un partage de ces ressources. Ce résultat serait, dans ce cas aussi, incompatible avec le principe de droit international généralement accepté con-

cernant la souveraineté permanente des États sur leurs propres ressources naturelles. Pour cette raison, la Turquie ne peut appuyer le champ d'application du projet d'articles que s'il est limité aux eaux de surface.

OBSERVATIONS RELATIVES À CERTAINS ARTICLES

Article 5

6. Selon le paragraphe 1, l'État riverain a à la fois le droit d'utiliser un cours d'eau international de manière équitable et raisonnable et l'obligation de ne pas priver les autres États du cours d'eau de leur propre droit à une utilisation équitable.

7. Le paragraphe 2 énonce le devoir de coopération entre les États du cours d'eau. L'article 5, s'il contient quelques éléments positifs pour l'État d'amont, devrait être mieux équilibré. À cette fin, il serait bon d'élargir le paragraphe en y incluant une disposition limitant les utilisations (et spécialement les nouvelles utilisations) des États d'aval. Si cet équilibre ne peut pas être établi, la question de la « participation » devrait être exclue de l'article 5. L'on aurait ainsi un article de caractère général qui, consacrant les principes d'une utilisation équitable, raisonnable et optimale, serait à la fois juste et suffisant.

Articles 11 à 19

8. Les dispositions de la troisième partie du projet sont trop détaillées et devraient être simplifiées. Les arrangements concernant les procédures de notification et de consultation sont une question qui devrait être réglée par la voie d'accords régionaux et locaux, lesquels peuvent mieux tenir compte des besoins qui existent en réalité dans chaque cas particulier. Ces arrangements pourront compléter l'accord-cadre.

Article 20

9. L'article 20 traite de la protection et de la préservation des écosystèmes des États du cours d'eau. Toutefois, il n'énonce pas les critères permettant de déterminer ce qui constitue un dommage important. Il serait bon de préciser ces critères dans le texte de l'article.

Article 26

10. Le paragraphe 1 stipule que des consultations doivent être entamées sur la gestion d'un cours d'eau international, y compris éventuellement la création d'un mécanisme mixte de gestion, à la demande de l'un quelconque des États du cours d'eau. L'expression « sur la demande de l'un quelconque d'entre eux » a un caractère péremptoire, et la Turquie considère que cet article devrait être remanié pour lui donner davantage de souplesse. Le libellé du paragraphe 1 de l'article peut faire naître une obligation de négocier un accord afin de créer un mécanisme mixte de gestion. Il s'agit là d'une question qui doit être éclaircie.

II. — Commentaires et observations reçus d'un État non membre

Suisse

[Original : français]
[14 janvier 1993]

INTRODUCTION

1. Le Gouvernement suisse tient à exprimer son appréciation aux membres de la Commission du droit international et à ses rapporteurs spéciaux qui, depuis 1974, étudient les règles de fond et de procédure relatives aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. Le projet d'articles adopté en 1991 par la Commission en première lecture apporte une contribution précieuse au droit des cours d'eau internationaux. Si ce droit continue néanmoins à comporter des lacunes et des incertitudes, ces faiblesses tiennent avant tout à la nature du sujet : les problèmes liés à l'utilisation de ressources naturelles partagées sont particulièrement difficiles à résoudre. Cela dit, la tâche de la Commission a été facilitée, dans une certaine mesure, par les travaux antérieurs de deux sociétés savantes, l'Institut de droit international¹ et l'ILA². Si le projet de la CDI s'écarte sur certains points de ces deux documents, les trois textes convergent sur un point essentiel : ils admettent le principe de l'utilisation (et participation) équitable et raisonnable.

2. Dans l'ensemble, la position du Gouvernement suisse vis-à-vis du projet d'articles préparé par la Commission est favorable. Les observations parfois critiques qui suivent sont formulées dans un esprit constructif. Dans un domaine aussi important pour l'avenir de l'humanité que le partage des ressources aquatiques, la communauté internationale a en effet tout intérêt à aboutir rapidement à un résultat.

Champ d'application du projet d'articles

3. La Commission propose que le résultat de ses travaux prenne la forme d'un « accord-cadre », à savoir d'une convention modèle dont pourraient s'inspirer les États s'appropriant à conclure un accord sur l'utilisation des ressources d'un cours d'eau commun (art. 3, par. 1). La formule ainsi proposée permet d'associer à la *lex lata* des éléments de *lex ferenda*, sans avoir à identifier les uns et les autres, ce qui pourrait faciliter l'adoption du texte par la communauté des États. On peut néanmoins penser que la plupart des règles matérielles contenues dans le projet sont censées refléter le droit coutumier, alors que les règles de procédure qui y figurent relèvent, de par leur nature même, du développement progressif

du droit international. D'une manière générale, le Gouvernement suisse souscrit à cette approche.

4. La Commission suggère l'élaboration d'une convention modèle à laquelle les États qui y deviennent parties peuvent choisir de se conformer, en tout ou en partie, en concluant des accords de cours d'eau. Cela devrait impliquer que : a) même s'ils deviennent parties à la convention modèle, les États demeureront libres, lorsqu'ils concluront un accord relatif à un cours d'eau international ou à une partie de celui-ci, de le faire dans le cadre de cette convention ou non (voir art. 3, par. 1); et b) les accords de cours d'eau existants, extrêmement nombreux, subsistent tant que les États qui sont parties à la fois à ceux-ci et à la convention-cadre n'auront pas résolu d'adapter les premiers à la seconde. Ce dernier point, contrairement au premier, n'est pas explicité dans le projet d'articles. Le Gouvernement suisse souhaite que cette lacune soit comblée en précisant, dans le même article, que la convention-cadre n'affecte en rien la validité et le contenu des accords de cours d'eau existants.

5. L'article premier dispose que les articles s'appliqueront aux « cours d'eau internationaux ». Le terme « cours d'eau », défini à l'alinéa b de l'article 2, s'entend

[...] d'un système d'eaux de surface et souterraines constituant du fait de leurs relations physiques un ensemble unitaire et aboutissant à un point d'arrivée commun.

Le paragraphe 5 du commentaire de l'article 2 précise qu'un « système d'eaux » consiste en un certain nombre d'éléments : « les rivières, les lacs, les nappes, les glaciers, les réservoirs et les canaux », pour autant qu'ils soient reliés entre eux, formant ainsi « un ensemble unitaire »³. Cette définition englobe des éléments de surface et souterrains, du moins dans la mesure où ces derniers sont reliés aux eaux de surface, donc intégrés au système; elle exclut les eaux souterraines « captives ». Les « cours d'eau » ainsi définis sont « internationaux », aux termes de l'alinéa a de l'article 2, si leurs composantes sont situées dans des États différents.

6. Sans doute faut-il saluer la décision d'écarter les notions de bassin de drainage⁴ ou de système de cours d'eau qui, vu leur étendue, auraient été inacceptables pour de nombreux pays. Mais la notion de cours d'eau, traditionnellement limitée aux eaux de surface, a été conçue ici de manière si large qu'elle se rapproche, en fait, des concepts qu'on a voulu écarter. Définie comme elle l'est à présent, cette notion risque de poser des difficultés, surtout pour les États d'amont. On ajoutera, toujours à propos de l'article 2, que l'on comprend mal pourquoi la définition du « cours d'eau international » (al. a) précède celle de « cours d'eau » (al. b); ne faudrait-il pas intervertir les deux dispositions ?

¹ L'Institut a adopté en 1961 une résolution intitulée « Utilisation des eaux internationales non maritimes (en dehors de la navigation) », *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 49, t. II, 1961, p. 370 à 373.

² L'Association de droit international a adopté en 1966 les Règles d'Helsinki sur les utilisations des eaux des fleuves internationaux [ILA, *Report of the Fifty-second Conference, Helsinki, 1966*, Londres, 1967, p. 484 et suiv.; reproduit en partie dans *Annuaire... 1974*, vol. II (2^e partie), p. 396, doc. A/CN.4/274, par. 405].

³ *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 72 et 73.

⁴ L'article II des Règles d'Helsinki définit le bassin de drainage comme étant « une zone géographique s'étendant sur deux ou plusieurs États et déterminée par les limites de l'aire d'alimentation du réseau hydrographique, y compris les eaux de surface et les eaux souterraines, aboutissant en un point commun ».

Le contenu du projet d'articles

7. On examinera ici le contenu des principales dispositions du projet, abstraction faite de la question de savoir si son texte tient compte de façon équilibrée des intérêts des États d'aval et d'amont, cette matière étant étudiée séparément *infra*.

8. Les dispositions clefs du projet de la CDI sont sans doute l'article 7, qui formule l'interdiction de causer des dommages appréciables (*sic utere tuo ut alienum non laedas*), et les articles 5 et 6, qui consacrent le principe de l'utilisation équitable et raisonnable et qui réglementent sa mise en œuvre. Le Gouvernement suisse pense que les deux préceptes font aujourd'hui partie du droit international coutumier. Leur inclusion dans le projet d'articles est donc pleinement justifiée. Certaines adjonctions ou modifications pourraient toutefois s'avérer souhaitables.

9. On doit d'abord se demander si les articles 5 et 6 ne devraient pas être complétés par une disposition précisant les modalités de leur mise en œuvre : partage territorial, c'est-à-dire attribution de zones ou segments du cours d'eau à chaque État concerné, comme cela a été fait par le Traité entre l'Inde et le Pakistan relatif à l'utilisation des eaux de l'Indus, du 19 septembre 1960⁵; partage par rotation, en réservant les eaux ou leur utilisation à tel État du cours d'eau pour une période et à tel autre pour une autre période, comme cela est prévu dans l'Acte final de délimitation de la frontière internationale des Pyrénées entre la France et l'Espagne, du 11 juillet 1868⁶; ou partage du débit, de son utilisation ou de l'énergie produite (voir, par exemple, l'Accord relatif à la pleine utilisation des eaux du Nil conclu entre la République arabe unie et le Soudan, du 8 novembre 1959⁷ et la Convention relative à l'aménagement hydroélectrique d'Emosson, du 23 août 1963⁸). On rappellera d'ailleurs, à ce propos, que le partage conventionnel par moitié est courant pour les fleuves contigus. D'autres méthodes, comme l'attribution exclusive d'utilisations à différents États du cours d'eau, ou le recours à des systèmes compensatoires, tel l'Accord relatif à l'aménagement du fleuve Gandak, signé entre l'Inde et le Népal le 4 décembre 1959⁹, sont aussi envisageables, comme l'est également la combinaison de plusieurs de ces techniques.

10. Une description des méthodes possibles, qui ferait l'objet d'une disposition additionnelle, ne serait pas sans intérêt, car le texte préparé par la Commission est destiné à servir de convention-cadre : elle informerai, en

effet, les États envisageant la conclusion d'un accord de cours d'eau des différentes possibilités de mettre en œuvre le principe de l'utilisation équitable et raisonnable.

11. L'article 7, on l'a dit, enjoint aux États d'un cours d'eau d'utiliser celui-ci « de manière à ne pas causer de dommages appréciables aux autres États du cours d'eau ». Cette disposition dévie de ce que l'on avait pu considérer comme étant la règle générale : l'exigence d'un dommage non pas « appréciable », mais « important », « substantiel », « significatif » ou « grave »¹⁰. En se contentant de l'exigence d'un dommage « appréciable », l'article 7, dans sa teneur actuelle, soulève deux problèmes. En premier lieu, l'adjectif « appréciable » semble traduire l'intention d'abaisser le seuil des nuisances permises, ce qui risque d'indisposer surtout des États d'amont. En second lieu, cet adjectif est équivoque. D'une part, il est plus vague encore que les qualificatifs « important », « substantiel », « significatif » ou « grave » et, de ce fait, rend plus difficile l'application de la règle *sic utere tuo ut alienum non laedas*. D'autre part, le mot « appréciable » peut revêtir deux significations : il peut soit servir à distinguer un dommage d'une certaine portée du dommage qui n'en a pas, soit désigner un dommage susceptible d'être « apprécié », c'est-à-dire perçu et constaté, par opposition à un dommage qui ne l'est pas¹¹. Vu ces problèmes, le Gouvernement suisse serait favorable au remplacement de l'adjectif « appréciable » par un qualificatif reflétant plus fidèlement le *statu quo* coutumier.

12. Les articles 8 à 19 renferment des règles de procédure. Les articles 11 à 19 indiquent la marche à suivre lorsqu'un État envisage une activité nouvelle (ou accrue) du cours d'eau. D'une manière générale, ces dispositions semblent acceptables au Gouvernement suisse. Deux points, cependant, méritent d'être examinés.

13. Comme le dit avec raison un commentateur du projet d'articles, l'État qui notifie aux autres États du cours

¹⁰ Voir, par exemple, J. Andrassy, « Les relations internationales de voisinage », *Recueil des cours... 1951-II*, t. 79, 1951-II, p. 77-181, notamment p. 111 et 112. À l'appui de son affirmation, cet auteur cite plusieurs arrêts américains, une résolution adoptée en 1911 par l'Institut de droit international et des dispositions conventionnelles. Pour ce qui est de l'évaluation du dommage, Andrassy dit ceci :

« L'importance du dommage doit être appréciée par rapport aux deux parties en cause. Il faut prendre en considération la proportion ou la disproportion entre le bénéfice tiré par l'une des parties et le désavantage subi par l'autre. La variété des cas n'admet pas de règles fixes, et fait une large place à l'équité. Elle entre en ligne de compte dans les décisions citées plus loin qui appliquent le principe du partage équitable. » (*Ibid.*, p. 112.)

De ce passage, on déduira que la règle interdisant de causer un dommage est un élément du principe de l'utilisation équitable plutôt que l'inverse.

¹¹ Cf. M. Solanes, « The International Law Commission and legal principles related to the non-navigational uses of the waters of international rivers », *Nature Resources Forum*, vol. 11, n° 4, p. 353-361, notamment p. 357. L'auteur déclare que :

« [...] le principe [interdisant de causer un dommage « appréciable »] n'interdit pas un dommage « mineur » ou insignifiant, mais un « dommage appréciable », c'est-à-dire un préjudice de nature à engager une responsabilité internationale. Le mot « appréciable », *signifiant assez important pour être perçu ou estimé**, est à distinguer du mot « substantiel », qui dénote des dimensions ou un volume considérables, ou qui, dans le sens usuel, signifie important. »

⁵ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 419, p. 125.

⁶ Voir Nations Unies, *Textes législatifs...*, p. 674, traité n° 186.

⁷ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 453, p. 51.

⁸ RGDIP, 3^e série, t. XXXVI, n° 1 (janvier-mars 1965), p. 571; voir aussi *Annuaire... 1974*, vol. II (2^e partie), p. 343, doc. A/CN.4/274, par. 228 à 236.

⁹ Nations Unies, *Textes législatifs...*, p. 295, traité n° 96; voir aussi *Annuaire... 1974*, vol. II (2^e partie), p. 105, doc. A/5409, par. 347 à 354. L'Inde s'engage à construire, en territoire népalais, une usine hydroélectrique et des lignes de transmission; elle s'oblige aussi à fournir au Népal une certaine quantité d'électricité. De son côté, le Népal doit, sur son territoire, établir des facilités de transmission et de distribution de l'énergie produite.

d'eau son intention d'en faire un nouvel usage sera, pour une certaine période, empêché de passer aux actes (art. 14) et, s'il y a des objections, exposé à une procédure complexe de concertation. Les États ainsi notifiés, quant à eux, conservent tous leurs droits sur le plan international, même s'ils ne réagissent pas à la notification dans le délai imparti, les articles 5 à 7 continuant à régir leur situation¹². Ne serait-il pas souhaitable de se montrer plus strict à l'égard des États destinataires de notifications en admettant, suivant l'adage *qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset*, que l'État qui a omis de faire objection, dans le délai prescrit, à une activité nouvelle annoncée par un autre État du cours d'eau est censé y avoir consenti ?

14. Une utilisation projetée peut donner lieu à des objections, précise l'article 15, dès lors que l'État qui en a été notifié « conclut que la mise en œuvre des mesures projetées serait incompatible avec les dispositions des articles 5 [utilisation équitable] ou 7 [*sic utere tuo*]. C'est cette conclusion, unilatérale et subjective, qui déclenche le processus de négociation et le moratoire de six mois prévus à l'article 17. Ainsi, une conclusion tirée unilatéralement par l'État ou les États concernés suffit pour bloquer temporairement une nouvelle activité, sans que l'État qui souhaite l'entreprendre ait la moindre possibilité d'en faire vérifier le bien-fondé par un tiers impartial. Cette situation risque d'être particulièrement préjudiciable aux pays en développement qui souhaitent entreprendre une nouvelle activité et qui, pour pouvoir le faire, sollicitent l'appui financier des institutions financières internationales. Il suffira, pour que cet appui soit temporairement refusé, qu'un autre État du cours d'eau ait formulé une objection en application de l'article 15.

15. Cette observation en entraîne une autre, plus générale. Le problème qui vient d'être évoqué illustre l'importance particulière d'un système efficace de règlement des différends dans le cadre du droit des cours d'eau internationaux, importance qui a d'ailleurs été reconnue par l'ILA dans les Règles d'Helsinki autant que par le Rapporteur spécial de la Commission, M. McCaffrey. Dans son sixième rapport, il a en effet proposé, aux annexes I et II de son projet d'articles, des dispositions qui traitent des mécanismes visant le règlement des différends interétatiques et des moyens de faciliter les recours privés pour des dommages existants ou potentiels¹³. Si la formulation de l'article pertinent de l'annexe II laisse à désirer¹⁴, l'un et l'autre texte ont le mérite d'aborder la question. Le projet d'articles au-

jourd'hui soumis à l'appréciation des gouvernements garde, lui, un silence total. Comblé cette lacune semble une des tâches prioritaires de la CDI.

L'équilibre du projet d'articles

16. Pour réaliser son objectif, la future convention-cadre doit être équilibrée. Elle ne doit notamment favoriser ni États d'amont, ni États d'aval. Le projet élaboré par la Commission satisfait-il à cette exigence ? Pour répondre à cette question, il convient d'examiner deux points : les rapports entre l'interdiction de causer un dommage « appréciable » et le principe de l'utilisation équitable, et la participation d'États du cours d'eau à des accords conclus entre d'autres États du même cours d'eau.

17. La CDI avait, dans un premier temps, juxtaposé la règle *sic utere tuo* et le principe de l'utilisation équitable sans s'exprimer sur la relation entre ces deux éléments, bien que la mention de l'effet préjudiciable pouvant résulter d'une activité parmi les facteurs devant déterminer l'étendue du droit de participation équitable suggérât la subordination de la première au second. Certains membres de la Commission, cependant, souhaitaient une réglementation plus claire. Deux des rapporteurs spéciaux — M. Schwebel et M. McCaffrey — proposaient des libellés accordant la priorité au principe de l'utilisation équitable. Le paragraphe 1 de l'article 8 du texte proposé par M. Schwebel enjoignait aux États d'un système de cours d'eau de ne pas causer, en utilisant celui-ci,

[...] de dommage appréciable aux intérêts d'un autre État du système, si ce n'est dans la mesure qui peut être autorisée au titre de la détermination d'une participation équitable au système de cours d'eau international en question¹⁵.

18. M. Evensen, en revanche, désirait assurer la priorité à la règle *sic utere tuo* en n'insérant aucun texte sur ce point dans le projet d'articles et en faisant disparaître la mention de l'effet préjudiciable pouvant résulter d'une utilisation de la liste des facteurs conditionnant l'étendue du droit de participation équitable¹⁶. C'est cette solution qui a en définitive prévalu, notamment dans l'idée qu'un dommage même mineur — à l'environnement par exemple — ne peut pas être toléré, qu'il rentre ou non dans le cadre du droit d'utilisation équitable de l'État d'origine. Cette idée est exprimée dans le paragraphe 2 du commentaire de l'article 8 du projet :

Le droit de l'État du cours d'eau d'utiliser un cours d'eau international de manière équitable et raisonnable trouve sa limite dans le devoir qui incombe à cet État de ne pas causer de dommages appréciables aux autres États du cours d'eau. En d'autres termes, à première vue du moins, l'utilisation d'un cours d'eau international n'est pas équitable si elle cause des dommages appréciables aux autres États du cours d'eau¹⁷.

qui n'est qu'un modèle et, comme tel, ne donnera guère lieu à des difficultés — mais sur ceux que soulèvera l'interprétation ou l'application des accords de cours d'eau conclus dans le cadre de ce modèle; et b) elle devrait suggérer aux parties à ces accords l'arbitrage obligatoire plutôt que facultatif.

¹⁵ *Annuaire... 1982*, vol. II (1^{re} partie), p. 125, doc. A/CN.4/348, par. 156.

¹⁶ *Annuaire... 1983*, vol. II (1^{re} partie), p. 178 et 179, doc. A/CN.4/367.

¹⁷ *Annuaire... 1988*, vol. II (2^e partie), p. 38.

¹² C. B. Bourne, « The International Law Commission's draft articles on the law of international watercourses: Principles and planned measures », *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy* (Boulder), 1992, vol. 3, n° 1, p. 65 à 92, notamment p. 68 à 70.

¹³ Voir *Annuaire... 1990*, vol. II (1^{re} partie), p. 41, doc. A/CN.4/427 et Add.1, chap. III, sect. B, et chap. IV, sect. F.

¹⁴ Il s'agit de l'article 5, qui dispose qu'un État partie à un différend portant sur l'interprétation ou l'application de la future convention-cadre (cf. art. 3 de l'annexe II) peut, si d'autres moyens ne produisent pas de solution, soumettre ce différend

« à l'arbitrage obligatoire de tout tribunal d'arbitrage permanent ou ad hoc qui a été accepté par toutes les parties au différend ».

Une telle disposition serait inadéquate à un double titre : a) elle devrait porter, non sur les différends relatifs à la convention-cadre —

Critiquée par la doctrine¹⁸, cette solution semble peu heureuse, comme l'a laissé entendre le représentant de la Suisse au sein de la Sixième Commission de l'Assemblée générale des Nations Unies dans la déclaration qu'il a faite le 31 octobre 1991¹⁹.

19. Le problème évoqué étant d'une importance considérable pour le sort du projet d'articles, il semble indiqué de s'y attarder.

20. Le Rapporteur spécial, M. McCaffrey, a fait valoir, à l'appui de la solution finalement retenue : a) qu'il serait plus simple d'établir l'existence d'un dommage « appréciable » que de juger du caractère équitable d'une utilisation; b) que cette solution avantagerait les États « plus faibles » du cours d'eau; et c) qu'elle protégerait mieux l'environnement²⁰. Ces arguments sont soit inexacts, soit non décisifs.

21. On ne voit pas pourquoi il serait plus facile d'appliquer la notion vague de dommage « appréciable » que de mesurer un droit d'utilisation « équitable » conditionné par tout une série de facteurs énumérés à l'article 6 du projet; et, même s'il en allait autrement, la solution la plus facile à appliquer n'est pas forcément la meilleure. Il n'est pas davantage évident que la hiérarchie des normes suggérée par la CDI avantagerait les États économiquement faibles. Bien au contraire, donner la primauté à l'interdiction de causer un dommage « appréciable » revient à accorder une protection quasi illimitée aux utilisateurs actuels du cours d'eau, l'atteinte subie visant forcément des utilisations existantes. Autrement dit, on privilégie les droits acquis. Affirmer que protéger les droits acquis équivaut à secourir les faibles relève du paradoxe, tout particulièrement dans le domaine qui intéresse ici, puisque les nouveaux venus sont, en général, moins développés économiquement que les premiers utilisateurs et, historiquement, des États d'amont plutôt que d'aval²¹. S'il se peut, enfin, que M. McCaffrey et la Commission aient raison de penser que l'environnement sera mieux servi par la règle de l'article 7 que par le principe de l'utilisation équitable, l'objectif voulu pourrait être atteint sans élever le précepte *sic utere tuo*, et avec lui la protection des utilisations existantes, au rang de règle prioritaire. La protection recherchée pourrait être tout aussi bien assurée en limitant la priorité de la règle *sic utere tuo* au domaine de l'environnement ou en retenant, comme l'a suggéré Lammers, l'idée d'une interdiction « mitigée » de causer un dommage majeur²².

¹⁸ Voir, par exemple, Bourne, *loc. cit.*, p. 72 à 91.

¹⁹ Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-sixième session, Sixième Commission, 26^e séance, par. 40 à 44.

²⁰ « The law of international watercourses: Some recent developments and unanswered questions », *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 17, n° 3, 1989, p. 505 à 526, notamment p. 509 et 510; « The International Law Commission and its efforts to codify the international law of waterways », *Annuaire suisse de droit international*, vol. XLVII, 1990, p. 32 à 55, notamment p. 51 et 52.

²¹ McCaffrey, « The International Law Commission... », *loc. cit.*, p. 49 et 50.

²² J. G. Lammers, « Balancing the equities » in international environmental law », *L'avenir du droit international de l'environnement, Colloque, La Haye, 12-14 novembre 1984*, Académie de droit international de La Haye, Dordrecht, Boston, Lancaster, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 153 à 165. Cette interdiction serait inapplicable :

22. Le système actuellement proposé par la CDI n'offre donc pas des avantages décisifs. Il comporte, en outre, de sérieux inconvénients. En premier lieu, on l'a dit, il privilégie le statu quo, protégeant les États du cours d'eau plus développés contre les velléités de ceux qui le sont moins. Le principe de l'utilisation équitable serait en effet éclipsé par la règle *sic utere tuo*; il y aurait priorité des utilisations existantes sur les activités futures²³. Un tel système pourrait du reste impliquer que chaque utilisateur dispose d'un droit de veto lorsqu'un État du cours d'eau projette d'entreprendre une activité nouvelle ou d'intensifier une activité existante. En deuxième lieu, la primauté de l'interdiction de causer un dommage « appréciable », apparemment issue du désir de mieux sauvegarder l'environnement, pourrait en réalité tendre à protéger la souveraineté des États du cours d'eau : qui dit participation équitable, en effet, dit partage des utilisations et des ressources, et le concept de partage transcende celui de la souveraineté. Le souci de privilégier la préservation de la souveraineté serait, toutefois, en contradiction avec l'idée, communément admise, que les États d'un cours d'eau forment une communauté d'intérêts et de droit²⁴ et que, par conséquent, la souveraineté de chacun d'eux est et doit être limitée. Sous le couvert d'une protection complète de l'environnement, la nouvelle hiérarchie des règles prônée par la Commission aboutirait à protéger la souveraineté des États mieux qu'elle ne l'a été par le passé. C'est là, estime le Gouvernement suisse, une évolution peu souhaitable. En dernier lieu, cette hiérarchie dévie de la pratique des États, comme le relève une étude récente consacrée aux relations américano-canadiennes²⁵.

23. Pour tous ces motifs, le Gouvernement suisse souhaite que, sur ce point important, la Commission réexamine son projet et, le cas échéant, se rallie à la conception qui, depuis plus de trente ans, a été à la base des travaux de l'ILA : la primauté du principe de l'utilisation équitable et raisonnable. Ce résultat pourrait être atteint en supprimant l'article 7 du projet, en réintroduisant l'effet préjudiciable pouvant résulter d'une activité parmi les facteurs, énumérés à l'article 6, servant à déterminer l'étendue du droit d'utilisation équitable, et en limi-

a) si son application porte atteinte à des objets ou activités particulièrement sensibles à la pollution transfrontière; b) si l'activité polluante n'est pas imputable à l'État d'origine selon les règles classiques relatives à la responsabilité internationale; ou c) si le sacrifice que représenterait la cessation de l'activité polluante pour l'État d'origine serait disproportionné par rapport aux avantages que l'État victime retirerait d'une telle cessation.

²³ Le sort des utilisations existantes est réglé de façon satisfaisante par les Règles d'Helsinki. Le paragraphe 1 de l'article 7 des Règles est ainsi libellé :

« 1. Toute utilisation raisonnable actuelle des eaux d'un bassin de drainage international pourra être poursuivie, à moins que des facteurs permettant de conclure que ladite utilisation doit être modifiée ou interrompue de manière à permettre une utilisation concurrente incompatible avec la première ne l'emportent sur les facteurs qui en justifient la poursuite. »

Cette disposition attache une présomption de primauté aux activités existantes. L'utilisateur potentiel peut renverser cette présomption en établissant que les activités en cause ne rentrent plus dans le cadre du droit d'utilisation équitable des États qui les exercent.

²⁴ *Jurisdiction territoriale de la Commission internationale de l'Oder, arrêt n° 16, 1929, C.P.J.I., série A, n° 23, p. 27.*

²⁵ P. K. Wouters, « Allocation of the non-navigational uses of international watercourses: Efforts at codification and the experience of Canada and the United States », dans *Annuaire Canadien de droit international* (Vancouver), 1992, t. XXX, p. 43 et suiv.

tant la priorité de la règle *sic utere tuo* au domaine de la protection de l'environnement, le cas échéant en mitigant cette règle.

24. De l'avis du Gouvernement suisse, l'équilibre entre États d'aval et d'amont est également compromis par le paragraphe 2 de l'article 4 du projet : lorsque quelques-uns parmi les États d'un même cours d'eau négocient un accord *inter se*, portant sur un segment de ce cours d'eau ou sur certaines utilisations de celui-ci, tout autre État de ce cours d'eau qui risque d'être affecté de façon sensible par l'accord a le droit de participer à la négociation, voire de devenir partie à l'accord. Puisque de tels accords interviendront plutôt entre États d'aval, c'est surtout à la liberté conventionnelle de ceux-ci que porte atteinte le paragraphe 2 de l'article 4. On voit mal l'utilité d'une telle disposition : ne serait-il pas plus approprié d'assujettir aux obligations stipulées aux articles 11 à 19 les États qui souhaitent régler une utilisation nouvelle par la voie d'un accord *inter se* ?

Récapitulation

25. Les remarques qui précèdent n'épuisent pas le sujet. Au cours de ces dernières années, le représentant suisse au sein de la Sixième Commission a commenté à trois reprises, le 3 novembre 1988, le 31 octobre 1990 et le 31 octobre 1991, les articles destinés à faire partie du projet de la CDI²⁶. Quelques-uns parmi ses commentaires ont été repris ou développés dans les présentes observations. D'autres — par exemple ceux relatifs à la protection et à la préservation de l'environnement²⁷ et ceux touchant à l'article 26 du projet (gestion²⁸) — n'ont pas

²⁶ Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-troisième session, Sixième Commission, 28^e séance, par. 30 à 45; *ibid.*, quarante-cinquième session, Sixième Commission, 25^e séance, par. 55 à 64; et *ibid.*, quarante-sixième session (*supra* note 19), respectivement.

²⁷ Déclaration du 31 octobre 1990 [*ibid.*, quarante-cinquième session, Sixième Commission (voir *supra* note 26)].

²⁸ Déclaration du 31 octobre 1991 [*ibid.*, quarante-sixième session, Sixième Commission (voir *supra* note 19)].

été rappelés mais conservent leur validité et doivent ainsi être considérés comme faisant partie intégrante du présent exposé.

26. Cela dit, le Gouvernement suisse récapitule succinctement, en guise de conclusion, les points sur lesquels il pense que des changements pourraient être apportés au projet d'articles approuvé en première lecture par la Commission :

- a) Inversion des alinéas *a* et *b* de l'article 2;
- b) Suppression du paragraphe 2 de l'article 4;
- c) Adjonction des effets préjudiciables d'une utilisation aux facteurs énumérés à l'article 6;
- d) Adjonction éventuelle d'une disposition énumérant les modalités de mise en œuvre du principe de l'utilisation équitable et raisonnable;
- e) Suppression de l'article 7;
- f) Introduction d'une procédure permettant à l'État du cours d'eau qui notifie une nouvelle activité de demander à un tiers impartial une appréciation objective sur le point de savoir si cette activité serait compatible avec les articles 5 ou 7 (ou avec le seul article 5) [art. 15];
- g) Modification de l'article 16, qui pourrait disposer que l'État qui a omis de réagir à une notification dans le délai prescrit est présumé avoir accepté l'utilisation projetée;
- h) Choix de termes identiques aux articles 20 et 21 (« environnement » ou « écosystème »);
- i) Limitation de l'obligation de coopérer à l'élaboration de plans d'urgence, inscrite à l'article 25, aux États menacés de façon concrète;
- j) Suppression de l'article 26; et
- k) Création de systèmes contraignants de règlement pacifique des différends entre États et des litiges intéressant des individus.

DOCUMENT A/CN.4/451

**Premier rapport sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux
à des fins autres que la navigation,
par M. Robert Rosenstock, rapporteur spécial**

[Original : anglais]
[20 avril 1993]

TABLE DES MATIÈRES

| | | <i>Pages</i> |
|--|--------------------|--------------|
| Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport | | 193 |
| | <i>Paragraphes</i> | |
| INTRODUCTION | 1-5 | 194 |
| <i>Chapitres</i> | | |
| I. QUESTIONS DE CARACTÈRE GÉNÉRAL | 6-9 | 194 |
| A. Projet de convention ou règles types | 6-7 | 194 |
| B. Règlement des différends | 8-9 | 195 |
| II. QUESTIONS CONCERNANT LA PREMIÈRE PARTIE (INTRODUCTION) DU PROJET D'ARTICLES | 10-20 | 195 |
| Commentaires concernant des articles spécifiques | | |
| Article premier (Champ d'application des présents articles) | 10 | 195 |
| Article 2 (Expressions employées) | 11 | 195 |
| Article 3 (Accords de cours d'eau) | 12-17 | 196 |
| Article 4 (Parties aux accords de cours d'eau) | 18-20 | 197 |
| III. QUESTIONS CONCERNANT LA DEUXIÈME PARTIE (PRINCIPES GÉNÉRAUX) DU PROJET D'ARTICLES | 21-28 | 198 |
| A. Commentaire général | 21-23 | 198 |
| B. Commentaires concernant des articles spécifiques | | |
| Article 5 (Utilisation et participation équitables et raisonnables) | | |
| Article 6 (Facteurs pertinents à prendre en considération pour une utilisation équitable et raisonnable) | 24-26 | 199 |
| Article 7 (Obligation de ne pas causer de dommages sensibles) | 27 | 199 |
| Article 8 (Obligation générale de coopérer) | | |
| Article 9 (Échange régulier de données et d'informations) | | |
| Article 10 (Rapport entre les utilisations) | 28 | 200 |

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

Sources

| | |
|---|--|
| Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (Espoo, 25 février 1991) | CBE, <i>Conventions sur l'environnement</i> (publication des Nations Unies), p. 109. |
| Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Helsinki, 17 mars 1992) | <i>Ibid.</i> , p. 135. |

Introduction

1. Le Rapporteur spécial est fermement convaincu que, en élaborant un instrument inspiré du texte du projet d'articles adopté provisoirement en première lecture¹, la Commission contribuera beaucoup à atténuer certains des problèmes auxquels l'humanité sera confrontée dans le domaine des eaux au cours des quelques prochaines décennies, du fait des utilisations et des besoins accrus créés par l'effort de développement et l'accroissement démographique.

2. Le Rapporteur spécial est immensément reconnaissant à son prédécesseur, M. McCaffrey, à ceux qui l'ont précédé, à M. Hayton et aux membres de la Commission qui ont tant fait pour achever dans un délai aussi bref l'examen du projet en première lecture. Une norme a été ainsi fixée, que l'actuel Rapporteur spécial peut seulement espérer atteindre.

3. Le Rapporteur spécial pense que ce qui reste essentiellement à faire à ce stade, c'est une dernière mise au point. En bref, il ne voit aucune raison de s'opposer au commentaire d'un gouvernement, selon lequel le projet est une réalisation remarquable. Ce n'est pas à dire que tous les États ont été aussi positifs ni que certains d'entre eux n'ont pas eu tendance à vouloir infléchir le projet dans un sens ou dans l'autre selon, notamment, leur situation géographique respective par rapport à des cours d'eau d'importance majeure. De plus, certaines questions ont été soulevées quant à la forme que le produit du travail de la Commission devrait, en définitive, revêtir et plusieurs États ont instamment demandé à la Commission de reconsidérer la question de l'inclusion de dispositions relatives au règlement des différends².

¹ Pour le texte des articles 1 à 32, adoptés provisoirement par la CDI en première lecture, voir *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 68 à 72. Le texte des articles 1 à 10, sur lesquels le Rapporteur spécial a fait des commentaires, est reproduit *infra* notes 6, 7, 9, 17 et 21 à 23.

² Les commentaires et observations reçus des gouvernements sont reproduits dans le présent volume (doc. A/CN.4/447 et Add.1 à 3), p. 155.

4. La situation a évidemment évolué de par le monde depuis que la Commission a achevé son examen du texte en première lecture. À ce propos, il y a lieu de mentionner, en particulier, les travaux de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement³, la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux et la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière. Toutefois, le Rapporteur spécial considère que rien, dans ces instruments, n'exige d'apporter une modification fondamentale au texte du projet tel qu'il est actuellement rédigé après examen en première lecture. Le principal effet de ces instruments est de souligner à quel point il importe que la Commission poursuive ses travaux et évite d'interpréter étroitement la portée du sujet.

5. Le Rapporteur spécial ne parlera dans ce premier rapport que des première et deuxième parties du projet, sauf dans la mesure où les questions soulevées ou les commentaires formulés par les gouvernements à propos d'autres parties du projet affectent ou pourraient affecter ces deux parties.

³ Voir Action 21 [*Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992* [A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I, Vol. I/Corr.1, Vol. II, Vol. III et Vol. III/Corr.1)] (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatifs), vol. I : *Résolutions adoptées par la Conférence, résolution 1, annexe II*], où il est stipulé : « La rareté généralisée des ressources en eau douce, leur destruction progressive et leur pollution croissante [...] exigent une intégration de la planification et de la gestion des ressources en eau. » (Par. 18.3.) Pour faire face à cette situation, Action 21 souligne l'importance d'une « gestion globale de l'eau douce » (par. 18.6) tenant compte d'une façon équilibrée des besoins des populations et de l'environnement. En incluant la notion d'« approche globale », le Rapporteur spécial ne s'écarte pas d'une approche essentiellement anthropocentrique, mais tient plutôt à prendre en compte le fait que ce qui, à long terme, nuit à la flore et à la faune appauvrit l'humanité. Action 21 n'essaie pas de s'attaquer en détail aux incidences internationales ou transfrontières de ces préoccupations, mais laisse plutôt à la CDI le soin d'élaborer le cadre devant régir la réaction globale qu'appellent les problèmes identifiés.

CHAPITRE PREMIER

Questions de caractère général

A. — Projet de convention ou règles types

6. Il n'est pas toujours nécessaire pour la Commission de remettre jusqu'à la fin de ses travaux la question de la forme que son œuvre devra revêtir. En fait, en l'occurrence comme dans d'autres cas connexes, régler cette question dès que possible, comme plusieurs gou-

vernements l'ont suggéré dans leurs observations⁴, pourrait permettre d'accélérer les travaux. À tout le moins, il semblerait approprié, à ce stade, d'avoir un bref échange de vues préliminaire sur ce point avant de poursuivre les

⁴ Voir les commentaires formulés par le Canada et le Royaume-Uni (*supra* note 2).

travaux de rédaction. Inversement, si l'on est résolu à remettre à un stade ultérieur la question de la forme que revêtira en définitive le texte, le Rapporteur spécial ne veut aucunement retarder les travaux de fond en insistant pour que la question de la forme soit résolue immédiatement.

7. Les deux approches — celle d'une convention-cadre et celle de règles types — présentent de nombreux avantages. L'utilité d'une convention-cadre est fonction, dans une large mesure, du nombre de ratifications, et l'intérêt de règles types est fonction essentiellement de l'accueil que les États réserveront aux règles que la Commission sera disposée à recommander et que l'Assemblée générale pourra approuver. En bref, il ne semblerait guère utile de préconiser l'approche de la convention-cadre si l'on ne pense pas que celle-ci sera largement acceptée et, surtout, il ne semble pas que l'on puisse préconiser à ce stade une autre approche si l'on n'est pas disposé simultanément à recommander que l'Assemblée générale appuie en termes très énergiques l'œuvre produite par la Commission. L'on peut soutenir aussi qu'une loi type permettrait plus facilement de prévoir des dispositions plus spécifiques. Dans la mesure où tel est effectivement le cas, cet avantage est compensé, tout au moins en partie, par le fait que les obligations découlant de l'instrument seraient plus vagues. Si l'on devait adopter l'approche de la loi type, il serait bon que, dans toute la mesure possible, le commentaire relatif au texte soit

élargi pour que les États puissent voir plus facilement les dispositions qui sont un énoncé *de lege lata* et celles qui ne le sont pas. Le Rapporteur spécial est néanmoins conscient des difficultés que suscite cette dernière suggestion.

B. — Règlement des différends

8. Le Rapporteur spécial voudrait aussi appeler l'attention, en particulier, sur le fait qu'un certain nombre de gouvernements ont instamment engagé la Commission à revoir la question de l'inclusion de dispositions relatives au règlement des différends⁵. Le Rapporteur spécial souscrit pleinement aux vues exprimées par M. McCaffrey à l'effet que, eu égard à la nature des questions qui se posent, il serait bon que la Commission recommande une série nuancée de dispositions concernant l'établissement des faits et le règlement des différends, au cas où elle déciderait de recommander un projet de convention et peut-être aussi si elle opte pour la formule de règles types.

9. Les commentaires figurant dans les chapitres II et III qui suivent, relatifs à différents articles s'entendent sans préjudice de la question de la forme que revêtira le texte.

⁵ Voir les observations formulées par le Costa Rica, la Grèce et la Suisse (ibid.).

CHAPITRE II

Questions concernant la première partie (Introduction) du projet d'articles

Commentaires concernant des articles spécifiques

ARTICLE PREMIER (CHAMP D'APPLICATION DES PRÉSENTS ARTICLES)⁶

10. Il n'est rien dans le texte, dans le commentaire ou dans les observations des gouvernements qui conduit à modifier cet article ou même le commentaire y relatif, encore qu'il convient de noter expressément dans le commentaire que, par jouissance des richesses d'un écosystème, on entend une utilisation de l'écosystème comme n'importe quelle autre utilisation. Certains gouvernements, dans leurs observations, ont tendu à rouvrir la question de l'expression « cours d'eau ». Le Rapporteur spécial ne voit pas une utilité quelconque, à ce

⁶ L'article premier se lit comme suit :

« Article premier. — Champ d'application des présents articles

« 1. Les présents articles s'appliquent aux utilisations des cours d'eau internationaux et de leurs eaux à des fins autres que la navigation, et aux mesures de conservation liées aux utilisations de ces cours d'eau et de leurs eaux.

« 2. Les présents articles ne s'appliquent à l'utilisation des cours d'eau internationaux aux fins de la navigation que dans la mesure où d'autres utilisations ont une incidence sur la navigation ou sont affectées par elle. »

stade tardif et compte tenu également du compromis auquel l'on est parvenu, à revenir sur les avantages et les inconvénients de l'emploi de l'expression « bassin de drainage ». La suggestion tendant à utiliser l'expression « eaux transfrontières », employée dans la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux semble au Rapporteur spécial être une question essentiellement de rédaction vu que, à son avis, il n'existe aucune différence de fond entre les expressions employées à l'article premier et l'expression « eaux transfrontières » telle qu'elle est utilisée dans ladite Convention.

ARTICLE 2 (EXPRESSIONS EMPLOYÉES)⁷

11. Dans le souci de consolider les résultats acquis, le Rapporteur spécial a résisté, à une seule exception près,

⁷ L'article 2 se lit comme suit :

« Article 2. — Expressions employées

« Aux fins des présents articles :

« a) l'expression « cours d'eau international » s'entend d'un cours d'eau dont des parties se trouvent dans des États différents;

« b) l'expression « cours d'eau » s'entend d'un système d'eaux de surface et souterraines constituant du fait de leurs relations physiques un ensemble unitaire et aboutissant à un point d'arrivée commun;

(Suite de la note page suivante.)

à la tentation de toucher à l'article 2. Il recommande néanmoins de supprimer, à l'alinéa *b*, le membre de phrase « et aboutissant à un point d'arrivée commun ». La notion de « point d'arrivée commun » ne semble rien ajouter, sauf peut-être une confusion, au sujet couvert par le reste de l'alinéa et, si on le conservait, ce membre de phrase risquerait d'imposer des barrières artificielles à la portée de l'opération. Si l'on devait céder à la tentation de toucher à l'article, il faudrait y inclure les eaux souterraines captives sans rapport avec le cours d'eau⁸. Au cas où les échanges de vues préliminaires à la Commission montreraient qu'un tel changement pourrait être acceptable, un texte pourrait être rédigé en conséquence. Il ne semble pas qu'un tel changement conduirait à apporter de nombreuses, voire aucune, modifications à d'autres articles. Dans l'ensemble, l'article, tel qu'il est actuellement rédigé, semble être un compromis viable entre deux approches conceptuelles qui s'affrontent sur le plan théorique mais qui, dans la pratique, peuvent et doivent être harmonisées. Sous réserve de la question ou peut-être des deux questions susmentionnées, il est recommandé à la Commission de traiter l'article 2 comme une hypothèse de travail valable pour son examen du projet d'articles en deuxième lecture et de n'y revenir que si les travaux concernant les articles suivants faisaient apparaître soudainement la nécessité de réexaminer l'article 2. La définition de l'expression « pollution » figurant actuellement à l'article 21 pourrait utilement être transférée à l'article 2. Un tel déplacement serait utile dans le contexte de la révision proposée par le Rapporteur spécial pour l'article 7, mais n'est pas essentiel, et cette définition pourrait être déplacée sans qu'une modification quelconque de la deuxième ou de la troisième partie du projet actuel devienne pour autant nécessaire ou utile.

ARTICLE 3 (ACCORDS DE COURS D'EAU)⁹

12. Il conviendrait d'apporter un changement à l'article 3, à savoir remplacer, dans le texte anglais, le mot *appreciable* par le mot *significant*. Dans leurs obser-

(Suite de la note 7.)

« c) l'expression « État du cours d'eau » s'entend d'un État dans le territoire duquel se trouve une partie d'un cours d'eau international. »

⁸ Pour une excellente discussion des limites de l'approche adoptée, voir R. D. Hayton, « Observations on the International Law Commission's draft rules on the non-navigational uses of international water courses: Articles 1-4 », *Colorado Journal of International Environmental Law and Policy*, vol. 2, 1992, p. 37 et 38. Dans les observations qu'ils ont formulées, l'Espagne, les pays nordiques et le Royaume-Uni préconisent une approche semblable (voir *supra* note 2).

⁹ L'article 3 se lit comme suit :

« Article 3. — Accords de cours d'eau »

« 1. Les États du cours d'eau peuvent conclure un ou plusieurs accords, ci-après dénommés « accords de cours d'eau », qui appliquent et adaptent les dispositions des présents articles aux caractéristiques et aux utilisations d'un cours d'eau international particulier ou d'une partie d'un tel cours d'eau.

« 2. Lorsqu'un accord de cours d'eau est conclu entre deux ou plusieurs États du cours d'eau, il doit définir les eaux auxquelles il s'applique. Un tel accord peut être conclu pour un cours d'eau international tout entier, ou pour une partie quelconque d'un tel cours d'eau, ou pour un projet ou un programme particulier, ou pour une utilisation particulière, sous réserve que cet accord ne porte pas atteinte, de façon sensible, à l'utilisation des eaux du cours d'eau par un ou plusieurs autres États du cours d'eau.

vations, les gouvernements ont avancé différentes raisons pour justifier ce changement, notamment la pratique suivie jusqu'à présent dans des instruments à peu près comparables¹⁰. Les deux arguments que le Rapporteur spécial trouve particulièrement convaincants sont les suivants : a) le mot « appréciable » a deux significations tout à fait différentes, c'est-à-dire i) pouvant être mesuré et ii) sensible; et b) comme il est indiqué dans le commentaire¹¹ que le mot « appréciable » doit être interprété comme voulant dire « de façon sensible », il serait préférable que cet article le dise clairement plutôt que de devoir se reporter au commentaire pour comprendre la signification de l'expression employée. Le Rapporteur spécial pense que si ce changement est apporté à l'article 3, il faudra faire de même dans tout le reste du projet d'articles¹². La complexité et le risque de confusion que crée l'emploi d'une expression, par exemple, aux articles 3 et 4 et d'une expression à l'article 7 ne sauraient être compensés par l'intérêt que pourrait avoir toute tentative d'affiner le texte.

13. Le Rapporteur spécial propose deux variantes au paragraphe 2 de l'article 3, qui se lisent comme suit :

VARIANTE A

« 2. Lorsqu'un accord de cours d'eau est conclu entre deux ou plusieurs États du cours d'eau, il doit définir les eaux auxquelles il s'applique. Un tel accord peut être conclu pour un cours d'eau international tout entier, ou pour une partie quelconque d'un tel cours d'eau, ou pour un projet ou un programme particulier, ou pour une utilisation particulière, sous réserve que cet accord ne porte pas atteinte de façon *sensible* à l'utilisation [des eaux] du cours d'eau par un ou plusieurs autres États du cours d'eau. »

VARIANTE B

« 2. Lorsqu'un accord de cours d'eau est conclu entre deux ou plusieurs États du cours d'eau, il doit définir les eaux auxquelles il s'applique. Un tel accord peut être conclu pour un cours d'eau international tout entier, ou pour une partie quelconque d'un tel cours d'eau, ou pour un projet ou un programme particulier, ou pour une utilisation particulière, sous réserve que cet accord *ne cause pas de dommages sensibles* à l'utilisation [des eaux]¹³ du cours d'eau par un ou plusieurs autres États du cours d'eau. »

« 3. Lorsqu'un État du cours d'eau estime qu'il est nécessaire d'adapter ou d'appliquer les dispositions des présents articles en raison des caractéristiques et des utilisations d'un cours d'eau international particulier, les États du cours d'eau se consultent en vue de négocier de bonne foi dans le but de conclure un accord ou des accords de cours d'eau. »

¹⁰ Les gouvernements qui ont recommandé ce changement ont été, notamment, ceux de l'Allemagne, du Canada, des États-Unis d'Amérique, du Royaume-Uni et de la Suisse (voir *supra* note 2).

¹¹ L'article 3 a été initialement adopté en tant qu'article 4. Pour le commentaire, voir *Annuaire... 1987*, vol. II (2^e partie), p. 28 à 31, notamment p. 29 et 30, par. 15 et 16.

¹² À savoir aux articles 7 et 12, au paragraphe 1 de l'article 18, au paragraphe 2 de l'article 21, à l'article 22 et au paragraphe 2 de l'article 28 du texte anglais.

¹³ Comme le « cours d'eau » est défini comme « un système d'eaux », il semble inutile de répéter la mention des « eaux ». Le Comité de rédaction devrait envisager de simplifier ainsi l'ensemble du projet d'articles.

14. L'avantage qu'aurait la variante B tient à la suppression des mots « de façon », qui indique de façon parfaitement claire, à la première lecture du texte, que le dommage peut être localisé et demeurer sensible. Si ce libellé est accepté pour cette raison, il serait bon d'apporter une modification de rédaction au texte actuel du paragraphe 2 de l'article 4¹⁴ en remplaçant les mots « risque d'être affectée de façon sensible par » par le membre de phrase « risque de subir des dommages sensibles du fait de ». Il ne semble pas que la variante B exigerait des changements que n'exigerait pas aussi la variante A¹⁵.

15. La suggestion formulée par certains gouvernements dans leurs observations, selon laquelle cet article devrait également énoncer que le fait de devenir partie à la convention n'affecte aucunement les accords de cours d'eau existants, n'est peut-être pas sans susciter certains problèmes et ne semble pas nécessaire. La Commission n'est pas en mesure de savoir avec certitude quels sont les accords bilatéraux ou même multilatéraux qui existent ou si certains d'entre eux peuvent être incompatibles avec les prémisses fondamentales du projet d'articles. S'il n'y a rien dans le texte actuel qui ait ou doive avoir pour effet d'écarter la possibilité de conclure d'autres accords à l'avenir, qu'ils soient ou non compatibles avec le texte actuel du projet d'article, c'est aller un peu trop loin que de présumer qu'une *lex posterior* incompatible avec le présent projet demeurerait valable alors même que l'État ou les États intéressés n'auraient manifesté aucune intention à cet égard. Si certains pouvaient supposer que la *lex posterior* est dépassée et d'autres pouvaient penser que, contrairement aux règles normales concernant des traités successifs, tel n'est pas le cas, ce ne serait guère encourager la stabilité du régime juridique applicable. Il est probable que les États qui décideront de souscrire à l'instrument à l'examen connaîtront parfaitement quels sont les conventions ou arrangements existants auxquels ils sont parties. Les États se trouvant en pareille situation peuvent éviter toute application inopinée de l'instrument à l'examen de différentes façons, notamment en faisant, lorsqu'ils signeront l'instrument ou y deviendront partie, une déclaration énonçant clairement leur intention ou leur interprétation pour ce qui est de certains des accords existants auxquels ils sont partie ou de tous. Une déclaration générale à cet effet lors de la signature ou de la ratification suffirait. Cela éviterait toute incertitude.

16. Le Rapporteur spécial, par ailleurs, appelle l'attention sur le paragraphe 3 de l'article 3, tel qu'il est actuellement rédigé. En théorie, il pourrait être possible d'ajouter la notion d'accords aux « caractéristiques » et aux « utilisations », ce paragraphe se lisant alors comme suit :

« 3. Lorsqu'un État du cours d'eau estime qu'il est nécessaire d'adapter ou d'appliquer les dispositions des présents articles en raison des caractéristiques et des utilisations d'un cours d'eau international particulier ou des accords existants le concernant, les

États du cours d'eau se consultent en vue de négocier de bonne foi dans le but de conclure un accord ou des accords de cours d'eau ou de parvenir à une entente. »

Un tel changement éliminerait le risque, mentionné ci-dessus, de donner un chèque en blanc. Comme le texte à l'examen, qui prévoit que des situations spécifiques pourront faire l'objet d'arrangements particuliers, a le caractère d'un instrument-cadre, il pourrait être bon d'inclure une disposition à cet effet. Toutefois, vu les moyens grâce auxquels les États peuvent se protéger dans des cas particuliers, cela conduirait peut-être à compliquer inutilement le projet d'articles. Le remaniement proposé, de plus, détourne l'attention du principal objectif du paragraphe 3 de l'article 3, qui est de prévoir les événements qui pourront se produire après que les États souscriront à l'instrument à l'examen, plutôt que de tenir compte des circonstances préexistantes. Néanmoins, on pourrait remanier dans le sens indiqué le paragraphe 3 de l'article 3 sans que cela affecte le reste du texte ou qu'il faille apporter d'autres modifications de rédaction à d'autres articles. Le Rapporteur spécial s'en remettra à l'avis du Comité de rédaction quant à l'utilité d'une telle modification.

17. Différents gouvernements, dans leurs observations, ont suggéré de changer l'ordre des articles. Ces suggestions reflètent l'avis selon lequel le projet est essentiellement un cadre de coopération, les accords de cours d'eau que pourront conclure les États n'étant qu'un moyen possible à cette fin. Le Rapporteur spécial considère que faire passer les articles 8 et 26 avant l'article 3 n'aurait pas d'effet sur la substance du texte, mais rendrait l'enchaînement des articles plus logique. Retirer les articles 8 et 26 des deuxième et troisième parties ne devrait pas, semble-t-il, susciter des problèmes quelconques pour ces deux parties. Le Rapporteur spécial recommande, par conséquent, au Comité de rédaction d'étudier sérieusement la possibilité de changer l'ordre de certains articles¹⁶.

ARTICLE 4 (PARTIES AUX ACCORDS DE COURS D'EAU)¹⁷

18. Le Rapporteur spécial considère que le libellé actuel de l'article 4 est approprié et il ne recommande

¹⁶ Lorsque l'article 26 sera examiné quant au fond, il faudra déterminer dans quelle mesure les expressions « équitable et raisonnable », « rationnelles et optimales » et « mise en valeur durable » sont assez clairement synonymes pour éviter de créer des incertitudes ou une confusion. On trouve d'autres suggestions concernant la teneur de l'article 26 dans les observations formulées par l'Allemagne, les États-Unis d'Amérique, le Royaume-Uni, la Suisse et la Turquie (voir *supra* note 2).

¹⁷ L'article 4 se lit comme suit :

« Article 4. — Parties aux accords de cours d'eau

« 1. Tout État du cours d'eau a le droit de participer à la négociation de tout accord de cours d'eau qui s'applique au cours d'eau international tout entier et de devenir partie à un tel accord, ainsi que de participer à toutes consultations appropriées.

« 2. Un État du cours d'eau dont l'utilisation du cours d'eau international risque d'être affectée de façon sensible par la mise en œuvre d'un éventuel accord de cours d'eau ne s'appliquant qu'à une partie du cours d'eau ou à un projet ou programme particulier, ou à une utilisation particulière, a le droit de participer à des consultations sur cet accord et à sa négociation, dans la mesure où son utilisation en serait affectée, et d'y devenir partie. »

¹⁴ Voir *infra* note 17.

¹⁵ C'est-à-dire aux articles 7 et 12, au paragraphe 1 de l'article 18, au paragraphe 2 de l'article 21, à l'article 22 et au paragraphe 2 de l'article 28.

aucun changement, si ce n'est ceux qui découlent de la modification apportée à l'article 3 (remplacement du mot « appréciable » par le mot « sensible »). Le paragraphe 1 de l'article 4 prévoit le cas d'un accord qui s'applique au cours d'eau tout entier, et le paragraphe 2 celui d'un accord qui ne s'applique qu'à une partie du cours d'eau.

19. Si les mots « qui s'applique », au paragraphe 1, ne sont certainement pas la seule façon d'établir la distinction qui s'impose, il doit être parfaitement clair que les mots « qui s'applique » se rapportent à la portée de l'accord et ne peuvent pas dire la même chose et n'ont pas le même effet que les mots « qui affecte de façon sensible ». En effet, ce que le texte dit, c'est que, si un tel accord est négocié, tous les États du cours d'eau ont le droit de participer aux négociations sans devoir établir qu'ils risquent d'en être affectés de façon sensible. Il s'agit donc, dans la pratique, d'une présomption totale-

ment appropriée et conforme à l'orientation générale du projet d'articles.

20. Il ne semblerait pas approprié de ne pas inclure tous les États du cours d'eau dans le premier cas, et tout aussi inapproprié, dans la situation visée au paragraphe 2, d'insister sur l'inclusion d'États du cours d'eau non affectés par l'accord. La suppression du paragraphe 2, telle que certains gouvernements l'ont suggéré dans leurs observations, aurait pour effet de créer cette dernière situation inappropriée, qui risquerait fort d'imposer une charge excessive aux États riverains d'aval. Du point de vue de la rédaction, il ne serait pas vraiment difficile de fondre les deux paragraphes en insérant des expressions comme « en tout ou en partie » ou « dans la mesure où il risque d'être affecté par un tel accord ». Le Rapporteur spécial ne voit pas en quoi un tel remaniement serait un avantage visible, et le texte qui en résulterait serait plus lourd et plus difficile à comprendre que le texte actuel.

CHAPITRE III

Questions concernant la deuxième partie (Principes généraux) du projet d'articles

A. — Commentaire général

21. Comme cela a été souligné dans de nombreux commentaires et observations, les articles 5 et 7 constituent un élément clef de l'ensemble du projet d'articles. D'aucuns ont suggéré d'éliminer l'article 7 ou de faire pencher la balance plus nettement en faveur de l'article 5 et de faire du principe de l'utilisation « équitable et raisonnable » virtuellement le seul critère applicable, autrement dit de subordonner l'article 7 à l'article 5. D'autres considéreraient qu'un dommage appréciable ou sensible est dans tous les cas une preuve d'une utilisation fondamentalement inéquitable et/ou déraisonnable, et tendrait, implicitement ou expressément, à subordonner l'article 5 à l'article 7. Le libellé actuel de ces articles eux-mêmes n'est pas totalement dépourvu d'ambiguïté sur ce point crucial et sur la nature de la responsabilité des États dont le dommage découle.

22. Si ces questions, en particulier la nature de la responsabilité de l'État qui affecte une utilisation du cours d'eau, sont élucidées dans une certaine mesure par le commentaire¹⁸, l'on pourrait, semble-t-il, éclaircir ces questions de façon plus acceptable dans le texte des arti-

cles mêmes. Aussi, le Rapporteur spécial propose-t-il de remanier l'article 7. Cette révision a pour but de mettre en place un régime selon lequel le caractère équitable et raisonnable de l'utilisation du cours d'eau est le critère déterminant, sauf dans les cas de pollution définis dans le projet d'articles. En cas de pollution, l'article 5 est subordonné à l'article 7, cette subordination pouvant être écartée en établissant clairement l'existence de circonstances extraordinaires; autrement dit, dans la pratique, il s'agirait d'une présomption simple.

23. Le Rapporteur spécial est conscient qu'une telle révision de l'article 7 n'amenuise aucunement la nécessité de rendre les articles 5 et 6 aussi clairs que possible. Toutefois, il n'a pas trouvé le moyen d'ajouter à l'article 5 des dispositions détaillées qui auraient leur raison d'être dans un accord-cadre. Dans certains cas, une répartition territoriale a été jugée acceptable par les États du cours d'eau¹⁹, dans d'autres cas une rotation périodique²⁰, ou dans d'autres encore un partage des avantages

¹⁹ Traité du 19 septembre 1960 entre l'Inde et le Pakistan relatif à l'utilisation des eaux de l'Indus (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 419, p. 125).

²⁰ Voir Acte final de délimitation de la frontière internationale des Pyrénées entre la France et l'Espagne, signé à Bayonne le 11 juillet 1868 [Nations Unies, *Textes législatifs...*, traité n° 186, p. 674 à 676, résumé dans *Annuaire...* 1974, vol. II (2^e partie), p. 194 et 195, doc. A/5409, par. 979 à 984, notamment par. 982, al. a, 983, al. a, et 984, al. a].

¹⁸ Pour le commentaire des articles 5 et 7, initialement adoptés en tant qu'articles 6 et 8, voir, respectivement, *Annuaire...* 1987, vol. II (2^e partie), p. 32 à 37, et *Annuaire...* 1988, vol. II (2^e partie), p. 37 à 43.

d'une centrale hydroélectrique, une répartition ou une allocation des utilisations, ou encore des arrangements compensatoires. Chacune de ces applications du bon sens et de l'équité est propre aux circonstances de l'espèce et ne semble donc pas pouvoir être recommandée comme d'utilité générale dans le contexte d'un instrument-cadre. Il est possible et même probable qu'un commentaire un peu plus développé pourrait décrire les possibilités que les États pourraient envisager pour parvenir à des résultats équitables et raisonnables. Il s'agit là manifestement d'un domaine d'importance majeure dans lequel les problèmes à craindre pourraient être atténués en prévoyant l'intervention d'une tierce partie au cas où les États intéressés ne pourraient pas parvenir à une solution mutuellement acceptable.

B. — Commentaires concernant des articles spécifiques

ARTICLE 5 (UTILISATION ET PARTICIPATION ÉQUITABLES ET RAISONNABLES)

ARTICLE 6 (FACTEURS PERTINENTS À PRENDRE EN CONSIDÉRATION POUR UNE UTILISATION ÉQUITABLE ET RAISONNABLE)²¹

24. Aucune modification n'est recommandée pour l'article 5.

²¹ Les articles 5 et 6 se lisent comme suit :

« Article 5. — *Utilisation et participation équitables et raisonnables*

« 1. Les États du cours d'eau utilisent sur leurs territoires respectifs un cours d'eau international de manière équitable et raisonnable. En particulier, un cours d'eau international sera utilisé et mis en valeur par les États du cours d'eau en ayant en vue de parvenir à l'utilisation et aux avantages optimaux compatibles avec les exigences d'une protection adéquate du cours d'eau.

« 2. Les États du cours d'eau participent à l'utilisation, à la mise en valeur et à la protection d'un cours d'eau international de manière équitable et raisonnable. Cette participation comporte à la fois le droit d'utiliser le cours d'eau et le devoir de coopérer à sa protection et à sa mise en valeur, comme prévu dans les présents articles.

« Article 6. — *Facteurs pertinents à prendre en considération pour une utilisation équitable et raisonnable*

« 1. L'utilisation de manière équitable et raisonnable d'un cours d'eau international, au sens de l'article 5, implique la prise en considération de tous les facteurs et circonstances pertinents, notamment :

« a) les facteurs géographiques, hydrographiques, hydrologiques, climatiques, écologiques et autres facteurs de caractère naturel;

« b) les besoins économiques et sociaux des États du cours d'eau concernés;

« c) les effets de l'utilisation ou des utilisations du cours d'eau dans un État du cours d'eau sur d'autres États du cours d'eau;

« d) les utilisations actuelles et potentielles du cours d'eau;

« e) la conservation, la protection, la mise en valeur et l'économie dans l'utilisation des ressources en eau du cours d'eau et les coûts des mesures prises à cet effet;

« f) l'existence d'autres options, de valeur correspondante, par rapport à une utilisation particulière actuelle ou envisagée.

« 2. Dans l'application de l'article 5 ou du paragraphe 1 du présent article, les États du cours d'eau concernés engagent, si besoin est, des consultations dans un esprit de coopération. »

25. Aucun des changements à l'article 6 que les gouvernements ont suggérés dans leurs observations ne semble s'imposer au Rapporteur spécial eu égard, d'une part, à la teneur des articles existants et, en particulier, de la logique de l'ensemble du projet, ainsi que de l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 6 concernant les utilisations existantes, du paragraphe 1 de l'article 21 concernant la qualité des eaux, des alinéas *c* et *f* du paragraphe 1 de l'article 6 et du paragraphe 2 de l'article 10, et, d'autre part, de la modification qu'il est suggéré d'apporter à l'article 7 pour tenir compte des situations de dépendance particulière. Ces commentaires sont sans préjudice de l'examen de l'article 6 dans le contexte des dispositions de fond de l'article 26, que le Rapporteur spécial ne peut pas encore commenter à ce stade.

26. Le paragraphe 2 de l'article 6 semble prévoir une situation suffisamment claire et exiger des mesures suffisamment spécifiques pour qu'il mérite d'être conservé, même si l'article 8 et le paragraphe 2 de l'article 10 imposent, semble-t-il, une obligation semblable. De plus, si l'on décidait de reconsidérer la possibilité d'inclure dans cette partie du projet des dispositions relatives à l'intervention d'une tierce partie, le paragraphe 2 de l'article 6 pourrait constituer une bonne base à cette fin.

ARTICLE 7 (OBLIGATION DE NE PAS CAUSER DE DOMMAGES SENSIBLES)²²

27. Conformément au commentaire général (*supra* par. 21 à 23), il est proposé de remanier l'article 7 de façon qu'il se lise comme suit :

« Les États du cours d'eau font preuve de toute la diligence due pour utiliser le cours d'eau international de manière à ne pas causer de dommages significatifs aux autres États du cours d'eau sans l'accord de ces derniers, sous réserve de ceux qui peuvent être considérés comme normaux dans le contexte d'une utilisation équitable et raisonnable du cours d'eau. Une utilisation qui cause une pollution entraînant des dommages significatifs est présumée être une utilisation inéquitable et déraisonnable sauf a) si l'existence de circonstances spéciales rendant un ajustement ad hoc absolument nécessaire est clairement établie, et b) s'il n'y a pas de menace imminente à la santé ou à la sécurité de l'homme. »

ARTICLE 8 (OBLIGATION GÉNÉRALE DE COOPÉRER)

ARTICLE 9 (ÉCHANGE RÉGULIER DE DONNÉES ET D'INFORMATIONS)

²² L'article 7 se lit comme suit :

« Article 7. — *Obligation de ne pas causer de dommages appréciables*

« Les États du cours d'eau utilisent le cours d'eau international de manière à ne pas causer de dommages appréciables aux autres États du cours d'eau. »

ARTICLE 10 (RAPPORT ENTRE LES UTILISATIONS)²³

28. À ce stade, le Rapporteur spécial tend à ne recommander aucune modification aux articles 8 à 10. Il est cependant sensible aux préoccupations que suscite chez certains gouvernements le caractère général de l'article 8, et reconnaît que le reste du projet d'articles n'atténue qu'en partie le problème. Il continuera de réfléchir sur ce qui pourrait être fait pour rendre l'article 8

²³ Les articles 8 à 10 se lisent comme suit :

« Article 8. — *Obligation générale de coopérer*

« Les États du cours d'eau coopèrent sur la base de l'égalité souveraine, de l'intégrité territoriale et de l'avantage mutuel, en vue de parvenir à l'utilisation optimale et à la protection adéquate du cours d'eau international.

« Article 9. — *Échange régulier de données et d'informations*

« 1. En application de l'article 8, les États du cours d'eau échangent régulièrement les données et les informations facilement accessibles sur l'état du cours d'eau, en particulier celles d'ordre hydrologique, météorologique, hydrogéologique et écologique, ainsi que les prévisions s'y rapportant.

« 2. S'il est demandé par un État du cours d'eau à un autre État du cours d'eau de fournir des données ou des informations qui ne sont pas facilement accessibles, cet État s'emploie au mieux de ses moyens à accéder à cette demande mais il peut subordonner son acquiescement au paiement, par l'État auteur de la demande, du coût normal de la collecte et, le cas échéant, de l'élaboration de ces données ou informations.

plus précis sans pour autant compromettre la vocation de l'ensemble du projet d'articles à constituer un cadre applicable à des situations nombreuses et différentes. Le Rapporteur spécial relève, à ce propos, que la Commission a déjà examiné la question de façon assez détaillée et est parvenue à la conclusion qu'« une formule générale serait préférable »²⁴. Il n'est pas prudent ou juridiquement exact de vouloir appliquer le principe de la bonne foi expressément à une partie d'un accord, et il n'est pas prudent d'ajouter la notion de bon voisinage à une disposition d'un instrument comme celui qu'étudie actuellement la Commission; en tout état de cause, de telles adjonctions n'atténueraient pas de façon appréciable, sensible ou importante le caractère général de l'article 8.

« 3. Les États du cours d'eau s'emploient au mieux de leurs moyens à collecter et, le cas échéant, à élaborer les données et informations d'une manière propre à faciliter leur utilisation par les autres États du cours d'eau auxquels elles sont communiquées.

« Article 10. — *Rapport entre différents types d'utilisations*

« 1. En l'absence d'accord ou de coutume à l'effet contraire, aucune utilisation d'un cours d'eau international n'a priorité en soi sur d'autres utilisations.

« 2. En cas de conflit entre des utilisations d'un cours d'eau international, le conflit sera résolu eu égard aux principes et aux facteurs énoncés aux articles 5 à 7, une attention spéciale étant accordée à la satisfaction des besoins humains essentiels. »

²⁴ *Annuaire... 1988*, vol. II (2^e partie), p. 44, paragraphe 2 du commentaire sur l'article 9.

**RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE POUR LES CONSÉQUENCES
PRÉJUDICIALES DÉCOULANT D'ACTIVITÉS QUI NE SONT PAS INTERDITES
PAR LE DROIT INTERNATIONAL**

[Point 5 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/450

**Neuvième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables
déoulant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international,
par M. Julio Barboza, rapporteur spécial**

*[Original : anglais/espagnol]
[5 avril 1993]*

TABLE DES MATIÈRES

| | <i>Pages</i> |
|--|--------------------|
| Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport | 202 |
| | <i>Paragraphes</i> |
| INTRODUCTION | 1-8 202 |
| A. Le mandat du Rapporteur spécial | 1-3 202 |
| B. Quelques observations sur la prévention | 4-8 203 |
| <i>Chapitres</i> | |
| I. LE PROJET D'ARTICLES | 9-75 204 |
| A. Considérations générales | 9-10 204 |
| B. Texte des dispositions | 11-75 204 |
| 1. Article intitulé « Mesures de prévention » | |
| a) Texte | 11 204 |
| b) Fondements | |
| i) L'obligation de coopérer | 12 204 |
| ii) Interdiction d'utiliser un territoire à des fins préjudiciables | 13 204 |
| c) Observations faites lors du débat à la quarante-quatrième session | 14 204 |
| d) Mesures unilatérales de prévention | |
| i) L'autorisation préalable | |
| a. Observations générales | 15-16 205 |
| b. Activités déjà en cours | 17 205 |
| c. Non-suspension de l'activité | 18 205 |
| d. La notion de prévention | 19 206 |
| ii) Évaluation des effets transfrontières | 20 206 |
| iii) Les autres mesures unilatérales | 21-24 206 |
| e) Textes proposés en remplacement de l'article I | 25 207 |
| 2. Article intitulé « Notification et information » | |
| a) Texte | 26 207 |
| b) Observations générales | 27 207 |
| c) La participation de l'État affecté | 28 208 |
| d) L'établissement de régimes spéciaux | 29 208 |
| e) La participation d'organisations internationales | 30-31 208 |
| f) Autres observations | 32-34 209 |
| g) L'information | 35-36 209 |
| h) Participation du public | 37 210 |
| i) Texte proposé en remplacement de l'article II | 38 210 |

| <i>Chapitres</i> | <i>Paragraphes</i> | <i>Pages</i> |
|---|--------------------|--------------|
| 3. Article intitulé « Sécurité nationale et secrets industriels » | | |
| a) Texte | 39 | 210 |
| b) Commentaire | 40-41 | 210 |
| c) Texte proposé en remplacement de l'article III | 42 | 211 |
| 4. Article intitulé « Consultations en vue de déterminer un régime » | | |
| a) Texte | 43 | 211 |
| b) Commentaire | 44-52 | 211 |
| c) Texte proposé en remplacement de l'article VI | 53 | 213 |
| 5. Article intitulé « Initiative des États affectés » | | |
| a) Texte | 54 | 213 |
| b) Commentaire | 55-56 | 213 |
| c) Texte proposé en remplacement de l'article VII | 57 | 214 |
| 6. Article intitulé « Règlement des différends » | | |
| a) Texte | 58 | 214 |
| b) Commentaire | 59-62 | 214 |
| c) Éléments de procédure à envisager pour proposer un texte en remplacement de l'article VIII | 63 | 215 |
| 7. Article intitulé « Facteurs de l'équilibre des intérêts » | | |
| a) Texte | 64 | 215 |
| b) Commentaire | 65-70 | 215 |
| c) Proposition touchant l'article IX de l'annexe | 71 | 217 |
| 8. Le principe du non-déplacement des risques ou des dommages | | |
| a) Observations générales | 72-73 | 217 |
| b) Texte proposé sur le non-déplacement des risques ou des dommages | 74 | 217 |
| 9. Le principe « pollueur-payeur » | 75 | 217 |
| II. CONCLUSION | 76 | 218 |

Instruments multilatéraux cités dans le présent rapport

Sources

| | |
|--|--|
| Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982) | <i>Documents officiels de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer</i> , vol. XVII (numéro de vente : F.84.V.3), p. 157, doc. A/CONF.62/122. |
| Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière (Espoo, 25 février 1991) | CEE, <i>Conventions sur l'environnement</i> (publication des Nations Unies), 1992, p. 109. |
| Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels (Helsinki, 17 mars 1992) | Ibid., p. 135. |

Introduction

A. — Le mandat du Rapporteur spécial

1. En ce qui concerne la portée du sujet, la CDI a décidé, à sa quarante-quatrième session :

Au stade actuel, il s'agit [...] d'élaborer des projets d'article régissant les activités qui risquent de causer un dommage transfrontière et [la Commission] ne doit pas, à ce niveau, s'occuper des autres activités qui causent effectivement un dommage transfrontière. [En conséquence,] ces projets d'article devraient envisager d'abord les mesures préventives qu'exigent ces activités à risque [...]¹.

C'est ainsi que la CDI a demandé que, dans le rapport qu'il lui soumettrait en 1993, le Rapporteur spécial

[...] poursuive l'examen de la question de la prévention uniquement en ce qui concerne les activités à risque et propose une série révisée de projets d'articles sur cette question².

2. Le débat sur la nécessité ou non de définir des règles en matière de prévention est, de ce fait, clos pour l'instant. Le Rapporteur spécial se prononcera ultérieurement.

¹ *Annuaire...* 1992, vol. II (2^e partie), doc. A/47/10, par. 346.

² Ibid., par. 349.

ment sur le caractère obligatoire ou non des dispositions qui existent sans doute en la matière. Par ailleurs, le propos doit être circonscrit aux textes proposés concernant la prévention, à l'exclusion des questions relatives à la *responsabilité*, sujet qui sera examiné le moment venu.

3. Il va sans dire que, sous réserve de l'issue du débat, les articles proposés devront être renvoyés dès que possible au Comité de rédaction pour que celui-ci les examine en toute diligence, les dispositions consacrées expressément à la matière ayant déjà fait l'objet de débats lors de l'examen du cinquième rapport³, du sixième rapport⁴, dans lequel étaient reprises plusieurs des observations formulées dans le cinquième rapport, et du huitième rapport⁵. Ainsi, le Comité de rédaction n'a besoin d'aucun matériau supplémentaire pour pouvoir s'acquitter de sa tâche.

B. — Quelques observations sur la prévention

4. Dans son huitième rapport, le Rapporteur spécial avait examiné la nature de la prévention s'agissant des activités à risque et avait indiqué :

On a déjà vu que les mesures préventives à la charge de l'État seraient très différentes de celles qui incomberaient aux exploitants privés : l'État devrait adopter une législation (lois et dispositions administratives) prudente et complète en matière de prévention et veiller à ce qu'elle soit respectée à l'aide des moyens juridiques dont il dispose. Les exploitants privés devraient prendre les mesures, concrètes ou de fond, que l'État leur imposerait⁶.

5. Le but des mesures en question est d'*essayer* de réduire au minimum dans les activités menées sous la juridiction ou le contrôle d'un État la probabilité de tout accident ayant des effets transfrontières et de réduire le dommage résultant d'un tel accident (c'est-à-dire parvenir non seulement à amoindrir le risque de dommage mais aussi à amoindrir le risque de dommage mineur) et d'essayer de réduire, de limiter ou de maîtriser dans la zone d'activité les effets nocifs de tout accident ayant des effets transfrontières.

6. Le Rapporteur spécial souligne le verbe *essayer* pour indiquer que l'objet de l'obligation n'est pas d'*éviter que tout dommage ne se produise* — ce qui est aléatoire, par définition, dès lors qu'il s'agit d'activités qui créent un risque — mais d'adopter certaines mesures pour atteindre les buts recherchés. Ainsi, l'État ne verra pas, en principe⁷, sa responsabilité engagée à raison

³ *Annuaire...* 1989, vol. II (1^{re} partie), p. 145, doc. A/CN.4/423. Pour l'examen du sujet, *ibid.*, vol. II (2^e partie), par. 307 à 397.

⁴ *Annuaire...* 1990, vol. II (1^{re} partie), p. 87, doc. A/CN.4/428 et Add.1. Pour l'examen du sujet, *ibid.*, vol. II (2^e partie), par. 469 à 530.

⁵ *Annuaire...* 1992, vol. II (1^{re} partie), p. 61, doc. A/CN.4/443. Pour l'examen du sujet, *ibid.*, vol. II (2^e partie), par. 281 à 349.

⁶ *Annuaire...* 1992, vol. II (1^{re} partie) [voir *supra* note 5], par. 14.

⁷ Le terme « en principe » est employé pour indiquer que l'État pourrait avoir une responsabilité subsidiaire dans certains cas, par exemple si l'exploitant ou son assurance ne parvient pas à rassembler le montant requis pour réparer le dommage causé, comme cela est stipulé dans certaines conventions, ou dans d'autres hypothèses envisa-

d'activités privées vis-à-vis desquelles il s'est acquitté de l'obligation de contrôle mise à sa charge : en accordant l'autorisation préalable une fois satisfaites les prescriptions énoncées par les dispositions pertinentes, en notifiant les parties présumées affectées, en procédant aux consultations requises, en adoptant une législation tendant *raisonnablement* à atteindre les buts recherchés, en exerçant le contrôle administratif voulu (demande de rapports aux exploitants, inspections, etc.).

7. En examinant de près les dispositions arrêtées antérieurement en matière de prévention, on s'aperçoit que les obligations de prévention recourent celles dites de « diligence due » qui ne sont transgressées que si l'on ne consent pas des efforts raisonnables pour les respecter. De ce fait, elles n'auraient pas le caractère que l'on voudrait leur assigner à priori, à savoir celui d'une obligation de *résultat* telle qu'énoncée aux articles 21 (Violation d'une obligation internationale requérant d'assurer un résultat déterminé) et 23 (Violation d'une obligation internationale requérant de prévenir un événement donné) de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des États⁸, et plus précisément celle prévue à l'article 23, qui consiste à prévenir un événement donné. La CDI elle-même prévient contre le risque de confondre ces deux types d'obligation dans le commentaire relatif à l'article 23 (Violation d'une obligation internationale requérant de prévenir un événement donné), en faisant observer que

Les obligations exigeant de prévenir des événements donnés ne s'identifient donc pas avec celles qu'on désigne parfois par le terme global d'« obligations de vigilance ». La réalisation de la violation de celles-ci se résume souvent en une activité de l'État, et n'est pas nécessairement affectée par le fait qu'un événement extérieur se produit ou ne se produit pas⁹.

8. C'est à propos des obligations de l'État et de sa responsabilité éventuelle qu'apparaît principalement le déséquilibre déjà évoqué entre pays en développement et pays développés. On a fait valoir à plusieurs reprises, à la CDI et à la Sixième Commission, que les pays en développement ne possèdent pas les ressources financières et la technologie requises pour contrôler l'activité des sociétés transnationales auxquelles ces activités à risque sont généralement imputables. Le Rapporteur spécial partage cette opinion et se propose de présenter un texte qui, d'une manière générale, aiderait à prendre cette situation en considération. Sans doute vaudrait-il mieux insérer ce texte dans le chapitre consacré aux principes qui gouvernent l'application de toutes les règles particulières. La question de l'assistance que les organisations internationales pourraient prêter aux pays en développement est évoquée plus loin dans le présent rapport (voir *infra* par. 30 et 31).

geables. La question de l'existence d'une telle responsabilité subsidiaire à la charge de l'État et de la nature de celle-ci sera évoquée à l'occasion de l'examen de la question relative à la responsabilité. Dans le présent rapport, on se bornera à évoquer cette hypothèse, dont l'existence et les modalités dépendront de la décision de la CDI.

⁸ Pour le texte des articles 21 et 23 adoptés en première lecture par la Commission, voir *Annuaire...* 1980, vol. II (2^e partie), p. 31.

⁹ *Annuaire...* 1978, vol. II (2^e partie), p. 93, paragraphe 4 du commentaire, note 397.

CHAPITRE PREMIER

Le projet d'articles

A. — Considérations générales

9. Le Rapporteur spécial avait proposé, dans son huitième rapport, d'inclure dans une annexe neuf articles contenant des recommandations en matière de prévention. En conséquence, ces articles avaient été numérotés de I à IX¹⁰. Comme la CDI a rejeté l'idée d'une telle annexe, ces dispositions devront être replacées dans le corps du projet d'articles. Comme le Comité de rédaction est saisi pour examen des articles 1 à 9 du projet d'articles et que l'article 10 de ce projet (La non-discrimination) fera certainement partie de l'ensemble des dispositions que le Comité est appelé à examiner, il faudrait affecter le numéro 11 au premier article sur la prévention (ancien article I) et renuméroter les articles suivants en conséquence.

10. Les dispositions proposées pour insertion dans l'annexe au huitième rapport, qui étaient présentées sous la forme non pas tant de recommandations que de propositions juridiques, toutes références aux activités à effets nocifs dont l'examen a été différé en étant supprimées, sont reproduites ci-après. En s'inspirant de ces dispositions, de nouveaux projets d'articles seront élaborés en tenant compte, autant que possible, des observations formulées lors des débats à la quarante-quatrième session de la Commission et à la Sixième Commission¹¹, lors de la quarante-septième session de l'Assemblée générale¹².

B. — Textes des dispositions

I. ARTICLE INTITULÉ « MESURES DE PRÉVENTION »

a) Texte

11. Pour formuler cette disposition, le Rapporteur spécial a pris le texte suivant, qui s'inspire de près de l'article I :

« Mesures de prévention

« Les activités visées à l'article premier sont soumises à l'autorisation préalable de l'État sous la juridiction ou le contrôle duquel elles doivent être exercées. Avant d'autoriser ou d'entreprendre une telle activité, l'État devra disposer d'une évaluation du

dommage transfrontière qu'elle est susceptible de causer et s'assurer, par des mesures législatives et administratives ou des mesures d'application, que les responsables de l'activité appliqueront les meilleures techniques disponibles pour éviter tout dommage transfrontière appréciable ou réduire au minimum le risque d'un tel dommage. »

b) Fondements

i) L'obligation de coopérer

12. La première mesure à prendre consiste dans l'évaluation des effets transfrontières. Comme indiqué dans les cinquième et huitième rapports, cette obligation est intimement liée aux obligations de notification, d'information et de consultation et il convient de les garder à l'esprit lorsqu'on examine l'une quelconque d'entre elles.

[...] l'un des fondements de ces obligations est l'obligation de coopérer, telle qu'elle est énoncée à l'article 7 [...] Le devoir de coopérer crée en premier lieu le devoir pour l'État de s'assurer qu'une activité qui, d'après ses caractéristiques externes, semble devoir susciter des risques ou produire des effets nocifs, les suscite ou les produit effectivement. Il devra, à cette fin, soumettre cette activité à un examen suffisamment approfondi pour parvenir à des conclusions fermes à son sujet¹³.

ii) Interdiction d'utiliser un territoire à des fins préjudiciables

13. Un autre fondement consiste dans l'interdiction faite à tout État d'utiliser son territoire d'une manière qui soit préjudiciable aux droits des autres États, ce qui l'oblige à prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter qu'il en soit ainsi. Le Rapporteur spécial avait fait, à cet égard, l'observation suivante :

Le devoir de coopérer étant ainsi l'un des fondements des obligations considérées, l'autre fondement serait exprimé par la règle générale qui se dégage de la jurisprudence internationale couramment citée en la matière, à savoir que l'utilisation délibérée par un État de son territoire pour causer un préjudice à un autre État n'est pas autorisée en droit international. On rappellera, en premier lieu, l'affaire de la *Fonderie de Trail*, dans laquelle le tribunal arbitral avait déclaré :

[...] aucun État n'a le droit d'utiliser son territoire ni de permettre que son territoire soit utilisé d'une façon telle que des émissions de fumées puissent causer des dommages sur le territoire ou au territoire d'un autre État ou aux biens ou aux personnes qui s'y trouvent.

De même, dans l'affaire du *Détroit de Corfou* (fond), la CIJ affirmait « l'obligation, pour tout État, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres États »¹⁴.

c) Observations faites lors du débat à la quarante-quatrième session

14. Le texte de l'article I combine l'obligation « d'évaluer les effets transfrontières » énoncée dans

¹⁰ Toute référence ultérieure à des articles numérotés en chiffres romains porte, sauf indication contraire, sur les articles relatifs à la prévention que le Rapporteur spécial a proposé, dans son huitième rapport [*Annuaire... 1992*, vol. II (1^{re} partie) [voir *supra* note 5], p. 70 à 72], d'inclure dans une annexe.

¹¹ Pour des commentaires détaillés, voir *Annuaire... 1992*, vol. I, 2268^e à 2273^e séances; pour un résumé, *ibid.*, vol. II (2^e partie) [*supra* note 5].

¹² Voir « Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats de la Sixième Commission sur le rapport de la CDI durant la quarante-septième session de l'Assemblée générale » (A/CN.4/446), sect. D, par. 264 à 276.

¹³ *Annuaire... 1989*, vol. II (1^{re} partie) [voir *supra* note 3], par. 76.

¹⁴ *Ibid.*, par. 78.

l'ancien projet d'article 11 (Évaluation, notification, information)¹⁵ et les mesures unilatérales prévues dans l'ancien projet d'article 16 (Mesures unilatérales de prévention)¹⁶. Au cours du débat, on s'est prononcé en faveur de l'idée de consacrer une disposition distincte à chaque obligation, ce qui est faisable. On a également fait valoir qu'il faudrait maintenir dans le chapitre relatif à la prévention l'obligation mise à la charge de l'État d'imposer aux particuliers de souscrire une assurance en vue de percevoir éventuellement des indemnités; cette référence avait été omise et doit être insérée dans le chapitre consacré à la responsabilité, dans la mesure où l'assurance n'empêche pas l'accident de se produire, mais est destinée à réparer les dommages qui en résultent. Le Rapporteur spécial ne voit aucun inconvénient à suivre cette suggestion et à insérer cette obligation dans le présent article, dès lors qu'il s'agit là d'un aspect que l'État ne manquera pas de vérifier avant d'autoriser telle ou telle activité ou à l'occasion de l'évaluation du dommage transfrontière.

d) Mesures unilatérales de prévention

i) L'autorisation préalable

a. Observations générales

15. Diverses opinions ont été exprimées concernant l'obligation d'autorisation préalable. Dans l'ensemble, on s'est prononcé en faveur de cette obligation, encore qu'un membre ait douté de la nécessité de lui donner un caractère contraignant. Un autre membre l'a jugée inutile, estimant qu'il n'existait pas au monde d'État qui ne l'exigerait au nom de la défense de sa propre population, s'il se trouvait en présence d'activités dangereuses mais qui, malgré tout s'opposerait à sa consécration par voie conventionnelle, parce qu'il y verrait une ingérence dans ses affaires intérieures. Cette opinion a été expressément rejetée par un autre membre. Le Rapporteur spécial est d'avis qu'on ne saurait voir dans cette exigence une ingérence inacceptable dans les affaires intérieures d'un État, dans la mesure où elle vise à prévenir la violation du droit de l'État à son intégrité physique et territoriale. Pour démontrer qu'il est inutile de consacrer cette obligation, on a fait valoir que c'est la population ou l'environnement de l'État d'origine proprement dit qui subit en premier lieu un préjudice du fait d'une activité dangereuse et que, par suite, c'est celui-ci qui a principalement intérêt à exiger une autorisation préalable. Il convient cependant de souligner, premièrement, que l'État affecté ne se satisferait pas du seul fait que l'État d'origine se trouverait lui-même affecté par le dommage résultant d'activités menées sur son propre territoire; et, deuxièmement, que la survenance d'un tel dommage sur son territoire ne lève pas pour l'État d'origine l'interdiction d'utiliser son territoire d'une manière préjudiciable aux droits d'États tiers¹⁷. Au reste, il se peut que, dans certains cas, une activité cause un dommage

dont les effets se font sentir en tout ou en partie hors du territoire d'un État et qui, de ce fait, n'affecte ni sa population ni son environnement ou les affecte beaucoup moins que ceux d'un État voisin. Un premier exemple serait celui d'une installation située à proximité d'une frontière dont les émissions seraient transportées par des vents constants vers le territoire d'un État voisin ou vers la rive d'un cours d'eau qui charrierait la pollution directement vers l'État voisin sans affecter la partie du cours d'eau située dans le territoire de l'État d'origine. Un second exemple serait celui d'un dépotoir de déchets dangereux situé également à proximité d'une frontière internationale : ses effets dommageables peuvent en partie se faire sentir à l'étranger. Loin d'être imaginaires, ces exemples sont empruntés à la vie courante et à la pratique internationale. Il s'ensuit dès lors que l'on ne peut pas, en principe, invoquer le fait que l'État d'origine lui-même soit généralement la première victime pour le décharger de l'obligation de prendre en considération les droits des États pouvant être affectés.

16. On a par ailleurs déclaré que, dans certains cas, il serait impossible d'évaluer les répercussions transfrontières de certaines activités. Sans qu'il soit besoin de se transporter sur le territoire de l'État affecté, on peut, dans un grand nombre de cas, déterminer si une activité qui présente certaines caractéristiques dangereuses est susceptible de produire des dommages transfrontières rien qu'en examinant les substances qu'elle fait intervenir ou la technologie à laquelle elle fait appel ou en ayant une connaissance générale du territoire de l'État voisin affecté; sans qu'il soit besoin d'effectuer de visite ponctuelle, on peut donc acquérir la certitude que telle activité pourrait causer des dommages dans certaines zones particulièrement vulnérables ou protégées. À défaut, on sollicitera bien entendu le concours de l'État affecté pour procéder sur place aux opérations qui permettront de se prononcer de manière catégorique sur les risques inhérents à l'activité considérée. C'est dans ce but que l'État affecté est invité à participer par le biais de la notification, de l'échange d'informations et de la consultation. Si l'État présumé affecté refuse d'admettre sur son territoire les personnes envoyées par l'État d'origine ou entrave le déroulement de leurs activités d'une manière ou d'une autre, il est clair qu'il n'aura pas sujet à se plaindre en cas de dommage.

b. Activités déjà en cours

17. Si une activité qui se déroulait déjà sur le territoire de l'État d'origine sans que l'on ait, pour une raison ou une autre, obtenu dudit État une autorisation préalable à cette fin venait à être signalée à l'attention de cet État comme étant une activité présumée dangereuse, l'État en question devra exiger de l'exploitant qu'il sollicite l'autorisation voulue auprès des organismes compétents en suivant la même procédure que celle prévue à l'article 11¹⁸.

c. Non-suspension de l'activité

18. À la question de savoir si l'État d'origine doit ordonner la suspension de l'activité en attendant qu'il soit

¹⁵ Pour le texte, voir *Annuaire... 1990*, vol. II (2^e partie), p. 99, note 345.

¹⁶ *Ibid.*, p. 100, note 347.

¹⁷ Voir, par exemple, les affaires de la *Fonderie de Trail (Trail Smelter)* [Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1905] et du *Détroit de Corfou (C.I.J. Recueil 1949, p. 4)*.

¹⁸ Voir *infra* par. 25.

satisfait aux prescriptions d'ordre procédural — notification, et surtout consultation avec l'État ou les États affecté(s) —, il semblerait que l'opinion de la majorité penche pour la négative. Dans l'abstrait, il pourrait y avoir une certaine logique à suspendre l'activité jusqu'à ce qu'il soit satisfait aux exigences de la prévention absolue — celle qui implique la participation de la partie affectée ou des parties affectées. Il convient toutefois de rappeler que de nombreuses voix se sont élevées à la CDI et à l'Assemblée générale contre le fait que l'on exige d'attendre qu'il soit satisfait aux procédures internationales, ce qui impliquerait l'octroi d'un quelconque droit de veto aux États affectés. Sans doute le meilleur moyen de satisfaire ce vœu serait-il d'autoriser l'État d'origine à entamer ou à poursuivre l'activité en cause, tout en veillant à élargir ses propres mesures de garantie aux dommages transfrontières que l'activité pourrait produire selon la formule énoncée dans le chapitre IV consacré à la responsabilité¹⁹.

d. La notion de prévention

19. On a examiné jusqu'ici les modifications proposées lors du débat. L'article 14²⁰ modifie légèrement la formulation retenue par l'ancien article I. Il introduit la notion de prévention en ces termes : a) réduire au minimum le risque de dommages transfrontières, c'est-à-dire réduire la fréquence des accidents; b) réduire au minimum, si possible, l'ampleur du dommage éventuel, par exemple substituer dans le déroulement de l'activité un facteur moins puissant à un facteur de grande puissance et, par suite, susceptible de produire un effet plus important, encore que cela ne modifie en rien, statistiquement parlant, la fréquence des accidents²¹; et c) maîtriser ou réduire au minimum les effets dommageables d'un accident qui s'est déjà produit, par exemple en prenant si possible dans le territoire de l'État d'origine certaines mesures en vue d'endiguer les effets déclenchés avant qu'ils ne parviennent à la frontière ou en adoptant d'autres mesures propres à aider la maîtrise de ces effets, ce qui équivaut à la « prévention *ex post facto* » bien connue, laquelle est envisagée par la plupart des conventions relatives à la responsabilité civile.

ii) Évaluation des effets transfrontières

20. L'évaluation des effets transfrontières en tant que condition préalable à l'autorisation par l'État de la réalisation de telle ou telle activité est prescrite par la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, notamment aux paragraphes 2 et 3 de l'article 2, ainsi qu'au paragraphe 2 de l'article 4 de la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels. Dans cette dernière convention, l'évaluation et l'autorisation en question sont requises également lorsqu'on envisage d'introduire un changement important (*major change*) dans l'activité considé-

rée. Le principe 12 énoncé par le PNUE en matière d'évaluation de l'impact sur l'environnement (EIE) va dans le même sens :

Lorsqu'il ressort des renseignements recueillis dans le cadre d'une EIE qu'une activité proposée est susceptible d'avoir des effets sensibles sur l'environnement d'un autre État, l'État dans lequel l'activité en question est prévue devrait, dans la mesure du possible :

- a) signaler l'activité proposée à l'État susceptible d'en subir les effets;
- b) communiquer à l'État susceptible d'être touché toute information pertinente tirée de l'EIE et dont la transmission n'est pas interdite par les lois ou règlements nationaux;
- c) engager des consultations en temps voulu dans le cas où il existe un accord à ce sujet entre les États intéressés²².

De même, la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement stipule ce qui suit en son principe 17 :

Une étude d'impact sur l'environnement, en tant qu'instrument national, doit être entreprise dans le cas des activités envisagées qui risquent d'avoir des effets nocifs importants sur l'environnement et dépendent de la décision d'une autorité nationale compétente²³.

iii) Les autres mesures unilatérales

21. En ce qui concerne les autres mesures unilatérales, le Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières²⁴ fait obligation à l'État

[d'] adapter aux circonstances des mesures strictes [...] selon les normes de sécurité, en utilisant les meilleures techniques disponibles pour prévenir, maîtriser et réduire la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières [...] (sect. II, par. 1)

ainsi que : a) de « ramener à un minimum les *risques de dommage** » et b) d'« atténuer et* [de] limiter les *dommages** provoqués par cette pollution » (sect. II, par. 1). De même, il définit dans la section III les mesures législatives et administratives que les parties doivent prendre pour

[...] prévenir, maîtriser et réduire la pollution accidentelle des eaux transfrontières et atténuer et limiter les dommages qui en résultent. (Par. 1.)

Les mesures en question

[...] devraient encourager le développement et l'application appropriées des meilleures techniques disponibles et leur utilisation dans des conditions de sécurité pour prévenir, maîtriser et réduire efficacement la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières. (Par. 2.)

22. La Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière dispose, au paragraphe 2 de l'article 2, que les parties

²² Buts et principes de l'évaluation de l'impact sur l'environnement, mis au point par le Groupe de travail des experts du droit de l'environnement (UNEP/GC.14/17, annexe III), adoptés par le Conseil d'administration du PNUE comme décision 14/25 du 17 juin 1987 [Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-deuxième session, Supplément n° 25 (A/42/25 et Corr.1)].

²³ Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992 [A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I, Vol. I/Corr.1, Vol. II, Vol. III et Vol. III/Corr.1)] (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatifs), vol. I : Résolutions adoptées par la Conférence, résolution 1, annexe I.

²⁴ CEE, Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.90.II.E.28).

¹⁹ Art. 21 à 27; pour le texte, voir *Annuaire...* 1990, vol. II (2^e partie), p. 103 et 104, notes 353 et 354.

²⁰ Voir *infra* par. 25.

²¹ La double fonction représentée par a et b serait conforme à la définition du risque proposée dans le huitième rapport selon laquelle le risque engloberait les deux éléments susmentionnés : l'effet combiné de la probabilité d'un accident et de l'ampleur des dommages qui en résulteraient.

[...] prennent, individuellement ou conjointement, toutes mesures appropriées et efficaces pour prévenir, réduire et combattre l'impact transfrontière préjudiciable important

des activités proposées. Il s'agit là d'une disposition très importante en ce sens que la Convention, loin de se borner à consacrer l'obligation d'évaluer l'impact sur l'environnement, prescrit également de le prévenir, de le réduire et de le maîtriser; c'est ce qui explique que cet article soit évoqué ici dans les remarques sur les mesures unilatérales (mesures adoptées, en l'occurrence, conjointement elles aussi avec d'autres États). Cela dit, cette disposition en apparence très générale est suivie, au paragraphe 2, d'une disposition plus spécifique :

Chaque Partie prend les mesures juridiques, administratives ou autres, nécessaires pour mettre en œuvre les dispositions de la présente Convention, y compris, en ce qui concerne les activités proposées inscrites sur la liste figurant à l'Appendice I qui sont susceptibles d'avoir un impact transfrontière préjudiciable important, l'établissement d'une procédure d'évaluation de l'impact sur l'environnement permettant la participation du public et la constitution du dossier d'évaluation de l'impact sur l'environnement décrit dans l'Appendice II.

23. La Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels stipule à l'article 3 que :

1. Les Parties [...] prennent les dispositions appropriées [...] afin de protéger les êtres humains et l'environnement contre les accidents industriels en prévenant ces accidents dans toute la mesure possible, en en réduisant la fréquence et la gravité et en en atténuant les effets. À cette fin, des mesures préventives, des mesures de préparation et des mesures de lutte, y compris des mesures de remise en état, sont appliquées.

[...]

3. Les Parties veillent [*ensure that*] à ce que l'exploitant soit tenu de prendre toutes les mesures nécessaires pour que l'activité dangereuse [*hazardous activity*] se déroule en toute sécurité et pour prévenir les accidents industriels.

4. En application des dispositions de la présente Convention, les Parties prennent les mesures législatives, réglementaires, administratives et financières appropriées pour prévenir les accidents industriels, s'y préparer et y faire face.

24. Les dispositions pertinentes des trois instruments évoqués ont été citées de préférence à celles d'autres instruments consacrés à la responsabilité pour dommages transfrontières parce qu'ils mettent tout particulièrement l'accent sur la prévention et qu'ils consacrent les notions les plus avancées sur ce sujet.

e) Textes proposés en remplacement de l'article I

25. En lieu et place du texte unique de l'article I, les articles suivants sont proposés, pour tenir compte des tendances qui se sont fait jour lors du débat à la quarante-quatrième session de la Commission.

Article 11. — Autorisation préalable

Les activités visées à l'article premier requièrent l'autorisation préalable de l'État sous la juridiction ou le contrôle duquel elles doivent être exercées. Cette autorisation est également requise lorsqu'il est envisagé d'introduire un changement important dans ladite activité.

Article 12. — Évaluation des effets transfrontières

En vue d'accorder l'autorisation visée à l'article 11, l'État d'origine ordonne qu'il soit procédé à l'évaluation des éventuels effets transfrontières de l'activité considérée et du risque que ces effets produiront.

Article 13. — Activités préexistantes

Si un État découvre que quelque(s) activité(s) à risque est entreprise sous sa juridiction ou son contrôle sans son autorisation, il doit demander aux responsables de son exécution de solliciter ladite autorisation en satisfaisant aux prescriptions des présents articles. L'activité en cause continue d'être exercée en attendant qu'il soit satisfait à ces prescriptions, étant entendu que l'État est tenu responsable des dommages éventuels dans les conditions prévues par les articles pertinents.

Article 14. — Exercice des activités

Tout État veille, par le biais de mesures législatives et administratives ou autres, à ce que les exploitants des activités en question adoptent toutes mesures, y compris les meilleures techniques disponibles, pour réduire au minimum le risque de dommages transfrontières importants et leur ampleur probable ou, pour en cas d'accident, maîtriser et ramener ce risque au minimum. De même, tout État encourage la souscription d'une assurance obligatoire ou autres garanties financières qui permettent de couvrir les réparations dues.

2. ARTICLE INTITULÉ « NOTIFICATION ET INFORMATION »

a) Texte

26. Pour formuler cette disposition, le Rapporteur spécial a pris le texte suivant, qui s'inspire de près de l'article II :

« *Notification et information*

« Si l'évaluation prévue à l'article précédent fait apparaître la possibilité qu'il y ait un dommage transfrontière appréciable, l'État d'origine en informe les États susceptibles d'être affectés et leur fournit les informations techniques dont il dispose pour étayer son évaluation. Si l'effet transfrontière est susceptible de s'étendre à plusieurs États, ou si l'État d'origine ne peut déterminer avec précision les États qui seront affectés, l'État d'origine se fera aider par une organisation internationale compétente en la matière pour déterminer les États affectés. »

b) Observations générales

27. Nombreux sont les instruments qui disposent que la notification s'impose dans les cas semblables à celui

prévu dans le projet d'article susmentionné, par exemple, la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, dans son article 3, et la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels, implicitement dans son article 3, qui mentionne la nécessité d'informer les États affectés, et expressément dans son article 10. La même exigence est posée dans le principe 19 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, qui dispose :

Les États doivent prévenir suffisamment à l'avance les États susceptibles d'être affectés et leur communiquer toutes informations pertinentes sur les activités qui peuvent avoir des effets transfrontières sérieusement nocifs sur l'environnement et mener des consultations avec ces États rapidement et de bonne foi²⁵.

c) La participation de l'État affecté

28. Comme le Rapporteur spécial l'a exposé dans son cinquième rapport et réitéré dans son huitième rapport, l'évaluation des effets transfrontières, la notification, l'information et la consultation sont des obligations intimement liées, qui ont toutes pour objectif — très important en matière de prévention — de promouvoir la participation de l'État susceptible d'être affecté pour qu'il puisse contribuer à améliorer les conditions de sécurité dans lesquelles l'activité se déroule dans l'État d'origine et, en même temps, être à même de prendre sur son propre territoire les mesures de précaution propres à en prévenir ou à en atténuer les effets transfrontières. Comme on le voit, l'un des fondements des obligations en question est la coopération, qui constitue l'un des principes proposés dans l'article 7 du projet.

Le Rapporteur spécial dit que la notification découle de l'obligation générale de coopérer parce qu'il est parfois nécessaire de prévoir une action conjointe des deux États, l'État d'origine et l'État affecté, pour que la prévention puisse être plus efficace. Certaines mesures prises sur le territoire de l'État affecté pourraient peut-être servir de protection et éviter que ce territoire ne soit affecté par des effets produits sur le territoire de l'État d'origine. Il se peut aussi que la coopération de l'autre État soit utile du fait de l'échange de données qui peut intervenir entre les parties, en particulier si cet autre État possède une technologie intéressant le problème en cause. Cela peut être utile aussi parce qu'un effort conjoint d'investigation est ordinairement plus fructueux que des tentatives individuelles. Cela revient à dire que la participation de l'État affecté est nécessaire pour assurer une prévention réelle et efficace, et l'on peut donc affirmer que les obligations de l'État d'origine, en vertu desquelles il doit accepter cette participation, servent aussi ce but²⁶.

d) L'établissement de régimes spéciaux

29. Une autre finalité de la notification qui se rapporte à l'un des objectifs du projet d'article est de promouvoir l'établissement de régimes particuliers pour des activités spécifiques. Lorsqu'un État autorise une activité à risque sur son territoire, l'idéal serait que soit convenu, par voie d'accord entre cet État et les États qui pourraient être affectés, un régime particulier tenant compte des caractéristiques propres à cette activité, en vue de mettre en place des mesures de prévention spécifiques comprenant éventuellement des mesures de réparation.

La première mesure en vue de l'adoption d'un régime est donc la notification [...]. La participation de l'État affecté à ce processus est

également souhaitable pour l'État d'origine, qui a, on le présume, intérêt à ce qu'on trouve un régime juridique pour une activité comportant un risque [...] dont il est responsable. [...]

Le régime que l'on cherche à établir à travers l'obligation de notifier n'aurait pas seulement pour objet de prévenir les accidents, il servirait aussi à équilibrer les intérêts des parties en introduisant un certain ordre dans une véritable constellation de facteurs. On pourrait ainsi, par exemple, déterminer les mesures de prévention en tenant compte de leurs coûts par rapport à ceux des accidents et aux avantages de l'activité considérée, à l'ampleur des risques que comporte cette activité, à son importance économique et sociale, à la participation éventuelle de chacun des États aux dépenses qu'entraînent les opérations — si l'on est convenu du partage de certaines dépenses —, aux exceptions que l'on peut invoquer à ces obligations, etc.²⁷.

e) La participation d'organisations internationales

30. Diverses observations ont été formulées concernant cet article, à la fois en faveur et contre l'intervention d'organisations internationales et au sujet de la nature de cette intervention. Les opinions ont été très variées — les uns se montrant totalement sceptiques, les autres réclamant un rôle beaucoup plus important pour les organisations, surtout par rapport à la situation des pays en développement. Il ne fait aucun doute qu'il y a des organisations capables d'apporter aux pays en développement l'assistance qu'ils pourraient leur demander, puisqu'elles le font actuellement dans de nombreux domaines analogues et qu'elles sont largement capables de le faire pour ce qui leur serait demandé dans le présent article. À bien y réfléchir, toutefois, là n'est pas la question; il s'agit plutôt de savoir dans quelle mesure les articles peuvent obliger une organisation à fournir cette assistance. On ne peut douter de sa volonté à cet égard, mais on peut se demander pourquoi un instrument dont sont parties un certain nombre d'États établirait des obligations d'assistance à la charge d'organisations qui n'en sont pas parties. Un tel instrument peut seulement faire pression sur les États membres et, tout au plus, prévoir que, si un État demande l'intervention d'une organisation internationale, l'autre État ne peut s'y opposer, dans l'hypothèse où ladite organisation accepterait de jouer le rôle qu'on lui assigne.

31. À cet égard, il est suggéré d'utiliser ce que prévoient les articles 202 et 203 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. L'article 202, qui porte sur l'assistance aux États en développement dans les domaines de la science et de la technique, prévoit que :

Les États, agissant directement ou par l'intermédiaire des organisations internationales compétentes*, doivent : a) promouvoir des programmes d'assistance.

Il s'agit manifestement ici d'une obligation des États parties, qui peuvent agir soit directement, soit par l'intermédiaire d'organisations internationales. Le texte laisse supposer que l'organisation en question a accepté d'accéder à la demande de l'État considéré, et ce pour diverses raisons, ne serait-ce que parce qu'elle est tenue, conformément à son statut, de faire ce que lui a demandé ledit État. Par contre, dans l'article 203, obligation est faite aux organisations internationales d'accorder un traitement préférentiel aux États en développement en ce qui concerne : a) l'allocation de fonds et de moyens

²⁵ Voir *supra* note 23.

²⁶ *Annuaire... 1989*, vol. II (1^{re} partie) [voir *supra* note 3], par. 77.

²⁷ *Ibid.*, par. 100 et 101.

d'assistance technique appropriés et b) l'utilisation de leurs services spécialisés. Selon le Rapporteur spécial, cette obligation concerne les organisations internationales qui sont parties à la Convention conformément à l'alinéa *f* du paragraphe 1 de l'article 305 et dans les limites prévues à l'annexe IX. Tel n'est pas le cas des présents articles, qui ne prévoient pas que des organisations internationales y deviennent parties. Le Rapporteur spécial est disposé à recevoir toutes les suggestions qui pourraient lui être faites à cet égard, mais il avoue que, après avoir introduit à titre d'essai des propositions relatives au rôle des organisations internationales dans ce domaine, il ne voit pas la possibilité de leur imposer une quelconque obligation juridique dans un instrument auquel elles ne sont pas parties. Le libellé de l'ancien article II était conforme à ce qui vient d'être dit puisqu'il y était indiqué que les États d'origine pouvaient chercher à obtenir l'aide d'une organisation internationale compétente pour déterminer les États qui pourraient être affectés. En proposant la rédaction qui fait l'objet du présent commentaire, le Rapporteur spécial avait à l'esprit le Système mondial de surveillance continue de l'environnement, du PNUE, dont les objectifs sont : a) de procéder à une évaluation d'ensemble des principaux problèmes relatifs à l'environnement et de fournir ainsi les données scientifiques voulues pour la gestion rationnelle des ressources naturelles et de l'environnement, et b) de signaler rapidement les modifications de l'environnement en analysant les données de la détection. Il existe, bien entendu, d'autres organisations internationales et d'autres programmes internationaux qui s'occupent de rassembler des données et de les étudier dans des domaines comme l'environnement ou la protection de la santé contre les effets transfrontières, et qui pourraient certainement aider les pays en développement à mieux comprendre ces questions. Tel est le cas de la CEE, soit par l'intermédiaire de ses commissions soit en collaboration avec la FAO, l'OMS, le PNUD ou le PNUE, l'OMM, l'AIEA et l'OCDE.

f) Autres observations

32. Dans une observation, il a été souligné à juste titre qu'il faudrait introduire une certaine idée d'urgence dans le temps que met l'État d'origine à procéder à la notification. Cette idée apparaissait déjà dans le projet d'article 11 figurant dans le sixième rapport, où il était prévu que la notification devait se faire « le plus tôt possible »²⁸; elle peut être réintroduite dans l'article 15 que propose le Rapporteur spécial²⁹.

33. Certains ont estimé que, par exemple, dans le cas du lancement d'un satellite, il pourrait être impossible de notifier tous les intéressés ou d'évaluer les effets transfrontières. La notification à tous les intéressés et l'évaluation doivent, bien entendu, avoir lieu le plus rapidement possible. La notification pourrait simplement se faire *urbi et orbi* ou bien par l'intermédiaire d'une organisation internationale de caractère mondial qui accepterait de prêter ses services à cette fin. S'il n'est pas possible de déterminer dès l'abord tous les États qui pourraient être affectés, l'État d'origine notifiera tous ceux

dont il pense qu'ils pourraient l'être. S'il apparaît, par la suite, qu'un autre État est susceptible d'être, lui aussi, touché, l'État d'origine devra le lui notifier et lui communiquer les informations voulues, faute de quoi l'État présumé affecté sera en droit de demander la consultation prévue à l'article 18 ci-après³⁰, avec les garanties requises.

34. L'évaluation ne semble pas si difficile, puisque ce qui est demandé n'est pas la *certitude* qu'il va se produire un dommage transfrontière appréciable, mais seulement la certitude qu'il existe un risque appréciable d'un tel dommage. C'est pourquoi il faudra définir le mieux possible les activités en cause, puisque l'Assemblée générale et la Commission ont rejeté l'idée de listes d'activités dangereuses ou de substances dangereuses qui confèreraient un caractère de risque à toute activité qui les utilise. Le Rapporteur spécial avait suggéré d'énumérer dans une annexe, à titre *purement indicatif*, des substances dangereuses qui illustreraient la définition générale et permettraient de mieux caractériser une activité nouvelle³¹. En tout cas, la notification et, éventuellement, la consultation, assorties d'un régime d'assistance comme celui qui est examiné plus loin, pourraient permettre aux intéressés de parvenir à une conclusion valable.

g) L'information

35. Le Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières, qui prévoit l'obligation générale d'échanger des renseignements sur les mesures adoptées, recommande également, au paragraphe 4 de la section VI, que les pays riverains

[...] échange[nt] des renseignements sur l'autorisation d'activités planifiées comportant un risque important de pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières³²

et la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels contient une disposition relative à l'échange d'informations — l'article 15 —, qui renvoie à l'annexe XI, où sont énumérées les informations que doivent se communiquer les parties intéressées : mesures législatives et administratives, programmes de surveillance, de planification et de recherche-développement, expérience acquise en matière d'accidents et mise au point et application des meilleures technologies disponibles pour mieux protéger l'environnement et en améliorer la sécurité. La même obligation est prévue au paragraphe 2 de l'article 3.

36. Par conséquent, en plus de l'obligation d'informer qui est faite à l'État d'origine au moment où il autorise une activité qui risque d'être dangereuse, il doit exister entre les parties une obligation générale d'échanger périodiquement des renseignements pendant le déroulement de ladite activité.

³⁰ Voir *infra* par. 53.

³¹ *Annuaire... 1991*, vol. II (1^{re} partie), p. 73, doc. A/CN.4/437, par. 29.

³² Voir *supra* note 24.

²⁸ Voir *supra* note 15.

²⁹ Voir *infra* par. 38.

h) Participation du public

37. Par ailleurs, bon nombre d'instruments relatifs aux effets transfrontières des activités menées dans un pays énoncent un principe concernant la participation des personnes physiques et morales qui pourraient être touchées par l'accident. Ce principe s'applique, en premier lieu, à la population proprement dite et il prévoit qu'elle doit être suffisamment informée des effets nocifs éventuels d'une activité à risque pour être à même de participer au processus administratif de prise de décisions qui la concerne de près. Dans d'autres instruments, le droit s'étend aux personnes physiques et morales dans les États affectés³³. Dans le cas qui intéresse le Rapporteur spécial, les États qui offrent ces possibilités à leurs propres populations devraient naturellement, au nom du principe de la non-discrimination, les étendre aux habitants des pays affectés qui se trouvent dans la même situation que leurs propres habitants. Comme les règles à élaborer doivent être universellement applicables et puisque le degré d'évolution de même que de sensibilisation, tant politique que sociale, varie considérablement d'un pays à l'autre s'agissant d'un domaine aussi vaste, le Rapporteur spécial est d'avis que l'on pourrait incorporer dans le projet une obligation dans le sens indiqué plus haut, mais en l'assortissant d'une réserve exprimée par les mots « dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra », obligation applicable aux populations des États d'origine, qui devrait être étendue aux habitants des pays affectés qui se trouvent dans la même situation.

i) Textes proposés en remplacement de l'article II

38. Le Rapporteur spécial propose de remplacer l'article II par les articles suivants :

Article 15. — Notification et information

Si l'évaluation prévue à l'article précédent fait apparaître la possibilité d'un dommage transfrontière appréciable :

a) L'État d'origine en informe les États susceptibles d'être affectés en leur fournissant les informations techniques dont il dispose pour étayer son évaluation;

b) La notification est faite par l'État d'origine lui-même ou par l'intermédiaire d'une organisation internationale compétente en la matière, si les effets transfrontières d'une activité sont susceptibles de s'étendre à plusieurs États qu'il est difficile à l'État d'origine de déterminer;

c) Si l'État d'origine apprend ultérieurement que d'autres États sont susceptibles d'être affectés, il doit les informer sans délai;

d) Dans la mesure du possible et selon qu'il conviendra, les États informeront les populations susceptibles d'être affectées du risque que présente une acti-

vité soumise à autorisation et des dommages qui pourraient en résulter et leur donneront la possibilité de participer au processus de prise de décisions concernant de telles activités.

Article 16. — Échange d'informations

Pendant le déroulement de l'activité, les parties intéressées doivent échanger périodiquement toute information à son sujet présentant de l'intérêt pour une meilleure prévention des dommages transfrontières.

3. ARTICLE INTITULÉ « SÉCURITÉ NATIONALE ET SECRETS INDUSTRIELS »

a) Texte

39. Pour formuler cette disposition, le Rapporteur spécial a pris le texte suivant, qui s'inspire de près de l'article III :

« Sécurité nationale et secrets industriels

« Les données et informations qui sont vitales pour la sécurité nationale de l'État d'origine ou pour assurer la protection de ses secrets industriels pourront ne pas être transmises, mais l'État d'origine coopérera de bonne foi avec les autres États intéressés en vue de fournir autant de renseignements que possible eu égard aux circonstances. »

b) Commentaire

40. Cet article n'a pas suscité beaucoup d'observations : en général, il était acceptable avec d'éventuelles modifications de forme. Le texte reprend dans ses grandes lignes celui de l'article 20 du projet d'articles concernant le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation³⁴ et modifie celui de l'ancien article 11³⁵. Le Rapporteur spécial sait bien qu'il existe entre le présent projet et le projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation des différences qui n'autorisent pas toujours à reprendre les règles par analogie, mais il en a tenu compte à plusieurs reprises. Toutefois, le commentaire de l'article 20 du projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation contient des considérations qui semblent parfaitement applicables au cas, plus général, traité dans les présents articles; en effet, il y est reconnu, d'une part, qu'on ne peut demander aux États de communiquer des informations vitales pour leur défense ou leur sécurité nationales, mais, d'autre part, qu'on ne saurait priver un État (du cours d'eau) affecté de toute information concernant les effets éventuels des mesures en cause :

L'article a ainsi pour but de réaliser un équilibre entre les besoins légitimes des États concernés : le besoin de préserver la nature confidentielle d'informations névralgiques, d'une part, et, de l'autre, le besoin

³³ Voir l'article 9 et l'annexe VIII de la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels ainsi que le principe 10 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (*supra* note 23).

³⁴ Adopté en première lecture en tant qu'article 31. Pour le texte, voir *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 72.

³⁵ Voir *supra* note 15.

d'être informé sur les effets négatifs éventuels des mesures projetées³⁶.

41. Dans un contexte plus général, l'article à l'examen s'inspire aussi du rapport du Groupe de travail intergouvernemental d'experts sur les ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs États, du PNUE, qui a élaboré les « Principes de conduite dans le domaine de l'environnement pour l'orientation des États en matière de conservation et d'utilisation harmonieuse des ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs États », où il est dit, au paragraphe 2 du principe 6 :

Lorsqu'une législation nationale ou des conventions internationales interdisent la communication de certains renseignements, l'État ou les États qui ne peuvent communiquer ces renseignements coopéreront néanmoins avec l'autre État ou les autres États intéressés, sur la base notamment du principe de la bonne foi et dans un esprit de bon voisinage, dans le but de rechercher une solution satisfaisante³⁷.

De même, au paragraphe 1 de l'article 22, la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels dispose :

Les dispositions de la présente Convention ne portent pas atteinte aux droits et ni aux obligations des Parties de protéger, conformément aux lois, règlements, dispositions administratives ou pratiques juridiques acceptées qui sont en vigueur à l'échelon national, et aux règlements internationaux applicables, les informations concernant les données personnelles, le secret industriel et commercial, y compris la propriété intellectuelle, ou la sécurité nationale.

c) Texte proposé en remplacement de l'article III

42. Le Rapporteur spécial propose de remplacer l'article III par l'article suivant :

Article 17. — Sécurité nationale et secrets industriels

Les données et informations qui sont vitales pour la sécurité nationale de l'État d'origine ou pour assurer la protection de ses secrets industriels pourront ne pas être transmises, encore que l'État d'origine coopère de bonne foi avec les autres États intéressés pour fournir autant de renseignements qu'il le peut, selon les circonstances.

4. ARTICLE INTITULÉ « CONSULTATIONS EN VUE DE DÉTERMINER UN RÉGIME »

a) Texte

43. Pour formuler cette disposition, le Rapporteur spécial a pris le texte suivant, qui s'inspire de près de l'article VI :

« Consultations en vue de déterminer un régime

« Les États intéressés se consultent, au besoin, pour déterminer le risque et l'importance de l'éventuel dommage transfrontière, en vue de procéder aux adaptations et modifications de l'activité envisagée et d'arrêter les mesures préventives et les plans d'intervention d'urgence donnant satisfaction aux États affectés, étant entendu que la responsabilité des dommages causés reste régie par les dispositions des articles pertinents du présent instrument. »

b) Commentaire

44. On se souviendra que les articles IV et V traitent des activités à effets nocifs, lesquelles seront examinées ultérieurement. Aussi le Rapporteur spécial passe-t-il directement à l'article VI qui est consacré aux consultations requises en cas d'activités à risque. C'est ici le lieu d'examiner attentivement la nature desdites consultations et de formuler les observations touchant l'évaluation, la notification et l'information avant de clore ce chapitre où sont évoquées ces quatre exigences si étroitement liées. Dans le cinquième rapport, le Rapporteur spécial faisait la remarque suivante :

Il est clair que la procédure examinée ci-après comporte trois fonctions intimement liées, dont aucune d'elles ne peut être séparée des deux autres. Il s'agit de l'évaluation, de la notification et de l'information se rapportant à une activité visée à l'article 1^{er}. Parfois, l'une ou l'autre de ces fonctions est sous-entendue parce qu'elle est implicite : comment un État peut-il être avisé de l'existence de certains risques ou effets nocifs d'une activité si l'État d'origine n'a pas procédé au préalable à une évaluation des effets éventuels de cette activité dans d'autres territoires ? Comment peut-on donner des informations sur l'activité considérée sans donner en même temps ou sans avoir donné auparavant notification à l'État affecté de ce dont il s'agit ? Comment peut-on donner notification de certains dangers sans, communiquer en même temps les renseignements que l'on a pu réunir à leur sujet ?

De plus, la consultation avec les États affectés est également liée aux trois fonctions susmentionnées. À quoi servirait-il d'évaluer, de notifier et d'informer si l'on ne doit pas consulter l'État affecté pour connaître son opinion ? On a déjà vu que la liberté de l'État d'origine comporte des limites en ce qui concerne la conduite des activités visées à l'article 1^{er}, et que ces limites se situent au point où un dommage appréciable est causé aux droits qui s'attachent à la souveraineté d'autres États, en l'occurrence les États affectés. Dans la mesure où ces droits sont ou peuvent être atteints, les États affectés ont leur mot à dire au sujet d'activités telles que celles qui sont visées à l'article 1^{er}. En outre, quelles seraient les consultations possibles si les mesures susmentionnées n'étaient pas prises au préalable³⁸ ?

45. La consultation est dès lors indispensable pour que la participation de l'État affecté soit complète; mais, à l'évidence, les objectifs de toute participation sont, en principe, limités par la *nature juridique des activités à risque*. Si ces activités sont licites au moment où l'État d'origine remplit certaines conditions, nonobstant le fait qu'elles peuvent donner lieu à un dommage transfrontière, la portée de la consultation peut être limitée : la mise en route de telle ou telle activité ne sera ni subordonnée aux accords auxquels on pourra parvenir à l'occasion de ladite consultation, ni à la satisfaction des prescriptions d'ordre procédural prévues en matière de prévention; on ne pourra davantage, en principe, demander qu'il y soit mis fin dans la mesure où il s'agirait réel-

³⁶ Voir *Annuaire... 1988*, vol. II (2^e partie), p. 57.

³⁷ Le texte final de ces principes figure dans PNUE, *Droit de l'environnement. — Lignes directrices et principes*, n° 2, *Ressources naturelles partagées*, Nairobi, 1978. Au paragraphe 3 de sa résolution 34/186, l'Assemblée générale :

« Prie tous les États d'utiliser ces principes comme des directives et recommandations lors de la formulation de conventions bilatérales ou multilatérales concernant les ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs États, de bonne foi et dans un esprit de bon voisinage [...]. »

³⁸ *Annuaire... 1989*, vol. II (1^{re} partie) [voir *supra* note 3], par. 73 et 74.

lement d'une activité à risque et non d'une activité à effets nocifs dissimulée sous les apparences d'une activité à risque.

46. La question de la licéité ou de l'illicéité de telle ou telle activité susceptible de produire un dommage transfrontière a donné lieu, lors des débats à la CDI, à ce qui, de l'avis du Rapporteur spécial, est un simple malentendu. La thèse que certains membres ont fait valoir, est que, si le dommage transfrontière *est interdit* comme il pourrait l'être en vertu du principe 21 de la Déclaration de Stockholm³⁹ ou de la jurisprudence issue d'affaires telles que celles de la *Fonderie de Trail (Trail Smelter)*⁴⁰ et du *Détroit de Corfou*⁴¹, le sujet de la responsabilité pour les actes non interdits serait privé de tout fondement, *parce que tous les actes qui entraînent un dommage transfrontière seraient illicites*, autrement dit ces actes *seraient interdits*. Parmi les conséquences normales de tels actes, il faudrait citer, en tout premier lieu, la cessation si l'acte en cause revêt un caractère continu.

47. Par ailleurs, on se souviendra qu'en la matière le Rapporteur spécial faisait observer dans son huitième rapport :

En ce qui concerne la nécessité de consulter avant d'entreprendre l'activité, la situation est différente selon qu'il s'agit des activités à risque ou des activités à effets nocifs; les premières créent un risque de dommage transfrontière alors que les secondes causent directement un dommage*, puisqu'elles sont de celles qui, par définition, l'engendrent au cours de leur déroulement normal. Il ressort très nettement de la doctrine et de la pratique internationales que, lorsqu'il est important*, le dommage transfrontière que causent ces activités est, en principe, interdit par le droit international général*⁴².

48. Il est clair que, par « ces activités », le Rapporteur spécial fait allusion aux activités à effets nocifs et non aux activités à risque, ainsi qu'il ressort du huitième rapport⁴³, auquel le Rapporteur spécial renvoie les tenants de l'opinion évoquée ci-dessus au paragraphe 46. En examinant l'analyse faite par le Groupe d'experts du droit de l'environnement de la Commission mondiale pour l'environnement et le développement (Commission Brundtland), le Rapporteur spécial faisait observer que l'article 10 du projet de convention élaboré par le Groupe d'experts⁴⁴ énonce un principe qui prévoit l'interdiction de toute atteinte transfrontière à l'environnement qui cause un dommage *considérable* (« c'est-à-dire un dommage qui n'est ni mineur ni insignifiant »)⁴⁵. Le Rapporteur spécial ajoutait :

La première exception*, qui concerne les activités à risque, est énoncée au paragraphe 1 de l'article 11 proposé par le Groupe d'experts; elle fait appel à la notion d'équilibre entre les intérêts :

« 1. Si une ou plusieurs activités créent un risque important de dommage considérable résultant d'une atteinte transfrontière à

l'environnement et si le coût socio-économique et technique général ou la perte d'avantages qui résulterait de la prévention ou de la réduction de ce risque est, à long terme, de loin supérieur aux avantages que procurerait cette prévention ou cette réduction*, l'État qui a mené ou autorisé les activités veillera à ce qu'une indemnisation soit accordée si un dommage substantiel se produit dans une zone relevant de la juridiction nationale d'un autre État ou dans une zone située au-delà des limites de la juridiction nationale⁴⁶. »

49. Dans le huitième rapport, il est également dit que,

[...] si les intérêts opposés se présentent dans les proportions indiquées [c'est-à-dire que la balance qui mesure l'équilibre des intérêts penche du côté de l'activité considérée], il y a là un principe de droit qui autorise soit à continuer, soit à entreprendre l'activité en question⁴⁷.

L'opinion exprimée au cours du débat ne rejoindrait donc pas le point de vue du Rapporteur spécial sur la question, qui, comme on a pu le voir, a été exposé de manière très explicite.

50. Si le raisonnement tenu par le Groupe d'experts de la Commission Brundtland sur ce point inspire des doutes à certains égards, sa tendance générale, à savoir que les activités à risque sont dans certains cas licites, loin d'être une création *ex nihilo*, repose sur la pratique internationale. Le Rapporteur spécial faisait remarquer dans le huitième rapport :

Des activités dangereuses ont été entreprises et ont causé, ou menacent de causer, des dommages à des États tiers. Les États en sont venus à chercher à leur appliquer des régimes juridiques qui consacrent le principe de l'équilibre entre les intérêts et le font généralement en transférant la responsabilité sur les exploitants privés. Tel a été le cas en ce qui concerne, par exemple, l'activité nucléaire dans les diverses conventions dont elle a fait l'objet, le transport d'hydrocarbures par mer, la pollution transfrontière accidentelle et non accidentelle des eaux intérieures⁴⁸.

Il donnait ensuite des exemples de la situation inverse lorsque, par exemple, du fait des risques ou dommages intolérables créés par certaines activités, celles-ci ont fini par être interdites, comme ce fut le cas des essais nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau, de l'utilisation des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles et de l'emplacement des armes nucléaires et d'autres armes de destruction massive sur le fond des mers et des océans ainsi que dans leur sous-sol⁴⁹. Les exemples de la pratique internationale cités dans le huitième rapport⁵⁰ sont pertinents en l'occurrence; en effet, il ressort de cette pratique qu'une activité à risque est en principe licite, à condition que l'État d'origine veille à tout le moins au versement d'indemnités éventuelles, ce qui, au vu de l'exposé du Groupe d'experts de la Commission Brundtland, pourrait ouvrir la voie à la responsabilité civile du responsable de l'activité, qui, d'ordinaire, se trouve être l'exploitant.

51. En conséquence, la consultation devra être entreprise à la demande de l'État ou des États présumé(s) affecté(s) ou éventuellement à la demande de l'État d'origine lui-même, mais pas automatiquement. Elle

³⁹ Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.II.A.14), première partie, chap. I^{er}.

⁴⁰ Voir *supra* note 17.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Annuaire...* 1992, vol. II (1^{re} partie) [voir *supra* note 5], par. 18.

⁴³ *Ibid.*, par. 19.

⁴⁴ Voir *Environmental Protection and Sustainable Development: Legal Principles and Recommendations*, Londres/Dordrecht/Boston, Graham & Trotman/Martinus Nijhoff, 1987, p. 75.

⁴⁵ *Annuaire...* 1992, vol. II (1^{re} partie) [voir *supra* note 5], par. 19.

⁴⁶ *Ibid.*, par. 20.

⁴⁷ *Ibid.*, par. 21.

⁴⁸ *Ibid.*, par. 22.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*, p. 68, note 31.

doit, dès lors, avoir pour but de répondre aux questions que l'État intéressé avait à l'esprit lorsqu'il en a fait la demande, probablement celle concernant la clarification de certains points obscurs, un complément d'informations touchant la prévention ou certains aspects du territoire et de l'environnement de l'État affecté. Ce dernier État pourrait proposer à l'État d'origine un régime plus complet, soit de prévention des dommages, soit de maîtrise des dommages (plan d'intervention d'urgence ou autres formes de coopération), soit de responsabilité ou encore des mesures qui, à son avis, permettraient de mieux équilibrer les intérêts en jeu, en tenant compte notamment des critères définis dans l'article IX de l'annexe. Les parties pourraient éventuellement s'entendre sur un régime conventionnel qui régirait toutes les questions ayant trait à l'activité considérée.

52. Pour répondre à une opinion exprimée lors du débat à la quarante-quatrième session, le Rapporteur spécial estime qu'il ressort clairement de ce qui précède que la souveraineté de l'État d'origine n'est nullement entamée par l'obligation de consulter, dans la mesure où il s'agit là d'un devoir qui lui incombe pour avoir autorisé ou entrepris une activité de nature à causer des dommages transfrontières. Il apparaît, en outre, que l'approbation de l'État affecté n'est pas requise pour entamer l'activité en question. Il s'ensuit qu'il n'y a aucune possibilité d'exercice d'un droit de veto par l'État ou les États affecté(s). Les tenants de cette opinion ont exigé qu'il soit procédé *par des moyens techniques* à l'évaluation de la capacité de création de dommage transfrontière de l'activité considérée. Le Rapporteur spécial ne voit pas d'autre moyen d'évaluer cette capacité⁵¹.

c) Texte proposé en remplacement de l'article VI

53. Le Rapporteur spécial propose de remplacer l'article VI par le texte suivant :

Article 18. — Consultation préalable

Les États intéressés se consultent à la demande de l'un quelconque d'entre eux et sans retard, en vue d'arrêter des solutions mutuellement acceptables concernant les mesures préventives proposées par l'État d'origine, la coopération entre les États intéressés aux fins de la prévention des dommages et tout autre aspect présentant un intérêt pour l'activité en question, étant entendu que, en tout état de cause, la responsabilité des dommages transfrontières qu'elle pourrait produire reste régie par les dispositions pertinentes du présent instrument.

⁵¹ Il faut rappeler, cependant, la validité du « principe de précaution » posé par le principe 15 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (voir *supra* note 23) qui stipule :

« Pour protéger l'environnement, des mesures de précaution doivent être largement appliquées par les États selon leurs capacités. En cas de risque de dommages graves ou irréversibles, l'absence de certitude scientifique absolue ne doit pas servir de prétexte pour remettre à plus tard l'adoption de mesures effectives visant à prévenir la dégradation de l'environnement. »

5. ARTICLE INTITULÉ « INITIATIVE DES ÉTATS AFFECTÉS »

a) Texte

54. Pour formuler cette disposition, le Rapporteur spécial a pris le texte suivant, qui s'inspire de près de l'article VII :

« Initiative des États affectés »

« Si un État a des raisons de croire qu'une activité sous la juridiction ou le contrôle d'un autre État lui cause un dommage appréciable, ou crée un risque appréciable de lui causer un tel dommage, il peut demander à cet État d'appliquer les dispositions de l'article 15. Sa demande est accompagnée d'un exposé technique des raisons sur lesquelles se fonde son opinion. S'il apparaît que l'activité en question est effectivement une de celles que vise l'article premier, l'État d'origine prend à sa charge le coût de l'étude. »

b) Commentaire

55. Dans le cas présent, l'État présumé affecté n'a pas, pour une raison ou pour une autre, reçu la notification prévue à l'article 15. Cela peut tenir au fait : a) que l'État d'origine ne s'est pas rendu compte du caractère dangereux de l'activité — que l'État affecté, par contre, a remarqué, b) que certains effets se sont fait sentir par-delà la frontière, c) que l'État affecté possédait une capacité technologique supérieure à celle de l'État d'origine, ce qui lui a permis de déceler les conséquences que l'État d'origine n'a pas su identifier; ou d) à une autre raison encore. Dans ce cas, il est naturel que l'État présumé affecté indique les raisons techniques qui le portent à croire qu'une activité spécifique exercée sur le territoire de l'État d'origine lui cause effectivement ou est susceptible de lui causer des dommages appréciables.

56. La dernière phrase de l'article, qui porte sur la répartition du coût de l'évaluation des effets transfrontières s'il apparaît que l'activité en cause tombe sous le coup de l'article premier, a suscité l'objection de certains membres de la CDI. Cette phrase repose, toutefois, sur un fondement rationnel : l'étude entreprise en vue de procéder à une évaluation technique adéquate du caractère dangereux de l'activité en question n'est précisément pas gratuite. S'il se peut que l'État d'origine n'ait pas commis de faute en considérant qu'une activité donnée n'atteignait pas le seuil du risque appréciable, une fois que l'étude a démontré que l'activité *était effectivement une activité dangereuse*, la preuve est établie par la même occasion que l'État affecté a effectué un travail et a encouru des dépenses imputables à l'État d'origine; le Rapporteur spécial ne voit donc pas pourquoi ces dépenses devraient rester à la charge de l'État affecté. Il peut admettre qu'il en soit ainsi dans le seul cas où l'État d'origine serait un pays en développement et l'État affecté un pays développé, et ce, conformément à l'idée qui veut que l'on accorde certaines facilités aux pays en développement; mais il ne peut l'admettre dans le cas inverse ou dans le cas où les deux États auraient le même niveau de développement. En tout état de cause, on ne saurait voir dans cette question une affaire de principe;

son importance pratique ne justifie pas que l'on s'attarde à l'examiner. Le Rapporteur spécial est donc disposé à supprimer la dernière phrase de l'article si la CDI le jugeait souhaitable.

c) Texte proposé en remplacement de l'article VII

57. Le Rapporteur spécial propose de remplacer l'article VII par le texte suivant :

Article 19. — Droit de l'État présumé affecté

Même si un État n'a pas reçu notification d'une activité se déroulant sous sa juridiction ou son contrôle, tout autre État qui aurait des raisons de croire que cette activité lui cause un dommage appréciable, ou crée un risque appréciable de lui causer un tel dommage, pourra demander qu'il soit procédé à la consultation prévue à l'article précédent. Sa demande est accompagnée d'un exposé technique des raisons sur lesquelles se fonde son opinion. S'il apparaît que l'activité en question est effectivement une de celles que vise l'article premier, l'État d'origine prend à sa charge le coût de l'étude.

6. ARTICLE INTITULÉ
« RÈGLEMENT DES DIFFÉRENDS »

a) Texte

58. Pour formuler cette disposition, le Rapporteur spécial a pris le texte suivant, qui est identique à celui de l'article VIII :

« Règlement des différends

« Si les consultations tenues en application des articles... et... qui précèdent n'aboutissent pas à un accord, les parties soumettent leur différend aux procédures de règlement des différends de l'annexe [...] »

b) Commentaire

59. Bon nombre de membres ont jugé ce projet d'article utile, voire indispensable, sous réserve que l'on y apporte certaines modifications, de manière à invoquer les articles qui pourraient donner lieu à un tel règlement, expliciter le texte de l'article — sans compter qu'il renvoie à d'autres articles plus développés de l'annexe — ou donner à la procédure de règlement un caractère expéditif. Un membre s'est formellement opposé à cette disposition en observant que, si les consultations aboutissent à un désaccord, il ne voyait pas dans ce cas l'utilité d'une procédure de règlement. Ce membre, qui, en outre, anticipait des abus de la part des États affectés, entendait replacer cette partie du projet exclusivement dans le champ de la coopération internationale. Enfin, d'autres membres se sont prononcés en faveur d'une procédure facultative.

60. Le Rapporteur spécial persiste à croire qu'il serait fort utile d'instituer une procédure expéditive qui permette de surmonter toute impasse à l'occasion des con-

sultations, encore que l'on gagnerait peut-être à attendre la fin de l'examen du sujet pour essayer d'en proposer une, de manière à tenir compte non seulement des différends qui auraient surgi à l'occasion des consultations, et qui sembleraient mériter d'être examinés séparément, mais également de tous les différends qui pourraient naître au sujet de l'interprétation et de l'application des dispositions du projet d'articles. S'agissant d'une procédure de règlement des différends résultant de ces premiers articles, il faudrait songer à un moyen qui soit *spécialement adapté aux difficultés susceptibles de se présenter à l'occasion de la consultation*. Le Rapporteur spécial considère les divergences d'interprétation fondamentales qui pourraient surgir touchant la nature de l'activité en question; l'une des parties, par exemple, pourrait refuser de qualifier l'activité en cause d'activité à risque et voudrait y voir simplement une activité à *effets nocifs*, auquel cas la licéité de celle-ci serait douteuse et le règlement de ce différend serait capital pour le sort de l'activité considérée; ou, d'autre part, l'activité ne comporterait réellement pas de risque d'effets transfrontières appréciables. Le Rapporteur spécial a également à l'esprit les différends qui pourraient porter sur l'évaluation faite par les parties des effets réels de telle ou telle substance intervenant dans l'activité en cause. Il semblerait que l'avis des experts l'emporte dans les hypothèses imaginées. De ce fait, une bonne solution consisterait peut-être dans l'institution d'une procédure d'enquête (commission d'enquête), à l'exemple de celles prévues à l'appendice IV de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière et à l'annexe II de la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels. La procédure établie par ces deux instruments a pour vocation de fournir *un avis aux parties*; elle est également automatique; en effet, la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière dispose, au paragraphe 7 de l'article 3, que

Si ces Parties ne peuvent se mettre d'accord sur le point de savoir si un impact transfrontière préjudiciable important est probable, elles peuvent, l'une ou l'autre, soumettre la question à une commission d'enquête* conformément aux dispositions de l'appendice IV pour que celle-ci mette un avis sur la probabilité d'un impact transfrontière préjudiciable important, à moins qu'elles ne conviennent de recourir à une autre méthode pour régler cette question.

La procédure qui est instituée par l'appendice IV reste en vigueur jusqu'à la fin de l'évaluation et donne aux deux parties la faculté de désigner un expert pour les représenter, mais elle peut s'enclencher et se poursuivre, même si l'une des parties n'offre pas la moindre coopération.

61. Les articles 4 et 5 de la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels vont dans le même sens, en disposant que les parties essaient tout d'abord d'identifier les activités industrielles dangereuses au sens de la Convention, qui se déroulent sous leur juridiction et engagent à cette fin des consultations avec les États présumés affectés selon une formule analogue à celle que le Rapporteur spécial propose dans ses articles. Une activité industrielle tombe ou non sous le coup de la Convention selon qu'elle manipule ou non certaines substances dangereuses énumérées dans l'annexe I, dans certaines concentrations, proportions et quantités indiquées. Si les parties ne se mettent pas d'accord sur le point de savoir si une activité est une activité dangereuse

relevant des dispositions de la Convention et si elles ne sont pas convenues d'une autre méthode de règlement des différends, l'une quelconque d'entre elles peut soumettre cette question pour avis à une commission d'enquête dont la procédure présente exactement les mêmes caractéristiques que celle évoquée *supra* au paragraphe 60.

62. À l'évidence, ce type de procédure présente des avantages qui conduisent à recommander de l'adopter pour d'autres projets, y compris ceux auxquels on assigne une vocation universelle. Tout d'abord, il représente une marque de la bonne foi unanime des États qui ont des vues divergentes quant à la nature d'une activité. Bien qu'il revête un caractère purement technique, l'avis d'une commission du genre prévu par les conventions susmentionnées a l'avantage d'émaner d'un organe *impartial* et revêtirait d'un sceau scientifique ou technologique les questions dont cette commission est saisie. Enfin, une telle solution semble particulièrement indiquée pour les questions telles que celles qui entrent dans le champ d'application des articles.

c) Éléments de procédure à envisager pour proposer un texte en remplacement de l'article VIII

63. Bien que la procédure envisagée n'ait pas été présentée concrètement dans un texte, il serait utile que les membres de la CDI livrent, lors du débat, les réflexions que les éléments de cette procédure leur inspirent afin que le Rapporteur spécial soit mieux à même de proposer un texte le moment venu.

7. ARTICLE INTITULÉ

« FACTEURS DE L'ÉQUILIBRE DES INTÉRÊTS »

a) Texte

64. Pour formuler cette disposition, le Rapporteur spécial a tiré le texte suivant qui est identique à celui de l'article IX :

« *Facteurs de l'équilibre des intérêts*

« Au cours des consultations préalables et pour parvenir à un juste équilibre des intérêts des États concernés pour ce qui est de l'activité visée, ces États peuvent tenir compte des facteurs suivants :

« a) Le degré de probabilité d'un dommage transfrontière, sa gravité et son étendue possibles ainsi que l'incidence probable de l'accumulation des effets de l'activité dans les États affectés;

« b) L'existence de moyens d'éviter lesdits dommages, compte tenu de l'état le plus avancé des techniques dont on dispose pour gérer l'activité;

« c) La possibilité de mener l'activité en d'autres lieux ou avec d'autres moyens, ou l'existence d'activités de remplacement;

« d) L'importance de l'activité pour l'État d'origine, compte tenu à cet égard d'éléments tels que les facteurs économiques et sociaux, la sécurité, les conditions sanitaires et autres facteurs analogues;

« e) La viabilité économique de l'activité eu égard aux moyens de prévention possibles;

« f) La capacité physique et technique de l'État d'origine de prendre des mesures préventives, de rétablir les conditions écologiques antérieures, d'indemniser le dommage causé, ou d'entreprendre les activités de remplacement qui s'offrent à lui;

« g) Les normes de protection appliquées à la même activité ou à des activités comparables par l'État affecté et celles appliquées dans la pratique régionale ou internationale;

« h) Les avantages que l'État d'origine ou l'État affecté tirent de l'activité;

« i) La mesure dans laquelle les effets nocifs trouvent leur origine dans une ressource naturelle ou affectent l'utilisation d'une ressource partagée;

« j) La mesure dans laquelle l'État affecté est disposé à contribuer aux dépenses afférentes à la prévention ou à la réparation des dommages;

« k) La mesure dans laquelle les intérêts des États d'origine et des États affectés sont compatibles avec les intérêts généraux de la communauté dans son ensemble;

« l) La mesure dans laquelle des organisations internationales sont à même de prêter assistance à l'État d'origine;

« m) L'applicabilité des principes et des règles pertinentes du droit international. »

b) Commentaire

65. On notera que le *contenu* de cette disposition n'a pas suscité d'opposition très marquée; les divergences de vues ont porté sur le caractère qu'il fallait lui donner. Il a semblé au Rapporteur spécial que la plupart des opinions positives émanaient de membres dont la formation juridique était fondée sur le « *common law* » anglo-saxon, alors que certains des membres formés au droit civil romain étaient d'avis de rejeter l'article dans une annexe facultative ou dans le commentaire, ou même de le supprimer purement et simplement. Dans son sixième rapport, le Rapporteur spécial a dit être

[...] assez réticent à l'idée d'inclure, dans un texte normatif, ce genre de notions qui ne sont guère plus que des recommandations ou des règles de conduite et non de véritables normes juridiques, d'autant plus que les facteurs qui interviennent dans ce type de négociations sont trop variés pour qu'on puisse les enfermer dans un carcan théorique⁵².

Considéré rétrospectivement, ceci semble maintenant trahir la formation que le Rapporteur spécial a reçue en droit civil. Il a pourtant ajouté que la norme en question pouvait s'intégrer au projet :

Cette démarche n'est cependant pas inusitée. L'énumération de ces facteurs dans les présents articles, outre qu'elle donnerait un certain contenu à la notion d'« équilibre des intérêts », qui sous-tend pour ainsi dire nombre des textes proposés, et servirait à orienter les États intéressés, pourrait avoir une certaine valeur juridique dans la mesure où elle permettrait d'apprécier la bonne foi avec laquelle les États ont mené les négociations. Peut-être serait-il utile, à cet égard, d'établir si l'État d'origine avait la possibilité de mener une activité équivalente sous une forme moins dangereuse, encore que légèrement plus coûteuse.

⁵² *Annuaire... 1990*, vol. II (1^{re} partie) [voir *supra* note 4], par. 39.

teuse, et la mesure dans laquelle l'État affecté protège ses propres ressortissants contre les effets d'une activité équivalente ou analogue. Le libellé du paragraphe liminaire de l'article n'est pas contraignant : on y prévoit que les parties pourront tenir compte des facteurs énumérés, faisant ainsi place à l'autonomie de la volonté qui ne peut céder le pas que devant les normes impératives du droit international. Pour le reste, on ne peut, en raison de la variété des circonstances particulières de chaque cas d'espèce, exiger des États intéressés qu'ils tiennent compte des facteurs indiqués dès lors qu'un facteur ne figurant pas dans l'énumération risque d'être plus pertinent dans le cas considéré. Quant à l'énumération elle-même, le contenu des divers alinéas est évident et se passe donc de commentaires⁵³.

66. Le Rapporteur spécial développe l'idée que « Cette démarche n'est [...] pas inusitée » — c'est-à-dire qu'il n'est pas inhabituel de prévoir des normes de ce genre dans les instruments conventionnels — en renvoyant à l'article 7 du projet concernant le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, dans lequel sont énumérés les facteurs à prendre en considération pour une utilisation équitable et raisonnable des eaux d'un cours d'eau international⁵⁴. Dans son commentaire sur l'article 7, la Commission — et non plus le Rapporteur spécial, M. McCaffrey — a déclaré :

L'article 7 a pour but d'indiquer la façon dont les États devront appliquer la règle d'utilisation équitable et raisonnable que pose l'article 6. En effet, l'article 6 est, par nécessité, une disposition de caractère général et souple, et sa bonne application exige que les États tiennent compte des facteurs concrets propres au cours d'eau international en cause, ainsi que des besoins et des utilisations des États du cours d'eau intéressés. C'est donc en comparant le poids des divers facteurs et circonstances pertinentes que l'on pourra dire, dans chaque cas, ce qu'est une utilisation équitable et raisonnable. Cette évaluation incombera, au moins pour commencer, à chaque État du cours d'eau, afin que la règle d'utilisation équitable et raisonnable énoncée à l'article 6 soit dûment respectée⁵⁵.

67. Il faut dire, incidemment, qu'il y a une grande similitude entre cet article 7 et le texte du présent article : tous deux ont pour but de structurer un concept d'équité qui, sous sa forme directe, serait trop général, voire inconsistant, pour être appliqué à un projet précis. De même, dans les articles présentés par le Rapporteur spécial, on ne peut apprécier cet équilibre des intérêts que dans chaque cas particulier, en tenant compte des données concrètes de l'activité considérée et des besoins que les États en cause en ont et des utilisations qu'ils en font. Il faut également que chaque État d'origine procède à une première évaluation des intérêts en jeu, pour les prendre en compte lorsqu'il planifie son action future.

68. L'« équilibre des intérêts » répond à un principe fondamental d'équité et signifie, *grosso modo*, que l'État d'origine, ayant introduit un certain risque en entreprenant ou en autorisant une activité dangereuse, rétablit l'équilibre en assurant de son côté certaines prestations. S'il en était autrement, il bénéficierait d'avantages indus, notamment si le dommage se produisait effectivement (enrichissement sans cause, « externalisation » des coûts, expropriation ou tout autre nom que l'on veuille donner à ces avantages). Dans le sixième rapport, le Rapporteur spécial a cherché une définition approximative de la no-

tion en renvoyant à deux passages de jugements internationaux, celui du Tribunal d'arbitrage chargé de l'affaire du *Lac Lanoux*, et celui de la CPJI dans l'affaire de l'*Oder*⁵⁶. Selon le premier passage :

Le Tribunal est d'avis que l'État d'amont a, d'après les règles de la bonne foi, l'obligation de prendre en considération les différents intérêts en présence, de chercher à leur donner toutes les satisfactions compatibles avec la poursuite de ses propres intérêts et de montrer qu'il a, à ce sujet, un souci réel de concilier les intérêts de l'autre riverain avec les siens propres.

Selon le second passage :

[Une] communauté d'intérêts sur un fleuve navigable devient la base d'une communauté de droit, dont les traits essentiels sont la parfaite égalité de tous les États riverains dans l'usage de tout le parcours du fleuve et l'exclusion de tout privilège d'un riverain quelconque par rapport aux autres.

69. Le Rapporteur spécial a dit que l'équilibre des intérêts « sous-tend » nombre des articles présentés. À la relecture, l'expression semble bien trop faible pour qualifier le rôle que joue cette notion d'équilibre dans le projet. Elle est plutôt son assise même, elle lui donne son sens et pourrait être l'un des grands postulats de la réparation. Par exemple, c'est elle qui justifie que, dans certains cas de responsabilité pour risque, il puisse ne pas y avoir réparation parfaite, c'est-à-dire *in integrum restitutio*, qui est la règle en matière de responsabilité pour acte illicite. La *restitutio* pourrait, dans certains cas, prendre la forme de prestations rétablissant la balance des intérêts. Mais, surtout, la notion d'équilibre des intérêts sert à justifier la licéité d'une activité qui, en créant un risque de dommages transfrontières, créerait une illicéité potentielle si n'intervenait pas la possibilité de rétablir l'équité entre les parties pour cette activité. La formule même du Groupe d'experts de la Commission Brundtland — qui, d'après ses auteurs, donne sa licéité à une activité à risque — semble exprimer, de façon peut-être partielle, l'idée d'un équilibre d'intérêts entre parties en ce qui concerne une activité précise [« si le coût socio-économique et technique général ou la perte d'avantages qui résulterait de la prévention ou de la réduction de ce risque est, à long terme, de loin supérieur aux avantages que procurerait cette prévention ou cette réduction » (voir *supra* par. 48)]. Que l'on souscrive ou non à cette formulation de la pensée des experts de la Commission Brundtland, elle correspond indubitablement aux grandes lignes de la pratique internationale : normalement, une activité à risque est autorisée quand son utilité pour l'État d'origine — et d'autant plus si, en outre, elle est utile à la société — l'emporte sur les dommages qu'elle cause. Mais l'État d'origine doit rétablir l'équilibre en réduisant au minimum le risque créé, en réglant ou en faisant régler par les responsables le coût de la prévention et en indemnisant ou en faisant indemniser de la même manière les dommages causés.

70. Si ce qui précède constitue un raisonnement valable, il faut donner aux États des indications sur les facteurs qui interviennent, notamment, dans l'équilibre des intérêts des parties, étant entendu qu'il ne s'agit que de quelques-uns des très nombreux paramètres susceptibles

⁵³ Ibid.

⁵⁴ Adopté en première lecture en tant qu'article 6, Pour le texte, voir *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 69.

⁵⁵ *Annuaire... 1987*, vol. II (2^e partie) p. 37, paragraphe 1 du commentaire de l'article 7.

⁵⁶ *Annuaire... 1990*, vol. II (1^{re} partie) [voir *supra* note 4], par. 39 et note 60.

d'être mis en jeu et qu'ils ne doivent servir qu'à orienter les relations des États dans ce domaine.

c) Proposition touchant l'article IX

71. Le Rapporteur spécial n'a pas d'idée personnelle bien arrêtée sur l'endroit où il vaudrait mieux placer cet article. Il préférerait, pour les raisons qu'il a exposées, ne pas le faire disparaître et accepterait de le voir rester dans le corps du texte en tant qu'article 20, vu le précédent que la Commission a elle-même créé avec l'article 7 du projet concernant le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation.

8. LE PRINCIPE DU NON-DÉPLACEMENT
DES RISQUES OU DES DOMMAGES

a) Observations générales

72. Certains instruments, dont le Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières⁵⁷, prévoient une disposition relative à ce que l'on pourrait appeler le *non-déplacement (ou non-transfert) des risques ou des dommages*; cette disposition concerne fondamentalement la prévention mais peut s'appliquer aussi à toutes les mesures prises en réponse à un effet transfrontière, comme le nettoyage et la remise en état du milieu. On pourrait inscrire parmi les principes une règle de ce genre, en l'ajoutant peut-être à l'article 8 du projet⁵⁸, ou encore au chapitre à l'examen, à titre de simple principe d'orientation des mesures de prévention. Le Rapporteur spécial souhaiterait avoir l'avis des membres de la Commission quant à l'emplacement à accorder à cette disposition. Au paragraphe 2 de la section II du Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières, la règle est posée en ces termes :

En prenant des mesures pour contrôler et réglementer les activités et les matières dangereuses, prévenir et maîtriser la pollution accidentelle et atténuer les effets des dommages causés par une pollution accidentelle, les pays devraient tout faire pour ne pas transférer directement ou indirectement des dommages ou des risques d'un type d'environnement à un autre et ne pas transformer un type de pollution en un autre type⁵⁹.

73. L'article 195 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer dispose :

Lorsqu'ils prennent des mesures pour prévenir, réduire et maîtriser la pollution du milieu marin, les États agissent de manière à ne pas déplacer, directement ou indirectement, le préjudice ou les risques d'une zone dans une autre et à ne pas remplacer un type de pollution par un autre.

On voit qu'il y a une différence : cet article dispose « d'une zone dans une autre », alors que le Code de conduite cité *supra* indique « d'un type d'environnement à un autre ». L'article 195 de la Convention est issu du paragraphe 13 des Principes généraux pour évaluer et combattre la pollution des mer approuvés par la Conférence des Nations Unies sur l'environnement :

Il y a lieu de veiller à ce que les mesures prises pour prévenir la pollution des mers et lutter contre cette pollution (en particulier les interdictions directes et les limites expresses de rejet) ne se traduisent pas tout simplement par un transfert des dommages ou des risques d'une partie de l'environnement à une autre⁶⁰.

On trouve un autre précédent très intéressant dans la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement, dont le principe 14 semble donner une portée relativement plus restreinte à cette notion :

Les États devraient concorder efficacement leurs efforts pour décourager ou prévenir les déplacements et les transferts dans d'autres États de toutes activités et substances qui provoquent une grave détérioration de l'environnement ou dont on a constaté qu'elles étaient nocives pour la santé de l'homme⁶¹.

Cette disposition devrait être contenue dans le texte plus général que le Rapporteur spécial propose; il ne serait peut-être pas inutile d'y faire référence dans le commentaire pour mieux indiquer la diversité des voies sur lesquelles œuvre le principe faisant l'objet du commentaire.

b) Texte proposé sur le non-déplacement
des risques ou des dommages

74. Le Rapporteur spécial soumet à l'examen de la Commission l'article 20 *bis*, qu'il laissera entre crochets en attendant que les membres indiquent l'emplacement définitif à accorder à ce texte.

[Article 20 bis. — *Non-déplacement des risques
ou des dommages*

Lorsqu'ils adoptent des mesures pour prévenir, réduire et maîtriser les effets transfrontières des activités dangereuses, les États doivent veiller à ne pas déplacer les risques ou les dommages d'un lieu ou d'un milieu à un autre, et à ne pas remplacer un risque par un autre.]

9. LE PRINCIPE « POLLUEUR-PAYEUR »

75. Le Code de conduite relatif à la pollution accidentelle des eaux intérieures transfrontières et la Convention sur les effets transfrontières des accidents industriels consacrent tous les deux le principe « pollueur-payeur ». Le Rapporteur spécial y a trouvé matière à réflexion; il pense que la Commission devrait envisager de l'inclure dans le projet d'articles, car il joue un rôle très important en matière tant de prévention que de responsabilité civile. Mais, si l'on tient compte du fait que les formulations les plus récentes de ce principe n'en limitent pas la portée à la prévention (c'est-à-dire que seuls les coûts de la prévention incomberaient à l'opérateur) et le relie aussi à la réparation, peut-être vaudrait-il mieux le placer parmi les principes et non dans le présent chapitre relatif à la prévention; le meilleur moment pour le proposer serait à la prochaine session, car le Comité de rédaction aurait alors la possibilité de l'examiner en temps utile avec les autres principes qui lui ont été soumis.

⁵⁷ Voir *supra* note 24.

⁵⁸ Pour le texte, voir *Annuaire... 1990*, vol. II (2^e partie), p. 98, note 343.

⁵⁹ Voir *supra* note 24.

⁶⁰ *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement...* (voir *supra* note 39), annexe III.

⁶¹ Voir *supra* note 23.

CHAPITRE II

Conclusion

76. Les chapitres qui traitent de la prévention dans les conventions relatives à des questions ou des activités précises, comme celles auxquelles le Rapporteur spécial s'est référé plus particulièrement dans le présent rapport, contiennent en général des dispositions extrêmement élaborées sur certains aspects qui n'ont pas été examinés, telles que la planification préalable aux catastrophes, les interventions d'urgence ou l'alerte rapide en cas d'accident. Le Rapporteur spécial a essayé d'interpréter le sentiment général de la Commission, à savoir que les articles en voie d'élaboration — qui cherchent à n'être qu'un cadre et à n'avoir qu'une portée générale — doivent avoir un caractère synthétique et avoir une portée universelle. C'est pourquoi le Rapporteur spécial estime que le chapitre relatif à la prévention pourrait se terminer sur les articles proposés.

PROGRAMME, PROCÉDURES, MÉTHODES DE TRAVAIL ET DOCUMENTATION DE LA COMMISSION

[Point 6 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/454

Schémas établis par des membres de la Commission sur divers sujets de droit international

[Original : anglais/français]
[9 novembre 1993]

TABLE DES MATIÈRES

| | <i>Pages</i> |
|--|--------------|
| Note | 219 |
| INTRODUCTION | 224 |
| SCHÉMAS ÉTABLIS PAR DES MEMBRES DE LA COMMISSION SUR DIVERS SUJETS DE DROIT INTERNATIONAL | |
| La condition juridique des investissements de capitaux et les accords y relatifs, par M. Mohammed Bennouna | 225 |
| Propriété et protection des épaves au-delà des limites de la juridiction maritime nationale, par M. Derek William Bowett | 227 |
| <i>Jus cogens</i> , par M. Andreas J. Jacovides | 230 |
| Succession d'États et nationalité des personnes physiques et morales et succession d'États et qualité de membre des organisations internationales, par M. Vaclav Mikulka | 237 |
| Droit relatif aux migrations internationales, par M. Guillaume Pambou-Tchivounda | 242 |
| Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités, par M. Alain Pellet | 246 |
| Application extraterritoriale de la législation nationale, par M. Pemmaraju Sreenivasa Rao | 255 |
| Droit des eaux souterraines (captives) internationales, par M. Alberto Szekely | 260 |
| L'indivis mondial, par M. Christian Tomuschat | 263 |
| Droits et obligations des États en matière de protection de l'environnement, par M. Chusei Yamada | 266 |

NOTE

Accords bilatéraux et multilatéraux mentionnés dans le présent document

ACCORDS BILATÉRAUX

Sources

| | |
|---|---|
| Traité frontalier définitif entre la France et l'Espagne (Elissonde, 27 août 1785) | G. F. de Martens, <i>Recueil des principaux Traités</i> , 2 ^e éd., vol. IV, p. 26. |
| Traité de limites entre les Pays-Bas et le Hanovre (Mappen, 2 juillet 1824) | Nations Unies, <i>Textes législatifs...</i> , traité n° 205. |
| Procès-verbal de délimitation entre la France et le canton de Neuchâtel (Neufchâtel, 4 novembre 1824) | Ibid., traité n° 195. |

Sources

- Convention entre l'Italie et la Suisse sur le règlement du conflit de frontière entre la Lombardie et le canton du Tessin (Lugano, 5 octobre 1861) G. F. de Martens, *Nouveau Recueil général de Traités*, t. XX, p. 186.
- Traité entre l'Autriche et la Bavière, concernant le régime de la frontière et d'autres relations territoriales entre la Bohême et la Bavière (24 juin 1862) Nations Unies, *Textes législatifs...*, traité n° 135.
- Traité de limites entre l'Espagne et le Portugal (Lisbonne, 29 septembre 1864) Ibid., traité n° 241.
- Accord entre les Gouvernements de la Grande-Bretagne et de la France concernant la Côte somalie (Londres, 2 et 9 février 1888) BFSP, 1890-1891, vol. 83, p. 672, et Nations Unies, *Textes législatifs...*, traité n° 16.
- Traité entre la Suisse et l'Autriche-Hongrie pour le redressement du Rhin dès l'embouchure de l'Ill, en amont, jusqu'à l'entrée du fleuve dans le lac de Constance, en aval (Vienne, 30 décembre 1892) BFSP, 1891-1892, vol. 84, p. 690, et Nations Unies, *Textes législatifs...*, traité n° 141.
- Échange de notes entre la France et le Royaume-Uni concernant la frontière entre la Côte d'Or et le Soudan français (Londres, 8 avril 1904) Voir BFSP, 1902-1904, vol. 97, p. 31.
- Accord relatif à la détermination de la frontière entre la Perse et la Turquie (Téhéran, 21 décembre 1913) *The Consolidated Treaty Series*, C. Parry, éd., vol. 215, 1911-1912, p. 138.
- Dispositions relatives à la frontière commune à la Belgique et à l'Allemagne, établies par une commission de délimitation composée de représentants de l'Empire britannique, de la France, de l'Italie, du Japon, de la Belgique et de l'Allemagne, en exécution des clauses du Traité de Versailles du 28 juin 1919, concernant cette frontière (Aix-la-Chapelle, 6 novembre 1922) Nations Unies, *Textes législatifs...*, traité n° 118.
- Protocole entre la France et la Grande-Bretagne déterminant la frontière entre l'Afrique équatoriale française et le Soudan anglo-égyptien (Londres, 21 janvier 1924) BFSP, 1924, 1^{re} partie, vol. 119, p. 354; voir aussi Nations Unies, *Textes législatifs...*, traité n° 25.
- Accord entre l'Égypte et l'Italie concernant l'établissement des frontières entre la Cyrénaïque et l'Égypte (sur le puits de Ramla) [Le Caire, 6 décembre 1925] BFSP, 1930, 2^e partie, vol. 133, p. 976; voir aussi Nations Unies, *Traités législatifs...*, traité n° 6.
- Échange de notes constituant un accord entre les Gouvernements britannique et italien concernant la réglementation de l'utilisation des eaux de la rivière Gâch (Rome, 12 et 15 juin 1925) SDN, *Recueil des Traités*, vol. XXXVIII, p. 200.
- Traité entre l'Allemagne et la France portant délimitation de la frontière (Paris, 14 août 1925) Ibid., vol. LXXV, p. 104.
- Convention entre les Gouvernements de l'Union des Républiques socialistes soviétiques et de la Perse relative à l'utilisation commune des eaux et fleuves limitrophes (Achkhabad, 20 février 1926) Nations Unies, *Textes législatifs...*, traité n° 103.
- Arrangement entre l'Allemagne et la Belgique concernant la frontière commune (Aix-la-Chapelle, 7 novembre 1929) SDN, *Recueil des Traités*, vol. CXXI, p. 328; voir aussi Nations Unies, *Textes législatifs...*, traité n° 150.
- Traité de paix, d'amitié et d'arbitrage entre la République dominicaine et la République d'Haïti (Saint-Domingue, 20 février 1929) SDN, *Recueil des Traités*, vol. CV, p. 216; voir aussi Nations Unies, *Textes législatifs...*, traité n° 68.
- Accord entre la Perse et la Turquie concernant la fixation de la ligne frontière (Téhéran, 23 janvier 1932) BFSP, 1932, vol. 135, p. 671; voir aussi Nations Unies, *Textes législatifs...*, traité n° 101.
- Arrangement entre la Belgique et le Royaume-Uni concernant les droits relatifs à l'usage des eaux à la frontière entre le Tanganyika et le Ruanda-Urundi (Londres, 22 novembre 1934) SDN, *Recueil des Traités*, vol. CXC, p. 103.
- Accord entre le Gouvernement fédéral autrichien et le Gouvernement de l'État de Bavière concernant le détournement des eaux du Rissbach, de la Dürrach et de la Walchen (16 octobre 1950) Nations Unies, *Textes législatifs...*, traité n° 136.

Sources

- Convention entre le Grand-Duché de Luxembourg et l'État rhéno-palatin de la République fédérale d'Allemagne concernant la construction d'une centrale hydroélectrique sur la Sûre (Trèves, 25 avril 1950) Ibid., traité n° 201.
- Accord entre la République de Syrie et le Royaume hachémite de Jordanie relatif à l'utilisation des eaux du Yarmouk (Damas, 4 juin 1953) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 184, p. 25.
- Accord entre le Gouvernement de la République populaire fédérative de Yougoslavie et le Gouvernement de la République populaire hongroise relatif au régime des eaux (Belgrade, 8 août 1955) Nations Unies, *Textes législatifs...*, traité n° 228.
- Accord entre le Gouvernement de la République populaire fédérative de Yougoslavie et le Gouvernement de la République populaire d'Albanie relatif au régime des eaux (Belgrade, 5 décembre 1955) Ibid., traité n° 128. Voir aussi Yougoslavie, *Federativne Narodne Republike Jugoslavije, Medunarodni Ugovori*, 1957, n° 74, p. 16.
- Convention entre la République fédérale d'Allemagne et la République française sur l'aménagement du cours supérieur du Rhin entre Bâle et Strasbourg (Luxembourg, 27 octobre 1956) Nations Unies, *Textes législatifs...*, traité n° 180.
- Accord entre le Gouvernement de la République italienne et le Gouvernement de la République populaire fédérative de Yougoslavie concernant l'alimentation en eau de la commune de Gorizia (Nova Gorica, 18 juillet 1957) Ibid., traité n° 236.
- Procès-verbal de la réunion des délégations de la République populaire fédérative de Yougoslavie et du Royaume de Grèce qui a eu lieu du 26 août au 1^{er} septembre 1957 pour élaborer le mode et le plan de collaboration concernant les études hydroéconomiques du bassin d'écoulement du lac de Doiran (1^{er} septembre 1957) Ibid., traité n° 223.
- Accord entre la Tchécoslovaquie et la Pologne relatif à l'hydroéconomie des eaux frontières (Prague, 21 mars 1958) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 538, p. 89.
- Accord relatif aux questions d'hydroéconomie entre le Gouvernement de la République populaire fédérative de Yougoslavie et le Gouvernement de la République populaire de Bulgarie (Sofia, 4 avril 1958) Ibid., vol. 367, p. 104.
- Convention entre le Grand-Duché de Luxembourg et l'État rhéno-palatin de la République fédérale d'Allemagne concernant l'aménagement d'installations hydroélectriques sur l'Our (Trèves, 10 juillet 1958) Nations Unies, *Textes législatifs...*, traité n° 202.
- Déclaration d'Évian (Algérie-France) [Évian, 19 mars 1962] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 507, p. 34 et 36.
- Convention entre la France et la Suisse concernant la protection des eaux du lac Léman contre la pollution (Paris, 16 novembre 1962) Ibid., vol. 922, p. 49.
- Accord entre la Pologne et l'Union soviétique relatif à l'hydroéconomie des eaux frontières (Varsovie, 17 juillet 1964) Ibid., vol. 552, p. 175.
- Convention entre la République française et la République fédérale d'Allemagne sur l'aménagement du Rhin entre Strasbourg/Kehl et Lauterbourg/Neuburgweier (Paris, 4 juillet 1969) Ibid., vol. 760, p. 305.
- Australie/Pays-Bas : accord concernant les épaves d'anciens navires hollandais Australie, *Treaty Series*, n° 18, 1972, p. 17.
- Accord entre la Finlande et la Suède relatif aux fleuves frontières (Stockholm, 15 décembre 1971) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 825, p. 191.

Sources

- Accord de 1973 (Minute n° 242) de la Commission internationale des frontières et des eaux (États-Unis d'Amérique et Mexique) concernant les problèmes de salinité du Colorado (Mexico et Tlatelolco, 30 août 1973) *Ibid.*, vol. 915, p. 203.
- Accord sur l'intervention des organes chargés de la lutte contre la pollution accidentelle des eaux par les hydrocarbures ou autres substances pouvant altérer les eaux et reconnus comme tels dans le cadre de la Convention franco-suisse du 16 novembre 1962 concernant la protection des eaux du lac Léman contre la pollution (Berne, 5 mai 1977) *Ibid.*, vol. 1080, p. 155.
- Accord de 1978 entre le Canada et les États-Unis d'Amérique relatif à la qualité de l'eau dans les Grands Lacs (Ottawa, 22 novembre 1978) *United States Treaties and Other International Agreements, 1978-79*, vol. 30-2.
- Accord entre l'Autriche et la Tchécoslovaquie en vue de régler certaines questions d'intérêt commun en matière de centrales nucléaires (Vienne, 18 novembre 1982) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1365, p. 273.
- Accord entre l'Espagne et la France concernant l'admission d'étrangers illégaux aux postes frontières (26 décembre 1987) RGDIP, vol. 92, 1988, p. 392.
- Convention entre la France et l'Espagne concernant l'immigration clandestine (8 janvier 1988) *Ibid.*, p. 696 et 697.

ACCORDS MULTILATÉRAUX

Sources

- Convention pour l'unification de certaines règles en matière d'assistance et de sauvetage maritimes (Bruxelles, 23 septembre 1910) G. F. de Martens, *Nouveau Recueil général de Traités*, 3^e série, Leipzig, 1913, t. VII.
- Traité de Versailles (28 juin 1919) *Ibid.*, 1923, t. XI, p. 323 et suiv.
- Convention sur la nationalité (Montevideo, 26 décembre 1933) M. O. Hudson, *International Legislation*, Washington (D.C.), vol. VI (1932-1934), p. 589.
- Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Rome, 4 novembre 1950) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 213, p. 221.
- Convention relative au statut des réfugiés (Genève, 28 juillet 1951) *Ibid.*, vol. 189, p. 137.
- Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (La Haye, 14 mai 1954) *Ibid.*, vol. 249, p. 215.
- Convention instituant une organisation internationale de métrologie légale (Paris, 12 octobre 1955) *Ibid.*, vol. 560, p. 3.
- Convention sur la haute mer (Genève, 29 avril 1958) *Ibid.*, vol. 450, p. 11.
- Convention unique sur les stupéfiants (New York, 30 mars 1961) *Ibid.*, vol. 520, p. 151.
- Convention sur la réduction des cas d'apatridie (New York, 30 août 1961) *Ibid.*, vol. 989, p. 175.
- Traité interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau (Moscou, 5 août 1963) *Ibid.*, vol. 480, p. 43.
- Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Washington, 18 mars 1965) *Ibid.*, vol. 575, p. 158.
- Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes (Moscou, Londres et Washington, 27 janvier 1967) *Ibid.*, vol. 610, p. 205.
- Protocole relatif au statut des réfugiés (New York, 31 janvier 1967) *Ibid.*, vol. 606, p. 267.

Sources

- Protocole portant modification de la Convention pour l'unification de certaines règles en matière d'assistance et de sauvetage maritimes, signée à Bruxelles le 23 septembre 1910 (Bruxelles, 27 mai 1967)
- Convention africaine pour la conservation de la nature et des ressources naturelles (Alger, 15 septembre 1968)
- Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969)
- Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels (Paris, 14 novembre 1970)
- Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale (La Haye, 1^{er} février 1971)
- Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises (New York, 14 juin 1974)
- Protocole portant amendement de la Convention unique sur les stupéfiants de 1961 (Genève, 25 mars 1972)
- Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel (Paris, 16 novembre 1972)
- Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités (Vienne, 23 août 1978)
- Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance (Genève, 13 novembre 1979)
- Accord régissant les activités des États sur la Lune et les autres corps célestes (New York, 5 décembre 1979)
- Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982)
- Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État (Vienne, 8 avril 1983)
- Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone (Vienne, 22 mars 1985)
- Convention européenne sur les infractions visant des biens culturels (Delphes, 23 juin 1985)
- Convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (Séoul, 11 octobre 1985)
- Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Vienne, 21 mars 1986)
- Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (Montréal, 16 septembre 1987)
- Convention internationale sur l'assistance (Londres, 28 avril 1989)
- Convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres des Communautés européennes (Dublin, 15 juin 1990)
- Ministère des affaires étrangères, du commerce extérieur et de la coopération au développement de Belgique, Direction des Traités, *Conventions de droit maritime (Conventions de Bruxelles)*. — *Textes*, 1^{er} avril 1982, p. 127.
- Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1001, p. 3.
- Ibid., vol. 1155, p. 331.
- Ibid., vol. 823, p. 231.
- Ibid., vol. 1144, p. 258.
- Nations Unies, *Annuaire juridique 1974*, p. 99.
- Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 976, p. 3.
- Ibid., vol. 1037, p. 151.
- Conférence des Nations Unies sur la succession d'États en matière de traités*. — *Documents officiels, volume III, Documents de la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.79.V.10), p. 197.
- Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1302, p. 218.
- Ibid., vol. 1363, p. 3.
- Documents officiels de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer*, vol. XVII (numéro de vente : F.84.V.3), p. 157, doc. A/CONF.62/122.
- A/CONF.117/14.
- PNUE, *Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment*, Cambridge (Royaume-Uni), 1991, vol. 2, p. 301.
- Conseil de l'Europe, *Série des Traités européens*, n° 119.
- Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1508, p. 99.
- A/CONF.129/15.
- PNUE, *Selected Multilateral Treaties in the Field of the Environment*, Cambridge (Royaume-Uni), 1991, vol. 2, p. 309.
- OMI, 1989.
- Bulletin des Communautés européennes*, n° 1/2, 1990, p. 165.

Sources

| | |
|--|---|
| Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes (Schengen, 19 juin 1990) | RGDIP, vol. 94, 1990, n° 4, p. 1047. |
| Protocole au Traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement (Madrid, 4 octobre 1991) | ILM, vol. XXX, n° 6, p. 1461. |
| Traité sur l'Union européenne (Traité de Maastricht) [Maastricht, 7 février 1992] | Conseil des Communautés européennes/Commission des Communautés européennes, Luxembourg, 1992. |
| Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (New York, 9 mai 1992) | ILM, vol. XXXI, n° 4, p. 851. |
| Convention sur la diversité biologique (Rio de Janeiro, 5 juin 1992) | Ibid., p. 822. |

Introduction

1. À la quarante-quatrième session (1992) de la Commission du droit international, le Groupe de planification du Bureau élargi de la Commission a créé un groupe de travail composé des membres suivants : M. Derek Bowett (Président), M. Awn Al-Khasawneh, M. Mohamed Bennouna, M. Peter Kabatsi, M. Mochtar Kusuma-Atmadja, M. Guillaume Pambou-Tchivounda, M. Alain Pellet, M. Jiuyong Shi, M. Alberto Szekely, M. Vladlen Vereshchetin et M. Chusei Yamada. Le Groupe de travail était chargé d'examiner un nombre limité de sujets devant être recommandés à l'Assemblée générale en vue de leur inscription au programme de travail de la Commission¹.

2. Selon la procédure proposée par le Groupe de planification sur la recommandation du Groupe de travail, qui a été par la suite approuvée par la Commission, des membres désignés de la Commission, avec M. Bowett en tant que coordonnateur, ont été priés de rédiger pour chaque sujet figurant dans une liste préétablie un bref schéma ou un résumé explicatif. Chaque schéma ou résumé explicatif devait indiquer :

- a) Les principaux problèmes soulevés par le sujet;
- b) Les traités, principes généraux et textes législatifs nationaux ou décisions judiciaires pertinents;
- c) La doctrine existante;
- d) Les avantages et les désavantages que présenterait la rédaction d'un rapport, d'une étude ou d'un projet de convention, si la Commission décidait d'inscrire le sujet à son programme de travail.

3. Les schémas établis selon cette procédure ont été examinés par le Groupe de travail à la quarante-cinquième session (1993) de la Commission.

4. À la même session, la Commission a décidé, sur la recommandation du Groupe de travail, que les schémas seraient publiés dans un document officiel de la Commission dans la série A/CN.4/ en vue de son inclusion dans l'*Annuaire* pour 1993. Le présent document a été élaboré suite à cette demande. Il contient les schémas classés par ordre alphabétique du nom de leurs auteurs respectifs².

¹ *Annuaire... 1992*, vol. II (2^e partie), doc. A/47/10, par. 368 à 370.

² *Annuaire... 1993*, vol. II (2^e partie), doc. A/48/10, par. 425 à 443.

SCHEMAS ÉTABLIS PAR DES MEMBRES DE LA COMMISSION SUR DIVERS SUJETS DE DROIT INTERNATIONAL

La condition juridique des investissements de capitaux et les accords y relatifs, par M. Mohamed Bennouna

1. La dernière décennie a été caractérisée par l'aggravation de l'endettement de la majorité des pays du tiers monde, la baisse du flux des investissements du Nord vers le Sud, et enfin une saturation des politiques d'aide et d'assistance, dont l'impact sur le développement réel des populations s'est avéré négligeable.

2. La promotion de l'investissement privé direct étranger dans ces pays est justifiée par les avantages suivants :

- a) La réalisation d'un financement à long terme;
- b) L'introduction de l'esprit d'entreprise, du savoir-faire et des technologies nouvelles;
- c) L'absence d'effet négatif sur les balances de paiements déjà lourdement déficitaires. Le rapatriement des revenus n'intervient que si l'opération est bénéficiaire, alors que, dans le cas des prêts, le paiement des intérêts fixes s'impose quelle que soit leur rentabilité.

Mais l'attraction des capitaux privés suppose la création d'un climat de confiance pour l'octroi d'un certain nombre de garanties à l'investisseur.

3. Dans le droit international classique, la question est traitée sous l'angle du statut des étrangers et de leurs biens, et donc en termes de relations entre le lieu de nationalité et la souveraineté territoriale. Cependant, la doctrine classique, largement favorable aux exportateurs de capitaux, privilégiait la protection des « droits acquis » des étrangers au détriment des prérogatives de l'État territorial.

4. La remise en cause de cette doctrine par les pays du tiers monde dans les années 60 a entraîné la conclusion d'un nombre considérable d'accords bilatéraux destinés à régir le statut de l'investissement étranger. Le développement et la complexité des relations économiques internationales imposaient également un nouveau régime juridique.

5. Ainsi que le relève Jean-Pierre Laviec :

[...] la notion d'investissement ne correspond pas à des catégories précises de droit privé. Elle garde un aspect générique et une dimension fonctionnelle. [...] De manière fréquente, une opération d'investissement est effectuée par le moyen d'une série d'actes juridiques qui, combinés les uns aux autres, composent cet investissement; si ces mêmes actes étaient pris isolément, certains d'entre eux ne pourraient pas être considérés comme tels¹.

Ce constat avait déjà été dressé par un tribunal arbitral dans l'affaire *Holiday Inns/Occidental Petroleum c. Gouvernement marocain* (première sentence rendue en 1975 dans le cadre du Centre international pour le rè-

glement des différends relatifs aux investissements, de la Banque mondiale)².

6. Il n'en demeure pas moins que ce qui caractérise l'investissement direct est le contrôle exercé par l'étranger sur l'opération finale. Ainsi, le lien formel de nationalité n'est plus suffisant pour déterminer le caractère national ou étranger d'un investissement; le critère du contrôle doit toujours être appliqué.

7. D'autre part, le phénomène des sociétés transnationales va rendre encore plus difficile le jeu de ces critères et la détermination de l'appartenance nationale d'un investissement. La société transnationale est constituée d'une série d'entreprises privées soumises à des souverainetés territoriales différentes et reliées entre elles par une stratégie commune édictée par la société mère.

8. Faute de codification juridique ou d'une définition précise largement acceptée, le critère du contrôle, comme la notion de société transnationale, relève de facto d'une appréciation de la réalité économique.

9. La condition juridique de l'investissement étranger est à rechercher aussi bien dans le droit interne (codes d'investissement nationaux) que dans le droit international, en passant en revue la jurisprudence internationale, les accords internationaux (bilatéraux et multilatéraux) et la coutume internationale.

1. LES LÉGISLATIONS NATIONALES

10. Les législations nationales sont destinées à régir l'investissement sur le territoire national; elles sont regroupées selon les pays dans des codes ou sont éparpillées dans les différents domaines du droit local concernés (commercial, fiscal, social et autres). Il peut s'agir d'un code unique applicable à tous les investissements ou au contraire de codes sectoriels (selon le secteur économique concerné).

11. Les législations nationales précisent les conditions d'admission de l'investissement étranger (agrément préalable, procédure contractuelle), la nécessité ou non d'une association avec le capital local, les avantages spécifiques qui leur sont accordés (fiscaux, douaniers et autres), les garanties juridiques et les procédures de règlement des différends. Le plus souvent, ces législations se réfèrent à des procédures prévues par des accords internationaux³.

² Voir Nations Unies, *Annuaire juridique* 1976 (numéro de vente : F.78.V.5), p. 119 et 120.

³ C'est le cas, par exemple, des procédures de conciliation et arbitrage de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États.

¹ *Protection et promotion des investissements. — Étude de droit international économique*, Paris, Presses universitaires de France, 1985, p. 25.

12. Dans l'optique d'une codification, il serait utile de répertorier les grands principes juridiques relatés par les législations nationales en matière de protection de l'investissement étranger (tels que les principes de non-discrimination et du traitement national).

2. LA JURISPRUDENCE INTERNATIONALE

13. L'analyse de la jurisprudence internationale permet de préciser l'état du droit international général en la matière. Deux affaires soumises à la CIJ (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* et *Elettronica Sicula S.p.A.*) peuvent être prises pour exemple.

14. Dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*⁴, la Cour a souligné que, s'agissant d'actes illicites dirigés contre une société de capitaux étrangers, la règle générale de droit international n'autorise que l'État national de cette société à formuler une réclamation (il s'agit ici d'une société de nationalité canadienne dont la majorité des actionnaires est belge et qui a ses activités en Espagne). Dans ces conditions, en dehors de stipulations conventionnelles, la question de la protection des actionnaires reste entière. La Cour a admis cependant deux exceptions qui permettent à l'État national des actionnaires d'agir :

a) Le cas où la société aurait cessé d'exister; ou

b) Le cas où l'État national de la société n'aurait pas qualité pour agir en faveur de celle-ci.

Enfin, la Cour n'a pas examiné le cas où l'État dont la responsabilité est en cause se trouve être en même temps l'État national de la société (alors que les actionnaires sont étrangers). Elle sera amenée à l'aborder en 1989.

15. Dans la seconde affaire, *Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)*⁵ (*États-Unis c. Italie*), l'État national de la société est en l'espèce l'Italie, auteur même des faits incriminés, au moment où les actionnaires sont de nationalité américaine.

16. Bien que la Cour⁶ ait rejeté la requête américaine en se fondant sur l'interprétation d'un traité entre les deux pays, elle semble admettre la possibilité pour un État d'exercer la protection diplomatique d'actionnaires relevant de sa nationalité, du moins lorsque la société étrangère a la nationalité de l'État défendeur. On peut se demander, en conséquence, si la Cour n'a pas tenu compte de l'évolution enregistrée dans une multitude d'accords bilatéraux en faveur de la protection des actionnaires et de la prise en compte du critère du contrôle.

3. LES ACCORDS BILATÉRAUX

17. Les accords bilatéraux d'encouragement et de protection des investissements sont apparus il n'y a qu'une trentaine d'années.

18. À la suite des décolonisations et de la contestation du droit coutumier traditionnel, les pays industrialisés

ont recherché d'autres voies pour protéger leurs ressortissants à l'étranger.

19. Les conventions montrent une grande similitude dans la mesure où elles sont élaborées à partir de prototypes conçus par les pays industrialisés exportateurs de capitaux. Il en résulte que ce régime juridique concerne essentiellement les relations Nord-Sud.

20. Jusqu'en 1987, on a recensé la conclusion de 265 traités bilatéraux d'encouragement et de protection des investissements⁷. La plupart de ces accords se réfèrent au critère du contrôle, selon lequel l'investissement doit appartenir ou être contrôlé par un ressortissant ou une société de l'une des parties. La personne morale protégée est une société où les personnes physiques ressortissantes d'un État ou cet État lui-même, ses organismes ou ses agents, ont un intérêt substantiel. Ces accords reprennent un certain nombre de règles coutumières en matière de traitement des étrangers : a) non-discrimination; b) traitement juste et équitable; et c) clause de la nation la plus favorisée. Ils prévoient également des procédures détaillées de règlement des différends.

4. LES CONVENTIONS MULTILATÉRALES

21. Deux conventions présentent un intérêt particulier dans le domaine considéré. L'une est la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États. En contrepartie de la renonciation par l'État national à la protection diplomatique, les nationaux peuvent accéder à la conciliation ou à l'arbitrage avec l'État hôte.

22. Cette convention permet l'internationalisation de la relation entre l'État hôte et l'investisseur; elle définit l'investissement et autorise le recours au critère du contrôle. Elle a donné lieu à une jurisprudence arbitrale qu'il n'est pas possible d'analyser ici dans le détail, mais dont on peut tirer des éléments d'appréciation du droit international général.

23. L'autre est la Convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (MIGA). Tout en créant une agence pour assurer l'investisseur étranger, cette convention n'en comporte pas moins quelques normes de fond définissant l'investissement et l'investisseur (critère du contrôle). L'assurance est liée à l'existence de garanties juridiques minima par l'État hôte.

5. LA COUTUME INTERNATIONALE

24. Traditionnellement, la coutume en la matière s'est articulée autour de l'obligation pour le pays d'accueil de respecter un standard minimum de traitement à l'égard de l'investisseur étranger. Le manquement à cette obligation engage la responsabilité de cet État. De ce standard minimum découlent les principes de non-discrimination et du traitement national.

⁴ Deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3.

⁵ Arrêt, C.I.J. Recueil 1989, p. 15.

⁶ Ce différend a été réglé par une chambre de la Cour.

⁷ Voir l'étude du Centre des Nations Unies sur les sociétés transnationales, *Bilateral Investment Treaties*, 1988 (ST/CTC/65), première partie, par. 15.

25. Les États du tiers monde ont contesté cette coutume traditionnelle en ce qu'elle protégerait absolument les « droits acquis » des investisseurs étrangers et limiterait les prérogatives de l'État d'accueil dans la gestion des ressources naturelles et des activités économiques se trouvant sur son territoire (principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles)⁸.

6. CONCLUSIONS

26. Il n'a pas été possible, jusqu'à présent, d'adopter un régime multilatéral de protection des investissements

⁸ Voir Samuel K. B. Asante, « Droit international et investissements » dans *Droit international. - Bilan et perspectives*, M. Bedjaoui, éd., Paris, Pedone, 1991, t. 2, chap. XXXI, p. 711 et suiv., et Georges Abi-Saab, « La souveraineté permanente sur les ressources naturelles et les activités économiques », *ibid.*, chap. XXVII, p. 640 et suiv.

ou un code de conduite pour les sociétés transnationales. Il existe une multitude d'accords bilatéraux multilatéraux traitant d'aspects partiels du régime juridique des investissements. D'autre part, on peut tirer désormais les lignes de force de l'évolution du droit international général d'une jurisprudence internationale abondante.

27. Par ailleurs, l'extension de l'économie de marché et du libéralisme économique autorise la recherche, au travers de tous ces instruments juridiques et de cette jurisprudence, de principes communs reflétant l'*opinio juris* universelle et passibles, de ce fait, d'une œuvre de codification.

28. Cette codification peut très bien prendre la forme d'une convention multilatérale générale, à même de corriger les déséquilibres actuels des accords bilatéraux imposés par une seule partie. Une telle convention peut contribuer valablement à la régulation des rapports Nord-Sud dans le domaine vital de l'investissement.

Propriété et protection des épaves au-delà des limites de la juridiction maritime nationale, par M. Derek William Bowett

INTRODUCTION

1. Les progrès de la science et de la technique dans l'exploration sous-marine sont propres à faciliter la découverte et la récupération des épaves et de leurs cargaisons.

2. Les intérêts en présence sont les suivants : a) les activités sportives et de loisirs (les « amateurs »); b) l'intérêt économique (cargaisons de valeur); c) les intérêts gouvernementaux (sécurité, patrimoine national, etc.); et d) l'intérêt scientifique (recherche scientifique marine).

1. DÉFINITION DE L'ÉPAVE

3. Les définitions juridiques établies aux fins du droit de l'assistance et du sauvetage maritimes sont centrées sur la notion de navire « en danger », étant présumé qu'il y a un propriétaire et qu'il doit une rémunération au sauveteur pour son intervention.

4. Il règne toutefois une incertitude considérable sur le point de savoir si une « épave » peut être considérée comme étant « en danger » et faire, à ce titre, l'objet d'une opération de sauvetage. Sont particulièrement pertinentes, à cet égard, les affaires ci-après portées devant les tribunaux fédéraux des États-Unis : *Treasure Salvors, Inc. c. The Unidentified Wrecked and Abandoned Sailing Vessel*¹, *Platoro Limited, Inc. c. The Unidentified Remains of a Vessel*² et *Hener c. United States of America*³.

¹ *Federal Reporter*, Second Series, vol. 569 (United States Court of Appeals, Fifth Circuit, 13 mars 1978), p. 330 et suiv.

² *Federal Supplement*, vol. 518 (United States District Court, W. D. Texas, Austin Division, 6 mai 1981), p. 816 et suiv.

³ *Ibid.*, vol. 525 (United States District Court, S. D. New York, 15 octobre 1981), p. 350 et suiv.

5. En outre, la Convention pour l'unification de certaines règles en matière d'assistance et de sauvetage maritimes, le Protocole de 1967 portant modification de la Convention de Bruxelles et la Convention internationale sur l'assistance de 1989 de l'OMI méritent également d'être mentionnés ici. (Ces conventions ne règlent pas la question et renvoient au droit interne.)

2. JURIDICTION DE L'ÉTAT CÔTIER

6. La juridiction de l'État côtier peut revêtir des formes diverses, notamment :

a) La faculté de faire enlever les épaves dans l'intérêt de la sécurité de la navigation;

b) La compétence pour connaître des demandes relatives à des opérations d'assistance et de sauvetage;

c) La compétence pour assurer la « protection » de l'épave et régler l'accès au site où elle se trouve;

d) La compétence pour connaître des demandes portant sur la propriété de l'épave et/ou de sa cargaison.

7. En principe, les compétences mentionnées aux alinéas a et b ne peuvent s'exercer que dans les eaux intérieures et les eaux territoriales⁴.

8. Toutefois, s'agissant d'objets archéologiques et historiques découverts en mer, le paragraphe 2 de l'article 303 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer dispose :

Pour contrôler le commerce de ces objets, l'État côtier peut, en faisant application de l'article 33, considérer que leur enlèvement du

⁴ Voir Marjorie M. Whiteman, *Digest of International Law*, United States Government Printing Office, Washington (D.C.), 1965, vol. 4, p. 4 et 5.

fond de la mer dans la zone visée à cet article, sans son approbation, serait cause d'une infraction, sur son territoire ou dans sa mer territoriale, aux lois et règlements de l'État côtier visés à ce même article.

Il faut donc ajouter cette compétence s'exerçant dans la zone contiguë.

9. Une grande incertitude continue de régner dans ce domaine en ce qui concerne le plateau continental et la zone économique exclusive ainsi que la haute mer au-delà des limites de la juridiction nationale, et il apparaît clairement que la Convention n'a pas établi un régime général qui engloberait les épaves.

a) *Plateau continental/zone économique exclusive*

10. Malgré les efforts de certains États, en particulier la Grèce, pour étendre la juridiction de l'État côtier aux épaves de caractère archéologique ou historique se trouvant dans la limite de 200 milles, la majorité des États a résisté à ces tentatives d'extension de la juridiction de l'État côtier à des ressources autres que les ressources « naturelles ». Toutefois, il existe une certaine pratique des États tendant à la reconnaissance de pareille juridiction (voir *infra* par. 21 et 22), et l'obligation plus limitée de protéger les objets de caractère archéologique et historique (Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, art. 303, par. 1) s'applique incontestablement dans ces zones.

11. Cependant, l'Australie et la Papouasie-Nouvelle-Guinée sont convenues, à l'article 9, d'un accord de délimitation maritime de 1978, d'une juridiction générale sur les épaves dans le cadre de leur juridiction sur les fonds marins. L'Australie, pour sa part, a légiféré en ce sens en édictant le Historic Shipwrecks Act (loi sur les épaves historiques) de 1976⁵.

b) *Haute mer au-delà des limites de la juridiction nationale*

12. Il n'existe pas non plus de régime général sur la haute mer au-delà de la juridiction nationale, mais l'article 149 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer contient une disposition spéciale relative aux objets archéologiques et historiques :

Tous les objets de caractère archéologique ou historique trouvés dans la Zone sont conservés ou cédés dans l'intérêt de l'humanité tout entière, compte tenu en particulier des droits préférentiels de l'État ou du pays d'origine, ou de l'État d'origine culturelle, ou encore de l'État d'origine historique ou archéologique.

13. Toutefois, comme l'Autorité des fonds marins n'a toujours pas été créée, cette disposition a un caractère essentiellement théorique, et il n'existe pas d'autorité clairement investie du pouvoir de protéger les épaves et de régler leur disposition dans les zones situées au-delà des limites de la juridiction nationale, à tout le moins lorsqu'il n'y a pas de revendication de propriété⁶.

⁵ *Acts of the Parliament of the Commonwealth of Australia*, n° 190, p. 1596.

⁶ Voir Anastasia Strati, « Deep seabed cultural property and the common heritage of mankind », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 40, 4^e partie, 1991, p. 859 et suiv.

3. LA QUESTION DE LA PROPRIÉTÉ OU DU TITRE

14. Plusieurs questions se posent concernant la propriété ou le titre :

a) A-t-il été convenu de critères selon lesquels déterminer si le bien considéré a conservé un propriétaire ou s'il y a eu à son égard abandon de propriété en faisant une *res derelicta* ?

b) Quelle est la loi applicable pour décider de ces critères ? (Les possibilités qui s'offrent sont les suivantes : la loi de l'État côtier, la loi du pavillon, la loi de la nationalité des propriétaires, ou encore la loi de l'État dont les tribunaux sont appelés à connaître de l'affaire.)

c) Après un certain laps de temps, les épaves peuvent, d'après la loi de certains États, perdre leur immatriculation sous le pavillon de l'État, et donc leur nationalité, et sont rayées du registre des immatriculations; toutefois, cela n'a pas d'incidence sur la propriété.

d) Le droit relatif à la succession d'États règle-t-il de façon satisfaisante les problèmes posés par les navires qui appartenaient à un État dans les cas où cet État a disparu (tels les navires de Troie et de Carthage) ?

e) Existe-t-il des règles spéciales pour certaines catégories de navires ?

a) *Navires de guerre, aéronefs militaires et autres navires d'État exploités à des fins non commerciales*

15. La pratique actuelle donne à penser qu'il existe une présomption dans un sens contraire à l'abandon de la propriété de ces navires et qu'un acte exprès de cession ou d'abandon est requis. Cette position s'explique, en partie, par les incidences à craindre sur le plan de la sécurité au cas où le navire ou l'aéronef tomberait entre les mains de personnes non autorisées et, en partie, par la volonté de conserver l'épave intacte en tant que « sépulture de guerre »⁷.

b) *Épaves présentant un intérêt archéologique ou historique*

16. Certains États ont échoué dans leur tentative d'instituer un régime spécial pour ce type d'épaves dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, encore que cette dernière prévoie certaines dispositions de portée limitée en la matière à l'article 149 (cité *supra*

⁷ Voir Mémoire de 1980 du Département d'État des États-Unis [Marian Lloyd Nash, *Digest of United States Practice in International Law*, Washington (D.C.), 1980, p. 1005]; Michael G. Collins, « The salvage of sunken military vessels », *The International Lawyer*, vol. 10, n° 4, 1976, p. 681; Alfred P. Rubin, « Sunken Soviet submarines and central intelligence: Laws of property and the Agency », *AJIL*, vol. 69, n° 4, 1975, p. 855; Frederic A. Eustis III, « The Glomar Explorer incident: Implications for the law of salvage », *Virginia Journal of International Law*, vol. 16, n° 1, 1975, p. 177; *Exchange of Notes between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Republic of South Africa concerning the regulation of the terms of settlement of the salvaging of the wreck of H.M.S. Birkenhead*, United Kingdom Treaty Series, n° 3, 1990; *Protection of Military Remains Act 1986* (cap. 35), *Current Law Year Book 1986*, Statutes and orders, par. 130; et J. Ashley Roach, « France concedes United States has title to the CSS Alabama », *AJIL*, vol. 85, n° 2, 1991, p. 381.

par. 12) et à l'article 303. Les paragraphes 1 et 3 de cet article disposent :

1. Les États ont l'obligation de protéger les objets de caractères archéologique ou historique découverts en mer et coopèrent à cette fin.

[...]

3. Le présent article ne porte atteinte ni aux droits des propriétaires identifiables, ni au droit de récupérer des épaves et aux autres règles du droit maritime, ni aux lois et pratiques en matière d'échanges culturels.

17. Il est difficile de déduire de ces dispositions une obligation générale pour l'État de protéger les objets en question, en usant de ses pouvoirs législatifs, administratifs et judiciaires, au-delà de la zone contiguë. Par conséquent, au-delà de cette zone, la principale question qui se pose est de savoir qui protège ces épaves. Il en découle d'autres questions concernant la propriété de l'espèce et de sa cargaison et leur disposition. Certains États, par exemple la Grèce, estiment qu'un droit de propriété latent serait dévolu à l'État au patrimoine culturel duquel le navire appartient.

18. En ce qui concerne cette question, on voudra bien se reporter à un certain nombre d'articles publiés sur le sujet⁸.

19. Plusieurs conventions conclues sous les auspices de l'UNESCO sont consacrées au patrimoine culturel : Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé; Convention concernant les mesures à prendre pour interdire et empêcher l'importation, l'exportation et le transfert de propriété illicites des biens culturels; Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel. Mais aucun de ces instruments ne vise expressément les épaves, et l'on peut résumer que les obligations qu'ils imposent aux États ne s'appliquent pas au-delà des limites de leur mer territoriale.

20. Il y a, d'autre part, la Convention sur les infractions visant des biens culturels (1985) du Conseil de l'Europe, qui ne s'applique pas non plus au-delà des limites de la mer territoriale, et, surtout, un projet de

convention sur le patrimoine culturel sous-marin, élaboré pour faire suite au rapport de Prot⁹.

21. Toutefois, il n'existe guère dans ce domaine de législation spécifique. Font exception les lois suivantes :

a) Australie : le *Historic Shipwrecks Act* (loi sur les épaves historiques) de 1976¹⁰; et

b) États-Unis d'Amérique : le « *R.M.S. Titanic* » *Maritime Memorial Act* de 1986¹¹ et *Abandoned Shipwrecks Act* de 1987¹² (qui règle essentiellement les pouvoirs respectifs des autorités des États et des autorités fédérales dans les eaux territoriales des États-Unis et établit un registre des épaves).

22. Il n'existe guère davantage de traités en la matière, les exceptions connues étant les suivantes :

a) Australie/Pays-Bas : accord concernant les épaves d'anciens navires hollandais; et

b) Australie/Papouasie-Nouvelle-Guinée : accord relatif à la délimitation des frontières maritimes, 1978 (art. 9). Cet accord confère compétence à l'égard des épaves se trouvant dans la zone de juridiction sur les fonds marins et fait obligation aux parties de se consulter au sujet des épaves historiques, mais exclut les navires militaires de l'une ou l'autre partie naufragés après la date de l'accord.

4. DISPOSITION DES NAVIRES RÉCUPÉRÉS ET DES OBJETS QUI Y SONT DÉCOUVERTS

23. En admettant qu'il ait accédé au site de façon licite, la question se pose concernant les droits de la personne qui a trouvé les objets, ce qui soulève diverses questions :

a) Quels sont les tribunaux compétents pour connaître des contestations sur la propriété ? (Si l'on conférait cette compétence aux États côtiers jusqu'à la limite des 200 milles, la plupart des cas se trouveraient couverts. En effet, les épaves sont le plus souvent découvertes dans ce périmètre puisque, historiquement, les routes commerciales longeaient les côtes et les naufrages se produisaient quand, par suite du mauvais temps ou d'erreurs, les navires étaient obligés de s'en approcher.)

b) Faudrait-il conférer à certains États des droits prioritaires ou préférentiels pour interdire la vente ou acquérir l'épave ou son contenu ?

⁹ Lyndel V. Prot et P. J. O'Keefe, « Final report on legal protection of the underwater cultural heritage », *Le patrimoine culturel sous-marin*, Conseil de l'Europe, 1978, appendice II, p. 45.

¹⁰ Voir *supra* note 6.

¹¹ *United States Code Congressional and Administrative News*, 99th Congress, Second Session, 1986, vol. 2, p. 2082.

¹² *United States Code*, éd. 1994, vol. 24, titre 43, par. 2101.

⁸ Voir Anthony Clark Arend, « Archaeological and historical objects: The international and legal implications of UNCLOS III », *Virginia Journal of International Law*, vol. 22, n° 4, 1982, p. 777; Jean-Pierre Beurrier, « Pour un droit international de l'archéologie sous-marine », *RGDIP*, vol. 93, 1989, p. 45; Lucius Caflisch, « Submarine antiquities and the international law of the sea », *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XIII, 1982, p. 3; John P. Fry, « The treasure below: Jurisdiction over salvaging operations in international waters », *Columbia Law Review*, vol. 88, n° 4, 1988, p. 863; Bruce E. Alexander, « Treasure salvage beyond the territorial sea: An assessment and recommendations », *Journal of Maritime Law and Commerce*, vol. 20, n° 1, 1989, p. 1; Lyndel V. Prot et P. J. O'Keefe, *Law and the Cultural Heritage*, Londres, Butterworths, 1984.

Jus cogens, par M. Andreas J. Jacovides

1. L'un des sujets qu'il a été proposé d'inclure dans le programme de travail de la Commission est le *jus cogens*, c'est-à-dire les normes impératives du droit international auxquelles aucun État ne peut déroger par accord ou autrement. Incorporé pour la première fois dans le droit international par la Convention de Vienne sur le droit des traités (ci-après dénommée Convention de Vienne de 1969), le *jus cogens* a une longue histoire et son adoption a été précédée d'importants travaux préparatoires à la CDI et à la Sixième Commission de l'Assemblée générale¹. Une documentation considérable figure aussi dans les documents officiels de la Conférence de Vienne sur le droit des traités² ayant trait aux articles 53, 64 et 66.

2. Depuis que la Convention a été adoptée il y a près d'un quart de siècle, aucun critère faisant autorité ne s'est dégagé pour déterminer le contenu juridique précis du *jus cogens* ou le processus par lequel des normes juridiques internationales peuvent accéder à ce statut. Bien que le *jus cogens* ait été fréquemment invoqué dans les débats à l'ONU, y compris au Conseil de sécurité, qu'il ait fait l'objet d'études approfondies, qu'il ait été mentionné dans les délibérations de sociétés savantes, que la CIJ y ait fait allusion et que les débats et documents de la CDI s'y réfèrent souvent (à propos notamment de la responsabilité des États et du projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité), aucun énoncé définitif n'indique ce que sont les normes impératives ni où les trouver. Il est fréquemment dit, à juste titre, que le principe de l'interdiction de l'emploi de la force dans les relations internationales figurant au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies fait partie du *jus cogens*³. Le même statut peut, sans aucun doute, être revendiqué pour d'autres principes et règles du droit international. Il est évidemment nécessaire de définir les paramètres précis de la notion de *jus cogens* car la situation actuelle ne contribue pas à l'objectivité, à la transparence et à la prévisibilité qui devraient caractériser un principe juridique, et plus spécialement un principe qui a été solennellement accepté non seulement dans la Convention de Vienne de 1969 mais aussi, de manière identique, dans la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (ci-après dénommée Convention de Vienne de 1986).

3. Sous sa forme actuelle, le *jus cogens* peut signifier beaucoup pour certains et très peu pour d'autres. La sé-

lection des sujets à inclure dans le programme de travail à long terme de la CDI donne à un organe d'experts hautement qualifiés et faisant autorité (auquel revient le mérite d'avoir en premier lieu codifié la notion) l'occasion d'étudier la question, en vue d'établir quelles règles du droit international sont effectivement impératives. Sur la base des conclusions de la Commission, les États auraient l'occasion, par la voix de leurs représentants à la Sixième Commission et dans leurs observations écrites, d'exprimer leurs vues et de faire avancer par là le processus consistant à définir exactement le *jus cogens* et à combler le vide juridique entourant cette notion. En conséquence, le sujet mériterait de figurer dans le programme de travail à long terme de la Commission aux fins d'étude et d'établissement d'un rapport. Une proposition à cet effet a été présentée à la Sixième Commission au cours de la quarante-sixième session de l'Assemblée générale et réitérée au cours de la quarante-septième⁴ session. On s'efforcera, dans le texte qui suit, de présenter de manière plus analytique les questions en jeu afin de faciliter l'examen de cette proposition par M. Derek Bowett et par les autres membres.

4. La notion de *jus cogens* soulève un certain nombre de questions qui sont au cœur même du droit international public⁵. Ces questions peuvent être aménagées sous deux rubriques fondamentales : les effets du *jus cogens* dans la théorie du droit international et la nature du *jus cogens* lui-même. La doctrine actuelle est beaucoup plus claire sur le premier que sur le second de ces aspects. Le régime du *jus cogens* créé par la Convention de Vienne sur le droit des traités représente la consécration moderne d'un précepte important et bien établi du droit international traditionnel⁶. Il en découle que les traités peuvent être annulés non seulement en raison des conditions dans lesquelles ils ont été conclus mais aussi parce qu'ils peuvent aller à l'encontre de principes juridiques supérieurs régissant le système international. En consé-

⁴ Voir « Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus à la Sixième Commission sur le rapport de la CDI durant la quarante-sixième session de l'Assemblée générale » (A/CN.4/L.469), par. 411, et déclarations du représentant de Chypre à la Sixième Commission (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-sixième session, Sixième Commission*, 23^e séance, par. 71 à 90, et *ibid.*, 21^e séance, par. 82 à 96).

⁵ Pour des études complètes et détaillées du sujet, voir Jerzy Sztucki, *Jus cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties: A Critical Appraisal*, Vienne, New York, Springer Verlag, 1974; Christos L. Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Amsterdam, North-Holland Publishing Company, 1976; Antonio Gómez Robledo, « Le *jus cogens* international. — Sa genèse, sa nature, ses fonctions », *Recueil des cours...* 1981-III, vol. 172, p. 9; Lauri Hannikainen, *Peremptory Norms (Jus Cogens) in International Law: Historical Development, Criteria, Present Status*, Helsinki, Lakimiesliiton Kustannus, 1988; Stefan Kadelbach, *Zwingendes Völkerrecht*, Berlin, Duncker et Humblot, 1992.

⁶ Pour un résumé succinct des antécédents juridiques et intellectuels du *jus cogens*, voir l'annexe ci-après. Pour une étude plus détaillée de l'évolution contemporaine de la notion avant la Convention de Vienne, voir aussi Erik Suy, « The concept of *jus cogens* in international law », *Carnegie Endowment for International Peace, Conference on International Law, Lagonissi (Grèce)*, 3-8 avril 1966, *Papers and Proceedings*, vol. 2, 1967, p. 26 à 49.

¹ Voir l'article par M. Jacovides, intitulé « Traités incompatibles avec une norme impérative du droit international et les « Accords » de Zurich et Londres », figurant dans l'annexe ci-après.

² *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.68.V.7); *ibid.*, deuxième session, Vienne, 9 avril-22 mai 1969 (numéro de vente : F.70.V.6); et *ibid.*, première et deuxième sessions, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969 (numéro de vente : F.70.V.5), doc. A/CONF.39/11 et Add.1 et 2.

³ Voir, par exemple, *Annuaire...* 1992, vol. II (2^e partie), doc. AJ47/10, par. 227.

quence, le *jus cogens* empiète directement sur la liberté coutumière des États de conclure des accords à leur guise. Des traités qui sont, par ailleurs, valablement conclus peuvent être nuls pour la simple raison qu'ils régissent un objet particulier d'une manière interdite par des principes supérieurs du droit international.

5. D'après les Conventions de Vienne, les normes impératives annulent nécessairement *ab initio* tous les traités ultérieurs qui sont en conflit avec elles. Si elles viennent à entrer en conflit avec des traités préexistants, ces traités prennent fin et deviennent nuls à compter de ce moment⁷. Les dispositions pertinentes sont ainsi conçues :

Article 53

Traités en conflit avec une norme impérative du droit international (jus cogens)

Est nul tout traité qui, au moment de sa conclusion, est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Aux fins de la présente Convention, une norme impérative du droit international général est une norme acceptée et reconnue par la communauté internationale des États dans son ensemble en tant que norme à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère.

[...]

Article 64

Survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international (jus cogens)

Si une nouvelle norme impérative du droit international général survient, tout traité existant qui est en conflit avec cette norme devient nul et prend fin⁸.

6. Comme les normes impératives sont, par définition, des normes auxquelles aucune dérogation n'est permise, elles ne peuvent être remplacées que par d'autres normes, ultérieures, ayant le même caractère. Les restrictions imposées par le *jus cogens* au pouvoir d'un État de conclure des traités sont, par conséquent, absolues. De plus, en déclarant que les normes impératives font partie intégrante du droit international général, l'article 53 commun aux Conventions de Vienne de 1969 et 1986 donne nettement à penser que le *jus cogens* transcende le droit des traités et s'applique plus largement à toute la pratique des États⁹. En bref, les Conventions de Vienne placent fermement le *jus cogens* au pinacle conceptuel du droit international.

7. Alors qu'elles définissent clairement le statut du *jus cogens* dans la théorie du droit, les Conventions de

⁷ Les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 n'envisagent pas d'*actio popularis* permettant à des tierces parties de contester la conformité d'un traité au *jus cogens*. Seules les parties au traité en question ont le droit d'en contester la validité à ce titre. Les différends qui s'élèvent entre des parties à un traité au sujet de la compatibilité de ce traité avec une règle du *jus cogens* doivent d'abord être réglés par la négociation et, à défaut, par l'arbitrage ou le règlement judiciaire (voir articles 65 et 66 communs aux deux Conventions).

⁸ Les mêmes dispositions figurent dans les Conventions de Vienne de 1969 et 1986.

⁹ Voir aussi l'article 29 de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité des États, de la CDI, qui dispose que les États agissant en violation d'une norme impérative du droit international ne peuvent être dégagés de leur responsabilité [Annuaire... 1980, vol. II (2^e partie), p. 32].

Vienne ne traitent pas comme il conviendrait d'un deuxième aspect, plus fondamental, de la question, à savoir la nature des normes impératives. Dans son projet d'articles sur le droit des traités, la CDI a jugé prudent d'attendre « que la pratique des États et la jurisprudence des tribunaux internationaux » mettent au point la pleine teneur du *jus cogens*¹⁰. Malheureusement, les éclaircissements attendus ne se sont pas concrétisés¹¹. Bien que la notion soit fermement ancrée dans le droit international, la CIJ a, jusqu'à présent, évité de fonder nettement l'une quelconque de ses décisions sur un principe de *jus cogens*. Peut-être dans l'attente d'indications plus précises, la Cour s'est bornée à citer favorablement, à l'appui de conclusions fondées sur d'autres motifs, diverses assertions selon lesquelles certaines normes pouvaient être des normes de *jus cogens*¹². Quant à la pratique des États, bien que la communauté internationale soit presque unanime à appuyer le *jus cogens*, la prédiction d'un délégué à la Conférence de Vienne selon laquelle « ce qui est *jus cogens* pour un État ne le sera pas forcément pour un autre » s'est, dans une large mesure, révélée exacte¹³.

8. Les principales questions, restées sans réponses, qui se posent à propos du *jus cogens* sont les suivantes : comment une norme du droit international s'élève-t-elle au niveau du *jus cogens* ? Comment distinguer une telle norme des principes ordinaires du droit international ? Comment une norme impérative peut-elle en remplacer une autre ? Tout compte fait, l'incertitude remarquable qui règne à ce sujet a empêché l'utilisation effective du *jus cogens* dans la théorie contemporaine du droit international. Ayant donné naissance au *jus cogens* dans le droit international codifié, la CDI, avec la Sixième Commission, est une instance excellente ayant toute qualité pour éclaircir ces ambiguïtés de manière autorisée¹⁴.

¹⁰ Annuaire... 1963, vol. II, p. 55, commentaire de l'article 13, par. 3 *in fine*.

¹¹ Pour une critique excellente et succincte du statut actuel, imprécis, du *jus cogens*, voir Anthony d'Amato, « It's a bird, it's a plane, it's *jus cogens*! », *Connecticut Journal of International Law*, vol. 6, n° 1, 1990, p. 1.

¹² Dans l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, par exemple, la Cour a invoqué l'argument fréquemment entendu selon lequel l'interdiction de l'emploi de la force mentionnée au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies est une norme de *jus cogens*; elle invoquait cet argument à l'appui de son opinion selon laquelle le même principe existait en droit coutumier (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 100, par. 190; voir Gordon A. Christenson, « The world court and *jus cogens* », in « Appraisals of the ICJ's decision: Nicaragua v. United States (Merits) », *AJIL*, vol. 81, n° 1, 1987, p. 93. Certains juges de la Cour se sont parfois prononcés plus catégoriquement en faveur du *jus cogens* dans leurs opinions individuelles ou dissidentes, mais on ne peut pas dire qu'ils parlaient au nom de la Cour. Voir Sztucki, *op. cit.*, p. 12 à 22, et Ian M. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, 2^e éd., Manchester University Press, 1984, p. 209 à 215.

¹³ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session* (voir *supra* note 2), p. 331, par. 64.

¹⁴ La CDI a introduit le *jus cogens* dans le droit international codifié avec l'article 15 du premier rapport sur le droit des traités de sir Hersch Lauterpacht (voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, huitième session*, doc. A/JCN.4/63, sect. III). Pour une discussion de la genèse et de l'évolution du *jus cogens* à la CDI, voir V. Nageswar Rao, « *Jus cogens* and the Vienna Convention on the Law of Treaties », *The Indian Journal of International Law*, vol. 14, 1974,

9. Particulièrement incertaines sont les questions connexes de savoir comment des normes juridiques ordinaires accèdent au statut de normes impératives et quels sont les caractères qui les distinguent du reste du droit international. Les commentaires du projet d'articles de 1963 sur le droit des traités ne sont pas d'un grand secours¹⁵. On peut néanmoins extraire un embryon de critère des remarques faites par sir Humphrey Waldock à la Conférence de Vienne et du texte même de la Convention de Vienne. Selon sir Humphrey, la CDI « a abordé la question du *jus cogens* en se plaçant sur le plan du droit positif beaucoup plus que sur celui du droit naturel »¹⁶. C'est pourquoi l'article 53 énonce qu'une norme doit être acceptée et reconnue « par la communauté internationale des États dans son ensemble » avant de pouvoir faire partie du *jus cogens*. Ce que cette formule ne précise pas, cependant, c'est la forme que ce consensus doit prendre, et s'il a le pouvoir d'imposer aux États dissidents des obligations *erga omnes*.

10. En pratique, le membre de phrase « la communauté internationale des États dans son ensemble » a généralement été interprété comme signifiant quelque chose de moins que l'unanimité absolue. En 1976, par exemple, la CDI a indiqué qu'il suffisait qu'une norme soit acceptée et reconnue comme une norme impérative « par toutes les composantes essentielles de la communauté internationale » pour que sa violation ait le caractère d'un crime international¹⁷. Selon cette formule, le dissentiment d'un seul État ou même d'un petit groupe d'États, même puissants, ne pourrait empêcher la création d'une nouvelle norme impérative. De même, et plus à propos, le Président du Comité de rédaction de la Conférence de Vienne, M. Mustafa K. Yasseen, a déclaré qu'« il ne s'agit pas d'exiger qu'une règle soit acceptée et reconnue comme impérative par l'unanimité des États. Il suffit d'une très large majorité [...] »¹⁸.

(Suite de la note 14.)

p. 362, et Egon Schwelb, « Some aspects of international *jus cogens* as formulated by the International Law Commission », *AJIL*, vol. 61, 1967, p. 946.

Même aujourd'hui, la terminologie du *jus cogens* continue de pénétrer les travaux de la CDI. L'article 19 du projet d'articles sur la responsabilité des États, par exemple, qualifie les crimes internationaux de violations d'une obligation « essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale » (par. 2) [*Annuaire... 1980*, vol. II (2^e partie), p. 31]. Au cours des débats sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, un membre de la Commission a suggéré d'indiquer le caractère universel du code en disant que « le crime contre la paix et la sécurité de l'humanité est une violation des normes reconnues par la communauté internationale dans son ensemble, auxquelles nul État ne peut déroger » (*Annuaire... 1987*, vol. I, 1993^e séance, par. 39).

¹⁵ D'après le paragraphe 2 du commentaire de l'article 13 du projet d'articles, par exemple, on ne dispose encore d'aucun critère généralement accepté qui permette de reconnaître qu'une règle générale du droit international relève du *jus cogens* (*Annuaire... 1963*, vol. II, p. 54).

¹⁶ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session* (voir *supra* note 2), p. 356.

¹⁷ *Annuaire... 1976*, vol. II (2^e partie), p. 110, par. 61 du commentaire sur l'article 19 de la première partie du projet sur la responsabilité des États. Roberto Ago a exprimé une idée analogue dans « Droit des traités à la lumière de la Convention de Vienne », *Recueil des cours... 1971-III*, vol. 134, p. 296 et suiv., notamment p. 323.

¹⁸ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, première session* (voir *supra* note 2), p. 514.

11. D'autres membres, en revanche, ont fait valoir que permettre à des majorités de lier des États dissidents irait à l'encontre de principes déjà bien établis du droit international¹⁹. Le représentant de la France à la Conférence de Vienne a émis l'avis que « si l'on interprète l'article 50 comme permettant à des majorités d'instaurer des normes impératives valables *erga omnes*, on crée un législateur international sans contrôle et sans responsabilité »²⁰. Cette opinion trouve un appui dans la jurisprudence et dans la pratique des États. Dans l'affaire *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, par exemple, la CIJ a déclaré que, en droit international, il n'y avait pas d'autres règles que celles qui peuvent être acceptées par les États intéressés²¹. De plus, une tentative que de nombreux États en développement ont faite à l'Assemblée générale et à la Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer pour élever la notion de « patrimoine commun de l'humanité » au statut de norme impérative a échoué après qu'un petit groupe d'États, surtout occidentaux, eut refusé d'approuver cette proposition²². Le représentant des États-Unis a déclaré que « les États-Unis ne sauraient admettre que, sans leur consentement, d'autres États puissent, par quelques résolutions ou déclarations que ce soit, leur dénier ou limiter les droits qui sont les leurs en vertu du droit international »²³. En fin de compte, le conflit entre ces deux ma-

¹⁹ L'article le plus original à ce sujet est peut-être celui de Georg Schwarzenberger, « International *jus cogens* ? », *Texas Law Review*, vol. 43, 1965, p. 455.

²⁰ *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, deuxième session* (voir *supra* note 2), p. 101, par. 17. Voir aussi Michel Virally, « Réflexions sur le « *jus cogens* », *AFDI*, vol. 12, 1966, p. 5.

²¹ *C.I.J. Recueil 1986*, p. 135 (voir aussi *supra* note 12). Il importe de noter que, alors que la Cour s'est parfois référée au *jus cogens* de manière abstraite, elle a prudemment évité d'invoquer cette notion comme motif d'une quelconque de ses décisions ou d'identifier avec autorité d'éventuelles normes impératives. En revanche, en 1965, la Cour constitutionnelle suprême allemande a spécifiquement sanctionné le *jus cogens* et a défini les normes impératives comme étant

« [...] les règles juridiques qui sont fermement enracinées dans la conviction juridique de la communauté des nations et sont indispensables à l'existence du droit des gens en tant qu'ordre juridique international, et dont tous les membres de la communauté internationale peuvent exiger le respect ». (*Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, vol. 18, 1965, p. 449.)

Voir aussi Stefan A. Riesenfeld « *Jus dispositivum* and *jus cogens* in international law: In the light of a recent decision of the German Supreme Constitutional Court », Editorial Comment, *AJIL*, vol. 60, n° 3, 1966, p. 511. Aux États-Unis, les cours fédérales du Ninth Circuit et du District de Columbia ont confirmé l'existence et la pertinence du *jus cogens* en droit international : *Trajano c. Marcos*, *Federal Reporter*, Second Series, vol. 978 (United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 1992), p. 493; *Siderman de Blake c. Republic of Argentina*, *ibid.*, vol. 965, p. 699 et suiv., notamment p. 717; *Committee of United States Citizens Living in Nicaragua c. Reagan*, *ibid.*, vol. 859 (United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, 1988), p. 929 et suiv., notamment p. 940.

²² Déclaration des principes régissant le fond des mers et des océans, ainsi que leur sous-sol, au-delà des limites de la juridiction territoriale [résolution 2749 (XXV) de l'Assemblée générale]. À la Conférence sur le droit de la mer, le Chili a proposé d'introduire dans la Convention un projet d'article consacrant le caractère impératif de la notion de patrimoine commun (voir Gennady M. Danilenko, « International *jus cogens*: Issues of law-making », *European Journal of International Law*, vol. 2, n° 1, 1991, p. 42 et suiv., notamment p. 59); voir aussi Gómez Robledo, *loc. cit.*

²³ *Documents officiels de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer, septième session, Genève, 28 mars-*

nières de concevoir un consensus n'est pas encore définitivement réglé et la question reste controversée²⁴. La question de savoir comment une norme impérative peut en remplacer une autre a aussi suscité beaucoup de discussions. Comme le *jus cogens* interdit, par sa nature même, toute pratique contraire des États, toute tentative faite pour modifier l'ordre normatif impératif existant risque d'entraîner la violation du droit international, surtout si le *jus cogens* est créé par la coutume internationale. Pour résoudre cette énigme, une solution communément proposée consiste à ne créer et ne remplacer de normes impératives qu'au moyen de conventions internationales générales²⁵. Ces instruments seraient soumis, bien entendu, à l'exigence du large consensus susmentionné et la communauté internationale devrait y exprimer clairement son intention de modifier une norme impérative existante. Toute prise de position moins catégorique risquerait de susciter de graves difficultés doctrinales et pratiques.

12. Un dernier domaine d'incertitude concerne l'identification des normes pouvant prétendre au statut de *jus cogens*. Dans son commentaire sur le projet d'articles sur le droit des traités, la CDI a déclaré que

Ce n'est pas la forme d'une règle générale de droit international, mais la nature particulière de la matière à laquelle elle s'applique qui, de l'avis de la Commission, peut lui donner le caractère de *jus cogens*²⁶.

La Commission a refusé, à l'époque, de donner des exemples précis de *jus cogens* de crainte qu'une telle liste ne préjuge de l'examen d'autres normes impératives éventuelles et ne détourne l'attention de la Commission du projet d'articles dont elle était saisie²⁷. Elle a cependant suggéré des exemples, dont l'interdiction de l'emploi de la force, l'interdiction des actes constituant des crimes internationaux et l'interdiction de l'esclavage, du génocide et de la piraterie²⁸. Parmi d'autres possibilités largement appuyées figurent l'obligation de régler pacifiquement les différends et le principe international d'interdiction de la torture²⁹. Comme le *jus cogens* serait

19 mai 1978, et reprise de la septième session, New York, 21 août-15 septembre 1978, vol. IX (numéro de vente : F.79.V.3), p. 112, par. 27 *in fine*.

²⁴ Danilenko, *loc. cit.*, p. 64. On peut aussi se demander, à propos du débat sur le consensus, si le *jus cogens* peut intervenir à un niveau régional ou sous-global. Bien que les Conventions de Vienne n'envisagent apparemment que des normes impératives à large base, le fait que la coutume internationale a été reconnue comme étant susceptible d'une évolution régionale a amené certains à suggérer un processus analogue pour le *jus cogens*. Il est certain qu'aucune disposition des Conventions ne s'oppose explicitement à un tel mécanisme.

²⁵ Voir, par exemple, le commentaire de l'article 13 du projet d'articles de la CDI sur le droit des traités (*Annuaire... 1963*, vol. II, p. 54 et 55).

²⁶ *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 270, commentaire sur l'article 50, par. 2.

²⁷ *Ibid.*, par. 3.

²⁸ *Ibid.* Certaines des autres règles pouvant sérieusement prétendre à ce statut sont examinées dans Schwelb, *loc. cit.*, et Hannikainen, *op. cit.*

²⁹ M. Gaetano Arangio-Ruiz a récemment examiné les normes impératives dans ses troisième et quatrième rapports sur la responsabilité des États [*Annuaire... 1991*, vol. II (1^{re} partie), p. 1, doc. A/CN.4/440 et Add.1, par. 118 à 122; et *Annuaire... 1992*, vol. II (1^{re} partie), p. 1, doc. A/CN.4/444 et Add.1 à 3, par. 89 à 95, respectivement]. Il est arrivé à la conclusion que l'interdiction de l'emploi de la force et l'interdiction des violations massives des droits de

un instrument puissant de transformation du droit international contemporain, certains ont suggéré d'y inclure des principes aussi divers que la doctrine Brejnev et le droit à la vie³⁰. Certaines distinctions s'imposent manifestement. La prolifération de normes entrant en compétition ne fera qu'augmenter la confusion entourant le *jus cogens* et risque de saper la crédibilité, l'élégance et le pouvoir de cette notion. Par contre, l'élucidation et la cristallisation du *jus cogens* marqueraient — résultat bien préférable — un important pas en avant dans le développement progressif d'une partie du droit international déjà intégrée et bien établie. La CDI, de concert avec la Sixième Commission, est exceptionnellement qualifiée pour accomplir cette tâche.

13. Le texte d'un article présenté par l'auteur au Séminaire Dag Hammarskjöld sur le droit des traités, tenu à Uppsala (Suède), du 16 juin au 16 juillet 1966, est reproduit ci-après en tant qu'annexe à ce schéma. Ce texte, ainsi que les notes de bas de page, est reproduit tel qu'il a été soumis par l'auteur. Les points de suspension indiquent des omissions faites par l'auteur.

ANNEXE

Traités incompatibles avec une norme impérative du droit international et les « Accords » de Zurich et Londres, par Andreas J. Jacovides

La présente communication traitera la question de savoir si le droit international reconnaît l'existence, dans son économie, de règles ayant un caractère de *jus cogens*, c'est-à-dire de règles auxquelles le droit ne permet aucune dérogation par accord *inter se* entre parties, par opposition au *jus dispositivum*, c'est-à-dire aux règles que les parties peuvent organiser librement par entente entre elles¹. Nous évoquerons ce que nous proposons les écrits des publicistes, les jugements des tribunaux internationaux et la pratique internationale, en insistant plus particulièrement sur les travaux que la Commission du droit international a consacrés à la question, et sur les commentaires qu'en ont faits tant les représentants des États à la Sixième Commission (juridique) de

¹ Pour une bibliographie, voir en général Wright, 2., « Conflicts between international law and treaties », AJIL, vol. 2, 1917, p. 556 à 579; Lauterpacht, H., « The Covenant as the « Higher Law », BYIL, 1936, p. 54 à 65; Jenks, C. W., « The conflict of law-making treaties », BYIL, 1953, p. 401 à 453; Verdross, A. Von, « Forbidden treaties in international law », AJIL, vol. 31, 1937, p. 571 à 577; Verdross, A. Von, « *Jus dispositivum* and *jus cogens* in international law », AJIL, vol. 60, 1966, p. 55 à 63; Schwarzenberger, G., « International *jus cogens* », *Texas Law Review*, mars 1965, p. 455 à 478; Suy, E., « Le *jus cogens* en droit international public », Conférence de droit international, Lagonissi (Grèce), 3-8 avril 1966; Murty, B. S., « *Jus cogens* in international law », Conférence de droit international, Lagonissi (Grèce), 3-8 avril 1966.

l'homme posaient l'une et l'autre des questions de *jus cogens*. Dans le projet d'article 14 (par. 1, al. b, iii) figurant dans son quatrième rapport, M. Arangio-Ruiz a aussi proposé d'interdire toute contre-mesure « contraire à une norme impérative du droit international général ». Dans une série d'affaires récentes, les tribunaux fédéraux des États-Unis ont reconnu que l'interdiction internationale de la torture était une norme ayant le caractère de *jus cogens* : *Trajano c. Marcos*, *Siderman de Blake c. Republic of Argentina* et *Committee of U.S. Citizens Living in Nicaragua c. Reagan* (voir *supra* note 21).

³⁰ Grigory Tunkin, *Theory of International Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1974, p. 444; Karen Parker et Lyn Beth Neylon, « *Jus cogens*: Compelling the law of human rights », *Hastings International and Comparative Law Review*, vol. 12, n° 2, 1989, p. 411. Dans le contexte du droit international de l'environnement, le représentant spécial de la Commission nationale de l'Uruguay pour l'environnement a récemment soutenu que « les principes de conduite, de responsabilité et de compensation » issus de la Déclaration de Stockholm et réaffirmés dans la Déclaration de Rio étaient « de véritables règles de *jus cogens* valables *erga omnes* » (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Séances plénières*, 57^e séance).

l'Assemblée générale des Nations Unies que les gouvernements dans leurs observations écrites.

On trouvera également ci-dessous des considérations ou réflexions sur la justification théorique de l'existence d'une doctrine du *jus cogens*, sur ses effets d'ensemble sur le droit des traités et sur les moyens de savoir si telle règle à tel moment mérite ou non la qualification de *jus cogens* [...]

[...]

Historique et évolution récente

On admettra sans difficulté que la règle générale du droit des traités est que les États sont compétents, par accord entre eux, pour conclure des traités sur quelque sujet que ce soit, et régir ainsi, à leur gré, les relations qui les unissent.

Dès les tout débuts du développement du droit international, cependant, le caractère très général de cette règle a été remis en question. Dès le milieu du XVIII^e siècle, des auteurs éminents comme Christian Wolff² et Emeric Vattel³ ont fait la distinction entre le droit nécessaire, celui que les nations ne pouvaient modifier par accord, et le droit volontaire, né de la volonté des parties. De la même manière, A. W. Heffter⁴ déclarait un siècle plus tard que les traités étaient nuls si leur objet était matériellement ou moralement impossible, et il entendait par moralement impossible que l'objet du traité était contraire à l'éthique du Monde.

Les vues des publicistes d'une époque plus récente sont plus divisées. Le positivisme du XIX^e siècle n'était pas resté sans effet, et il était largement reconnu que le droit international ne restreignait en rien la liberté qu'avaient les États de conclure n'importe quel traité, quel qu'en fût l'objet. Les auteurs modernes qui défendent ce point de vue, avec plus ou moins de conviction, comptent des spécialistes aussi éminents que Charles Rousseau⁵, Gaetano Morelli⁶, Paul Guggenheim⁷ et G. Schwarzenberger⁸.

De l'autre côté, certains événements se sont produits récemment dans le droit international — le Pacte Kellogg-Briand de 1928, les décisions des tribunaux de Nuremberg et de Tokyo, et surtout des jalons aussi fondamentaux sur la voie d'une société internationale organisée que le Pacte de la Société des Nations et la Charte des Nations Unies — qui ont contribué à inverser cette tendance. Il y a eu aussi la transformation récente de la communauté des nations par l'apparition d'un nombre considérable de nouveaux États, qui ont imprimé leur propre marque au développement du droit international. Toutes ces circonstances ont été décisives pour la réapparition et le renforcement de l'idée qu'il existe, à côté des règles du *jus dispositivum* dont on peut se dégager par accord, certaines règles et certains principes de droit international général ayant le caractère de *jus cogens*, auxquels les parties ne peuvent déroger par accord entre elles.

On a soutenu de manière convaincante⁹ que la simple existence de normes permettant de déterminer qui est doté de la capacité d'agir en droit international, quelles conditions intrinsèques et extrinsèques doivent être satisfaites pour qu'un traité international puisse exister, quelles conséquences juridiques découlent de la conclusion d'un traité international, plaident contre l'idée que l'ensemble du système du droit international dépendait du concert des volontés étatiques.

La raison d'être de ces règles de *jus cogens* n'est pas de répondre aux besoins des États pris individuellement, mais de servir les intérêts suprêmes de la communauté internationale dans son ensemble, et la justification finale de leur existence est qu'elles reposent sur l'expression commune de la conscience de la communauté internationale.

Divers termes ont été utilisés pour désigner cette notion et expliquer sur quelles assises elle repose. Lauterpacht, se référant au Pacte

de la Société des Nations, écrivait en 1936 que « la substance de ce droit diffère si profondément des autres conventions internationales par sa portée et sa signification en tant qu'instrument utile à l'intégration politique de l'humanité, qu'elle mérite d'être qualifiée de « droit d'ordre supérieur » (*higher law*) »¹⁰. McNair déclarait en 1930, en se référant à la fois au Pacte de la SDN et au Pacte Kellogg-Briand¹¹, que ces deux instruments créaient « une sorte de droit public transcendant par son essence, et pas simplement par son niveau, les accords ordinaires entre États ». Ces conceptions de l'entre-deux guerres seraient tout aussi pertinentes, pour ne pas dire plus, à l'égard de la Charte des Nations Unies. On a également utilisé les termes de « politique internationale » et d'« ordre public international » pour bien exprimer l'idée que ces règles du *jus cogens* ou normes impératives étaient fermement ancrées dans la conscience de l'humanité, qu'elles représentaient certains besoins sociaux d'ordre supérieur et qu'elles constituaient le minimum nécessaire pour policer les relations internationales.

Les auteurs qui ont partagé et fait valoir la même position sur l'existence du *jus cogens* comprennent, outre Lauterpacht¹² et McNair¹³, des juristes aussi éminents que Balladore Pallieri¹⁴, Kelsen¹⁵ et Tunkin¹⁶. Et il faut faire parmi eux une place à part au grand juriste international autrichien Verdross¹⁷. Il semble maintenant que la tendance générale soit à accepter la notion de *jus cogens*, même parmi ceux qui en tenaient auparavant la thèse opposée à l'exception notable de Schwarzenberger¹⁸.

Le problème du *jus cogens* n'a guère été traité devant les tribunaux internationaux. Les cas que l'on cite où la question a été abordée ne portaient pas directement là-dessus. Il y a la fameuse opinion individuelle du juge Anzilotti, dans l'affaire du *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche*¹⁹ (il se demandait s'il n'y avait pas contradiction entre obliger un État à vivre et le mettre en même temps dans une situation lui rendant la vie extrêmement difficile; voir aussi *infra* le principe de l'égalité souveraine), il y a aussi l'opinion dissidente du juge Schucking, dans l'affaire *Oscar Chin*²⁰, dans laquelle il affirmait que la Cour ne devait jamais appliquer une convention dont le contenu serait contraire aux bonnes mœurs. Dans son avis consultatif sur les *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*²¹, la Cour, se référant à la Convention, « adoptée dans un but purement humain et civilisateur », a déclaré que « les États contractants n'ont pas d'intérêts propres; ils ont seulement, tous et chacun, un intérêt commun : celui de préserver les fins supérieures qui sont la raison d'être de la Convention »²².

Les travaux de la Commission du droit international et les sujets qui en découlent

Par leurs travaux, les différents rapporteurs spéciaux de la Commission sur le droit des traités ont également contribué à l'évolution vers l'acceptation de la doctrine du *jus cogens*, évolution qui a connu son aboutissement à la quinzième session de la Commission en 1963. On se rappellera que la Commission, après avoir longuement débattu du sujet²³ et après avoir pleinement examiné les divers aspects du texte présenté par son dernier Rapporteur spécial, sir Humphrey Waldock²⁴, est parvenue à l'unanimité à la conclusion que :

¹⁰ Lauterpacht, *op. cit.*, note 1.

¹¹ McNair, « The functions and differing legal character of treaties », BYIL 11, 1930, 112.

¹² Voir également Oppenheim-Lauterpacht, 8^e éd., 1955, p. 896, selon lesquels « les obligations immorales ne peuvent être l'objet d'un traité international ».

¹³ Voir également McNair, *Law of Treaties*, 213 et 214 (1961).

¹⁴ Balladore Pallieri, *Diritto internazionale pubblico*, 282, 8^e éd., 1962.

¹⁵ Kelsen, *Principles of International Law*, 89, 323, 344 (1952).

¹⁶ Tunkin, *Das Völkerrecht der Gegenwart*, 95 et 96 (1963).

¹⁷ Verdross, *op. cit.*, note 1.

¹⁸ Suy, *op. cit.*, note 1, p. 55.

¹⁹ C.P.J.I., série A/B, n° 41.

²⁰ C.P.J.I., série A/B, n° 63, p. 150.

²¹ C.I.J. Recueil 1951, 23.

²² Pour toute une série d'exemples tirés de la jurisprudence internationale, y compris les références aux opinions individuelles et dissidentes sur le sujet, voir Suy, *op. cit.*, note 1, p. 76 à 84.

²³ *Annuaire... 1963*, vol. I, p. 66 à 87.

²⁴ A/CN.4/156.

² Wolff, *Jus Gentium*, par. 5 et 25 (1764).

³ Vattel, *Le droit des Gens*, introduction, par. 9 et 27 (1758).

⁴ A. W. Heffter, *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart*, 156 (4^e éd.), 1861.

⁵ Rousseau, *Principes du droit international public*, 340-341 (1944).

⁶ Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, 37 (3^e éd.), 1951.

⁷ Guggenheim, *Traité de droit international public*, 57 (1953), mais voir aussi note 18.

⁸ Schwarzenberger, *International Law*, 352 et 353, 425 à 427 (1957), et *op. cit.*, note 1.

⁹ Verdross, *op. cit.*, note 1.

« Est nul tout traité incompatible avec une norme impérative du droit international général à laquelle aucune dérogation n'est permise et qui ne peut être modifiée que par une nouvelle norme du droit international général ayant le même caractère. » (Projet d'article 37.)²⁵.

La Commission a décidé, par ailleurs, ce qui n'était que le corollaire logique de l'adoption du projet d'article susmentionné, d'adopter un autre projet d'article 45²⁶ envisageant la survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général à la faveur de la coutume ou d'un traité multilatéral général et son effet sur les traités :

« 1. Un traité devient nul et prend fin lorsqu'une nouvelle norme impérative du droit international général du genre mentionné à l'article 37 est établie et si le traité est incompatible avec cette norme.

« 2. Dans les conditions stipulées à l'article 46²⁷, si seulement certaines clauses du traité sont incompatibles avec la nouvelle règle, ces seules clauses deviennent nulles²⁸. »

L'étude attentive des comptes rendus des débats de la Commission sur ce sujet²⁹, du commentaire accompagnant le texte³⁰, des comptes rendus du débat consacré par la Sixième Commission (juridique) de l'Assemblée générale au rapport de la Commission³¹, les observations communiquées par les gouvernements³² au sujet du projet d'article 37, ainsi que des observations formulées par le Rapporteur spécial dans son cinquième rapport³³, donne tout lieu de penser que le principe, tel qu'il est énoncé dans le projet d'article, recueillie, sinon l'unanimité totale, du moins une large adhésion³⁴.

L'examen de ces documents fait également apparaître le rôle important que les nouveaux États qui ont vu le jour au lendemain de la seconde guerre mondiale, ainsi que les États d'Europe orientale³⁵, ont joué pour aider à asseoir cette règle, encore qu'il ne faille nullement sous-estimer la contribution des États d'Amérique latine et de plusieurs États d'Europe occidentale. D'une manière générale, on pourrait dire que ce sont les petits et faibles États qui ont le plus intérêt à voir consacrer l'existence d'un ordre public imposant des restrictions à la liberté absolue du contrat et renforcer cet ordre public au lieu de devoir vivre dans une situation où, sous les apparences respectables de la liberté absolue du contrat, ils seraient exposés au danger réel de traités inégaux et inéquitables dans le cadre desquels les États puissants s'adjugeraient naturellement la part du lion³⁶.

La règle à laquelle le projet d'article 37 donne expression rejoint celle du droit interne³⁷, qui veut qu'une convention en vue de commettre un crime ou toute convention qui soit autrement contraire à l'ordre public soit nulle et non avenue et ne puisse être interprétée comme conférant des droits quelconques aux parties (*ex injuria non oritur jus*). En reconnaissant l'existence d'une règle équivalente en

droit international public, la Commission contribue ainsi, d'une manière très constructive, à l'accomplissement de son mandat qui est non seulement de codifier, mais également de favoriser le développement progressif du droit international. Ainsi que M. El Erian l'a éloquentement déclaré lors du débat qui s'est tenu par la suite à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, « la consécration de la notion [...] a marqué la transition du droit international classique au droit moderne des Nations Unies ».

Deux critiques ont été adressées à la Commission touchant les projets d'articles 37 et 45. Premièrement, ces articles créeraient un nouveau motif permettant de nier les obligations conventionnelles; et, deuxièmement, ils donneraient à des États tiers le droit de contester la validité juridique de traités auxquels ils ne seraient pas parties, dans lesquels ils n'auraient normalement aucun intérêt. On fait valoir en particulier que, selon la première critique, dès lors que l'on ne peut pas identifier et définir précisément les règles relevant du *ius cogens*, l'on crée ainsi le grand danger de voir la consécration de ces règles permettre à tout État qui souhaiterait dénoncer un traité, soulever une exception de nullité, au motif de l'incompatibilité de ce traité avec le *ius cogens*.

Si l'on ne peut nier ce danger et si le principe du *ius cogens* peut, à vrai dire, être l'objet d'abus, nous estimons que ce danger peut et devrait être réduit au minimum, sinon éliminé, en définissant aussi précisément que possible les règles du droit international qui relèvent du *ius cogens* (voir plus loin) au lieu de méconnaître purement et simplement l'existence de ces règles. À cet égard, l'analogie établie avec la règle correspondante du droit interne est instructive : nul ne nie l'existence en droit interne de règles d'ordre public, encore que celles-ci ne soient pas toujours clairement et exactement définies ou définissables. On pourrait bien entendu rétorquer qu'en droit interne, s'il y a un doute quant à savoir si, dans une espèce donnée, une règle s'applique ou non, la question peut toujours être renvoyée à un tribunal compétent ou réglée par celui-ci.

À vrai dire, on pourrait sans doute faire valoir de nombreux arguments en faveur de l'idée de régler le point de savoir si une situation donnée tombe ou non sous le coup d'une règle de *ius cogens*, surtout lorsque l'exception de nullité est contestée par l'une des parties, sous réserve de la décision d'un tribunal impartial. Dans le rapport qu'il a présenté à la Commission du droit international, Lauterpacht a formulé l'article pertinent comme suit :

« Est nul tout traité ou toute disposition d'un traité dont l'exécution suppose un acte que le droit international considère comme illégal, lorsque cette situation a été constatée par la Cour internationale de Justice³⁸. »

De même, Verdross³⁹ avait suggéré que tous les différends concernant l'interprétation et l'application d'une règle ayant le caractère de *ius cogens* soient soumis à l'arbitrage.

Il est évident que, pour que la primauté du droit dans les relations entre États prenne tout son sens, la compétence conférée à une cour internationale (que ce soit à la CIJ dans sa forme actuelle ou sous une autre forme) doit être universelle et celle-ci doit être dotée des moyens qui lui permettent de rendre ses décisions exécutoires. On ne pourra toutefois donner aux institutions internationales à vocation coopérative un caractère organique tant que la société des États ne sera pas bien plus étroitement soudée qu'elle ne l'est à l'heure actuelle. La société internationale étant encore imparfaite et la compétence de la Cour subordonnée au consentement des États et souffrant de divers autres facteurs d'inhibition, on estime qu'il serait tout à fait irréaliste de lier le principe du *ius cogens* à une décision de la CIJ, et la Commission du droit international a agi conformément à la réalité concrète de la vie internationale actuelle.

L'absence de compétence obligatoire ne signifie toutefois pas que le droit international en général ou ses règles de *ius cogens* en particulier soient dénués de force juridique obligatoire. Au surplus, il existe un certain nombre d'autres moyens de règlement pacifique des différends entre États, y compris, outre la négociation, la conciliation, la médiation et l'arbitrage, le recours au Conseil de sécurité et à l'Assemblée générale des Nations Unies. En particulier, l'Article 14 de la Charte, qui habilite l'Assemblée générale à recommander des mesures propres à assurer l'ajustement pacifique de toute situation, quelle qu'en soit l'origine, est certainement assez large pour permettre à l'Assemblée générale de se prononcer sur les différends entre États Membres au sujet de la non-conformité de dispositions convention-

²⁵ Documents officiels de l'Assemblée générale, dix-huitième session, Supplément n° 9 (A/5509), p. 12.

²⁶ Op. cit., note 25, p. 25.

²⁷ Op. cit., note 22, p. 26.

²⁸ Ainsi que le Rapporteur spécial l'a indiqué lors du débat à la CDI, les Conventions du XIX^e siècle réglementant la traite des esclaves, qui étaient valables au moment où elles avaient été conclues, ont été par la suite rendues caduques par l'apparition de nouvelles règles de droit international interdisant purement et simplement la traite des esclaves.

²⁹ Op. cit., note 23.

³⁰ Op. cit., note 25.

³¹ Documents officiels de l'Assemblée générale, dix-huitième session, rapport de la CDI (point 69).

³² A/CN.4/175 et Additifs.

³³ A/CN.4/183 et Add.1.

³⁴ Si les gouvernements ont formulé des observations plus ou moins favorables, seul le Gouvernement luxembourgeois s'est ouvertement opposé à la notion, le Gouvernement turc ayant, quant à lui, adopté une attitude négative, mais plus circonspecte.

³⁵ Les deux catégories d'États se singularisent par leur approche en droit international. Pour un point de vue occidental sur ces approches, voir, par exemple, Higgins, *Conflicts of Interest*, Londres, 1965, et Lissytzin, *International Law Today and Tomorrow*, New York, 1965.

³⁶ Lors du débat à la CDI sur le projet d'article 37, le juriste espagnol de Luna a fait observer ce qui suit : « La conception contractuelle du droit international, qui ne reconnaît pas le *ius cogens*, appartient à l'époque où le droit international n'était qu'un droit des grandes puissances. Or, à l'heure actuelle, le droit international s'est universalisé et socialisé. »

³⁷ On pourrait, sans conteste, voir dans cette règle un principe général de droit reconnu par les nations civilisées au sens de l'Article 38 du Statut de la CIJ.

³⁸ *Annuaire...* 1953, vol. II, p. 154.

³⁹ Op. cit., note 1.

nelles avec les règles de *jus cogens*⁴⁰, surtout lorsque ces différends sont fondamentalement d'ordre politique.

Quant à la deuxième critique, à savoir que des États tiers pourraient s'intéresser à des situations auxquelles il n'étaient pas parties, elle était peut-être fondée dans le passé. Toutefois, force est de reconnaître que, dans un monde interdépendant censé être régi, à certains égards, par un instrument aussi fondamental que la Charte des Nations Unies, il serait anachronique de prétendre que les États tiers ne devraient pas avoir leur mot à dire en cas d'actes manifestement illégaux perpétrés contre un ou plusieurs membres de la société des nations.

S'agissant maintenant de savoir l'effet que l'incompatibilité avec une règle de *jus cogens* produit sur un traité, les membres de la Commission ont été unanimes pour déclarer que le traité est nul *ab initio* et non pas seulement annulable à la demande de l'une ou de plusieurs des parties. Les conséquences juridiques de cette opinion sont profondes car « la conséquence de la nullité *ab initio* est simplement l'inexistence d'un traité »⁴¹. De même, Verdross⁴² exprime l'avis que l'annulation formelle de contrats immoraux est inutile et l'État obligé à le droit de refuser purement et simplement d'honorer une telle obligation. Il semblerait donc, du moins d'après ces opinions et en l'absence de toute disposition dans l'article prévoyant la décision d'une tierce partie, que ces traités incompatibles avec le *jus cogens* puissent simplement être considérés comme inexistant, c'est-à-dire comme ne requérant pas d'autre acte déclarant qu'ils ne sont pas revêtus de la force obligatoire⁴³.

La Commission, après avoir examiné la possibilité de séparer les dispositions incriminées du reste du traité, dans les conditions stipulées à l'article 46 du projet, s'est ralliée au point de vue de la majorité de ses membres qui estimaient que les règles du *jus cogens* revêtent un caractère si fondamental que, lorsque les parties concluent un traité dont l'une quelconque des clauses est incompatible avec une règle du *jus cogens* déjà existante, le traité doit être considéré comme nul de plein droit et la sanction de la nullité doit s'étendre à l'ensemble de la transaction.

Par contre, dans le cas d'une nouvelle norme impérative (art. 45 *supra*), la règle n'a pas pour effet de rendre nulle *ab initio* la disposition conventionnelle en cause, mais seulement à partir de la date à laquelle a été établie la nouvelle règle de *jus cogens*, c'est-à-dire d'interdire qu'elle continue d'être appliquée. De même, la Commission s'est rangée à l'avis selon lequel, dans les conditions stipulées à l'article 46, la séparation est autorisée dans le cas prévu à l'article 45, le résultat étant que les dispositions qui ne sont pas affectées par la naissance de la règle de *jus cogens* en question seraient considérées comme toujours valides.

Rapports entre l'Article 103 de la Charte et l'article 37 du projet de la Commission du droit international

La question intéressante qui se présente à ce propos est celle des rapports entre les effets de l'Article 103⁴⁴ de la Charte des Nations Unies et ceux de l'article 37 (et de l'article 45) du projet de la Commission du droit international. Si l'on se reporte aux travaux préparatoires consacrés à l'Article 103, on constate qu'il ne vise pas l'abrogation automatique des traités incompatibles avec la Charte,

⁴⁰ En effet, la résolution 2077 (XX) de l'Assemblée générale sur la question de Chypre en fournit un bon exemple. Voir la déclaration de M. Paredes qui, lors du débat à la Commission du droit international sur la disposition ayant plus spécifiquement trait à un traité imposé à un État par l'emploi de la menace ou de la force en violation des principes de la Charte et, par suite, de la règle de *jus cogens* applicable, a déclaré qu'en l'absence d'une juridiction internationale obligatoire, « le seul moyen de remédier à cette situation serait [...] de permettre à la victime de l'agression de comparaître devant le Conseil de sécurité des Nations Unies et de déclarer que le traité est nul en raison du vice dont il est entaché » (Annuaire... 1963, vol. I, p. 66).

⁴¹ Rosenne, *op. cit.*, note 40, p. 55.

⁴² *Op. cit.*, note I.

⁴³ Cette solution pourrait, en réalité, se révéler trop radicale dans certains cas et pourrait, en cas de contestation de l'illégalité, donner plus de poids à l'argument selon lequel la doctrine est sujette à des abus. On pourrait se demander si, en suivant l'analogie des mariages nuls, il ne serait pas approprié de dresser un acte formel afin de « le rayer des tablettes ». Toutefois, en ce cas, il appartiendrait, semble-t-il, à la partie qui conteste l'exception de nullité et qui invoque le traité en question d'en prouver la légalité.

⁴⁴ Qui dispose : « En cas de conflit entre les obligations des Membres des Nations Unies en vertu de la présente Charte et leurs obligations en vertu de tout autre accord international, les premières prévaudront. »

mais qu'il exige plutôt que la préséance revienne aux obligations en vertu de la Charte⁴⁵.

Au cours de l'examen du projet de la Commission du droit international à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, les représentants ont été nombreux à faire observer que l'Article 103, qui consacrait ainsi la préséance de la Charte sur les obligations de tout autre accord international, avait fortement contribué à la création de la règle de *jus cogens*. Pourtant, comme l'ont fait remarquer diverses délégations, on n'en avait pas tiré les conséquences logiques et c'était justement cette lacune que la Commission du droit international avait comblée en frappant de nullité les instruments qui étaient incompatibles avec une norme impérative de droit international⁴⁶. La question est revenue à l'attention de la Commission lorsque, dans son commentaire sur le projet d'article 63, elle a reconnu la primauté de l'Article 103 dans le contexte de la priorité relative des obligations nées des traités incompatibles avec le droit international. Comme le Rapporteur spécial l'a cependant fait remarquer, si la Commission comprenait bien qu'il puisse y avoir des chevauchements entre les dispositions de *jus cogens* des articles 37 et 45 et celles de l'Article 103 de la Charte, du fait que certaines dispositions de celle-ci, notamment l'Article 2, paragraphe 4, sont de l'ordre du *jus cogens*, elle considérerait néanmoins que la question de la non-validité d'un traité du fait d'un conflit avec une règle de *jus cogens*, non-validité posée aux articles 37 et 45 du projet, était une question distincte et indépendante⁴⁷. En d'autres termes, si l'Article 103 parle de primauté entre obligations concurrentes, les projets d'articles 37 et 45 parlent de non-validité des obligations; ils peuvent pourtant se recouper dans certains domaines, comme ils le font en effet. Si l'auteur estime, comme sir Humphrey Waldock, que toutes les règles de la Charte ne sont pas nécessairement des normes impératives, et inversement que toutes les normes impératives ne sont pas contenues dans la Charte, il n'en juge pas moins que les chevauchements sont beaucoup plus importants que ceux du seul principe fixé à l'Article 2, paragraphe 4, de la Charte (voir *infra*).

Questions des règles de droit international qui font partie des normes impératives

Il semble que le principe de l'existence de normes impératives auxquelles il est impossible de déroger par traité se soit gagné l'approbation générale, tant à la Commission du droit international qu'à l'extérieur; quant à savoir pourtant quelles règles précises du droit international correspondent à cette qualification — en d'autres termes quel est le contenu juridique exact de ce principe — la question est beaucoup moins claire.

La Commission du droit international n'a pu dégager aucun critère généralement reconnu qui permettrait de dire que telle règle générale du droit international relève du *jus cogens*. Des exemples ont été proposés par divers de ses membres « des règles de *jus cogens* les plus frappantes et les mieux établies », pour donner une idée de la nature et de la portée générales de la règle; certains de ces exemples figuraient d'ailleurs dans le corps du projet d'articles qu'avait présenté le Rapporteur spécial. Il y avait parmi eux le cas de la menace ou de l'emploi de la force en violation des principes de la Charte (question à laquelle nous reviendrons, voir *infra*); celui du traité qui envisage la commission d'un acte constituant un crime au regard du droit international; celui du traité qui envisage ou tolère l'accomplissement d'actes comme la traite des esclaves, la piraterie ou le génocide, à la répression desquels tous les États sont tenus de concourir; et celui des traités enfreignant les droits de l'homme ou encore violant le droit à l'autodétermination⁴⁸. Certains membres de la Commission⁴⁹ ont insisté sur que l'on ajoute des exemples des traités.

En fin de compte cependant, considérant l'apparition relativement récente de ces règles et le développement rapide du droit international,

⁴⁵ Le Comité des questions juridiques (Comité 2) a décidé qu'il serait « inopportun [...] de prescrire l'abrogation automatique par la Charte des obligations incompatibles avec cette dernière. Il a été jugé préférable de rattacher la règle à l'existence d'un conflit entre les deux catégories d'obligations, auquel cas ce sont les obligations résultant de la Charte qui prévaudront à l'exclusion des autres », Rapport du Rapporteur du Comité IV/2, document des Nations Unies 933 [IV/2/42(2)], Conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale, 12 juin 1945.

⁴⁶ Documents officiels de l'Assemblée générale, dix-huitième session, point 69 de l'ordre du jour, document A/5601, par. 18.

⁴⁷ A/CN.4/183/Add.1, p. 27 et 28.

⁴⁸ *Op. cit.*, voir note 25.

⁴⁹ M. Lachs et M. Tounkine, *op. cit.*, voir note 23.

la Commission a décidé de ne pas donner d'exemples précis et « d'attendre que la pratique des États et la jurisprudence des tribunaux internationaux mettent au point la pleine teneur de la règle ». Elle a abouti à cette conclusion, a) parce que donner certains exemples et en omettre d'autres risquait, à son avis, de conduire à des malentendus quant à la position adoptée concernant les autres cas non mentionnés dans l'article; et b) parce qu'elle craignait qu'en dressant une liste, même sélective, des règles méritant la qualification de *jus cogens*, elle risquait de s'engager dans une longue étude de questions qui ne relevaient pas du droit des traités. Sans doute la Commission, vu les circonstances particulières dans lesquelles elle travaille, a-t-elle agi sagement en adoptant une démarche circospecte. Si le premier motif n'est pas très convaincant (car il aurait toujours été possible d'établir une liste illustrative pour donner une expression concrète au principe posé en termes généraux dans le projet, en soulignant qu'il ne s'agissait pas d'une énumération exhaustive), le second, d'ailleurs lié au premier, soulève un problème beaucoup plus réel. Comme on l'a fait remarquer au cours des débats de la Commission⁵⁰, le problème, réduit à sa plus simple expression, revient à définir l'illégalité en droit international, tâche⁵¹ rendue d'autant plus redoutable par les vastes divergences des théories politiques et les conflits d'intérêts, si l'on tenait à conserver l'unanimité qui a présidé à l'adoption du principe lui-même. Il était trop évident pour qu'on l'ignore qu'on risquait d'ouvrir une boîte de Pandore et d'affaiblir ainsi, par les sujets de désaccord qui en sortiraient, le principe même autour duquel l'unanimité s'était si péniblement réalisée.

Pour autant, il ne fallait pas donner l'impression que la notion de *jus cogens* était une simple postulation philosophique ou théorique, sans signification réelle. Il ne fallait pas non plus laisser entendre que le principe auquel la Commission avait donné une formulation si claire, que chacun pourrait interpréter comme il l'entendait, devait rester lettre morte dans le droit international contemporain. L'accueil quasiment unanime que les représentants des gouvernements ont réservé au principe⁵² plaide contre une vision aussi désabusée de l'œuvre de la Commission sur la question, car un tel cynisme démentirait les espoirs légitimes de la vaste majorité de la communauté internationale et insulterait la conscience sociale de l'humanité sur laquelle, en dernière analyse, repose la notion de *jus cogens*.

Il faut donc regretter que les difficultés que la Commission a rencontrées l'aient empêchée d'aller jusqu'au bout du chemin et d'explicitier le contenu du principe qu'elle formulait, ce qui lui aurait permis d'achever un travail qu'elle avait si admirablement commencé et fait progresser. La porte reste ouverte à un double danger : d'une part, une définition trop large du *jus cogens*, comportant le risque du

détournement de ses intentions ou d'un élargissement du principe jusqu'à l'incohérence; d'autre part, une définition trop étroite ou trop restrictive, frustrant le principe de toute signification réelle et réduisant ses effets à néant.

La question se pose de savoir s'il n'existe pas d'autre organe dans l'appareil de la société internationale d'aujourd'hui qui pourrait utilement reprendre la tâche au point où la Commission du droit international l'a laissée. L'une des instances qui vient immédiatement à l'esprit est la Sixième Commission (juridique) de l'Assemblée générale. Si l'on considère que le *jus cogens* se forme par l'expression de la conscience collective de la communauté des nations, on voit à combien de titres la place doit revenir à la Sixième Commission — où tous les États Membres sont représentés, au contraire de la Commission du droit international — qui pourrait agir par le bras d'un comité spécial, auquel les États seraient représentés par des juristes, pour procéder à la définition des règles de droit international constituant des normes impératives au regard de la doctrine du *jus cogens*. La Sixième Commission se retrouverait certainement devant les mêmes difficultés que la Commission. Quelle que soit la résolution ou la déclaration qu'elle parviendrait à adopter à la majorité requise, il y aurait toujours cette objection que cet instrument ne serait pas en lui-même une source de droit et qu'il ne saurait donc avoir force de loi. Pourtant, une résolution ou déclaration, surtout unanime ou quasi unanime, pourrait être considérée, même sans être une source de droit, comme confirmant le droit existant, et aurait en tout état de cause le poids considérable de l'opinion générale des États⁵³.

Une autre possibilité serait d'en référer à la Conférence de plénipotentiaires qui doit être convoquée en 1968 pour adopter une convention multilatérale sur le droit des traités.

Sans parler de ces possibilités, il est évident, vu l'unanimité qui s'est faite à la Commission autour d'un principe approuvé par l'écrasante majorité des États et des juristes internationaux, qu'il existe une matière très abondante dont on peut conclure qu'un nombre considérable de règles de droit international peuvent légitimement prétendre aujourd'hui au rang de norme impérative (*jus cogens*). À telle enseigne que plusieurs ont été évoquées à la Commission, comme on l'a vu plus haut⁵⁴. L'auteur de ces lignes partage l'opinion de M. Rosenne, qui, au cours des délibérations de la Commission du droit international a déclaré⁵⁵ : « [...] il existe des éléments permettant de déterminer avec assez de précision si une règle donnée relève du *jus cogens* ».

⁵³ Voir, par exemple, les déclarations de M. Yasseen et M. Bantz, auxquelles a également souscrit sir Humphrey Waldock, sur les effets d'une résolution de l'Assemblée générale en tant qu'expression des règles de *jus cogens* (*op. cit.*, voir note 23).

⁵⁴ On dit parfois (voir, par exemple, Verdross, *op. cit.*, note 1) que les traités qui empiètent sur les droits d'États tiers sont contraires au *jus cogens*. Il semblerait plutôt, comme Verdross le reconnaît aujourd'hui, que la question relève plus exactement du principe *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*. Les traités en question seraient illégaux si l'État tiers ne donnait pas son consentement mais, dans les cas ordinaires, cela ne serait pas contraire au *jus cogens*.

⁵⁵ *Op. cit.*, voir note 24.

Succession d'États et nationalité des personnes physiques et morales et succession d'États et qualité de membre des organisations internationales, par M. Vaclav Mikulka

INTRODUCTION. — HISTORIQUE DES TRAVAUX DE LA COMMISSION SUR LE SUJET DE LA SUCCESSION D'ÉTATS

1. À sa première session, en 1949, la Commission du droit international a inscrit le sujet de la « Succession d'États et de gouvernements » parmi les quatorze matières qu'elle avait choisies en vue de leur codification. Par la suite, le sujet a été scindé en trois grandes rubriques :

a) La succession en matière de traités;

b) La succession et les droits et obligations découlant d'autres sources que les traités; et

c) La succession et la qualité de membres des organisations internationales.

2. De 1967 à 1974, la Commission a examiné les questions relevant de la première rubrique, examen qui a abouti à l'adoption en 1978 de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités.

3. Quant à la deuxième rubrique, particulièrement vaste et complexe, la Commission avait décidé de la circonscrire à ses aspects économiques, à savoir la succes-

sion en matière de biens, archives et dettes d'État. Elle a examiné les questions relevant de cette rubrique de 1968 à 1981, et ses travaux ont abouti à l'adoption en 1983 de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État.

4. La Commission n'a pas encore entamé l'examen des questions relevant de la troisième rubrique.

1. SUCCESSION D'ÉTATS ET NATIONALITÉ DES PERSONNES PHYSIQUES ET MORALES

5. La question de la nationalité des personnes physiques et morales faisait partie de la deuxième rubrique du sujet de la succession d'États, tel qu'il avait été initialement proposé par la Commission du droit international. À la vingtième session de la Commission, le débat consacré au premier rapport du Rapporteur spécial avait suscité quelques observations préliminaires sur le sujet¹. Toutefois, la nationalité ne faisait pas partie des questions rangées sous la rubrique restreinte.

a) Lois sur la nationalité des États successeurs

6. On s'accorde généralement à penser que la succession d'États ne donne pas automatiquement lieu à un changement de nationalité. Il appartient à l'État successeur de déterminer pour lui-même ses nationaux et de définir les moyens par lesquels sa nationalité s'acquiert.

7. À cet égard, on peut se référer à la Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, dont l'article premier stipule ce qui suit :

Il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux. Cette législation doit être admise par les autres États, pourvu qu'elle soit en accord avec les conventions internationales, la coutume internationale et les principes de droit généralement reconnus en matière de nationalité.

8. On peut se référer également au Code de droit international privé (Code Bustamante) de 1928², dont l'article 13 stipule ce qui suit :

In collective naturalizations, in case of the independence of a State, the law of the acquiring or new State shall apply, if it has established in the territory an effective sovereignty which has been recognized by the State trying the issue, and in the absence thereof that of the old State, all without prejudice to the contractual stipulations between the two interested States, which shall always have preference. [Pour les naturalisations collectives, par suite de l'indépendance d'un État, on appliquera la loi de l'État nouvellement formé, s'il a été reconnu par l'État saisi du différend, à défaut de quoi ce sera celle de l'ancien État, le tout sans préjudice des stipulations contractuelles entre les deux États intéressés, qui prévaudront toujours.]

Et l'article 20 :

Change of nationality of corporations, foundations, associations and partnerships, except in cases of change of territorial sovereignty, should be subject to the conditions required by their old law and by the new.

In case of change in the territorial sovereignty, owing to independence, the rule established in article 13 for collective naturalizations shall apply.

¹ Voir *Annuaire... 1968*, vol. II, p. 116 et 117, doc. A/CN.4/204, et p. 228 et 229, doc. A/7209/Rev.1, par. 73 et 78.

² SDN, *Recueil des Traités*, vol. LXXXVI, p. 111.

[Le changement de nationalité des corporations, fondations, associations et sociétés, sauf les cas de variation dans la souveraineté territoriale, devra être soumis aux conditions exigées par leur ancienne loi et par leur nouvelle.

En cas de changement de la souveraineté territoriale, par le fait de l'indépendance, on appliquera la règle établie par l'article 13 pour les naturalisations collectives.]

En outre, il existe un certain nombre de publications sur ce sujet³.

9. La compétence législative de l'État successeur doit s'exercer dans les limites imposées par le droit international général ainsi que par les traités internationaux. Ces limites, qui sont de nature différente, découlent :

a) Du principe de la nationalité effective, selon lequel, pour que la nationalité puisse être reconnue par d'autres États, il doit exister un lien effectif et authentique entre l'État et l'individu concerné⁴; et

b) Du principe de la protection des droits de l'homme, en vertu duquel les techniques donnant lieu à l'apatridie ou à tout type de discrimination sont contestables. À cet égard, il faut citer le paragraphe 2 de l'article 15 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, où il est stipulé que

2. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa nationalité, ni du droit de changer de nationalité.

On peut citer également l'article 9 de la Convention des Nations Unies sur la réduction de cas d'apatridie qui interdit la privation de nationalité pour des raisons d'ordre racial, ethnique, religieux ou politique.

b) Traités internationaux relatifs à la nationalité en cas de succession d'État

i) Critères d'acquisition automatique de nationalité

10. La question des critères et conditions d'acquisition de la nationalité d'un État successeur a été, dans nombre de cas, réglée par un traité international, principalement sur la base du critère du domicile ou de la résidence habituelle. Un exemple en est le Traité de Versailles conclu entre les puissances alliées et la Pologne (art. 4 et 6), ainsi que d'autres traités⁵.

ii) La perte de la nationalité de l'État prédécesseur

11. Les traités de paix conclus au lendemain de la première guerre mondiale contenaient des dispositions relatives à la nationalité, analogues à celles du Traité de Versailles. De même, ces traités prévoyaient la reconnaissance, par les États conquis, d'une nouvelle nationa-

³ Voir R. Graupner, *Nationality and State Succession, Transactions*, 1946; Hans Kelsen, « Théorie générale du droit international public », *Recueil des cours... 1932-IV*, vol. 42, p. 314 et 325 à 327; Paul Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, 2^e éd., Germantown (Md), Sijthoff et Noordhoff, 1979, p. 242; et Lucius Cafilisch, « La nationalité des sociétés commerciales en droit international privé », *Annuaire suisse de droit international*, vol. XXIV, 1967, p. 155.

⁴ Voir *Nottebohm, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1955*, p. 22 et 23. Voir également les travaux de la CDI sur l'élimination et la réduction des cas d'apatridie, *Annuaire... 1953*, vol. I, 212^c, 213^c, 217^e et 220^e séances.

⁵ « Lois sur la nationalité », Nations Unies, *Série législative (ST/LEG/SER.B/4)*, p. 590 et suiv.

lité acquise automatiquement par leurs anciens nationaux, sous l'empire des lois de l'État successeur, et la disparition subséquente de l'allégeance de ces personnes envers leur pays d'origine⁶.

12. Selon d'autres instruments, la cession de territoire n'a pas nécessairement pour conséquence l'acquisition automatique d'une nouvelle nationalité et la perte de la nationalité d'origine. L'article 4 de la Convention sur la nationalité en est un exemple. Défendue par certains auteurs, cette thèse est rejetée par d'autres⁷.

iii) Le droit d'option

13. Le droit d'option est prévu par un grand nombre de traités internationaux, y compris par certains de ceux qui sont mentionnés plus haut ou par les instruments y relatifs. Dans des cas exceptionnels, le droit d'option a été accordé pour de longues périodes au cours desquelles les intéressés bénéficiaient en quelque sorte de la double nationalité. À cet égard, on peut citer la Déclaration d'Évian (Algérie-France) du 19 mars 1962.

14. Pour la plupart des auteurs, le droit d'option ne peut découler que d'un traité. Toutefois, certains auteurs ont tendance à affirmer l'existence d'un droit d'option indépendant, dérivant du principe de l'autodétermination⁸.

c) Problèmes soulevés par la pratique récente des États

15. Après la seconde guerre mondiale, pour les pays qui ont accédé à l'indépendance tout en restant au sein du Commonwealth britannique, l'acquisition automatique de la nationalité s'est fondée sur une technique combinant les critères du *jus soli* et du *jus sanguinis*, assortis, dans certains cas, du critère de la résidence. Le droit d'option n'était pas prévu pour les personnes visées par l'acquisition automatique de la nationalité. Cette pratique présentait l'avantage de prévenir les contestations touchant la nationalité en réduisant les cas où la double nationalité était possible tout en réduisant au minimum les risques d'apatridie.

16. Le système français d'acquisition de la nationalité n'avait pas le même effet. Les nouveaux États se sont largement inspirés du Code français de la nationalité de 1945, qui n'était pas toujours adapté à la situation des États nouvellement indépendants. De plus, chaque État ayant interprété la notion de « liens authentiques » à sa façon, les diverses lois sur la nationalité faisaient souvent double emploi ou présentaient des lacunes favorisant ainsi la double nationalité et l'apatridie⁹.

⁶ Ibid., p. 586 à 589.

⁷ Voir Eric Castren, « Aspects récents de la succession d'États », *Recueil des cours... 1951-I*, vol. 78, p. 380 et suiv., notamment p. 487.

⁸ Voir Joseph L. Kunz, « L'option de nationalité », *Recueil des cours... 1930-I*, vol. 31, p. 109 et suiv., et « Nationality and option clauses in the Italian peace treaty of 1947 », Editorial Comment, *AJIL*, vol. 41, n° 3, 1947, p. 622 et suiv.

⁹ Voir Karl Zemanek, « State succession after decolonization », *Recueil des cours... 1965-III*, vol. 116, p. 181 et suiv., notamment p. 272 à 277.

17. Le démembrement de l'Union soviétique a suscité des problèmes touchant les lois sur la nationalité des États nouvellement créés. Le refus de certaines nouvelles républiques — qui ont recouvré leur indépendance après 1990 — d'accorder leur nationalité aux populations de souche russe établies dans leur territoire depuis plusieurs décennies par suite de migrations massives entre les différentes républiques de l'ancienne Union soviétique a fait naître des incertitudes quant au statut juridique de centaines de milliers d'individus¹⁰.

18. La situation pourrait être pire dans certains nouveaux États issus de l'ex-Yougoslavie en raison du mélange de groupes ethniques et du « nettoyage ethnique » auquel le conflit armé a donné lieu.

19. En Tchécoslovaquie, pays en cours de dissolution, le problème paraît moins grave : en effet, depuis 1969, il y existe un régime de nationalité distinct en vertu duquel chaque Tchécoslovaque a la nationalité de l'une des deux républiques constituantes; de plus, un système tout à fait souple permet le changement de nationalité en cas de changement de résidence.

20. Le passage de Hong-kong d'une administration britannique à une administration chinoise à partir du 1^{er} juillet 1997 pose aussi des difficultés quant au statut de ses habitants¹¹.

21. La tendance récente consistant à privilégier le critère de l'origine ethnique lorsqu'il s'agit d'accorder la nationalité du nouvel État à ses habitants au détriment du critère du domicile ne manque pas d'être alarmante. Cette formule favorise non seulement l'apatridie, mais elle est, à maints égards, contestable du point de vue des normes fondamentales relatives aux droits de l'homme.

d) Principe de la continuité de la nationalité

22. La règle de la continuité de la nationalité s'inscrit dans le régime de la protection diplomatique. Cette règle veut que, à compter du moment où le dommage survient jusqu'à celui où il est réparé, l'action appartienne sans rupture à tout ressortissant de l'État qui l'exerce. La raison d'être de cette règle est d'empêcher que les individus choisissent de se placer sous la protection d'un État puisant en changeant de nationalité.

23. Ni la pratique ni la doctrine ne répondent clairement à la question de savoir si cette règle s'applique en cas de changements involontaires de nationalité survenus par suite d'une succession d'États. Il y a de bonnes raisons de croire que, en cas de succession d'États, cette règle peut être modifiée.

¹⁰ Voir George Ginsburgs, « From the 1990 law on the citizenship of the USSR to the citizenship laws of the successor republics (Part I) », *Review of Central and East European Law*, Dordrecht/Boston/Londres, Martinus Nijhoff Publishers, vol. 18, n° 1, 1992, p. 1.

¹¹ Voir Roda Mushkat, « The transition from British to Chinese rule in Hong Kong: A discussion of salient international legal issues », *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 14, n° 2 et 3, 1986, p. 171, et Christine Chua, « The Sino-British agreement and nationality: Hong Kong's future in the hands of the People's Republic of China », *UCLA Pacific Basin Law Journal*, vol. 8, n° 1, 1990, p. 163.

24. À cet égard, on peut se référer à l'affaire *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*¹² et voir également l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*¹³. Voir en outre l'affaire *Pablo Najera*, où il est dit :

Dans le cas de changements collectifs de nationalité en vertu d'un titre de succession d'États, la situation juridique doit être appréciée d'une manière beaucoup moins rigide que ne le fait généralement la pratique arbitrale dans les hypothèses normales de changement individuel de nationalité par le fait volontaire de l'intéressé¹⁴.

e) *Résultat possible des travaux*

25. L'examen approfondi de la pratique des États devrait permettre de savoir s'il est possible de dégager un ensemble de principes touchant la nationalité applicable en cas de succession d'États.

26. La formulation de critères normatifs minimaux régissant l'acquisition *ex lege* de nationalité permettrait de donner des indications précieuses aux législateurs des nouveaux États qui élaborent des lois en cette matière.

27. L'application des traités internationaux entre des États tiers et un État successeur s'en trouverait également facilitée. En vertu des règles coutumières du droit international, la plupart des droits et obligations conventionnels lient automatiquement l'État successeur. L'application de bon nombre de ces traités concerne directement les individus et, plus précisément, les nationaux des États parties aux traités. Il est parfois nécessaire d'appliquer les traités avant que l'État successeur n'adopte une loi sur la nationalité; dans ce cas, on doit au préalable déterminer, à titre préliminaire, la nationalité des personnes physiques et morales résidant dans le territoire où le changement de souveraineté a eu lieu, afin que l'application ininterrompue des traités soit assurée.

28. Les travaux que la CDI consacrera à cette matière pourraient prendre la forme d'un rapport ou d'un projet de déclaration à soumettre à l'Assemblée générale. En revanche, l'élaboration d'un projet de convention pourrait présenter les mêmes inconvénients que les autres sujets relatifs à la succession d'États (lenteur des travaux de codification, problème de l'application de la convention vis-à-vis des nouveaux États qui n'y sont pas encore parties et autres inconvénients).

2. SUCCESSION D'ÉTATS ET QUALITÉ DE MEMBRE DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

29. La Commission n'a jamais étudié la dernière des trois rubriques, intitulée « La succession et la qualité de membre des organisations internationales », qui a trait au sujet de la succession. Néanmoins, le Secrétariat a établi à l'usage de la Commission un mémorandum sur la

¹² C.I.J. Recueil 1970, p. 3.

¹³ C.P.J.I., arrêt, 1939, série A/B, n° 76, p. 4. Voir également *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 36-II, 1931, p. 201 à 212; *ibid.*, vol. 37, 1932, p. 479 à 529, et *ibid.*, vol. 51-II, 1965, p. 261; et Eric Wyler, *La règle dite de la continuité de la nationalité dans le contentieux international*, Paris, Presses universitaires de France, 1990, p. 19 à 30, et 111 à 118.

¹⁴ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (numéro de vente : 1952.V.3), p. 488.

question de la succession d'États et la qualité de Membre des Nations Unies, qu'il a présenté en 1962¹⁵. Le mémorandum n'évoquait que les quelques cas importants connus à l'époque : l'admission du Pakistan en qualité de Membre de l'Organisation des Nations Unies en 1947, la constitution de la République arabe unie en 1958, le départ de la Syrie de cette union en 1961 et l'admission du Mali et du Sénégal en qualité de Membres en 1960.

30. La Sixième Commission a formulé, lors de la deuxième session de l'Assemblée générale, les règles juridiques auxquelles seraient soumis les États issus de la division d'un État Membre de l'Organisation des Nations Unies¹⁶.

31. On a récemment enregistré de nouveaux cas de succession d'États à l'occasion desquels le problème de la qualité de membre d'organisations internationales, ou plutôt les problèmes découlant de la qualité de membre d'organisations internationales de l'État prédécesseur, ont été soulevés. Si ces problèmes sont presque passés inaperçus aux yeux de la communauté internationale dans le cas de l'unification de la Tanzanie et de Zanzibar, des deux Yémen ou de l'Allemagne, ils ont été examinés à l'occasion du démembrement de l'Union soviétique et de la Yougoslavie. Ils se posent de nouveau par suite de la dissolution de la Tchécoslovaquie.

32. Le problème des relations entre les États concernés et les organisations internationales en cas de succession d'États comporte plusieurs aspects :

a) Qualité de membre d'une organisation internationale d'un État successeur;

b) Incidence des mutations territoriales sur la qualité de membre d'une organisation internationale d'un État prédécesseur dans les cas où l'État prédécesseur continue d'exister après la mutation;

c) Partage entre les successeurs, ou le prédécesseur et le(s) successeur(s), des obligations ou droits découlant de la qualité de membre de l'État prédécesseur dans l'organisation;

d) Statut des observateurs militaires et autres ainsi que des entités nationales d'un État prédécesseur qui participent à des opérations de maintien de la paix, etc.; et

e) Validité des certificats, licences et autres documents délivrés aux ressortissants d'un État prédécesseur en raison de sa qualité de membre de l'organisation.

a) *Qualité de membre d'une organisation internationale d'un État successeur*

33. On estime généralement que la qualité de membre d'organisations internationales est un droit personnel vis-à-vis duquel la succession est en principe impossible. Selon cette thèse, les nouveaux États issus de modifications territoriales doivent acquérir la qualité de membre en leur nom propre, s'ils le désirent.

¹⁵ *Annuaire...* 1962, vol. II, p. 119, doc. A/CN.4/149 et Add.1.

¹⁶ *Ibid.*; voir aussi *Documents officiels de l'Assemblée générale, deuxième session, Première Commission*, doc. A/C.1/212, annexe 14 g, p. 582 et 583.

34. Néanmoins, la pratique fait apparaître des disparités considérables suivant la nature de la mutation territoriale. Par exemple, les unions issues d'anciens États Membres deviennent automatiquement membres des organisations internationales dont leurs composantes étaient membres avant la fusion. Toutefois, le nombre de ces cas ne permet pas d'affirmer incontestablement si l'admission en qualité de membre de toutes les composantes ou d'une seule d'entre elles est requise.

35. Les organisations internationales dont les conditions d'admission sont moins rigoureuses, par exemple l'UPU à Berne ou l'Union de Paris, ou la Conférence de La Haye sur le droit international privé, autorisent la succession dans les cas où les États sont issus de la dissolution d'un ancien État membre ou d'une sécession. Pour des raisons pratiques, la succession en matière de qualité de membre a été autorisée après la dissolution de la République arabe unie, même à l'Organisation des Nations Unies¹⁷.

36. Certaines organisations internationales ont prévu l'admission en qualité de membre ou de membre associé des anciennes dépendances qui ont acquis la personnalité internationale. La personnalité du nouvel État étant identique à celle de l'ancienne dépendance, l'ancien statut de membre ou de membre associé demeure inchangé. Si aucune disposition ne prévoyait l'élévation automatique des dépendances en question à la qualité de membre à part entière, les organisations concernées ont néanmoins arrêté des solutions pragmatiques en vue de permettre une transition sans heurts de manière à éviter toute déchéance automatique de la qualité de membre associé au moment de l'accession à l'indépendance¹⁸.

b) *Incidence des mutations territoriales sur la qualité de membre d'un État prédécesseur*

37. L'État membre dont le nouvel État a fait sécession ou l'État membre auquel un autre État ou d'autres territoires se sont joints conserve sa qualité de membre, en raison de l'identité de sa personnalité juridique, encore que les droits et obligations découlant de sa qualité de membre puissent s'en trouver modifiés.

38. Il reste toutefois à résoudre plusieurs questions liées à cette situation. Elles concernent :

¹⁷ *Annuaire... 1962* (voir *supra* note 17); Zemanek, *loc. cit.*, p. 244 à 252; et la note établie par le Bureau permanent de la Conférence de La Haye sur le droit international privé, doc. L.C.A. n° 38 (92) du 23 septembre 1992, qui déclare notamment :

« [...] la République de Slovaquie ayant participé aux sessions antérieures dans le cadre de l'État serbo-croato-slovene (cinquième et sixième sessions) et en tant que partie intégrante de la République socialiste fédérative de Yougoslavie, pays qui a été lui-même admis en tant que membre successeur de l'État serbo-croato-slovene à la Conférence [...] tombe sous le coup du premier paragraphe de l'article 2 du Statut. [...] Néanmoins, il se peut que certains États membres de la Conférence ne partagent pas ce point de vue et estiment que la Slovaquie relève du paragraphe 2 de l'article 2 et qu'elle doit, de ce fait, être soumise à la procédure d'admission. [...] »

¹⁸ Voir la résolution WHA14.45, OMS, quatorzième Assemblée mondiale de la santé, *Actes officiels*, New Delhi, 7-24 février 1961, n° 110, première partie, p. 19, et le rapport de la dixième session de la Conférence de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), 31 octobre-20 novembre 1959 (FAO C59/Report), p. 266 à 268.

a) Les critères permettant de déterminer l'identité de la personnalité juridique de l'État Membre, c'est-à-dire le statut de l'État prédécesseur;

b) La possibilité pour l'organisation, sous certaines conditions, de priver l'État prédécesseur de son droit de conserver automatiquement sa qualité de membre à part entière de l'organisation proprement dite ou de ses organes;

c) Les effets juridiques d'un accord conclu entre l'État prédécesseur et l'État ou les États successeur(s) concernant la continuité de la qualité de membre des organisations internationales;

d) L'obligation de l'État prédécesseur de donner de nouveaux pouvoirs à ses représentants auprès de l'organisation considérée (voir par exemple le cas de l'admission de l'Inde à l'ONU au lendemain de la sécession du Pakistan); et

e) Le droit de l'État prédécesseur de maintenir un statut spécial au sein de l'organisation (voir par exemple le siège attribué à la Fédération de Russie au Conseil de sécurité) et ainsi de suite.

39. À cet égard, on peut se référer à un certain nombre de documents de l'ONU¹⁹.

c) *Partage entre les successeurs ou le prédécesseur et les États successeurs des obligations et des droits découlant de la qualité de membre de telle ou telle organisation du prédécesseur*

40. Les droits et obligations découlant de la qualité de membre de telle ou telle organisation sont, en principe, « personnels » par nature et s'éteignent avec la qualité de membre proprement dite (ou sont conservés entièrement par l'État prédécesseur qui continue d'être membre de l'organisation); il en est ainsi du droit de participer aux réunions, du droit de vote et d'autres droits. Néanmoins, certains droits et obligations de l'État prédécesseur liés à sa qualité de membre revêtent un caractère différent et pourraient, en principe, être répartis entre les États successeurs ou entre le prédécesseur et les États successeurs. Si cette répartition des droits et obligations peut être envisagée dans le cas où les États successeurs adhèrent à l'organisation en qualité de nouveaux membres,

¹⁹ Voir la résolution 47/1 de l'Assemblée générale, concernant la qualité de membre de la République fédérative de Yougoslavie (Serbie et Monténégro) à l'Organisation des Nations Unies et la participation de celle-ci aux travaux de l'Assemblée générale, et la lettre du Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies, en date du 29 septembre 1992, concernant cette affaire (*Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-septième session, Annexes*, point 8 de l'ordre du jour, doc. A/47/485).

Voir également l'Accord relatif à la dévolution des droits et obligations d'ordre international aux Dominions de l'Inde et du Pakistan, en date du 6 août 1947, doc. A/C.6/161, *Documents officiels de l'Assemblée générale, deuxième session, Sixième Commission*, annexe 6 c, p. 308 à 310; ou la Déclaration d'Alma Ata, en date du 21 décembre 1991, conclue entre 11 républiques de l'ancienne Union soviétique concernant la continuité pour la Fédération de Russie de la qualité de membre des organisations internationales dont l'Union soviétique était précédemment membre (A/47/60-S/23329, annexe II); et le communiqué de presse de l'ONU PM/473, du 12 août 1974, concernant la délivrance de nouveaux pouvoirs au représentant de l'Inde au Conseil de sécurité et au Conseil économique et social [*Annuaire... 1962* (voir *supra* note 17), p. 119 et 120].

elle ne saurait l'être lorsque les États successeurs décident de ne pas y adhérer.

41. On trouvera ci-après des exemples d'obligations et de droits de cette nature :

a) Les arriérés de contribution au budget ou aux fonds de l'organisation dus par l'État prédécesseur;

b) Les contributions versées par le prédécesseur aux fonds de l'organisation sous la forme de crédits ou d'avances (par exemple Fonds de roulement des Nations Unies) ou sous la forme de dépôts non recouvrables [par exemple les frais d'admission prévus à l'article XXVIII de la Convention portant création de l'Organisation internationale de métrologie légale (1955)];

c) Les parts de biens de l'organisation; et

d) Les projets en cours d'exécution (lorsque l'État prédécesseur en est le bénéficiaire ou le promoteur).

d) *Statut des entités militaires et des observateurs militaires et autres qui participent à des opérations de maintien de la paix, etc.*

42. L'interaction entre les organisations internationales et leurs États membres devient de plus en plus complexe et comporte différentes formes de participation des États membres aux activités menées par telle ou telle organisation. Toute extinction inattendue du statut de membre résultant de la succession de l'État à l'État qui fournit le personnel d'une mission d'observation ou autre ou d'une entité affectée à une opération de maintien de la paix pourrait soulever des problèmes touchant :

a) L'admissibilité de la continuité de la participation du personnel (entité) à la mission (opération); et

b) La responsabilité du commandement et du financement de l'entité.

e) *Validité des certificats, licences, etc., délivrés ou requis par les organisations internationales*

43. Différents types de certificats, licences et autres pièces sont émis par les institutions spécialisées ou autres organisations internationales aux ressortissants de leurs États membres qui participent à telles ou telles activités (aviation civile, navigation maritime, etc.) ou requis d'eux. La validité de ces pièces vis-à-vis des États tiers est fonction de l'appartenance de l'État à l'organisation internationale. Il faudrait rechercher des solutions pratiques qui permettent de réduire l'incidence négative d'une interruption, ne serait-ce que brève, du statut de membre de l'État d'une organisation internationale résultant d'une succession d'États.

3. RÉSULTAT POSSIBLE DES TRAVAUX

44. L'analyse par la CDI de la pratique des organisations internationales concernant les conséquences de la succession d'États sur les relations entre les organisations et les États concernés pourrait déboucher sur l'établissement d'un rapport définissant des ébauches de solution des différents types de problèmes qui sont, à maints égards, communs à de nombreuses organisations.

45. Un tel rapport pourrait, en soi, permettre d'uniformiser la pratique des organisations internationales. Il pourrait formuler certaines recommandations dont les organisations internationales pourraient tenir compte non seulement pour élaborer ou modifier leurs instruments ou règlements internes pertinents mais également à l'occasion de toute affaire qu'elles seraient appelées à résoudre.

46. Cette matière ne se prête pas à une codification sous la forme d'une convention universelle. Les efforts d'harmonisation se heurtent à des limites en raison des spécificités de chaque organisation internationale telles qu'elles ressortent de sa constitution ou de tout autre instrument fondamental ou de ses règles internes.

Droit relatif aux migrations internationales, par M. Guillaume Pambou-Tchivounda

1. La matière des migrations obéit, de prime abord, à une rationalité exclusive du droit. La migration est inhérente à la vie de l'espèce (végétale, animale, humaine) : elle constitue le moyen « naturel » de survie de l'espèce, peu en importe le règne d'expression.

2. Entre la migration et le droit, il y a comme un rapport d'antériorité, de chronologie qui marque l'affirmation de la première, comme phénomène spécifique, avant sa soumission éventuelle et donc postérieure au second. L'exclusivisme de l'un par rapport à l'autre s'en retrouve relativisé. La migration, notamment humaine, qu'elle s'opère à l'intérieur ou par-delà les limites naturelles des États, est un fait de société. Elle entre donc dans le champ opératoire du droit. La propension du phénomène juridique à saisir le phénomène migratoire apparaît ainsi tout aussi naturelle que la vitalité de celui-ci, qui le porte constamment à s'émanciper de l'emprise du droit.

3. Le couple est aussi vieux que le monde. Le plus ancien traité international — dont le texte est resté gravé sur les murs de Karnak à Thèbes — conclu entre le pharaon Ramsès II et le roi des Hittites, montre qu'il y a quatre mille ans, on réglementait déjà par des accords internationaux les mouvements migratoires, qu'on arrêtaient les conditions auxquelles les travailleurs migrants étaient soumis en temps de paix comme en temps de guerre. La matière des migrations de populations entre les communautés souveraines et indépendantes jouit d'une réelle ancienneté dans ses rapports avec le droit.

4. L'actualité n'a rien modifié au principe d'ordonnement de ces rapports. Les migrations internationales impliquaient hier l'ordre politique et juridique des communautés souveraines. Elles impliquent aujourd'hui celui des États et, indirectement, celui des entités qui tiennent leur existence de la volonté de ces derniers.

5. L'exercice de la compétence personnelle de l'État se trouve en cause chaque fois que, à la faveur d'un incident (de parcours), il s'agit de déterminer la règle applicable : celle de l'État de provenance, de l'État de transit, ou de l'État d'accueil. Le droit relatif aux migrations internationales est donc historiquement situé : il est d'abord de forte teneur nationale avant d'être de facture internationale, notamment à travers ses applications contentieuses ou ses modes de formation concertée. Les périodes de liberté ou de restriction des migrations internationales qui marquent l'évolution de la réglementation en la matière du XVI^e siècle à nos jours illustrent la place de premier plan qu'y occupent les États, parce que les hommes qui choisissent de « migrer » ou qui sont contraints de le faire sont, au départ, nationaux d'un État. Ils vont tomber sous la compétence personnelle de l'État de réception, quelquefois en transitant par le territoire d'un État tiers.

6. C'est tout récemment que le droit international, d'origine conventionnelle notamment, a intégré le cadre de la réglementation des migrations internationales.

7. Nombreux sont les facteurs qui ont joué dans ce sens. Partout, l'État s'est imposé progressivement comme cadre exclusif d'identification des populations mais sans parvenir pour autant à les sédentariser. La révolution technologique, par le développement des moyens de transport de masse (par air, terre et mer), a fait s'intensifier le rapprochement des hommes naguère séparés les uns des autres par de longues distances. La misère d'État, corrélative au développement inégal à l'échelle planétaire, impose à de nombreux individus appartenant à l'hémisphère Sud à émigrer vers le Nord dans l'espoir d'y trouver le bonheur. Entre ces migrations d'aspiration Sud-Nord et les grandes migrations partant de l'Europe vers l'Australasie au cours du XIX^e siècle, il n'y a pas de véritable différence quant à la motivation initiale. La violence d'État fera précipiter des blocs considérables de populations au travers des mailles tissées le long des murs frontaliers. La survie de l'espèce vient révéler la part de fiction que comporte tout pouvoir d'État : elle permet d'expliquer aujourd'hui la dimension universelle atteinte par le phénomène des réfugiés. L'avènement des organisations internationales de la première génération contribue à la production d'une œuvre normative d'inspiration humanitaire (en faveur des réfugiés d'Europe) et sociale (en jetant les bases du statut juridique des travailleurs migrants), ce que les organisations internationales d'intégration, où qu'elles soient créées (Europe, Afrique, Amérique), viendront perfectionner et développer.

8. L'encadrement juridique des migrations internationales existe donc, mais la géopolitique des migrations n'en rend pas l'allure d'une construction achevée.

9. Il manque d'homogénéité conceptuelle quant à son objet. Le terme « migration » n'apparaît pas une seule fois dans la Charte des Nations Unies, adoptée bien après une longue expérience des migrations internationales et une pratique suffisamment établie du droit y relatif. Avant le XIX^e siècle, il n'existe aucune définition internationale universellement reconnue du « migrant ». C'est aux législations nationales que le BIT, après la première guerre mondiale, va s'adresser pour dégager une

définition de l'immigration et de l'émigration. Quand on veut considérer l'ensemble du phénomène migratoire, c'est à une recommandation de la Conférence internationale du Travail de 1922 qu'il faut se référer : elle englobe les phénomènes d'émigration, d'immigration, du rapatriement, de transit des émigrants à l'aller et au retour.

10. Le droit relatif aux migrations internationales n'offre cependant pas une notion générale du phénomène auquel il s'applique. Son champ d'application est éclaté. Il concerne les migrations spontanées, les migrations juridiquement organisées ou autorisées, les migrations forcées ou imposées, les migrations politiques, les migrations économiques, les migrations saisonnières, les migrations annuelles ou pluriannuelles, les migrations continentales et les migrations transocéaniques.

11. Par ailleurs, la controverse autour de la question de savoir si les problèmes de migrations sont d'ordre domestique ou international n'est pas tranchée. Incontestablement, certains d'entre eux intéressent exclusivement les pays d'émigration (nationalité, passeport, santé), comme il en est d'autres qui concernent les seuls pays d'immigration (entrée, sortie, naturalisation des migrants) : ce sont des problèmes domestiques. En revanche, il est des questions qui sont du domaine international : celles de transit et de transmigration, celles liées au prolongement de l'action d'une législation en territoire étranger, celles propres aux citoyens vivant déjà en territoire étranger (réfugiés, expulsés, apatrides) ou celles des ouvriers étrangers travaillant en dehors de leurs pays mais décidés, pour la plupart, à y retourner.

12. Cet éclatement du « dossier » des migrations internationales appelle nécessairement un renouvellement du régime applicable, dans une perspective unifiée et globale. Au regard de ses modes de mise en œuvre, ce régime exige une harmonisation. Des structures de coordination au plan international en assureraient la maîtrise de l'application.

13. Les traités, principes généraux, textes législatifs nationaux ou décisions judiciaires pertinents touchant au droit relatif aux migrations internationales, ont fait l'objet d'une compilation en deux volumes publiés par Richard Plender¹. Le second volume qui développe le premier, répertorie, outre la jurisprudence nationale et internationale, la législation des États ainsi que les traités et autres instruments internationaux de 1793 à 1986. Sur le sujet, ces deux ouvrages constituent une référence essentielle.

14. Depuis la réédition de ces deux volumes, plusieurs textes internationaux ou nationaux sont intervenus :

a) *Traités*

La Convention du 8 janvier 1988 entre la France et l'Espagne concernant l'immigration clandestine;

¹ *Basic Documents on International Migration Law et International Migration Law*, 2^e éd. rev., Richard Plender, éd., Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1988.

L'accord entre l'Espagne et la France concernant l'admission d'étrangers illégaux aux postes frontière;

La Convention relative à la détermination de l'État responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres des Communautés européennes, signée à Dublin le 15 juin 1990;

La Convention d'application de l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes, signée le 19 juin 1990;

Le Traité sur l'Union européenne ou Traité de Maastricht du 7 février 1992.

b) Textes législatifs nationaux

La loi américaine sur l'immigration, du 6 novembre 1986 (entrée en vigueur le 5 mai 1987)²;

Les « mesures » visant à limiter le nombre de demandeurs d'asile en République fédérale d'Allemagne, adoptées par le Parlement (ouest-allemand) le 13 novembre 1986³;

La loi italienne du 27 janvier 1987 fixant les normes en matière de placement et de traitement des travailleurs extracommunautaires et contre l'immigration clandestine.

c) Décisions judiciaires

Conseil constitutionnel (France), décision du 25 juin 1991 concernant la loi autorisant l'approbation de la convention d'application de l'Accord de Schengen;

Cour de justice des Communautés européennes, 9 juillet 1987, (affaires jointes 281/85, 283 à 285/85 et 287/85).

d) Divers

Le Rapport de la Commission des affaires juridiques du Parlement européen, adopté le 23 février 1987, sur les limitations à apporter à l'exercice du droit d'asile.

15. Sur ce sujet, il y a une doctrine existante⁴.

² *United States Statutes at Large*, vol. 100, 1986, 4^e partie, loi n° 99-603, p. 3359.

³ Voir *Verhandlungen des Deutschen Bundestages*, vol. 140, comptes rendus des séances du Bundestag pour la période du 12 novembre au 11 décembre 1986.

⁴ a) *Livres* : Pierre Georges, *Les migrations internationales*, Paris, Presses universitaires de France, 1976; Guy S. Goodwin-Gill, *International Law and the Movements of Persons between States*, Oxford, Clarendon Press, 1978; et Richard Plender (voir *supra* note 1);

b) *Études* : Jorge Balán, *Las migraciones internacionales en el Coño Sur*, Genève, CIM, 1985; Ramiro Cardona, *Migraciones internacionales de los países del Pacto Andino*, Genève, CIM, 1985; Suzy Castor, *Migración y relaciones internacionales (El caso Haitiano-Dominicano)*, Saint-Domingue, Universidad Autónoma de Santo Domingo, vol. DXXII, 1987; Nicole Catala, *Communauté économique européenne*. — *Jurisclasseur droit international*, 1990, fascicule 611,

16. Qu'elle aboutisse à une étude, un rapport ou un projet de convention, l'inscription du thème « Le droit relatif aux migrations internationales » au programme de travail de la CDI ne devrait pas rencontrer d'objection majeure. La tâche qui consiste pour elle à présenter études ou rapports spécifiques à l'Assemblée générale n'est cependant pas aussi bien connue du public — même spécialisé — que celle tenant en l'élaboration d'un projet de convention.

n° 9 à 12; Julien Condé, *Les migrations internationales Sud-Nord*, Paris, OCDE, 1986, vol. 1 et 2, et *Les migrations africaines dans la Communauté européenne*, Paris, OCDE, 1992; Raymond Sarraute, « Réfugié », *Répertoire de droit international*. — *Encyclopédie juridique*, Dalloz, vol. II, p. 728; Eberhard Jahn, « Intergovernmental Committee for Migration », *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 5, 1983, p. 41, et « Migration movements », *ibid.*, vol. 8, 1985, p. 377;

c) *Cours* : Charles de Boeck, « L'expulsion et les difficultés internationales qu'en soulève la pratique », *Recueil des cours... 1927-III*, vol. 18, p. 443; Stélio Sfériadès, « L'échange des populations », *Recueil des cours... 1928-IV*, vol. 24, p. 307; et Louis Varlez, « Les migrations internationales et leur réglementation », *Recueil des cours... 1927-V*, vol. 20, p. 165;

d) *Publications collectives* : « Migrazioni », *Affari sociali internazionali*, Milan, 19^e année, n° 1 et 4, 1991; « XII^e congrès de l'Institut international de droit d'expression française sur les mouvements de population », *Revue juridique et politique*. — *Indépendance et coopération*, 34^e année, n° 1, janvier-mars 1980; « Movimenti migratori: un problema globale », *Politica internazionale*, 19^e année, n° 5, septembre-octobre 1991; « La migration », *Revue internationale des sciences sociales*, Unesco, vol. XXXVI, n° 3, 1984; « Les migrations internationales au Moyen-Orient », *Revue tiers-monde*, vol. XXVI, n° 104, octobre-décembre 1985; et « Les travailleurs étrangers et le droit international », *Société française pour le droit international*, Paris, Pedone, 1979;

e) *Articles* : A. A. Afolayan, « Immigration and expulsion of ECOWAS aliens in Nigeria », *International Migration Review* (New York), vol. 22, n° 1, 1988, p. 4; Reginald Appleyard, « Migration and development: myths and reality », *ibid.*, vol. 23, n° 3, 1989, p. 486; Hans Arnold, « The « century of refugee », A European century? » *Aussenpolitik* (Hambourg), vol. 42, n° 3, 1991, p. 271; Maurice Bertrand, « Menaces. — Entre l'imaginaire et le réel », *Le trimestre du monde* (Paris), n° 1, 1991, p. 93; V. Dovonon, « L'OIT, l'ONU et les migrations. — Coopération ou conflit de compétence ? », *Revue de droit international et de droit comparé* (Bruxelles), vol. 66, n° 1, 1989, p. 24; Dennis Gallagher, « The evolution of the international refugee system », *International Migration Review*, vol. 23, n° 3, 1989, p. 579; Jean-Pierre Gomane, « La palette des périls », *Défense nationale* (Paris), vol. 43, 1987, p. 77; Jean-Pierre Hocké, « Réfugiés et migration. — De la dérive européenne à l'urgence d'une action en accord avec les valeurs proclamées », *Cadmos* (Paris), 13^e année, n° 50, 1990, p. 88; Rainer Hofmann, « Refugee law in Africa », *Law and State* (Tübingen), vol. 39, 1989, p. 79; Charles Leben, « La circulation internationale des personnes et le droit international », *Annales de la faculté de droit et de science politique de Clermont-Ferrand* (Paris), vol. 15, n° 1, 1978, p. 629; Donatella Luca, « La notion de « solution » au problème des réfugiés », *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques* (Genève), vol. 65, n° 1, 1987, p. 1; David A. Martin, « Effects of international law on migration policy and practice: The uses of hypocrisy », *International Migration Review*, vol. 23, n° 3, 1989, p. 547; Richard Perruchoud, « L'Organisation internationale pour les migrations », *AFDI*, vol. XXXIII, 1987, p. 513; Gérard Prunier, « La communauté indienne d'Ouganda, des origines à l'expulsion », *Le mois en Afrique* (Paris), 16^e année, 1981, p. 61; Larbi Talha, « La migration des travailleurs entre le Maghreb et l'Europe », *Revue française d'études méditerranéennes*, 1975, p. 65; et Lovemore M. Zinyama, « International migrations to and from Zimbabwe and the influence of political changes on population movements, 1965-1987 », *International Migration Review*, vol. 24, n° 4, 1990, p. 748.

f) *Rapports* : « Tendances et caractéristiques des migrations internationales depuis 1950 », *Études démographiques n° 64* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.78.XIII.5) [ST/ESA/SER.A/64]; et Nations Unies, « Conclusions sur la protection internationale des réfugiés », Genève, 1991.

17. Il faut néanmoins dissiper un malentendu. Indépendamment des particularités d'ordre formel qu'ils peuvent revêtir, les travaux de la Commission sont toujours l'aboutissement de longues études. La méthode de travail est une chose; elle est invariable dans son principe. Tout autre est la nature des résultats finals dont la détermination dépend de l'intérêt du sujet à un moment donné et donc d'une décision de la Commission elle-même.

18. Le rapport et le projet d'articles ne sont pas étrangers l'un à l'autre. Il est des sujets et questions ayant fait l'objet de rapports finals de la Commission. D'autres, en revanche, ont dépassé cette étape pour accéder au rang de projet d'articles. Sans nécessairement poursuivre le même objectif (informer et codifier), l'élaboration d'un projet de convention dans le cadre de la Commission ne peut s'effectuer sans inclure celle du rapport, et, dans ce cadre-là, les rapporteurs spéciaux œuvrent sur la durée, le long terme, à la différence d'un rapporteur ponctuel dont le mandat imparti est limité dans le temps. De ce point de vue, le présent « schéma » ou « résumé » sur le thème du droit relatif aux migrations internationales participe bien du genre du rapport, ce qui l'en distingue manifestement de celui du projet de convention.

19. Enfin, ces deux genres n'obéissent pas à la même structure formelle, indépendamment de leur objet (et à cause de celui-ci). On peut faire n'importe quel rapport sur le droit relatif aux migrations internationales. On n'écrira pas, en revanche, sur ce sujet n'importe quel projet de convention.

20. L'on peut hésiter à s'engager dans l'élaboration d'un projet d'articles sur le droit relatif aux migrations internationales en considérant qu'il s'agit d'un sujet réglé par le droit international et donc sur lequel existe déjà une réglementation précise : il n'y aurait pas matière à développement progressif ni à codification.

21. Or, il n'existe pas de notion juridique générale de la migration internationale. La matière des migrations internationales évolue entre le droit humanitaire international et le droit social international. L'application des règles qu'ils définissent reste étroitement subordonnée à l'autorité de diverses politiques nationales, unilatéralement définies par les États en fonction de leur propre approche du phénomène migratoire, même lorsqu'ils proclament leur adhésion à la primauté du droit international en raison de leur appartenance à des organisations d'intégration. Ce sont, en général, des politiques répulsives qui affectent les droits des autres États et des individus, droits dont il est nécessaire de définir les mécanismes généraux de protection. Une notion de la migration internationale ralliant l'accord des États et des organisations internationales apparaît comme un préalable à la conception même et à l'efficacité de tels mécanismes.

22. L'élaboration d'une notion générale implique celle d'une convention générale sur les principes et règles applicables aux mouvements de population à caractère international. Le monopole détenu par le Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés en la matière en sortirait réduit. L'implication des organisations non gouvernementales telles que le CICR et l'OMI dans cette ré-

alisation non seulement les valoriserait davantage dans leur rôle d'interlocuteur privilégié des États, mais contribuerait à imprimer une certaine avancée à leur institutionnalisation. L'effet d'éclatement normatif et institutionnel du droit relatif aux migrations internationales s'en retrouverait limité, l'objectif de la convention étant de lui substituer un régime plus unificateur, articulé en fonction des évolutions actuelles du mouvement des migrations internationales. C'est donc l'exigence d'adaptation des règles classiques aux problèmes d'un type nouveau qui devrait commander l'orientation générale de la politique des Nations Unies pour arriver à l'acceptation par les États d'un régime commun de règles applicables aux mouvements de population.

23. La substitution du concept de mouvements de population à celui de « migration » procède du souci de saisir la réalité du phénomène étudié dans sa diversité. Ce phénomène a évolué. Comment admettre que le droit applicable à celui-ci soit en reste de ce mouvement ? Un projet de convention générale sur le droit relatif aux mouvements de population à caractère international s'inscrit donc dans la ligne de ce besoin d'actualisation qui intègre trois séries d'intérêts : ceux des États, ceux des personnes et ceux de la communauté internationale.

24. L'avènement d'un nouvel ordre mondial des migrations internationales trouverait dans le nouvel ordre mondial global en gestation un point d'ajustement bien au-delà des idéalismes ou des abstractions classiques. Il faut accompagner et soutenir par l'expérimentation directe mais ordonnée la conversion planétaire à l'idéologie démocratique qui rend illégitime l'allure illégale du droit d'ingérence. Or, c'est le même élan (érigé en principe) de solidarité qui, fondant l'ingérence d'un gouvernement ou d'un État dans les affaires domestiques d'un autre, justifierait la migration de telle frange de population d'un pays vers un autre sans crainte de n'y être point acceptée même pour un temps limité. Le rôle du droit serait, alors, de prévenir les exclusions arbitraires et d'aménager les supports normatifs des couloirs de transit, de séjour et (pourquoi pas ?) d'arrivée. L'on s'apercevra, ainsi, que prévention rime avec protection que la doctrine (Bertrand, Hocké, Perruchoud) appelle de ses vœux en faveur des mouvements migratoires, et qui en est somme toute la finalité.

25. Mais une politique juridique des migrations internationales, pour être réaliste, doit être maîtrisée : des mécanismes de contrôle sont donc à prévoir. C'est une nécessité qui découle de celle (ou qui est liée à celle) qui consiste à définir les circuits institutionnels de gestion des mouvements migratoires, depuis ceux d'assistance ou de financement jusqu'à ceux d'installation, de réinsertion ou de retour. Restructurer le rôle des États (droits et obligations), impliquer les organisations régionales existantes (en matière de conseil et d'assistance), identifier les partenaires intervenant, notamment au niveau universel, dans la mise en œuvre des programmes d'encadrement des mouvements migratoires : tout un système de répartition et d'articulation des missions et des rôles qui viendra compléter le dispositif de prévention, selon une conception intégrée, dans un même instrument juridique.

Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités, par M. Alain Pellet

1. La proposition d'inclure le sujet : « Les effets juridiques des réserves et des objections aux réserves formulées à l'égard de conventions multilatérales » dans le programme de travail à long terme de la Commission a été faite pendant la quarante-sixième session de l'Assemblée générale, lors de l'examen du rapport de la Commission¹ par la Sixième Commission. Elle a été reprise par le Groupe de travail sur le programme de travail à long terme créé par le Groupe de planification, qui a inscrit le thème intitulé « Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités » sur la liste restreinte de sujets pouvant se prêter à une étude par la Commission².

2. Le Groupe de travail avait indiqué que ce sujet « se prêtait à être inscrit rapidement à l'ordre du jour de la Commission et pouvait faire l'objet d'un instrument de codification ». Le Groupe de planification « n'a pas contesté cette conclusion, mais a décidé de ne pas faire de recommandation à ce stade et de revenir sur la question après que les perspectives offertes par d'autres sujets aient été évaluées »³.

1. LES TRAVAUX ANTÉRIEURS DE LA COMMISSION

3. À plusieurs reprises, la Commission a eu à connaître de la question des réserves aux traités et, la première fois, à l'occasion de l'élaboration du projet d'articles sur le droit des traités, qui allait être à l'origine de la Convention de Vienne sur le droit des traités, dont les articles 19 à 23 sont consacrés aux réserves⁴.

4. Après quelques hésitations, le texte de ces articles a été repris, pratiquement mot pour mot et sous les mêmes

¹ Voir le Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale pendant sa quarante-quatrième session (A/CN.4/L.469), par. 422.

² Rapport du Groupe de planification (A/CN.4/L.473/Rev.1), par. 21.

³ Ibid., par. 23.

⁴ Voir, notamment, *Yearbook... 1951*, vol. II, p. 1 à 17, doc. A/CN.4/41, rapport de M. James L. Brierly; *Yearbook... 1953*, vol. II, p. 90 à 162, doc. A/CN.4/63, rapport de M. H. Lauterpacht; *Annuaire... 1962*, vol. II, p. 31, doc. A/CN.4/144, premier rapport de sir Humphrey Waldock, en particulier p. 68 à 78, articles 17 à 19 du projet d'articles sur le droit des traités et commentaires y relatifs, et p. 84 à 90, annexe (« Historique de la question des réserves aux conventions multilatérales »); *Annuaire... 1965*, vol. II, p. 1, doc. A/CN.4/177 et Add.1 et 2 (quatrième rapport de sir Humphrey Waldock), en particulier p. 14 (par. 1 f : « Réserve ») et 47 à 60 (sect. III); ibid., p. 79 à 114, doc. A/5687, rapport du Secrétaire général sur la pratique suivie par les dépositaires au sujet des réserves; et *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 183, doc. A/6309/Rev.1, rapport de la Commission sur les travaux de la deuxième partie de sa dix-septième session, en particulier p. 206, par. 11 du commentaire sur l'article 2 (ancien article 1^{er}), et 220 à 228 (sect. 2 : Réserves aux traités multilatéraux).

Pour un recensement plus complet des travaux pertinents, voir « Guide répertoire pour le projet d'articles sur le droit des traités adopté par la Commission du droit international à sa dix-huitième session, 1966 » (A/C.6/376), p. 82 à 91; Pierre-Henri Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pedone, 1978, p. 489 à 492; et Shabtai Rosenne, *The Law of Treaties: A Guide to the Legislative History of the Vienna Convention*, Leyde, A. W. Sijthoff, 1970, p. 182 à 187.

numéros, par la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales⁵.

5. La question des réserves fait également l'objet de l'article 20 de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités⁶.

2. LES PRINCIPAUX PROBLÈMES SOULEVÉS PAR LE SUJET À TRAVERS LA PRATIQUE ET LA DOCTRINE

6. Comme le relevait M. Lauterpacht dans son premier rapport sur le droit des traités,

*The subject of reservations to multilateral treaties is one of unusual — in fact baffling — complexity and it would serve no useful purpose to simplify artificially an inherently complex problem [La matière des réserves aux traités multilatéraux est d'une complexité exceptionnelle — déconcertante en fait — et il serait inutile de simplifier artificiellement un problème compliqué en soi.]*⁷.

7. On a pu louer, à juste titre, les articles 19 à 23 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, qui

[...] constituent manifestement une des pièces maîtresses de cette convention, tant pour leur précision technique que par la grande souplesse qu'ils ont introduite dans le régime des conventions multilatérales⁸.

8. Toutefois, ainsi que la Commission l'a remarqué à la suite de Reuter,

Même pour les traités entre États, la question des réserves a toujours été une question difficile et controversée, et même les dispositions de la Convention de Vienne [de 1969] n'ont peut-être pas mis fin à toutes les difficultés⁹.

9. En règle générale, les auteurs partagent cette opinion et soulignent que les trois Conventions de Vienne pertinentes (voir *supra* par. 3 à 5) ont laissé subsister d'importantes incertitudes quant au régime juridique des réserves. Celles-ci sont du reste bien mises en évidence

⁵ Voir, notamment, *Annuaire... 1975*, vol. II, p. 27 à 47, doc. A/CN.4/285, quatrième rapport de M. Paul Reuter; *Annuaire... 1977*, vol. II (2^e partie), p. 106 à 116, sect. 2; *Annuaire... 1981*, vol. II (1^{re} partie), p. 45, doc. A/CN.4/341 et Add.1, dixième rapport de M. Paul Reuter, en particulier p. 58 à 66, sect. 2; ibid., vol. II (2^e partie), p. 136 à 141, sect. 2; et *Annuaire... 1982*, vol. II (2^e partie), p. 33 à 38, sect. 2.

⁶ Voir, notamment, *Annuaire... 1970*, vol. II, p. 27, doc. A/CN.4/224 et Add.1, troisième rapport de sir Humphrey Waldock, en particulier p. 51 à 57, article 9 et commentaire y relatif; *Annuaire... 1972*, vol. II, p. 237 et suiv., doc. A/8710/Rev.1, rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-quatrième session, en particulier p. 282 à 287, art. 15; *Annuaire... 1974*, vol. II (1^{re} partie), p. 1, doc. A/CN.4/278 et Add.1 à 6, premier rapport de sir Francis Vallat, en particulier p. 51 à 56, art. 15; et ibid., p. 161 et suiv., doc. A/9610/Rev.1, rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa vingt-sixième session, en particulier p. 229 à 235, art. 19.

⁷ *Yearbook... 1953*, vol. II, p. 90, doc. A/CN.4/63, notamment p. 124.

⁸ Quatrième rapport sur la question des traités conclus entre États et organisations internationales ou entre deux ou plusieurs organisations internationales, par M. Paul Reuter (voir *supra* note 5), notamment p. 38, paragraphe 1 du commentaire général de la section 2.

⁹ *Annuaire... 1982*, vol. II (2^e partie), p. 33, paragraphe 1 du commentaire général de la section 2.

par la pratique, souvent fluctuante et incertaine, des États et des organisations internationales.

10. L'abondance même de la littérature consacrée aux réserves aux traités témoigne de la perplexité constante de la doctrine face à des problèmes d'une grande technicité et d'une extrême complexité mais qui présente une importance pratique exceptionnelle. Comme l'a souligné José Maria Ruda,

*The question of reservations to multilateral treaties has been one of the most controversial subjects in contemporary international law [La question des réserves aux traités multilatéraux est l'un des sujets les plus controversés du droit international contemporain.]*¹⁰

11. Il est à peine besoin de rappeler à cet égard l'abondance des développements consacrés aux réserves dans les ouvrages relatifs au droit des traités dans son ensemble et même dans les traités et les manuels de droit international général¹¹. À cette liste déjà longue, et pourtant fort incomplète, il conviendrait d'ajouter de très nombreuses monographies consacrées à l'étude des pra-

¹⁰ « Reservations to treaties », *Recueil des cours...* 1975-III, vol. 146, p. 95.

¹¹ Voir notamment, et seulement à titre d'exemples, parmi les ouvrages les plus courants sur le droit des traités : Suzanne Bastid, *Les traités dans la vie internationale*, Paris, Economica, 1985, p. 71 à 77; Taslim O. Elias, *The Modern Law of Treaties*, Leyde, A. W. Sijthoff, 1974, p. 27 à 36; lord McNair, *The Law of Treaties*, Oxford, Clarendon Press, 1961, p. 158 à 177; Paul Reuter, *Introduction au droit des traités*, Paris, Presses universitaires de France, 1985, p. 71 à 76, et Notes complémentaires, p. 82; sir Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester University Press, 2^e éd., 1984, p. 40 à 50.

Depuis l'adoption de la Convention de Vienne sur le droit des traités, de nouvelles études très fouillées et complètes se sont ajoutées aux monographies classiques consacrées aux réserves. Parmi les études antérieures à 1969, voir notamment : D. R. Anderson, « Reservations to multilateral conventions: A re-examination », *The International and Comparative Law Quarterly* (Londres), vol. 13, 1964, p. 450; William W. Bishop, « Reservations to treaties », *Recueil des cours...* 1961-II, vol. 103, p. 245; Gerald Fitzmaurice, « Reservations to multilateral conventions », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 2, 1953, p. 1; Kaye Holloway, *Les réserves dans les traités internationaux*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris, 1958; Dietrich Kappeler, *Les réserves dans les traités internationaux*, Verlag für Recht und Gesellschaft, Bâle, 1958; Herbert W. Malkin, « Reservations to multilateral conventions », *BYBIL*, vol. VII, 1926, p. 141; Luis A. Podesta Costa « Les réserves dans les traités internationaux », *Revue de droit international*, 1938, n° 1, p. 1; Christian Tomuschat, « Admissibility and legal effects of reservations to multilateral treaties: Comments on articles 16 and 17 of the ILC's 1966 draft articles on the Law of Treaties », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 27, 1967, p. 463; et Edoardo Vitta, *La riserva nei trattati*, Turin, Giappichelli, 1957.

Parmi les monographies postérieures à l'adoption de la Convention de Vienne de 1969, voir notamment : Dereck W. Bowett, « Reservations to non-restricted multilateral treaties », *BYBIL*, 1976-1977, vol. XLVIII, p. 67; Mohammed Ahsen Chaudhri, « Reservations to multilateral treaties », *De Lege Factorum: Essays in Honor of Robert Renbert Wilson*, Durham (N. C.), Duke University Press, 1970, p. 40; Richard W. Edwards, Jr., « Reservations to treaties », *Michigan Journal of International Law*, vol. 10, n° 2, 1989, p. 362; John K. Gamble, Jr., « Reservations to multilateral treaties: A macroscopic view of State practice », *AJIL*, vol. 74, n° 1, 1980, p. 372; V. F. Gubin, « Les réserves en droit international » (en russe), *Pravovedenie*, n° 5, 1972, p. 84; Frank Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, Amsterdam, North-Holland Publishing Company, 1988; Imbert, *op. cit.* (voir *supra* note 4); Jean K. Koh, « Reservations to multilateral treaties: How international legal doctrine reflects world vision », *Harvard International Law Journal*, vol. 23, n° 1, 1982, p. 71; R. Kühner, *Vorbehalte zu multilateralen Völkerrechtlichen Verträgen*, Berlin, Springer Verlag, 1986; Rafael Nieto Navia, « Las reservas a los tratados multilaterales en la Convención de Viena

de 1969 », *Rev. Universitas* (Bogota), juin 1974, p. 283; Joseph Nisot, « Les réserves aux traités et la Convention de Vienne du 23 mai 1969 », *RGDIP*, 1973, vol. 77, n° 1, p. 200; Ernesto J. Rey Caro, « Las reservas de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados », *Revista de derecho internacional y ciencias diplomáticas* (Rosario), 1972, p. 168; Ruda, *loc. cit.* (*supra* note 10); et Renata Szafarz, « Reservations to multilateral treaties », *Polish Yearbook of International Law*, vol. 2, 1970, p. 239.

12. Dans le cadre nécessairement limité de la présente livraison, il ne saurait être question de donner un panorama exhaustif des problèmes que pose le régime juridique applicable aux réserves. On ne peut guère que se borner à en faire une énumération, incomplète, dont les Conventions de Vienne de 1978, 1986 et, surtout, 1969¹² sont le point de départ obligé.

13. Par commodité — mais de manière quelque peu artificielle — on mentionnera successivement les problèmes tenant à : a) l'existence même de ces conventions; b) leurs ambiguïtés; et c) leurs lacunes.

a) *Les problèmes posés par l'existence de dispositions relatives aux réserves dans les Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986*

14. Le passage du temps a rendu largement obsolète la question de savoir si les règles posées en matière de réserves dans la Convention de 1969 relèvent de la codification ou du développement progressif. D'une part, en effet, il est certain que les articles 19 à 23 ont innové, parfois considérablement, à certains points de vue, en particulier en instituant une véritable « présomption en faveur des réserves »¹³. Mais, d'autre part, ce faisant, ces dispositions ont consolidé ou « cristallisé » des évolutions antérieures déjà largement amorcées¹⁴.

*However, in the twenty years [and more] that have elapsed since the Vienna Convention was opened for signature, the rules regarding reservations stated in that treaty have come to be seen as basically wise and to have introduced desirable certainty [Cependant, au cours des vingt années [et plus] qui se sont écoulées depuis que la Convention de Vienne a été ouverte à la signature, les règles en matière de réserves posées dans ce traité ont fini par être considérées comme fondamentalement sages et avoir présenté un degré d'autorité recherché.]*¹⁵

Cette consolidation — partielle (voir *infra* par. 16 et 17) — tient à plusieurs facteurs, en particulier :

a) Ces normes correspondaient à l'état de la société internationale au moment où elles ont été adoptées;

b) Elles s'inscrivaient dans une tendance générale visant à conférer une souplesse et une ouverture accrues aux conventions multilatérales;

de 1969 », *Rev. Universitas* (Bogota), juin 1974, p. 283; Joseph Nisot, « Les réserves aux traités et la Convention de Vienne du 23 mai 1969 », *RGDIP*, 1973, vol. 77, n° 1, p. 200; Ernesto J. Rey Caro, « Las reservas de la Convención de Viena de 1969 sobre el derecho de los tratados », *Revista de derecho internacional y ciencias diplomáticas* (Rosario), 1972, p. 168; Ruda, *loc. cit.* (*supra* note 10); et Renata Szafarz, « Reservations to multilateral treaties », *Polish Yearbook of International Law*, vol. 2, 1970, p. 239.

¹² Voir Karl Zemanek, « Some unresolved questions concerning reservations in the Vienna Convention on the Law of Treaties », *Études de droit international en l'honneur du juge Manfred Lachs*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1984, p. 323.

¹³ Imbert, *op. cit.* (voir *supra* note 4), p. 87; voir surtout art. 20, par. 5, et art. 21, par. 3.

¹⁴ Voir, par exemple, R. R. Baxter, « Treaties and custom », *Recueil des cours...* 1970-I, vol. 129, p. 48.

¹⁵ Edwards, Jr., *loc. cit.* (voir *supra* note 11), p. 365.

c) Elles ont d'ailleurs été adoptées à la quasi-unanimité par la Conférence de Vienne;

d) Et reprises dans la Convention de 1986.

15. Ces considérations ont d'ailleurs conduit les États à se conformer largement à ces dispositions, qu'ils aient ou non ratifié la Convention¹⁶ et même si, comme la France, ils ne l'ont pas signée, et les juridictions et arbitres internationaux à y voir l'expression de règles coutumières. Il faut se référer à cet égard à la décision du Tribunal arbitral franco-britannique du 30 juin 1977 dans l'affaire relative à la délimitation du plateau continental de la mer d'Iroise (ci-après dénommée l'affaire de la *mer d'Iroise*)¹⁷.

16. Cette conclusion ne peut, cependant, être retenue que sous bénéfice d'inventaire :

a) Les formules jurisprudentielles ne sont pas dépourvues d'ambiguïté :

i) Dans l'affaire de la *mer d'Iroise*, le Tribunal arbitral se réfère à la définition des réserves donnée par l'article 2, par. 1, *d*, de la Convention de Vienne de 1969 en soulignant qu'elle est acceptée par les deux parties (par. 55 de la décision) et semble davantage constater la corrélation entre les règles du droit international général et celles posées à l'article 21, par. 3, de la Convention que prendre une position générale sur la valeur codificatrice de celle-ci (voir par. 61 de la décision);

ii) Dans l'affaire *Temeltasch*, la Commission européenne des droits de l'homme considère que la Convention « énonce surtout* des règles existant en droit coutumier et revêt essentiellement* un caractère codificateur »¹⁸;

b) Indépendamment même du fait que la Convention comporte des lacunes sur des points parfois importants et qu'elle n'a pu prévoir les règles applicables à des problèmes qui ne se posaient pas au moment de son élaboration, elle a constitué le point de départ de pratiques nouvelles qui ne sont pas, ou sont mal, stabilisées à l'heure actuelle¹⁹. Comme on l'a écrit,

¹⁶ Voir, par exemple, pour le Royaume-Uni, les déclarations de sir Ian Sinclair et, pour les États-Unis d'Amérique, celles de Robert E. Dalton, dans *American Society of International Law, Proceedings of the 78th Annual Meeting*, 1984, p. 273, 274 et 278, respectivement.

¹⁷ Nations Unies, *Recueil de sentences arbitrales*, vol. XVIII (numéro de vente : E/F.80.V.7), p. 73 et suiv., notamment par. 37 et 38 et 58 à 61, et *International Law Report*, vol. 54, 1979, p. 35 et 36 et 44 et 45; voir Imbert, « La question des réserves dans la décision arbitrale du 30 juin 1977 relative à la délimitation du plateau continental entre la République française et le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord », *AFDI*, vol. XXIV, 1978, p. 29, et A. E. Boyle, « The law of treaties and the Anglo-French continental shelf arbitration », *The International and Comparative Law Quarterly* (Londres), vol. 29, 1980, p. 498, et Giorgio Gaja, « Unruly treaty reservations », *Le droit international à l'heure de sa codification. — Études en l'honneur de Roberto Ago*, Milan, Giuffrè, 1987, vol. I, p. 307.

¹⁸ Décision du 12 octobre 1981, Commission européenne des droits de l'homme, *Décisions et rapports*, vol. 26, n° 9116/80, p. 217, par. 68. Voir Imbert, « Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme devant la Commission de Strasbourg (affaire *Temeltasch*) », *RGDIP*, 1983, vol. 87, n° 3, p. 580, et *International and Comparative Law Quarterly*, 1984, vol. 33 (3^e partie), p. 558.

¹⁹ Voir la position du Secrétaire général des Nations Unies en ce qui concerne le délai dans lequel les États ont la possibilité de faire des objections aux réserves :

*Calm has been introduced by the Vienna Convention on the law of treaties [...]. However, the Vienna Convention perhaps the most successful international effort at codification ever undertaken—has not frozen the law. Rather, the rules in the Convention structure its future development*²⁰.

c) Enfin et surtout, sur certains points, la pratique des États, ou de certains d'entre eux, contredit les termes mêmes de la Convention de 1969. Sur ce point, voir, en particulier, « Unruly treaty reservations » de Giorgio Gaja²¹, document dans lequel l'auteur examine successivement, exemples à l'appui, les pratiques portant sur :

i) Les réserves postérieures à la ratification²² (contraires aux dispositions des articles 2, par. 1 *d*, et 19 de la Convention);

ii) L'indifférence manifestée par les États à l'égard des dispositions de l'article 19 relatives aux réserves inadmissibles²³, bien qu'il soit vrai que la rédaction de cette disposition est ambiguë;

iii) Le non-respect de la condition suspensive que constitue le délai d'un an prévu à l'article 20, par. 5, pour qu'un État puisse devenir partie²⁴; et

iv) Les effets des objections aux réserves²⁵; toutefois, ici encore, les dispositions de l'article 20, par. 4, paraissent particulièrement ambiguës.

17. Ces arguments ont un poids variable. Ils n'en conduisent pas moins à faire preuve de prudence et empêchent de conclure à la stabilisation définitive des règles applicables aux réserves même sur les points abordés par la Convention de 1969 et la même remarque vaudrait pour celle de 1978 et, a fortiori, pour l'article 20 de la Convention de 1986 sur laquelle la pratique semble à peu près inexistante.

b) *Les ambiguïtés des dispositions relatives aux réserves dans les Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986*

Définition et portée des réserves

18. Satisfaisante par ce qu'elle dit, la définition des réserves communes aux Conventions de 1969 (art. 2, par. 1 *d*), de 1978 (art. 2, par. 1 *j*) et de 1986 (art. 2, par. 1 *d*) comporte des omissions génératrices d'incertitudes souvent fort embarrassantes. Un premier point laissé dans l'ombre, mais plus irritant doctrinalement qu'important concrètement, concerne la possibilité de réserves aux traités bilatéraux. Le problème se pose cependant du fait de la modification apportée au titre de la section 2 de la deuxième partie de la Convention de 1969 par la Conférence de Vienne (« Réserves » au lieu de « Réserves aux traités multilatéraux »), de l'incertitude

« Le Secrétaire général ne se reconnaît par le pouvoir, sauf nouvelles directives de l'Assemblée générale, d'aligner sa pratique sur des règles de la Convention de Vienne qui iraient à l'encontre des directives en vigueur. » (*Annuaire juridique des Nations Unies*, 1975, p. 212, et *ibid.*, 1981, p. 170.)

²⁰ Edwards, Jr., *loc. cit.* (voir *supra* note 11), p. 405.

²¹ *Loc. cit.* (*supra* note 17), *passim*, p. 307 à 330.

²² *Ibid.*, p. 310 à 313.

²³ *Ibid.*, p. 313 à 320.

²⁴ *Ibid.*, p. 320 à 324.

²⁵ *Ibid.*, p. 324 à 329.

des travaux préparatoires²⁶, et de l'analyse de certains auteurs qui admettent que « les réserves peuvent jouer en théorie » pour les traités bilatéraux²⁷.

19. Beaucoup plus préoccupante concrètement est, d'une part, la distinction entre les réserves et, d'autre part, les « déclarations interprétatives » auxquelles les États semblent recourir de plus en plus fréquemment et à propos desquelles les Conventions sont muettes²⁸.

20. Il résulte d'une jurisprudence récente que tout nominalisme doit être écarté en la matière et qu'une « déclaration interprétative » doit être tenue pour une véritable réserve si elle répond à la définition qu'en donnent les conventions. Il faut se référer, à cet égard, à la décision arbitrale du 30 juin 1977 dans l'affaire de la *mer d'Iroise*²⁹ (paragraphe 55 de la décision); au rapport de la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Temeltasch*³⁰ (par. 73); à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Belilos* du 29 avril 1988³¹, ou à la décision du Comité des droits de l'homme des Nations Unies dans l'affaire *T. K. et M. K. c. France*³². Mais ces décisions témoignent aussi de l'extrême difficulté d'opérer la distinction entre des *qualified interpretative declarations* et des *mere interpretative declarations*³³. En outre, les effets juridiques de ces dernières demeurent incertains.

La détermination de la validité des réserves

21. C'est probablement sur ce point que l'ambiguïté des dispositions des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 est le plus apparente. Elle tient à la fois à la rédaction indéterminée de l'article 19 et à l'imprécision, pour dire le moins, du mécanisme d'appréciation de la validité des réserves, que prévoient — ou ne prévoient pas — les conventions.

22. Comme l'a souligné Reuter,

[...] dans le silence du traité, les réserves interdites sont celles qui sont incompatibles avec l'objet et le but du traité. La Convention de Vienne se réfère ainsi une fois de plus à cette notion dont l'interprétation est sujette à certaines incertitudes, que l'avis de la Cour internationale de Justice de 1951, auquel elle est empruntée, n'éclaire pas³⁴.

23. Ces incertitudes ne sont pas dissipées, bien au contraire, par l'article 20, par. 2, qui réintroduit le critère de l'objet et du but du traité à propos des traités multilatéraux et semble impliquer *a contrario* « qu'une réserve contraire à l'objet et au but peut être autorisée par l'acceptation de toutes les parties »³⁵. En outre, la défini-

tion même de ces traités multilatéraux demeure extrêmement incertaine³⁶.

24. Ces ambiguïtés présenteraient des inconvénients limités si, comme l'avaient proposé les différents rapporteurs spéciaux de la CDI, les conventions avaient précisé la façon dont doit être appréciée la compatibilité d'une réserve avec les règles qu'elle fixe. Ce n'est pas le cas³⁷. Les conventions laissent à chaque État le soin d'apprécier, individuellement et en ce qui le concerne, la validité d'une réserve, qu'il en soit l'auteur ou qu'il s'agisse d'un autre État partie au traité. Au surplus, il résulte de l'article 20, par. 4, *b*, que, sauf dans les très rares cas où un État a fait une objection en précisant qu'il entendait ne pas être lié avec l'État réservataire, le traité entre en vigueur entre les deux États concernés. On peut difficilement contester que cette disposition, introduite par la Conférence de Vienne le 25 avril 1969, est en porte-à-faux par rapport au projet de la Commission et, par suite, par rapport au reste du texte issu de ce projet³⁸.

25. Quoi qu'il en soit, les critères de validité des réserves posés à l'article 19 apparaissent, dans ces conditions comme *a mere doctrinal assertion*³⁹. Il n'en va différemment que si une juridiction internationale est compétente pour apprécier la validité de la réserve. À cet égard, il faut se référer aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans les affaires *Belilos*⁴⁰ (par. 50 à 60), et *Weber* du 22 mai 1990⁴¹ et au rapport de la Commission européenne des droits de l'homme, en date du 4 mars 1991, dans l'affaire *Chrysostomos et al.*⁴².

Le régime des objections aux réserves

26. La philosophie générale du système retenu en 1969 et repris en 1986 en matière d'objections aux réserves est claire : il s'agit de ménager un maximum de souplesse; mais le régime adopté est loin d'être limpide et la pratique en a révélé les graves ambiguïtés.

27. La première ambiguïté concerne la portée substantielle des objections. La conséquence minimale d'une objection est que « les dispositions sur lesquelles porte la réserve ne s'appliquent pas entre les deux États dans la mesure prévue par la réserve »⁴³. Mais la détermination de « la mesure prévue par la réserve » n'est pas toujours évidente et des problèmes difficiles se sont posés concrètement à cet égard (notamment à propos d'objections à

³⁶ Voir Imbert, *op. cit.* (*supra* note 4), p. 109 à 120 et, également, Jacques Dehaussy, « Le problème de la classification des traités et le projet de convention établi par la Commission du droit international des Nations Unies », *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Institut universitaire des hautes études internationales, 1968, p. 305.

³⁷ Voir Imbert, *op. cit.* (*supra* note 4), p. 93.

³⁸ Voir Zemanek, *loc. cit.* (*supra* note 12), p. 329 à 333.

³⁹ Voir notamment Ruda, *loc. cit.* (*supra* note 10). Voir également Edwards, Jr., *loc. cit.* (*supra* note 11), p. 390; Gaja, *loc. cit.* (*supra* note 17), p. 313 à 320; Imbert, *op. cit.* (*supra* note 4), p. 134 à 137; et Reuter, *op. cit.* (*supra* note 11), p. 74.

⁴⁰ Voir *supra* note 31.

⁴¹ *Cour européenne des droits de l'homme. — Jugements et décisions, Série A*, vol. 177, par. 36 à 38.

⁴² Commission européenne des droits de l'homme, *Décisions et Rapports*, mars 1991, *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 3, n° 3, 1991, p. 193.

⁴³ Paragraphe 3 de l'article 21 de la Convention de Vienne de 1969.

²⁶ Voir Edwards, Jr., *loc. cit.* (*supra* note 11), p. 402 à 405.

²⁷ Voir le quatrième rapport de Reuter (*supra* note 5) p. 38.

²⁸ Voir, notamment, D. M. McRae, « The legal effect of interpretative declarations », *BYBIL*, 1978, vol. XLIX, p. 155.

²⁹ Voir *supra* note 17.

³⁰ Voir *supra* note 18.

³¹ *Cour européenne des droits de l'homme. — Jugements et décisions, Série A*, vol. 132, par. 40 à 49 (voir Gérard Cohen-Jonathan, « Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme (à propos de l'arrêt *Belilos* du 29 avril 1988) », *RGDIP*, 1989, vol. 93, n° 2, p. 273).

³² CCPR/C/37/D/220/1987, annexe.

³³ McRae, *loc. cit.* (voir *supra* note 28), p. 160.

³⁴ *Op. cit.* (voir *supra* note 11), p. 63.

³⁵ *Ibid.*

des réserves faites par un État à l'article 66 de la Convention de Vienne et de leurs effets sur l'applicabilité des articles 53 et 64 entre les États concernés⁴⁴.

28. L'interprétation des Conventions de 1969 et de 1986 est tout aussi difficile en ce qui concerne la possibilité et la portée des objections faites à une réserve qui n'est ni interdite par le traité, ni contraire à son objet et à son but. Les réponses de la pratique sont incertaines et celles de la doctrine contrastées⁴⁵.

29. En règle générale, cependant, les États justifient leurs objections par le caractère inadmissible des réserves auxquelles ils s'opposent. Ici encore, cependant, la pratique est mal stabilisée et les opinions divergent. Selon certains, la réserve illicite nullifie la ratification, l'État n'est donc pas partie au traité et l'objection a un caractère purement déclaratoire⁴⁶. La doctrine dominante est cependant en sens contraire et considère que le paragraphe 3 de l'article 21 de la Convention de Vienne n'opère aucune distinction entre les réserves admissibles et celles qui ne le sont pas si bien que, non sans quelque paradoxe, « une objection simple [...] n'a qu'une valeur comparable à celle d'une déclaration interprétative »⁴⁷. Telle semble avoir également été l'opinion du Tribunal arbitral dans l'affaire de la délimitation du plateau continental de la mer d'Iroise⁴⁸ (paragraphe 61 de la sentence).

c) *Les lacunes des dispositions relatives aux réserves dans les Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986*

Les effets des réserves sur l'entrée en vigueur d'un traité

30. Cette question importante et très discutée est à l'origine de grandes difficultés pour le dépositaire et ne fait l'objet d'aucune réponse dans les conventions pertinentes. La pratique suivie en la matière par le Secrétaire général en tant que dépositaire, infléchie en 1975⁴⁹, a fait l'objet d'assez vives critiques doctrinales⁵⁰.

31. Par ailleurs, par un avis rendu en 1982, la Cour interaméricaine des droits de l'homme a estimé qu'un

⁴⁴ Voir Charles de Visscher, « Une réserve de la République arabe de Syrie à la Convention de Vienne (1969) sur les traités », *Revue belge de droit international*, 1972, vol. VIII, p. 416; voir également Edwards, Jr., *loc. cit.* (*supra* note 11), p. 325, et Imbert, *op. cit.* (*supra* note 4), p. 265 à 267.

⁴⁵ Comparer, par exemple, Bowett, *loc. cit.* (voir *supra* note 11), p. 86 et 87 et Zemanek, *loc. cit.* (*supra* note 12), p. 333 à 336.

⁴⁶ Voir Bowett, *loc. cit.* (*supra* note 11), p. 83 et 84.

⁴⁷ Reuter, *op. cit.* (voir *supra* note 11), p. 75; dans le même sens, voir Gaja, *loc. cit.* (*supra* note 17), p. 327; Koh, *loc. cit.* (*ibid.*), p. 102 et 103; Nisot, *loc. cit.* (*ibid.*), p. 203; Ruda, *loc. cit.* (*supra* note 10), p. 199 et 200; Sinclair, *op. cit.* (*supra* note 11), p. 76 et 77; et Zemanek, *loc. cit.* (*supra* note 12), p. 76 et 77.

⁴⁸ Voir *supra* note 17.

⁴⁹ Voir *Répertoire de la pratique suivie par les organes des Nations Unies, Supplément n° 5*, vol. V, couvrant la période allant du 1^{er} février 1970 au 31 décembre 1978, art. 102.

⁵⁰ Voir Imbert, *op. cit.* (*supra* note 4), p. 277 à 282, et « À l'occasion de l'entrée en vigueur de la Convention de Vienne sur le droit des traités. — Réflexions sur la pratique suivie par le Secrétaire général des Nations Unies dans l'exercice de ses fonctions de dépositaire », AFDI, 1980, vol. XXVI, p. 524; voir aussi Henry H. Han, « The U.N. Secretary General's treaty depositary function: Legal implications », *Brooklyn Journal of International Law*, 1988, vol. 14, n° 3, p. 562.

traité entré en vigueur à l'égard d'un État à la date du dépôt de l'instrument de ratification ou d'adhésion, que cet État ait ou non formulé une réserve⁵¹. Cette position a été approuvée par une partie de la doctrine⁵², mais d'autres auteurs ont mis en doute sa compatibilité avec l'article 20, par. 4 et 5, de la Convention de Vienne⁵³. On peut en outre se demander si la solution retenue par la Cour ne tient pas davantage à la nature particulière de la Convention interaméricaine qu'à des considérations générales (voir *infra* par. 58 à 63).

Les problèmes tenant à l'objet particulier de certains traités

32. Par leur nature générale, les grandes conventions de codification laissent dans l'ombre, légitimement, les problèmes particuliers découlant de l'objet et de la nature spécifiques de certaines catégories de traités. Ces problèmes ne s'en posent pas moins avec une grande fréquence dans certains domaines, en particulier en ce qui concerne, d'une part, les actes constitutifs d'organisations internationales et, d'autre part, les traités relatifs aux droits de l'homme et, plus généralement, créant directement des droits dans le chef des particuliers.

i) Les réserves aux actes constitutifs d'organisations internationales

33. Les Conventions de 1969 et 1986 ne sont pas entièrement muettes sur ce point, mais l'article 20, par. 3, est très loin de résoudre tous les problèmes qui peuvent se poser à cet égard et qui se posent effectivement :

a) La notion même d'acte constitutif n'est pas univoque et on peut se demander si la règle posée à l'article 20, par. 3, s'applique aux dispositions normatives qu'ils peuvent comporter;

b) Cette règle s'étend-elle aux déclarations interprétatives et, si oui, qui détermine la nature exacte de celles-ci (voir *supra* par. 18 à 20) ?

c) Quel est l'organe compétent pour accepter une telle réserve ?

d) Quelle est la portée exacte de cette acceptation ? En particulier, les autres États membres sont-ils liés par elle et empêchés de ce fait de faire objection à la réserve⁵⁴ ?

ii) Les réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme

34. Malgré son extrême souplesse, le régime général des réserves est imprégné de l'idée de réciprocité⁵⁵, qui

⁵¹ Avis consultatif OC-2/82 du 24 septembre 1982, *Inter-American Court of Human Rights Judgments and Opinions*, Série A, n° 2; voir aussi *International Law Reports*, 1984, vol. 67, p. 559, et ILM, 1983, vol. 22, n° 1, p. 37.

⁵² Voir Rosenne, *Developments in the Law of Treaties, 1945-1986*, Cambridge University Press, 1989, p. 435 et 436.

⁵³ Voir, notamment, Edwards, Jr., *loc. cit.* (*supra* note 11), p. 401, ou Gaja, *loc. cit.* (*supra* note 17), p. 321 et 322.

⁵⁴ Sur tous ces points, voir notamment : Imbert, *op. cit.* (*supra* note 4), p. 120 à 134, et Maurice H. Mendelson, « Reservations to the constitutions of international organisations », BYBIL, vol. XLV, 1971, p. 137.

⁵⁵ Voir *Certains emprunts norvégiens, arrêt, C.I.J. Recueil 1957*, p. 9.

n'est guère transposable en matière de droits de l'homme non plus d'ailleurs que dans d'autres domaines⁵⁶. Ayant vocation à s'appliquer sans discrimination à tous les êtres humains, les traités conclus dans ce domaine ne se prêtent pas au jeu des réserves et des objections et, en particulier, l'État objectant ne saurait être délié de ses obligations conventionnelles à l'égard des ressortissants de l'État réservataire.

35. Plus fréquemment que les autres, les traités conclus en matière de droits de l'homme comportent des mécanismes de contrôle et la question se pose de la compétence de ces instances pour apprécier la validité des réserves. La Commission européenne des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme se sont reconnues cette compétence du fait, précisément, de la création d'« obligations objectives » par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁵⁷.

36. Un troisième problème en découle : quel est l'effet d'une réserve déclarée non valide sur la participation de l'État réservataire au traité ? Dans l'affaire *Belilos*, la Cour européenne a considéré que l'État réservataire n'en demeurerait pas moins, « à n'en pas douter » partie à la Convention (par. 60)⁵⁸.

37. La spécificité des problèmes posés par les réserves aux traités de droits de l'homme et en matière humanitaire transparait d'ailleurs dans les dispositions conventionnelles, qui ont souvent fait l'objet de commentaires doctrinaux.

38. Il existe une littérature fort abondante sur ce sujet⁵⁹.

⁵⁶ Voir Imbert, *op. cit.* (supra note 4), p. 250 à 260.

⁵⁷ Voir le rapport de la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Temeltasch* (supra note 18), par. 63 à 65 et, moins nettement, les arrêts de la Cour dans les affaires *Belilos* (supra note 31), par. 50, et *Weber* (supra note 41), par. 37.

⁵⁸ Voir également le rapport de la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Chrysostomos* (supra note 42).

⁵⁹ Voir, notamment : Angela Bonifazi, « La disciplina delle riserve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo », dans *Les clauses facultatives de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bari, Levante, 1974, p. 301; Iain Cameron et Frank Horn, « Reservations to the European Convention on Human Rights: The *Belilos* case », *German Yearbook of International Law* (Berlin), 1990, vol. 33, p. 69; Antonio Cassese, « A new reservations clause (article 20 of the United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination) », *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, Institut universitaire des hautes études internationales, 1968, p. 266 (voir aussi Cassese, « Una nuova clausola sulle riserve », *Rivista di diritto internazionale*, 1967, vol. L, p. 584; et « Su alcune « riserve » alla convenzione sui diritti politici della donna », *ibid.*, 1968, vol. LI, p. 294; Cohen-Jonathan, *loc. cit.* (supra note 31); Alberto Colella, « Les réserves à la Convention de Genève (28 juillet 1951) et au Protocole de New York (31 janvier 1967) sur le statut des réfugiés », *AFDI*, 1989, vol. XXXV, p. 446; Rebecca J. Cook, « Reservations to the Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women », *Virginia Journal of International Law*, 1990, vol. 30, n° 3, p. 643; J. A. Frowein, « Reservations to the European Convention on Human Rights », *Protection des droits de l'homme. — La dimension européenne, Mélanges en l'honneur de Gérard J. Wiarda*, Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 1988, p. 193; Imbert, « La question des réserves et les conventions en matière de droits de l'homme », *Actes du cinquième colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme, Francfort, 9-12 avril 1980*, Paris, Pedone, 1982, p. 97; et « Les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme devant la Commission

Les réserves, les traités de codification et les règles coutumières

39. Curieusement, les Conventions de 1969 et 1986 n'évoquent pas la question des réserves aux conventions ou, plus exactement, aux clauses de codification.

40. Des thèses opposées peuvent être soutenues à cet égard. Il est certain qu'une réserve ne saurait avoir d'effets à l'égard d'États tiers au traité de codification à l'égard desquels l'État réservataire demeure lié par la règle coutumière. On peut estimer qu'il en va de même à fortiori en ce qui concerne les États signataires du traité et c'est généralement en ce sens qu'a été interprété l'arrêt de la CIJ du 20 février 1969 dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord*⁶⁰. On a cependant fait valoir qu'une telle règle — qui s'ajouterait aux critères de non-validité des réserves de l'article 19 — était « discutable en ce qui concerne l'intention des parties à la Convention »⁶¹ et introduisait une confusion fâcheuse entre *jus cogens* et *jus dispositivum*⁶².

Les problèmes résultant de quelques techniques conventionnelles particulières

41. Contraints de rester à un niveau relativement grand de généralité, les rédacteurs de la Convention de Vienne n'ont pu tenir compte de certaines techniques conventionnelles particulières dont certaines ont d'ailleurs pris leur essor après 1969. On n'en donnera que deux exemples.

i) Réserves et protocoles additionnels

42. Lorsqu'un protocole additionnel vient compléter une convention initiale, il peut se produire soit que l'un de ces instruments contienne une clause de réserves et l'autre pas, soit qu'ils comportent l'un et l'autre de telles clauses mais qu'elles soient incompatibles. Cette situation est relativement rare, mais se produit⁶³. En outre, à l'occasion de la ratification du protocole (ou de l'acceptation d'une clause facultative), un État peut être tenté d'introduire une réserve tardive au traité de base⁶⁴.

de Strasbourg (affaire *Temeltasch*) » (voir supra note 18); S. Marcus-Helmon, « L'article 64 de la Convention de Rome ou les réserves à la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue de droit international et de droit comparé*, 1968, vol. XLV, p. 9; Claude Pilloud, « Les réserves aux Conventions de Genève de 1949 », *Revue internationale de la Croix-Rouge*, 1957, n° 464, p. 409; *ibid.*, 1965, n° 559, p. 315, 1976, n° 685, p. 195 et n° 687, p. 131; Isidoro Ruiz Moreno, « Reservations to treaties relating to human rights », *ILA, Report of the Fifty-fourth Conference, The Hague, 23-29 August 1970*, p. 642 (débat p. 596 à 625; résolution p. XIV).

⁶⁰ Arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3 et suiv., notamment p. 38 et 39, par. 63.

⁶¹ Reuter, *op. cit.* (voir supra note 11), p. 82.

⁶² Sur ce difficile problème, voir surtout Gérard Teboul, « Remarques sur les réserves aux conventions de codification », *RGDIP*, 1982, vol. 86, n° 4, p. 679.

⁶³ Cf. la Convention sur les réfugiés de 1951 (art. 42, par. 1) et le Protocole de 1967 (art. VII) ou la Convention unique sur les stupéfiants de 1961 et le Protocole de 1972 qui posent des problèmes extrêmement délicats [voir Imbert, *op. cit.* (supra note 4), p. 213 et 214 ou Colella, *loc. cit.* (supra note 59), p. 451 et 452].

⁶⁴ Cf. Cohen-Jonathan, *loc. cit.* (voir supra note 31), p. 311 à 313; Cohen-Jonathan et Jean-Paul Jacque, « Activités de la Commission européenne des droits de l'homme », *AFDI*, 1991, vol. XXXVII, p. 562; ou Claudio Zanghi, « La déclaration de la Turquie relative à l'art. 25 de la Convention européenne des droits de l'homme », *RGDIP*, 1989, vol. 93, n° 1, p. 69.

ii) Les réserves et la technique de la bilatéralisation

43. Grâce à ce procédé, très fréquent dans les conventions de droit international privé, les États parties peuvent choisir leurs partenaires et même établir entre eux des régimes dérogoires. Timidement utilisée auparavant (voir GATT, art. XXXV, par. 1), cette technique a surtout pris son essor à partir des années 70. Il convient de comparer les articles 21 et 23 de la Convention de La Haye sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers ou l'article 34 de la Convention sur la prescription en matière de vente internationale de marchandises. Ce procédé « à la carte » apparaît comme un « concurrent » de la technique des réserves mais pose aussi des problèmes particuliers en ce qui concerne les réserves *stricto sensu* pouvant être apportées à ces conventions⁶⁵.

Les problèmes non résolus par la Convention de 1978 sur la succession d'États en matière de traités

44. L'article 20 de la Convention de 1978 est loin d'aborder et, *a fortiori*, de résoudre l'ensemble des problèmes pouvant surgir en matière de réserves en cas de succession d'États.

45. Il convient de remarquer, en premier lieu, qu'il figure dans la partie III de la Convention relative aux « États nouvellement indépendants »; il s'applique donc en cas de décolonisation ou de dissolution d'États, mais laisse entière la question des règles applicables en cas de succession d'État concernant une partie de territoire, d'unification d'État ou de séparation d'État. Il est vrai que, dans le premier cas, « les traités de l'État prédécesseur cessent d'être en vigueur à l'égard du territoire auquel se rapporte la succession d'États » (art. 15 a) et que l'extension des traités de l'État successeur au territoire (art. 15 b) semble devoir entraîner l'extension automatique des réserves que celui-ci a pu formuler. Des problèmes n'en subsistent pas moins s'agissant des « États nouvellement indépendants formés de deux ou plusieurs territoires »; sans doute, dans cette hypothèse, les articles 16 à 29 (donc l'article 20) s'appliquent-ils en principe en vertu de l'article 30, par. 1; mais que se passe-t-il si le nouvel État omet de dénoncer l'une ou l'autre des réserves incompatibles au moment de la notification de succession ? Le même problème se pose en cas d'unification d'États à propos de laquelle la Convention ne comporte aucune disposition applicable en matière de réserves.

46. En deuxième lieu, si le paragraphe 1 de l'article 20 prévoit la possibilité pour le nouvel État de formuler de nouvelles réserves et s'il résulte du paragraphe 3 que les États tiers peuvent formuler des objections à cette occasion, cette disposition est muette sur le point de savoir si ceux-ci peuvent objecter au maintien d'une réserve ce qui, cependant, peut paraître logique si l'on admet que, en maintenant une réserve ancienne, l'État nouveau

exerce un droit propre et n'agit pas en tant qu'« ayant droit » de l'État prédécesseur⁶⁶.

47. Enfin, et ceci constitue une lacune grave, l'article 20 ne fait pas la moindre allusion à la succession en matière d'objections aux réserves, alors que les propositions initiales de sir Humphrey Waldock abordaient ce point et sans que les motifs de cet abandon apparaissent clairement⁶⁷.

3. CONCLUSIONS

48. Les débats de la Sixième Commission lors des quarante-sixième et quarante-septième sessions de l'Assemblée générale permettent de dégager les critères qui, aux yeux des États Membres, devraient guider la Commission dans l'établissement de son futur programme de travail. Quatre critères peuvent être dégagés, à savoir que le ou les sujets retenus devraient :

- a) Répondre à un besoin de la communauté internationale;
- b) Avoir des chances raisonnables d'aboutir;
- c) Dans un délai limité de quelques années; et
- d) Relever des compétences de la Commission et de ses membres⁶⁸.

a) *Répondre à un besoin de la communauté internationale*

49. Il serait évidemment présomptueux pour la Commission d'affirmer que le sujet abordé par la présente note répond à un besoin de la société internationale sans recueillir l'avis de la Sixième Commission, encore qu'il ne soit pas indifférent que l'initiative de le suggérer ait été prise non par la CDI mais, précisément, par des représentants des États Membres à la Sixième Commission (voir *supra* par. 1 et 2). Toutefois, l'énumération des ambiguïtés et des lacunes des textes de codification existants (voir *supra* par. 18 à 47) ne laisse guère de doute sur le caractère incomplet des règles formulées à ce jour; davantage même : leur adoption a suscité de nouveaux problèmes (voir *supra* par. 14 à 17).

50. Sans doute, comme l'a souligné la doctrine⁶⁹, les États n'abusent-ils pas du droit qui leur est largement reconnu de faire des réserves, si bien que les incidents, assez nombreux, qui ont pu survenir en la matière, n'ont que rarement dégénéré en véritables différends. Il n'en reste pas moins que l'incertitude du régime juridique des réserves demeure très grande et que l'on peut penser que des difficultés risquent de surgir avec une intensité croissante dans un avenir proche, notamment en ce qui concerne les règles applicables en cas de succession d'États,

⁶⁵ Marco G. Marcoff, *Accession à l'indépendance et succession d'États aux traités internationaux*, Éditions universitaires, Fribourg, 1969, p. 345 et 346.

⁶⁷ Voir Imbert, *op. cit.* (*supra* note 4), p. 318 à 322.

⁶⁸ Voir les Résumés thématiques, établis par le Secrétariat, des débats tenus à la Sixième Commission sur les rapports de la CDI durant les quarante-sixième et quarante-septième sessions de l'Assemblée générale (A/CN.4/L.469, par. 398 à 402 et A/CN.4/446, par. 302 et 303).

⁶⁹ Voir, notamment, Colella, *loc. cit.* (*supra* note 59), p. 475, et Imbert, *op. cit.* (*supra* note 4), p. 324 à 339.

⁶⁵ Sur cette question, voir Imbert, *op. cit.* (*supra* note 4), p. 199 à 201, et, surtout, Ferenc Majoros, « Le régime de réciprocité de la Convention de Vienne et les réserves dans les Conventions de La Haye », *Journal du droit international*, 1974, n° 1, p. 73.

qui sont particulièrement lacunaires (voir *supra* par. 44 à 47).

b) *Avoir des chances d'aboutir*

51. Un exercice de codification, quel qu'il soit (voir *infra* par. 67 à 69), aurait, semble-t-il, des chances plus que raisonnables d'aboutir.

52. Certes, un sujet, aussi technique soit-il en apparence, n'est jamais politiquement neutre; et l'on ne saurait se dissimuler que les règles de codification partielle adoptées dans ce domaine jusqu'à présent ont été inspirées par des considérations éminemment politiques.

53. Bien que le contexte politique international ait changé assez profondément depuis les années 60, il n'est d'ailleurs probablement ni utile ni souhaitable de remettre en cause les principes posés alors (voir *infra* par. 58 à 63). Mais on peut penser que le nouveau climat international permettra de les approfondir et de les préciser dans un contexte plus serein et propice à une œuvre de codification et de développement progressif.

c) *Dans un délai limité de quelques années*

54. Pour les mêmes raisons, une telle œuvre devrait aboutir dans un délai limité.

55. Il ne paraît pas irréaliste de penser que la Commission serait en mesure d'adopter un premier projet d'articles ou de « guide » (voir *infra* par. 67 à 69) dans un délai de trois ou quatre ans après l'inscription du sujet à son ordre du jour et la désignation d'un rapporteur spécial :

a) La première année, le rapporteur spécial pourrait préparer un rapport préliminaire recensant les problèmes qui subsistent d'une manière plus complète que ne le fait la présente livraison et exposant ses vues générales sur la question, en même temps que le Secrétariat pourrait être chargé de mettre à jour les informations contenues dans le rapport de la Commission sur les travaux de la première partie de sa dix-septième session⁷⁰;

b) Les deuxième et troisième années pourraient être consacrées à la présentation par le rapporteur spécial d'un ou de deux projets de texte de codification et de développement progressif et à sa discussion par la Commission;

c) Si la Commission décide de renvoyer le texte au Comité de rédaction, celui-ci pourrait le revoir éventuellement dès la fin de sa session correspondant à la deuxième année et, en tout cas, durant la troisième, quitte à ne proposer une rédaction finale que durant la quatrième année; et

d) La Commission pourrait discuter et adopter le projet en première lecture durant cette même quatrième année et le transmettre à l'Assemblée générale.

d) *Compétence de la Commission*

56. Il paraît enfin peu douteux que le sujet en examen relève, par excellence, des compétences de la Commission et de ses membres.

57. La codification du droit des traités constitue probablement l'œuvre la plus accomplie de la Commission. Les lacunes initiales (traités des organisations internationales, clause de la nation la plus favorisée, succession d'États en matière de traités) ont été largement comblées ou sont en voie de l'être grâce à la codification des règles applicables à la responsabilité des États (voir l'article 73 de la Convention de 1969 et l'article 39 de celle de 1978). En entreprenant de compléter la codification et le développement progressif des règles applicables aux réserves, la Commission parachèverait une œuvre dont elle s'est acquittée avec bonheur. [Il lui resterait cependant à aborder la question des effets de l'ouverture d'hostilités entre États (*ibid.*.)]

58. Pour parcellaires et lacunaires qu'elles soient, des règles codifiées n'en existent pas moins en la matière. Si elle décide, comme cela paraît souhaitable, de procéder à une étude approfondie du problème des réserves, la Commission doit tenir compte de cette situation qui, au demeurant, n'est pas entièrement inédite : qu'il s'agisse de la succession d'États dans les domaines autres que les traités, de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international ou des traités conclus entre États et organisations internationales, la Commission a abordé des sujets loin d'être « vierges de codification ».

59. La présente hypothèse est cependant un peu particulière dans la mesure où certaines dispositions existent d'ores et déjà sur le thème même qu'il s'agit de codifier.

60. Dans la mesure où l'on entend d'abord en combler les lacunes, aucun problème de fond ne se pose : il s'agit d'ajouter aux textes existants, non de les modifier. Encore faut-il réfléchir aux modalités de ces ajouts qui pourraient revêtir la forme soit de protocoles additionnels aux conventions déjà adoptées, soit d'un texte de synthèse reprenant les dispositions pertinentes et y ajoutant les règles nouvelles.

61. Les ambiguïtés des règles déjà codifiées, qui sont nombreuses et, pour certaines, graves, posent des problèmes plus délicats dans la mesure où il pourrait se révéler difficile de clarifier ces dispositions sans en modifier la rédaction. Néanmoins, les mêmes techniques que celles suggérées en matière de lacunes pourraient trouver application.

62. Ceci est également vrai si l'on entendait modifier les dispositions existantes. Mais, sur ce dernier point, une décision ne peut intervenir sur le seul fondement de considérations purement techniques. Certes, à l'usage, les règles adoptées en 1969, 1978 et 1986 ont révélé certains défauts et il serait probablement aventureux d'affirmer qu'elles se sont toutes consolidées en règles coutumières indiscutables. Mais, d'un autre côté, leur adoption traduit un équilibre entre des positions (politiques) en partie contradictoires; sans doute peut-on soutenir que, depuis 1969, le monde a changé et que le pro-

⁷⁰ *Annuaire... 1965*, vol. II, p. 167 et suiv., doc. A/6009, notamment chap. II.

blème des réserves est moins « brûlant » qu'il ne l'était alors; il n'en reste pas moins que la remise en cause de ce compromis pourrait, inutilement, réveiller de vieilles querelles. L'auteur de la présente livraison hésiterait beaucoup à se rallier à une telle stratégie qui lui paraît d'autant plus « gratuite » que, quels que soient leurs (légers) défauts, les règles codifiées en la matière donnent, lorsqu'elles existent, largement satisfaction et répondent à un objectif de souplesse auquel, pour autant que l'on en puisse juger, l'ensemble des États se sont ralliés.

63. Sous réserve des réactions qui pourraient se manifester lors des débats à la Sixième Commission, il paraît donc souhaitable que, si la Commission décide d'inscrire le thème des réserves à son programme de travail, elle limite sa tâche à combler les lacunes et à lever les ambiguïtés des règles existantes mais sans modifier celles-ci et, en tout cas, sans remettre en cause les principes dont elles s'inspirent.

64. Le Groupe de travail et le Groupe de planification ont intitulé le sujet en examen « Le droit et la pratique des réserves aux traités ». Ce titre paraît passablement académique et préjuge la forme du résultat des travaux de la Commission sur ce thème, qui serait nécessairement une « étude » ou un « rapport » car, si « le droit » se prête à codification, tel n'est pas le cas de « la pratique » qui peut révéler l'existence de règles coutumières ou inspirer le développement progressif du droit, mais ne constitue pas, par elle-même, un objet de codification.

65. Pour d'autres raisons, la proposition faite à la Sixième Commission d'étudier « les effets juridiques des réserves et des objections aux réserves formulées à l'égard des conventions multilatérales » n'est pas entièrement satisfaisante. D'une part, si les effets des réserves et des objections constituent en effet l'une des grandes inconnues du régime des réserves, il existe en ce domaine d'autres lacunes et d'autres ambiguïtés et il serait regrettable de ne pas saisir cette occasion pour tenter d'y remédier. D'autre part, et plus accessoirement, le mot « conventions » contraste avec la terminologie habituelle de la Commission; en outre, la question — il est vrai secondaire — se pose de savoir si des réserves aux traités bilatéraux sont envisageables.

66. Il paraît donc raisonnable de retenir un titre aussi neutre et compréhensif que possible, au moins à titre provisoire, quitte à le préciser par la suite s'il apparaît opportun de limiter le champ de l'étude. Ce pourrait être : « Les réserves aux traités ».

67. Comme cela est indiqué plus haut (voir par. 58 à 63), le résultat de cette entreprise pourrait être l'adoption soit de projets de protocoles aux conventions existantes, soit d'un projet d'articles de synthèse faisant un amalgame entre les dispositions éparses dans ces conventions, d'une part, et des règles codifiées nouvelles destinées à les compléter et à les préciser, d'autre part; il appartiendrait ensuite à l'Assemblée générale de préciser le sort de ce projet. Un argument assez fort plaide en faveur de l'une ou l'autre de ces solutions : il consiste, précisément, dans l'existence même de ces règles conven-

tionnelles et il pourrait sembler légitime de persister dans la même voie et de consolider le régime conventionnel des réserves.

68. Toutefois, que l'on voit cet exercice comme une codification ou comme le développement progressif du droit international — il relève, à vrai dire, probablement à la fois de l'une et de l'autre —, aucune disposition de son statut⁷¹ n'oblige la Commission à donner au résultat de ses travaux la forme d'un projet d'articles. Il pourrait aussi bien se traduire par une étude détaillée, voire même comme un commentaire des dispositions existantes et apparaître ainsi comme une sorte de « guide de la pratique des États et des organisations internationales » revêtu de la force qui pourrait s'attacher à un document formellement adopté par la Commission. Cette méthode, qui éviterait, si l'on peut dire, de « zigzaguer » entre les dispositions existantes et permettrait de surmonter « en douceur » les problèmes relevés plus haut (ibid.), présenterait également des avantages certains.

69. Quoi qu'il en soit, et contrairement à ce qui est parfois nécessaire, il ne paraît pas indispensable de trancher définitivement ce point à ce stade; il paraît suffisant que la Commission se prononce au vu de l'exposé plus exhaustif des problèmes qui pourrait faire l'objet d'un premier rapport du rapporteur spécial (voir *supra* par. 54 et 55) et des débats à la Sixième Commission.

70. En résumé, l'auteur de cette livraison est d'avis que :

a) Le sujet « Les réserves aux traités » se prête particulièrement bien à une étude par la Commission et répond en tous points aux critères dégagés au cours des débats à la Sixième Commission en vue de l'inscription d'un thème à son programme de travail futur;

b) Il n'est pas utile de déterminer à ce stade la forme que pourrait revêtir cette étude, projets de protocole aux conventions existantes, projet de convention « de synthèse », ou guide raisonné pouvant servir de référence en matière de réserves pour les États et les organisations internationales;

c) Quelle que soit cette forme, il conviendrait de ne pas remettre en cause les règles codifiées dans les Conventions de 1969, 1978 et 1986, qu'il s'agit de consolider et de préciser et non de modifier.

71. Une étude — encore très rudimentaire — de la question des réserves confirme donc pleinement l'intuition du Groupe de travail qui, dans son rapport au Groupe de planification, avait précisé que ce thème « se prêtait à être inscrit rapidement à l'ordre du jour de la Commission ». L'auteur de cette livraison réserve en revanche sa position sur la seconde proposition avancée par le Groupe de travail, selon lequel ce sujet peut « faire l'objet d'un instrument de codification », si l'on entend par cette expression un projet d'articles conçu d'emblée comme le prélude à une nouvelle convention.

⁷¹ Le statut est, sur ce point comme sur beaucoup d'autres, passablement obscur et contradictoire.

Application extraterritoriale de la législation nationale, par M. Pemmaraju Sreenivasa Rao

1. Les États peuvent être amenés à revendiquer une application extraterritoriale de leur législation dans différents contextes, par exemple :

a) Pour exercer leur juridiction sur leurs ressortissants où qu'ils se trouvent¹;

b) Pour se prémunir contre la trahison, le terrorisme, le trafic de stupéfiants et d'autres atteintes à leur pouvoir et leur sécurité²;

c) Pour protéger et réglementer des activités dont dépendent leur richesse ou touchant leurs ressources et d'autres intérêts économiques³; et

d) Pour garantir les droits de la personne humaine⁴.

¹ Les pays de droit romain exercent leur juridiction sur leurs ressortissants même pour les infractions commises à l'étranger (voir *Public Prosecutor c. Antoni*, *International Law Reports*, vol. 32, 1966, p. 140; pour une indication des dispositions législatives de certains pays comme la France et l'Allemagne, voir Louis Henkin *et al.*, *International Law: Cases and Materials*, St. Paul (Minn.), West Publishing Co., 1980, p. 445.

Pour les pays de « common law » : a) section 4 du Code pénal indien : voir *Pheroze Jehangir c. Roshanlal*, dans *Bombay Law Reports*, vol. 66, 1964, p. 225; *Central Bank of India Ltd. c. Ram Narain*, dans *International Law Reports*, 1954, p. 92; b) le droit du Royaume-Uni autorise également une telle juridiction dans certains cas, comme la trahison, l'homicide, la bigamie, le faux témoignage et les violations de l'Official Secrets Act.

Les États-Unis d'Amérique exercent une juridiction extraterritoriale dans un grand nombre de cas très divers : trahison, fraude fiscale, tentatives de pressions abusives sur un gouvernement étranger, violation de la législation des États-Unis sur les pratiques commerciales restrictives, défaut de comparution d'un témoin cité à déposer en justice (*Blackmer c. United States*, *United States Reports*, vol. 284, p. 421); pour des infractions commises en haute mer (*Skiriotos c. Florida*, *ibid.*, vol. 313, p. 69; *United States c. Bowman*, *ibid.*, vol. 260, p. 94; et *Steele c. Bulova Watch Co.*, *ibid.*, vol. 343, p. 962, et autres affaires), voir Henkin, *op. cit.*, p. 445 à 447; voir également Georges René Delaume, « Jurisdiction over crimes committed abroad: French and American Law », *George Washington Law Review*, vol. 21, 1952, p. 173.

² Pour une brève discussion de cet aspect, voir Geoff Gilbert, « Aspects of Extradition Law », *International Studies in Human Rights*, vol. 17, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, p. 43 à 45. Voir également Joyce c. *Director*, *The Law Reports, House of Lords, Judicial Committee of the Privy Council and Peerage Cases*, 1946, p. 347. Voir aussi Lotika Sarkar, « The proper law of crime in international law », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 11, 1962, p. 446.

³ Voir D. W. Bowett, « Jurisdiction: Changing patterns of authority over activities and resources », *BYBIL*, vol. LIII, 1982, p. 1.

⁴ Le principe de la personnalité passive autorisait l'État à exercer sa juridiction pour des infractions commises contre ses nationaux; à titre d'exemple, voir l'affaire du « *Lotus* » (décision du 7 septembre 1927, arrêt n° 9, C.P.J.I. Série A n° 10) dans laquelle la Turquie a exercé sa juridiction sur le capitaine français; l'affaire Cutting de 1886, dans laquelle le Mexique a exercé sa juridiction sur un ressortissant des États-Unis (J. Dumas, « La responsabilité des États à raison des crimes et délits commis sur leur territoire au préjudice d'étrangers », *Recueil des cours... 1931-II*, Paris, Sirey, 1932, t. 36, p. 189 et 190). La France et les États-Unis ont depuis lors adopté une législation en vertu de laquelle ils exercent désormais également leur juridiction dans des cas analogues (pour la France, voir Code de procédure pénale, 1975, art. 689, sect. 1). Pour la pratique des États-Unis, voir les développements sur l'affaire de Fawaz Yunis, ressortissant libanais, dans Andreas F. Lowenfeld, « U.S. law enforcement abroad: The Constitution and international law », *AJIL*, vol. 83, n° 4, 1989, p. 880.

2. L'exercice d'une juridiction extraterritoriale est jugé inévitable et même souhaitable en raison de :

a) L'interdépendance de la communauté internationale qui nécessite l'extension de la compétence législative de l'État au-delà de ses frontières pour réglementer des activités transnationales qui ont un effet profond sur lui ou dont il a lieu de se préoccuper⁵;

b) La nécessité d'éviter que des criminels ne trouvent refuge à l'étranger⁶;

c) La nécessité de réglementer et de contrôler les activités d'entités qui ont essaimé dans différentes parties du monde en y établissant des filiales, formant ainsi un réseau s'étalant sur plusieurs juridictions sans qu'aucune d'elles n'en ait véritablement le contrôle⁷;

d) Des impératifs de la coopération internationale en vue de donner pleinement effet à des obligations bilatérales ou multilatérales⁸.

3. L'opinion des auteurs sur le point de savoir si l'exercice d'une juridiction extraterritoriale est acceptable ou raisonnable dépend de deux éléments :

⁵ Déjà en 1935, il était reconnu dans « Jurisdiction with respect to crime », *AJIL*, vol. 29, *Supplement*, n° 3, Part II, 1935, p. 435, qu'en raison des facilités accrues de communication et de transport les possibilités de commettre des infractions dont les éléments constitutifs étaient localisés dans plus d'un État s'étaient rapidement développées; et, compte tenu de cet état de choses, il était suggéré de scinder le principe territorial en un principe subjectif et un principe objectif.

⁶ Voir l'affaire portée récemment devant le Privy Council du Royaume-Uni *Liangsirprasert c. United States*, *The Law Reports 1991, Appeal Cases*, p. 225.

⁷ Les ouvrages sur les problèmes posés par les sociétés ou entreprises multinationales sont légion. Voir *Sociétés transnationales. — Bibliographie sélective*, (ST/LIB/SER.B/17) [publications des Nations Unies, numéro de vente : E/F.75.I.5]; et la déclaration de l'OCDE de 1976 dans *Investissement international et entreprises multinationales. — Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales*, OCDE, 1986; pour le projet de code de conduite sur les sociétés transnationales, voir E/C.10/1982/6, annexe IV. Voir Cynthia Day Wallace, *Legal Control of the Multinational Enterprise: National Regulatory Techniques and the Prospects for International Controls*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1982.

Pour des développements sur les diverses questions juridiques touchant l'extraterritorialité et faisant intervenir une société mère et ses filiales, voir F. A. Mann, « The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years », *Recueil des cours... 1984-III*, vol. 186, p. 9 et suiv., notamment p. 56 à 66.

⁸ L'exercice de la juridiction extraterritoriale est un élément essentiel des conventions bilatérales ou multilatérales récentes concernant l'extradition, la prévention des détournements d'aéronefs, les infractions dans le domaine de l'aviation civile et la protection des personnes diplomatiques. L'État est également tenu d'exercer une juridiction extraterritoriale pour s'acquitter de ses obligations envers l'ensemble de la communauté internationale, connues sous le nom d'obligations *erga omnes*. Selon la jurisprudence de la CIJ, l'exercice d'une telle juridiction est fondé dans les cas suivants : actes d'agression, génocide, violations des principes et règles concernant les droits fondamentaux de la personne humaine, y compris la protection contre l'esclavage et la discrimination raciale. La Cour a également statué que certains des droits de protection correspondants font désormais parti du droit international général; d'autres sont conférés par des instruments internationaux à caractère universel ou quasi universel. Voir l'arrêt rendu dans l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase*, arrêt (C.I.J. Recueil 1970, p. 32).

- a) La nature de la juridiction : civile ou pénale⁹; et
- b) Le type de juridiction : législative, judiciaire ou coercitive¹⁰.

4. Les auteurs ont livré leur réflexion à ce sujet dans le cadre des questions ci-après¹¹:

- a) Principes concernant la juridiction;
- b) Souveraineté et non-ingérence;
- c) Lien véritable ou substantiel entre l'État et l'activité réglementée;
- d) Ordre public, intérêt national;
- e) Absence d'accord sur des interdictions restreignant le droit des États d'étendre leur juridiction;
- f) Réciprocité; rétorsion; et
- g) Promotion du respect du droit.

5. Au niveau des principes, plusieurs questions se posent :

a) Jusqu'où et dans quelles limites un État doit-il exercer sa juridiction sur un étranger pour des actes localisés en dehors de son territoire alors que cet étranger relève, pour les mêmes actes, de la juridiction de l'État dont il a la nationalité ou de quelque autre État¹² ?

b) Un État est-il fondé à exercer dans les zones maritimes situées au-delà de sa zone côtière — la mer territo-

riale, la zone contiguë, la zone économique, le plateau continental et la haute mer — la même autorité et le même contrôle à l'égard des activités d'un étranger que si ces activités étaient menées sur son propre territoire¹³ ?

c) La nature de la juridiction qu'un État exerce sur des zones maritimes doit-elle être strictement limitée au type d'autorité que le droit international lui reconnaît sur ces zones ou secteurs ou l'exercice de sa juridiction peut-il être considéré comme raisonnable, et donc acceptable, en l'absence d'une revendication de juridiction concurrente mieux fondée¹⁴ ?

d) Un État peut-il se prévaloir de sa souveraineté pour exercer son autorité et son pouvoir sur des fleuves, des canaux et d'autres ressources dans les limites de sa juridiction territoriale, sans se soucier des effets négatifs que cet exercice pourrait avoir pour d'autres États, en particulier dans le cas des fleuves et canaux qui traversent plus d'un État¹⁵ ?

e) À l'inverse, un État ainsi affecté ou susceptible de l'être peut-il prescrire dans sa législation nationale certaines normes de comportement pour d'autres États et leurs ressortissants et prétendre exercer les fonctions juridictionnelle et exécutive pour en assurer l'application¹⁶ ?

f) Quelles devraient être les limites de l'exercice de la juridiction sur la base des principes des « effets », de la « personnalité passive » ou de la « personnalité active »¹⁷ ?

g) Quels facteurs devraient être déterminants pour résoudre les conflits de juridictions, par exemple lorsqu'un comportement prescrit par un État est interdit par un autre¹⁸ ?

⁹ Pour I. Brownlie, la distinction entre juridiction civile et juridiction pénale n'importe guère à cet égard; voir *Principles of Public International Law*, 4^e éd., Oxford, Clarendon Press, 1990, chap. XIV, p. 299. Toutefois, voir R. Y. Jennings « Extraterritorial jurisdiction and the United States Antitrust Laws » BYBIL, vol. XXXIII, 1957, p. 146. L'auteur établit une distinction entre les affaires élémentaires d'atteinte directe à la vie, à l'intégrité de la personne ou aux biens, comme l'homicide, et d'autres affaires faisant intervenir uniquement un élément de préjudice indirect présumé (comme les affaires de violation de la législation antitrust) et soutient que, si dans le premier cas l'exercice extraterritorial de la juridiction pénale est acceptable, dans le second, on s'engagerait sur « une pente savonneuse » en appliquant la formule des « effets » car cela reviendrait pratiquement à cautionner l'idée d'une juridiction extraterritoriale illimitée. Voir également « Extraterritorial application of restrictive trade legislation: Jurisdiction and international law », dans *Report of the Fifty-first Conference, Tokyo, 1964*, Londres, 1965, p. 304 et suiv.

¹⁰ De nombreux auteurs traitent séparément des problèmes liés à l'extraterritorialité que pose chacun des trois types de compétence. Voir Mann, *loc. cit.* (*supra* note 7). Brownlie récuse cette distinction également [*op. cit.* (*supra* note 9), p. 310].

¹¹ A. M. Stuyt, *The General Principles of Law as Applied by International Tribunals to Disputes on Attribution and Exercise of State Jurisdiction*, La Haye, Martinus Nijhoff, 1946; Mann, « The doctrine of jurisdiction in international law », *Recueil des cours...* 1964-I, vol. III, p. 1; M. Akehurst, « Jurisdiction in international law », BYBIL, 1972-1973, vol. XLVI, p. 145; A. F. Lowenfeld, « Public law in the international area : Conflict of laws, international law and some suggestions for their interaction », *Recueil des cours...* 1979-II, vol. 163, p. 311; M. S. McDougal, « Jurisdiction » dans R. B. Lillich et J. N. Moore, eds, *Readings in International Law from the Naval War College Review 1947-1977*, U. S. Naval War College International Law Studies, Newport (R. I.), vol. 62, 1980, p. 634.; A. V. Lowe, « The problems of extraterritorial jurisdiction: Economic sovereignty and the search for a solution », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 34, 4^e partie, 1985, p. 724, et D. E. Rosenthal, « Jurisdictional conflicts between sovereign Nations », *The International Lawyer*, vol. 19, n° 2, 1985, p. 487.

¹² Pour des développements sur les questions qui se posent à cet égard, voir P. M. Roth, « Reasonable extraterritoriality: Correcting the « balance of interest », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41, 2^e partie, 1992, p. 245.

¹³ Voir L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 8^e éd., Londres, Longmans, Green, 1955, vol. I, sect. 141, 202, 203, 205 et 287 à 298. Voir, pour des développements concernant la juridiction sur les zones maritimes, McDougal et Burkee, *The Public Order of the Oceans: A Contemporary International Law of the Sea*, Londres, Yale University Press, 1986, et P. Sreenivasa Rao, *The Public Order of Ocean Resources: A Critique of the Contemporary Law of the Sea*, Cambridge (Mass.), The MIT Press, 1975.

¹⁴ Voir, par exemple, N. M. Hunnings, « Pirate broadcasting in European waters », *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 14, 1965, p. 410; P. Sreenivasa Rao, « The Seabed Arms Control Treaty: Study in the contemporary american uses of the sea », *Journal of Maritime Law and Commerce*, vol. 4, 1972, p. 67.

¹⁵ Voir les travaux de la Commission du droit international sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation.

¹⁶ Voir J. L. Brierly, *The Law of Nations*, 6^e éd. rev. par H. Waldock, éd., Oxford, Clarendon Press, 1963.

¹⁷ « Extraterritorial effects of administrative, judicial and legislative acts », *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, North-Holland, 1987, p. 155 et suiv., notamment p. 158 à 161.

¹⁸ Pour un échange de vues intéressant entre le juge Wilkey, qui a statué sur l'affaire *Laker Airways Ltd. c. Sabena, Belgian World Airlines* (*Federal Reporter, Second Series*, vol. 731, United States Court of Appeals, District of Columbia Circuit, p. 909) et M. M. Lowenfeld et Henkens, qui tous ont participé à l'élaboration de l'article 403 du *Restatement of the Law (Second): The Foreign Relations Law of the United States*, qui propose la mise en balance des intérêts nationaux et le caractère raisonnable comme critères pour retenir la compétence des tribunaux des États-Unis en cas de compétence simultanée des tribunaux d'un autre État et/ou de conflit de juridictions, voir H. G. Maier, « Resolving extraterritorial conflicts or « There and back again », *Virginia Journal of International Law*, vol. 25, n° 1, 1984, p. 7.

h) Des politiques uniformes peuvent-elles être prescrites pour maîtriser les effets extraterritoriaux de la législation nationale¹⁹ ?

i) Quel rôle devrait revenir au droit international pour résoudre les conflits de juridictions mettant en jeu essentiellement les droits privés ou personnels d'individus par opposition aux intérêts publics d'un État ? En d'autres termes, quelle est la juste relation entre, d'une part, les principes du droit international public et du droit international privé et, d'autre part, ceux du droit international et du droit interne (ou national)²⁰ ?

j) Est-il admissible qu'un État, ses fonctionnaires ou ses agents « prennent eux-mêmes les choses en main » pour assurer l'application de la législation et des politiques de cet État face à l'opposition, au manque de coopération, à l'indifférence ou au comportement dilatoire d'États étrangers ou pour éviter les retards qu'entraînerait inmanquablement la présentation d'une demande par la voie diplomatique ou devant les organes administratifs ou judiciaires desdits États²¹ ?

k) Quels types de recours sont ouverts ou devraient l'être en cas d'exercice abusif de sa juridiction par un État²² ?

6. Ces problèmes ou questions de principe sont traités dans la législation de plusieurs États — États-Unis d'Amérique, États européens, droit pénal d'États et de la Communauté européenne, ainsi que dans certaines conventions multilatérales et déclarations de l'ONU, et dans la jurisprudence de cours internationales et de tribunaux nationaux²³.

7. La doctrine concernant l'application extraterritoriale de la législation nationale demeure indéfinie. Des principes uniformes ou universellement admis font défaut à cet égard. Quant à l'interprétation et à l'application des principes qui existent, elles sont essentiellement laissées aux tribunaux dans chaque cas d'espèce et elles varient selon le domaine ou la question en litige.

8. Le principe de base, toutefois, est que toutes les législations nationales ont, *prima facie*, un caractère territorial²⁴. Dans l'affaire du « *Lotus* », tout en admettant ce principe, la CPIJ constatait que plusieurs États étaient en faveur d'une application extraterritoriale de leur légis-

lation nationale et qu'aucune règle de droit international ne s'opposait à une telle position²⁵. Le juge Learned Hand semble s'être fondé sur cette opinion de la CPIJ pour conclure, dans l'affaire *Alcoa*, qu'il était légitime de placer sous l'empire d'une loi des États-Unis — la loi Sherman — des activités menées par des étrangers en dehors des États-Unis, mais qui avaient des effets ou des conséquences aux États-Unis²⁶.

9. Le critère de l'effet a également été invoqué par les États-Unis et d'autres pays pour faire passer sous l'empire de leurs lois des activités touchant leurs intérêts (y compris les intérêts de leurs ressortissants). Cette position repose sur le principe de la territorialité objective, qui est considéré comme une extension du principe de la territorialité.

10. Bien que l'application du principe de la territorialité objective soit en règle générale jugée acceptable²⁷, en particulier en cas de préjudice matériel²⁸, les opinions sont partagées en ce qui concerne les conditions dans lesquelles l'application du critère de l'effet peut être considérée comme raisonnable. En fait, dans plusieurs domaines, les faillites²⁹, les ententes et abus de position dominante³⁰, les transports maritimes³¹, la fiscali-

²⁵ Voir *supra* note 4.

²⁶ Voir l'affaire *United States c. Aluminium Co. of America et al.* (*Federal Reporter, Second Series*, vol. 148, 1945, p. 416), dans laquelle le juge Learned Hand a fait observer qu'il est établi en droit que tout État peut tenir même des personnes qui ne lui doivent aucune allégeance responsables de leur conduite en dehors de ses frontières si celle-ci a, à l'intérieur de ses frontières, des conséquences qu'il réprouve.

Voir également *Continental Ore Co. et al. c. Union Carbide and Carbon Corp. et al.* (*United States Reports*, 1962, vol. 370, p. 690); et *United States c. Watchmakers of Switzerland Information Centre* (*Federal Supplement*, 1955, vol. 133, United States District Court of New York, p. 40).

²⁷ Voir M. K. Nawaz, « Criminal jurisdiction and international law », *The Indian Year Book of International Affairs* (Madras), 1952, p. 210, pour des développements sur l'application extraterritoriale du Code pénal indien de 1860 qui demeure largement en vigueur même de nos jours, et pour une analyse des autres principes, dont le principe de la territorialité objective, sur la base d'affaires jugées en Inde [*Emperor c. Chotalal; Wheeler c. Emperor* (*ibid.*, p. 214)], voir aussi *Mobarik Ali Ahmed c. State of Bombay, All India Reporter*, 1957; *R. c. Baxter, The All England Law Reports*, 1971, vol. 2, p. 359; *Secretary of State for Trade c. Markus*, *ibid.*, 1975, vol. 1, p. 958. Voir également C. Blakesley, « United States jurisdiction over extraterritorial crime », *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 73, 4^e partie, 1982, p. 1109; K. Dam, « Extraterritoriality, conflicts of jurisdiction », *American Society of International Law, Proceedings of the 77th Annual Meeting*, Washington (D.C.), 14-16 avril 1983, p. 370.

²⁸ Jennings, *loc. cit.* (voir *supra* note 9).

²⁹ Voir l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited* (*supra* note 8).

³⁰ K. Messen, « Antitrust jurisdiction under customary international law », *AJIL*, vol. 78, n° 4, 1984, p. 783.

³¹ Mann, « The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years » (voir *supra* note 7), p. 21 à 94; *Mogul Steamship Company, Limited c. McGregor, Gow & Company, The Law Reports, House of Lords, Judicial Committee of the Privy Council and Peerage Cases*, 1892, p. 25 qui traite de la législation du Royaume-Uni sur les conférences maritimes. Toutefois, cette position a été récusee par les États-Unis dans certaines affaires, ce qui a abouti en 1981 à l'imposition de lourdes amendes à un certain nombre de compagnies maritimes, dont une compagnie allemande et une compagnie anglaise. Voir *BYBIL*, vol. L, 1979, p. 352, et vol. LII, 1981, p. 459. Voir aussi, à cet égard, la note adressée par un groupe de treize États aux États-Unis pour leur signifier qu'ils ne leur reconnaissent pas le droit

(Suite de la note page suivante.)

¹⁹ Mann, *loc. cit.* (voir *supra* note 7), p. 26 à 31.

²⁰ Voir O. Schachter, *International Law in Theory and Practice*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1991, p. 256 et 257; Brownlie (*supra* note 9), p. 306 et 307. Mann, « The doctrine of jurisdiction in international law » (*supra* note 11), p. 17 à 22, et « The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years » (*supra* note 7), p. 31 et 32. H. G. Maier, « Extraterritorial jurisdiction at crossroads: Intersection between public and private international law », *AJIL*, vol. 76, n° 2, 1982, p. 280.

²¹ Voir le compte rendu des débats du Congrès des États-Unis sur ce point dans A. F. Lowenfeld, « U. S. law enforcement abroad: The Constitution and international law, continued », *AJIL*, vol. 84, 1990, p. 444.

²² Voir les travaux de la Commission du droit international sur la responsabilité des États.

²³ Pour une compilation de textes et documents juridiques sur cette question, voir A. V. Lowe, *Extraterritorial Jurisdiction*, Cambridge, Grotius Publications Limited, 1983.

²⁴ *American Banana Company c. United Fruit Company, United States Reports*, vol. 213, *Cases adjudged in the Supreme Court*, 1909, p. 347.

té³², la nationalité³³, la divulgation des pièces³⁴, la reconnaissance des actes faits à l'étranger³⁵ —, l'application de ce critère ou la mise en avant par un État de ses intérêts nationaux pour revendiquer l'exercice de sa juridiction a été source de controverses. Les États-Unis, l'Allemagne et la Communauté européenne, notamment, sont favorables à l'application du critère de l'effet pour justifier l'exercice de la juridiction dans le domaine des ententes et abus de position dominante³⁶. Le Royaume-Uni et plusieurs autres pays sont opposés à cette position³⁷. Le Japon s'est opposé aux tentatives des États-Unis d'étendre le domaine d'application de leurs lois pour régler des conférences maritimes localisées essentiellement en dehors des États-Unis³⁸. Le Royaume-Uni et plusieurs autres pays ont également adopté des lois qui refusent de faire place à la législation des États-Unis³⁹. Le Royaume-Uni, en outre, a adopté le *clawback remedy* qui donne à une certaine catégorie de défendeurs dans une procédure à l'étranger accès aux tribunaux du Royaume-Uni pour obtenir le paiement de la

(Suite de la note 31.)

de soumettre à leur législation des événements et activités qui ont lieu, en tout ou en grande partie, sur le territoire d'autres États (BYBIL, vol. XLIX, 1978, p. 386). Selon Mann, les conférences maritimes offrent un exemple de choix du fonctionnement de la « théorie des effets » (p. 92).

³² Voir l'article 7 de la loi allemande; l'article 482 de l'International Revenue Code des États-Unis; l'article 80 de l'English Finance Act de 1984 qui autorise, sous réserve de diverses conditions, la répartition des bénéfices des filiales entre les actionnaires et leur soumission à l'impôt. Voir aussi l'article 38 du Finance Act du Royaume-Uni de 1973 et l'article 12 du Capital Gains Tax Act de 1979, aux termes duquel les bénéfices réalisés par les compagnies pétrolières en dehors du Royaume-Uni sont considérés comme des bénéfices rapatriés au Royaume-Uni par une succursale ou une agence. Voir aussi F. K. Juenger, « Conflict of laws: A critique of interest analysis », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 32, n° 1, 1984.

³³ Voir l'affaire « *The Antelope* » (*Reports of Cases Argued and Adjudged in the Supreme Court of the United States*, vol. X, 1825, p. 66), dans laquelle le Président de la Cour suprême, le juge Marshall, a statué qu'un tribunal des États-Unis n'avait pas compétence à l'égard d'un navire étranger accusé de pratiquer la traite des esclaves — prohibée par la législation des États-Unis — « aussi odieux que ce trafic puisse être », rejetant par là l'application extraterritoriale des lois des États-Unis à un navire étranger, sur la base du critère des nationalités. Voir aussi, toutefois, l'affaire *U. S. c. La Jeune Eugénie* (*Federal Cases, Circuit Court, District of Massachusetts*, 1822, vol. 26, p. 832), dans laquelle le juge Story a statué que la traite des esclaves violait le droit des gens et n'échappait donc pas à la compétence judiciaire des États-Unis. Voir aussi l'affaire *Foley Bros., Inc. c. Filardo* (*United States Reports*, vol. 336, 1949, p. 281), dans laquelle la Cour a statué que la loi fixant à huit heures la durée de la journée de travail ne s'appliquait pas à un citoyen américain travaillant à l'étranger dans le cadre d'un contrat conclu entre le Gouvernement des États-Unis et un entrepreneur privé. Pour des développements sur ces affaires et d'autres aspects, voir la note « Constructing the State extraterritorially: Jurisdictional discourse, the national interest, and transnational norms », *Harvard Law Review*, vol. 103, n° 6, 1990, p. 1273 et suiv., notamment p. 1288 et 1289.

³⁴ Roth, *loc. cit.* (voir *supra* note 12), p. 249 et 250. Voir aussi « Australia: Foreign Proceedings (Prohibition of Certain Evidence) Act, 1976 », dans Lowe, *op. cit.* (*supra* note 23), p. 79.

³⁵ Oppenheim, *op. cit.* (voir *supra* note 13), chap. IV, p. 371. Voir aussi *Banco Nacional de Cuba c. Sabbatino, Receiver* (*United States Reports*, vol. 376, 1964, p. 398).

³⁶ Roth, *loc. cit.* (voir *supra* note 12), p. 245 à 249, 260 à 265.

³⁷ Brownlie, *op. cit.* (*supra* note 9), p. 311 à 314.

³⁸ Voir Lowe, *op. cit.* (*supra* note 23), p. 121.

³⁹ Voir les documents reproduits dans Lowe, *ibid.*, 2^e partie, p. 79 et suiv., et Bowett, *loc. cit.* (*supra* note 3), p. 22 à 24.

part des dommages-intérêts triples ou multiples, accordés par le tribunal étranger, qui excède les dommages et intérêts compensatoires normaux⁴⁰.

11. Vu toute cette série de conflits, on a essayé de définir ce qui constitue un exercice extraterritorial raisonnable de leur juridiction par les États. Pour qu'un tel exercice de la juridiction soit raisonnable, il faut que l'effet dans les limites du territoire de l'État soit appréciable et qu'il soit le résultat direct et prévisible de l'activité menée à l'étranger⁴¹. Selon un autre point de vue, il faut un lien substantiel et authentique ou véritable⁴². Des tribunaux ont également cherché à mettre en balance les intérêts nationaux pour déterminer si un tel exercice de la juridiction se justifiait⁴³. Le *Restatement* de l'American Law Institute proposait une série de facteurs à prendre en considération pour apprécier si l'exercice de la juridiction extraterritoriale était raisonnable en cas de contre-revendications de juridiction fondées sur le principe de la territorialité ou de la nationalité⁴⁴. Plusieurs autres facteurs — intérêts nationaux vitaux, considérations de politique étrangère ou de relations extérieures, droit international ou *comitas*, limites du pouvoir judiciaire, réciprocité, détresse de l'individu concerné, contrôle exercé par l'entité mère sur ses filiales — ont également été jugés pertinents pour apprécier le caractère raisonnable de l'exercice de la juridiction extraterritoriale⁴⁵.

⁴⁰ Roth, *loc. cit.* (voir *supra* note 12), p. 252. Voir aussi l'affaire *British Nylon Spinners Limited c. Imperial Chemical Industries Limited* (*The All England Law Reports*, vol. 2, 1952, p. 780), dans laquelle un tribunal du Royaume-Uni a interdit à Imperial Chemical Industries de se séparer des brevets pour lesquels cette société avait passé un contrat de licence avec British Nylon Spinners, en repraisailles du jugement rendu par un tribunal des États-Unis dans l'affaire *United States c. ICI*. Dans le litige concernant un contrat d'uranium de la société Westinghouse Electric (ILM, vol. 17, n° 1, 1978, p. 38) [2 décembre 1977], la Chambre des lords a refusé qu'il soit donné suite à une commission rogatoire délivrée par un tribunal des États-Unis, au motif que les tribunaux anglais n'ont pas à coopérer à des investigations visant à faire la lumière sur le respect d'obligations extraterritoriales imposées par les lois antitrust des États-Unis.

⁴¹ *Restatement of the Law (Second): The Foreign Relations Law of the United States*, The American Law Institute, St. Paul (Minn.), 1987.

⁴² Brownlie, *op. cit.* (*supra* note 9), p. 310.

⁴³ Pour une analyse critique, voir K. Brewster, *Antitrust and American Business Abroad*, New York, McGraw-Hill, 1958, qui propose le concept de « règle juridictionnelle de la raison », et Bowett, *loc. cit.* (*supra* note 3), p. 18 à 22.

⁴⁴ *Restatement of the Law (Third): The Foreign Relations Law of the United States*, vol. 2, The American Law Institute, St. Paul (Minn.), 1987.

⁴⁵ *Mannington Mills Inc. c. Congoleum Corporation*, *Federal Reporter, Second Series*, vol. 595, 1979, p. 1287; voir *Timberlane Lumber Co. c. Bank of America*, *ibid.*, vol. 549, 1977, p. 597. Toutefois, dans le litige concernant le contrat d'uranium de la société Westinghouse (voir *supra* note 40), le tribunal des États-Unis a renoncé à mettre en avant la considération de *comitas* — la prise en compte de l'intérêt de l'État étranger — et a ramené la portée des investigations à trois éléments : la complexité de l'action, la gravité des accusations et le comportement récalcitrant du défendeur étranger. Pour les critiques portées par la Communauté économique européenne à l'encontre du Gouvernement des États-Unis pour son manquement au droit international et la non-application du critère de la mise en balance des intérêts à propos de la fourniture de matériaux pour le gazoduc soviétique, voir ILM, vol. 21, n° 4, 1982, p. 891.

Les États-Unis, outre qu'ils laissent les États étrangers intervenir dans des affaires présentant un conflit d'intérêts nationaux en déposant des mémoires à titre d'*amicus curiae*, donnent à ces États accès à leurs tribunaux pour faire valoir des prétentions fondées sur une viola-

12. Des États ont, par ailleurs, passé des accords, formels ou informels, pour coordonner leurs politiques, promouvoir leur coopération et institutionnaliser l'attitude à adopter face à une revendication de juridiction extraterritoriale de l'autre partie. Mais la plupart de ces accords n'avaient qu'une portée limitée et d'autres restaient d'application largement facultative⁴⁶.

13. Les tribunaux se sont, dans certaines affaires, déclarés dans l'incapacité de départager des intérêts nationaux divergents⁴⁷. Des États ont fait valoir que ces questions ne pouvaient être laissées aux tribunaux nationaux qui, en dernière analyse, ne pouvaient être guidés que par leur législation et leurs intérêts nationaux⁴⁸. Cela étant, on a estimé qu'il y avait tout intérêt à codifier et développer le droit international concernant l'exercice de la juridiction extraterritoriale⁴⁹.

14. Les enlèvements pratiqués récemment en territoire étranger pour faire comparaître les intéressés devant les tribunaux des États-Unis pour des crimes liés au terrorisme et au trafic de stupéfiants soulignent l'urgence de la question de la juridiction extraterritoriale⁵⁰. Ces enlèvements illégaux ont été condamnés par plusieurs États qui y voient une violation de leur souveraineté, de leur législation nationale et des droits de l'homme. Plusieurs pays ont prié l'Assemblée générale de l'ONU de deman-

der à la CIJ de rendre un avis consultatif sur ces affaires⁵¹.

15. Les questions concernant la juridiction extraterritoriale ont aussi pris de l'importance et exigent une réponse globale et conceptuelle : a) du fait des activités menées par les États dans l'espace et sur les corps célestes, dans les zones maritimes et dans l'Antarctique; b) de leur désir de lutter contre le terrorisme et le trafic de stupéfiants et de contrôler les mouvements transnationaux de personnes et les opérations des entreprises multinationales; c) des revendications des pays en développement qui veulent que des technologies leur soient transférées ou vendues sans que des restrictions ne soient apportées à leur droit de céder librement à des tiers les produits ou services obtenus au moyen de ces technologies⁵²; d) et de la nécessité pour les États de rechercher la sécurité et l'indépendance et de jouir de leur souveraineté. Il faudra aussi sans doute examiner les problèmes soulevés par la juridiction extraterritoriale dans le contexte de l'interdépendance mondiale, des atteintes transnationales à l'environnement, de la gestion des cours d'eau internationaux, de la préservation de l'environnement et de la biodiversité, de l'endigement de la croissance démographique et de l'éradication de la pauvreté. Les divers principes en matière de compétence — le principe d'universalisme, celui de la personnalité, active ou passive, et celui des effets — comportent tous des éléments d'application extraterritoriale des législations nationales. Ils doivent être analysés et considérés en bloc comme constituant une exception au principe de base, qui est le principe de la territorialité.

16. Compte tenu de ce qui précède, l'importance et l'opportunité d'une étude par la CDI au sujet de l'application extraterritoriale des législations nationales apparaît à l'évidence. La pratique des États, la jurisprudence, les lois nationales, les traités internationaux ainsi que les études critiques de toutes sortes et les sugges-

tion présumée des lois antitrust. Voir *Pfizer Inc. et al. c. Government of India et al.*, ILM, vol. 17, n° 1, 1978, p. 93.

Voir aussi l'article 418 (2) du *Restatement of the Law (Second)* qui établit la juridiction des États-Unis sur les sociétés de droit étranger dont une part suffisamment importante du capital est détenue par des ressortissants des États-Unis pour qu'elles soient nettement sous leur contrôle. Voir Mann (*supra* note 7), chap. III.

⁴⁶ Voir Mann, *ibid.*, et Lowe, *op. cit.* (*supra* note 23). Il convient aussi de mentionner diverses conventions internationales ou divers traités internationaux ayant trait au terrorisme et à l'extradition, au trafic de stupéfiants et à la double imposition.

⁴⁷ *Laker Airways Ltd. c. Sabena, Belgian World Airlines* (voir *supra* note 18). Voir aussi *Argentine Republic c. Amerasia Shipping Corporation and Others* (*International Law Reports*, vol. 81, 1990, p. 658) : face au silence du Congrès sur la question de l'application extraterritoriale des lois, les tribunaux invoquent la présomption contre l'extraterritorialité. Voir *Harvard Law Review* (*supra* note 33), p. 1279 et 1280, note 43.

⁴⁸ Pour le point de vue du Royaume-Uni, voir la note du 21 juin 1982 dans BYBIL, vol. LIII, 1982, p. 433. Voir aussi l'affaire *Satya c. Teja Singh* (*All Indian Reports*, 1975), dans laquelle la Cour suprême de l'Inde a statué que toute affaire portée devant un tribunal indien doit être tranchée conformément au droit indien. Il ne peut être fait place à une loi étrangère en raison de la présence d'éléments d'extranéité que si l'application de ladite loi n'est pas contraire à l'ordre public indien. Se référant à la position du Département d'État des États-Unis qui préconise aux tribunaux des États-Unis la retenue pour ce qui est de la revendication d'une compétence extraterritoriale [voir *American Society of International Law, Proceedings of the 71st Annual Meeting*, San Francisco (Ca.), 21-23 avril 1977, p. 214 et suiv.], Bowett soutient qu'une telle approche n'aboutirait pas à des résultats satisfaisants et ne serait pas suffisante. Pour les divers arguments avancés à l'appui de cette thèse, voir Bowett, *loc. cit.* (*supra* note 3), p. 21 et 22.

⁴⁹ Voir Mann, *loc. cit.* (*supra* note 7), et Roth, *loc. cit.* (*supra* note 12).

⁵⁰ Pour une documentation, y compris les décisions judiciaires, sur l'affaire Alvarez Machain opposant les États-Unis au Mexique [*International Legal Materials*, Washington (D.C.), vol. 31, n° 4, juillet 1992, p. 900 et suiv.], voir *Limits to National Jurisdiction*, 1992; s'agissant de l'illégalité des enlèvements, voir Lowenfeld, *loc. cit.* (*supra* note 21).

⁵¹ Pour la demande adressée au Secrétaire général des Nations Unies par les représentants de plusieurs pays d'Amérique latine, du Portugal et de l'Espagne, voir les documents A/47/249 et Add.1.

⁵² Voir les problèmes créés par l'embargo imposé par les États-Unis sur l'envoi en Union soviétique de biens ou de technologies pour la construction d'un gazoduc entre l'Union soviétique et l'Europe. H. E. Moyer et L. A. Mabry, « Export controls as instruments of foreign policy » dans *Law and Policy in International Business*, vol. 15, n° 1, 1983, p. 1; voir aussi Mann, *loc. cit.* (*supra* note 7), p. 60 à 63.

La position des États-Unis n'est pas cohérente, même en ce qui concerne les embargos et les boycottages. Voir le jugement du 10 janvier 1977 rendu dans l'affaire *United States of America c. Bechtel Corporation* (District Court for the Northern District of California Stipulation and Final Judgment, dans ILM, vol. 16, n° 1, 1977, p. 95), qui interdit l'application, sur le territoire des États-Unis, du boycottage imposé par les Arabes contre Israël. Comparer ce jugement avec la position adoptée par les États-Unis en ce qui concerne les embargos commerciaux contre la Chine, Cuba et le bloc soviétique, pour l'application desquels ils prétendent donner une portée extraterritoriale à leur Foreign Assets Control Regulations Act et à leur Export Control Act de 1949. Voir P. H. Silverstone, « The Export Control Act of 1949: Extraterritorial enforcement », *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 107, n° 3, 1959, p. 331 et « International boycotts and embargoes », *American Society of International Law* (*supra* note 48), p. 170 à 182.

Sur l'iniquité de l'universalisation des sanctions prévues dans la loi Super 301 des États-Unis et le système de rétorsion croisée proposé dans le contexte des négociations d'Uruguay, voir B. S. Chimni, « Political economy of the Uruguay Round of Negotiations: A perspective », *International Studies*, vol. 29, n° 2, 1992, p. 156 à 158.

tions d'auteurs sur ce sujet ne manquent pas. Une telle étude ne ferait intervenir aucune considération idéologique et serait susceptible d'intéresser tous les États, quelle que soit leur persuasion. La Commission n'aurait pas besoin d'orienter, d'entrée de jeu, ses travaux dans la perspective de l'élaboration d'une convention. Ne serait-ce qu'une loi type ou une compilation de principes directeurs pourrait contribuer à la codification et au développement progressif du droit dans cet important domaine du droit international. Une telle étude apporterait, en outre, un complément utile aux travaux réalisés par la CDI en vue de la codification et du développement progressif du droit dans d'autres domaines, comme la res-

ponsabilité des États, la responsabilité pour dommages transfrontières, le projet de code des crimes et la création d'une juridiction pénale internationale.

17. Enfin, une étude sur le sujet de la juridiction extra-territoriale pourrait donner l'occasion d'examiner les rapports et la démarcation entre, d'une part, droit international public et droit international privé et, d'autre part, droit international et droit interne⁵³.

⁵³ Voir sir Anthony Mason, « The relationship between international law and national law, and its application in national courts », *Commonwealth Law Bulletin* (Londres), vol. 18, n° 2, 1992, p. 750.

Droit des eaux souterraines (captives) internationales, par M. Alberto Szekely

1. Le volume total d'eau de la planète, qui est invariable et représente environ 1,4 milliard de kilomètres cubes, est constitué à 97,3 % d'eau de mer salée. L'eau douce ne représente que 2,7 % du total. Les calottes polaires et les glaciers contiennent 77,2 % des réserves en eau douce de la planète, le reste se composant d'eaux souterraines (22,4 %), de l'eau des lacs et des cours d'eau (0,36 %) et d'eau à l'état gazeux que l'on trouve essentiellement dans l'atmosphère (0,04 %). De nombreuses formations aquifères souterraines s'étendent sous les territoires de plusieurs pays.

2. Si près de 47 % de la superficie totale des terres émergées (à l'exception de l'Antarctique) sont situés dans 165 bassins lacustres ou fluviaux internationaux, le pourcentage est encore plus élevé pour les cours d'eau souterrains transfrontières et atteint près de 60 % en Afrique et en Amérique latine.

3. Les grands aquifères transfrontières des différents continents, comme l'aquifère du nord-est de l'Afrique, situé sous les territoires de la Jamahiriya arabe libyenne, de l'Égypte, du Tchad et du Soudan, l'aquifère européen, qui s'étend sous les territoires des nombreux États riverains du Rhin, et ceux de la péninsule arabique, à cheval sur les frontières de l'Arabie saoudite, de Bahreïn, du Qatar, des Émirats arabes unis et de la Jordanie, montrent que les eaux souterraines, comme les eaux de surface, ignorent les frontières politiques, font partie de structures géologiques qui sont elles-mêmes à cheval sur des frontières internationales et alimentent, ou sont alimentées, par des cours d'eau et lacs internationaux.

4. Les prélèvements inquiétants effectués sur les nappes souterraines dans le monde augmentent régulièrement et dans de grosses proportions, en raison de l'explosion démographique, de l'accélération du développement industriel et agricole, notamment dans les zones frontalières où, en raison du développement des échanges économiques et commerciaux internationaux, les établissements humains et les zones à forte densité de population se multiplient¹. Dans de nombreux endroits, le manque d'eau ou la qualité des eaux de surface ont

contraint la population à utiliser de plus en plus les eaux souterraines, ce qui a souvent causé un pompage excessif des nappes qui a, à son tour, entraîné une dégradation de la qualité de l'eau, voire l'assèchement des puits, créant ainsi les conditions d'un conflit potentiel. Comme au Moyen-Orient, où la quasi-totalité de l'eau des systèmes fluviaux est déjà utilisée (y compris les eaux du Nil, du Jourdain, du Tigre et de l'Euphrate), de nombreuses autres zones frontalières dans le monde sont menacées par de graves pénuries d'eau. Celles-ci, allant de pair avec une détérioration de la qualité de l'eau, exerceront des pressions accrues sur les aquifères reliés à ces systèmes fluviaux et sur les aquifères transfrontières qui ne sont pas directement reliés aux eaux de surface. Le réchauffement de la planète ne peut qu'aggraver cette situation.

5. Indépendamment de ce qui précède, l'une des tâches les plus pressantes à laquelle doivent s'atteler les communautés dans des zones frontalières consiste à exploiter les eaux souterraines et à en préserver la qualité. Ceci est particulièrement vrai des grandes zones arides du monde, où l'utilisation inconsidérée et la contamination des aquifères transfrontières ont atteint des proportions alarmantes. Le volume d'eau de nombreuses nappes transfrontières diminue rapidement et de façon incontrôlable, les quantités prélevées excédant la capacité de reconstitution, et de nombreux aquifères sont devenus inutilisables après avoir été contaminés. Il faut ajouter à tous ces problèmes l'épuisement souvent irréversible des nappes et le danger que présente la réduction critique de leur capacité de reconstitution, laquelle résulte d'une utilisation abusive des sols ou d'une pollution durable causée par le déversement direct ou indirect dans les eaux souterraines de déchets et de substances hautement toxiques, ainsi que les sécheresses et les inondations — catastrophes qui affectent généralement les eaux de surface ou sont causées par elles — dont on combat souvent les effets en ayant recours aux fragiles ressources souterraines, elles-mêmes menacées par l'infiltration d'eaux polluées.

6. Indispensable à la survie de l'être humain, l'eau est la plus importante des ressources naturelles, et les conflits existants ou potentiels nés des questions d'accès à l'eau ou de préservation de sa qualité ne favorisent pas un développement international harmonieux ni le main-

¹ Voir l'évaluation faite en 1968 des perspectives démographiques mondiales dans *World Population Prospects, As Assessed in 1968* (ST/SOA/Series A/53) [publication des Nations Unies, numéro de vente : 72.XIII.4].

tien de la paix et de la sécurité. Il est donc indispensable de se doter d'un statut juridique international dans ce domaine.

7. Dans la communauté internationale, nombre d'acteurs importants, tant au niveau gouvernemental que non gouvernemental, et tout particulièrement au sein du système des Nations Unies, de plus en plus préoccupés par le danger potentiel que représentent, pour la paix internationale et pour le bien-être de l'humanité, les menaces croissantes qui pèsent sur les réserves en eaux souterraines de la planète, se sont déjà exprimés sur la question et ont donné l'alerte. Tel a été l'objet de la Conférence spécialisée interaméricaine sur les ressources naturelles renouvelables, qui s'est tenue à Mar del Plata en 1965, de la Conférence des Nations Unies sur l'eau, qui s'est tenue à Mar del Plata en 1977², de la Réunion interrégionale des organisations fluviales internationales, qui s'est tenue à Dakar en 1981³ et de la Réunion interrégionale sur la mise en valeur des bassins fluviaux et lacustres, plus particulièrement dans la région de l'Afrique, organisée par la CEA et tenue à Addis-Abeba en octobre 1988⁴, qui a recommandé aux gouvernements de reconnaître l'interdépendance et la diversité des éléments du cycle hydrologique, notamment des eaux souterraines et du contact entre eau et atmosphère.

8. La Conférence internationale sur l'eau et l'environnement, qui s'est tenue à Dublin en janvier 1992⁵, a mis l'accent sur les graves menaces et les risques de conflits qui peuvent découler de la rareté de l'eau douce et de son emploi inconsidéré et, reconnaissant l'importance primordiale de cette ressource naturelle pour l'avenir de l'humanité, a recommandé que des accords soient négociés et des principes adoptés au sujet de l'utilisation, de la conservation et de la protection des bassins hydrogéologiques partagés⁶.

9. Le Conseil d'administration du PNUE a également reconnu qu'il était nécessaire d'accorder une attention particulière aux activités ayant trait à la gestion de ces ressources transfrontières⁷.

² Voir E/CONF.70/CBP/1.

³ Voir *Expériences de mise en valeur et de gestion de bassins de fleuves et de lacs internationaux*, Actes de la Réunion interrégionale des organisations fluviales internationales, Dakar, 5-14 mai 1981, Ressources naturelles/Série Eau n° 10 (publication des Nations Unies, numéro de vente : 82.II.A.17).

⁴ *Mise en valeur des bassins fluviaux et lacustres*, Actes de la Réunion interrégionale tenue par l'Organisation des Nations Unies sur la mise en valeur des bassins fluviaux et lacustres, plus particulièrement dans la région de l'Afrique, Addis-Abeba, 10-15 octobre 1988, Ressources naturelles/Série Eau n° 20 (publication des Nations Unies, numéro de vente : 90.II.A.10).

⁵ Voir la Déclaration de Dublin sur l'eau dans la perspective d'un développement durable [*Conférence internationale sur l'eau et l'environnement. — Le développement dans la perspective du 21^e siècle, Dublin, 26-31 janvier 1992* (A/CONF.151/PC/112, annexe I)], ainsi que le septième point du Programme d'action adopté par la Conférence (ibid., annexe II, p. 47 et suiv.).

⁶ Voir les paragraphes 4.12, 4.13 et 7.6 du rapport de la Conférence (ibid., annexe II).

⁷ Voir le rapport du Conseil d'administration dans *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-quatrième session, Supplément n° 25 (A/44/25)*, notamment p. 112, décision 15/1.

10. Le programme « Action 21 », dans son chapitre consacré à l'eau, met l'accent sur l'importance des eaux souterraines, relève l'inquiétude qu'elles suscitent, et invite tous les pays à adopter des principes et à mettre en place des dispositifs institutionnels adéquats pour assurer l'utilisation rationnelle et la protection de ces ressources⁸.

11. En droit international, il existe des règles générales qui s'appliquent notamment (mais pas spécifiquement) aux aquifères transfrontières. C'est la raison pour laquelle la Conférence des Nations Unies sur l'eau a recommandé

Qu'en l'absence d'accords bilatéraux ou multilatéraux, les États Membres continuent à appliquer les principes de droit international généralement admis en ce qui concerne l'utilisation, la mise en valeur et la gestion des ressources en eau partagées⁹.

12. Compte tenu de l'évolution du droit international s'appliquant aux questions relatives à l'utilisation et à la conservation des ressources naturelles nationales, internationales et transfrontières en général, et des ressources en eau en particulier, les principes et règles pertinents s'appliquent généralement aux aquifères transfrontières simplement parce que ceux-ci constituent des ressources naturelles divisées par des frontières nationales.

13. Ainsi, il se peut que certains instruments juridiques internationaux et multilatéraux contiennent déjà dans leurs règles des références, des dispositions, voire des principes généraux applicables aux eaux souterraines (sans viser nécessairement ou spécifiquement les eaux souterraines transfrontières). On peut citer, en particulier, la Charte européenne de l'eau¹⁰, la Convention africaine pour la conservation de la nature et des ressources naturelles, la Déclaration de principe sur l'utilisation rationnelle de l'eau adoptée par la CEE [décision C (XXXIX)]¹¹, certaines directives du Conseil des communautés européennes ou la Déclaration de principe sur la prévention de la pollution des eaux et sur la lutte contre cette pollution, adoptée par la CEE en 1980. Un comité de la CEE a approuvé en 1985 un ensemble de principes plus directement liés aux eaux souterraines et traitant, notamment, de l'infiltration d'eau de mer dans les aquifères côtiers, de la réalimentation artificielle de l'aquifère, du stockage de la chaleur dans les nappes d'eau souterraines, du traitement des eaux usées, de la pollution due à l'exploitation minière et à l'agriculture et de la pollution par la radioactivité¹². La CEE a adopté en 1987 les Principes relatifs à la coopération dans le domaine des eaux transfrontières, dans lesquels elle se déclare consciente que la prévention de la pollution transfrontière et la lutte contre cette pollution dans les nappes

⁸ A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I) [publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8], p. 7 et suiv.; voir, par exemple, les paragraphes 18.25, al. d, 18.37 et 18.39, al. a (p. 292 et 297).

⁹ *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'eau, Mar del Plata, 14-25 mars 1977* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.77.II.A.12), 1^{re} partie, chapitre 1^{er}, recommandation 93 b.

¹⁰ Adoptée le 6 mai 1968 par le Conseil de l'Europe.

¹¹ Voir *Rapport annuel de la Commission économique pour l'Europe, 24 avril 1983-14 avril 1984, Documents officiels du Conseil économique et social, 1984, Supplément n° 13, vol. I (E/1984/23-E/ECE/1083)*, chap. IV.

¹² WATER/GE.1/R.66, annexe.

phréatiques, de même que la prévention des inondations et la lutte contre ces inondations ne peuvent être menées à bien que grâce à une coopération accrue entre pays riverains¹³. Les Principes examinent en profondeur les recommandations concernant, notamment, les clauses des accords, les objectifs et critères de qualité de l'eau, les arrangements institutionnels, les fonctions des organes institutionnels, la pollution, la surveillance et le traitement des données et les systèmes d'alerte et d'alarme.

14. De toute évidence, le projet d'articles de la CDI sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eaux internationaux à des fins autres que la navigation¹⁴ représente le texte législatif officiel le plus fouillé qui concerne plus spécifiquement les eaux souterraines transfrontières. Sont toutefois exclus bon nombre d'aquifères transfrontières dans le monde, à savoir ceux que le précédent Rapporteur spécial de la Commission désigne par l'expression « eaux souterraines captives ou non liées aux eaux de surface », c'est-à-dire les aquifères non directement liés à un système d'eaux de surface international ou ne « constituant pas un ensemble unitaire avec un système d'eaux de surface du fait de leurs relations physiques » dans la mesure où ce système d'eau de surface et d'eaux souterraines n'aboutit pas à un « point d'arrivée commun »¹⁵.

15. La jurisprudence internationale ne contient pratiquement aucun précédent, même si certains cas touchent de près ou de loin la question des eaux souterraines transfrontières. Parmi celles qui en sont très éloignées, on peut citer la sentence de *Lac Lanoux*¹⁶ et le jugement rendu en 1927 par la Cour suprême du Reich, concernant l'infiltration d'eaux souterraines transfrontières venant du Danube (*Wurtemberg et Prusse c. Bade*)¹⁷.

16. Cela ne signifie pas qu'il n'existe pas de pratique établie au plan international sur cette question. Bien au contraire, on peut dresser une longue liste d'accords bilatéraux qui, d'une façon ou d'une autre, ont trait aux eaux souterraines transfrontières (il s'agit parfois d'aquifères bien déterminés)¹⁸.

¹³ Voir E/ECE/(42)/L.19, décision I (42) de 1987.

¹⁴ Pour le texte adopté provisoirement par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1991*, vol. II (2^e partie), p. 68 à 72.

¹⁵ Les termes entre guillemets sont repris directement du texte du projet d'articles.

¹⁶ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (numéro de vente : 63.V.3), p. 281.

¹⁷ *Streitsache des Landes Württemberg und des Landes Preussen gegen das Land Baden, betreffend die Donauversinkung*, Staatsgerichtshof allemand, 18 juin 1927, *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Berlin)*, vol. 116, appendice, p. 18 et suiv.

¹⁸ Citons en particulier : le Traité frontalier définitif entre la France et l'Espagne du 27 août 1785; le Traité de limites entre les Pays-Bas et le Hanovre, du 2 juillet 1824; le procès-verbal de délimitation entre la France et le canton de Neuchâtel, du 4 novembre 1824; la Convention entre l'Italie et la Suisse sur le règlement du conflit de frontière entre la Lombardie et le canton du Tessin, du 5 octobre 1861; le Traité entre l'Autriche et la Bavière, concernant le régime de la frontière et d'autres relations territoriales entre la Bohême et la Bavière, du 24 juin 1862; le Traité de limites entre l'Espagne et le Portugal, du 29 septembre 1864; l'Accord entre les Gouvernements de la Grande-Bretagne et de la France concernant la Côte somalienne, des 2 et 9 février 1888; le Traité entre la Suisse et l'Autriche-Hongrie pour le redressement du Rhin dès l'embouchure de l'Il, en amont, jusqu'à l'entrée du fleuve dans le lac de Constance, en aval, du 30 décembre 1892;

17. La doctrine établie a inspiré la publication d'un ensemble important d'ouvrages spécialisés et, notamment, deux travaux de recherche très avancés visant à codifier et à élaborer progressivement le droit international des eaux souterraines transfrontières.

l'échange de notes entre la France et le Royaume-Uni concernant la frontière entre la Côte d'Or et le Soudan français, du 8 avril 1904; l'accord relatif à la détermination de la frontière entre la Perse et la Turquie, du 21 décembre 1913; les dispositions relatives à la frontière commune à la Belgique et à l'Allemagne, arrêtées le 6 novembre 1922; le Protocole entre la France et la Grande-Bretagne déterminant la frontière entre l'Afrique équatoriale française et le Soudan anglo-égyptien; l'Accord entre l'Égypte et l'Italie concernant l'établissement des frontières entre la Cyrénaïque et l'Égypte (sur le puits de Ramla), du 6 décembre 1925; l'échange de notes constituant un accord entre les Gouvernements britannique et italien concernant la réglementation de l'utilisation des eaux de la rivière Gâch, des 12 et 15 juin 1925; le Traité entre l'Allemagne et la France portant délimitation de la frontière, du 14 août 1925; la Convention entre les Gouvernements de l'Union des Républiques socialistes soviétiques et de la Perse relative à l'utilisation commune des eaux et fleuves limitrophes, du 20 février 1926; l'arrangement entre l'Allemagne et la Belgique concernant la frontière commune, du 7 novembre 1929; le Traité de paix, d'amitié et d'arbitrage entre la République dominicaine et la République d'Haïti, du 20 février 1929; l'Accord entre la Perse et la Turquie concernant la fixation de la ligne frontière, du 23 janvier 1932; l'Arrangement entre la Belgique et le Royaume-Uni concernant les droits relatifs à l'usage des eaux à la frontière entre le Tanganyika et le Ruanda-Urundi, du 22 novembre 1934; l'Accord entre le Gouvernement fédéral autrichien et le Gouvernement de l'État de Bavière concernant le détournement des eaux du Rissbach, de la Dürrach et de la Walchen, du 16 octobre 1950; la Convention entre le Grand-Duché de Luxembourg et l'État rhéno-palatin de la République fédérale d'Allemagne concernant la construction d'une centrale hydroélectrique sur la Sûre, du 25 avril 1950; le Protocole de 1953 entre l'Albanie et la Yougoslavie réglant l'utilisation des eaux à leur frontière commune; l'Accord entre la République de Syrie et le Royaume hachémite de Jordanie relatif à l'utilisation des eaux du Yarmouk, du 4 juin 1953; l'Accord entre le Gouvernement de la République populaire fédérative de Yougoslavie et le Gouvernement de la République populaire d'Albanie relatif au régime des eaux, du 5 décembre 1955; la Convention entre la République fédérale d'Allemagne et la République française sur l'aménagement du cours supérieur du Rhin entre Bâle et Strasbourg, du 27 octobre 1956; l'Accord entre le Gouvernement de la République populaire fédérative de Yougoslavie et le Gouvernement de la République populaire hongroise relatif au régime des eaux, du 8 août 1955; l'Accord entre le Gouvernement de la République italienne et le Gouvernement de la République populaire fédérative de Yougoslavie concernant l'alimentation en eau de la commune de Gorizia, du 18 juillet 1957; le procès-verbal de la réunion des délégations de la République populaire fédérative de Yougoslavie et du Royaume de Grèce qui a eu lieu du 26 août au 1^{er} septembre 1957 pour élaborer le mode et le plan de collaboration concernant les études hydroéconomiques du bassin d'écoulement du lac de Doiran, du 1^{er} septembre 1957; la Convention entre le Grand-Duché de Luxembourg et l'État rhéno-palatin de la République fédérale d'Allemagne concernant l'aménagement d'installations hydroélectriques sur l'Our, du 10 juillet 1958; l'Accord relatif aux questions d'hydroéconomie entre le Gouvernement de la République populaire fédérative de Yougoslavie et le Gouvernement de la République populaire de Bulgarie, du 4 avril 1958; l'Accord entre la Tchécoslovaquie et la Pologne relatif à l'hydroéconomie des eaux frontières, du 21 mars 1958; la Convention du 16 novembre 1962 entre la France et la Suisse concernant la protection des eaux du lac Léman contre la pollution; l'Accord entre la Pologne et l'Union soviétique relatif à l'hydroéconomie des eaux frontières, du 17 juillet 1964; la Convention entre la République française et la République fédérale d'Allemagne sur l'aménagement du Rhin entre Strasbourg/Kehl et Lauterbourg/Neuburgweier, du 4 juillet 1969; l'Accord entre la Finlande et la Suède relatif aux fleuves frontières, du 15 décembre 1971; l'Accord de 1973 (Minute n° 242) de la Commission internationale des frontières et des eaux (États-Unis d'Amérique et Mexique) concernant les problèmes de salinité du Colorado; l'Accord de 1974 entre la République démocratique allemande et la Tchécoslovaquie; l'Accord franco-suisse du 5 mai 1977 sur l'intervention des organes chargés de la lutte contre la pollution accidentelle des eaux par les hydrocarbures ou autres substances pouvant altérer les eaux et reconnus comme tels dans le cadre de la Con-

18. Premièrement, les règles de Séoul de 1986 de l'Association du droit international relatives aux eaux souterraines internationales¹⁹ (qui font suite aux règles d'Helsinki de 1966 relatives aux utilisations des eaux des fleuves internationaux²⁰) et, deuxièmement, le projet de traité de Bellagio de 1987, beaucoup plus avancé et complet, relatif aux eaux souterraines transfrontières²¹. Ce dernier a été élaboré par une équipe d'experts du droit de l'environnement et des eaux internationales de l'International Transboundary Resources Center, de la faculté de droit de l'Université du Nouveau-Mexique, et il apparaît comme une révision du « projet de traité d'Ixtapa », publié en 1985²².

19. Le projet de traité d'Ixtapa et la révision de celui-ci par le projet de traité de Bellagio ont été étudiés de façon approfondie. Ils sont fréquemment cités et de plus en plus souvent invoqués dans les ouvrages spécialisés et les rapports, ainsi qu'au cours de manifestations ou organismes internationaux. Ils ont notamment été mentionnés à l'occasion de plusieurs sessions de l'Association du droit international, d'une session d'un comité spécial du sixième Congrès de l'Association internationale des res-

vention franco-suisse du 16 novembre 1962 concernant la protection des eaux du lac Léman contre la pollution; l'Accord de 1978 entre le Canada et les États-Unis d'Amérique relatif à la qualité de l'eau dans les Grands Lacs, du 22 novembre 1978; l'Accord entre l'Autriche et la Tchécoslovaquie en vue de régler certaines questions d'intérêt commun en matière de centrales nucléaires, du 18 novembre 1982.

¹⁹ ILA, *Report of the Sixty-second Conference, Seoul, 1986*, Londres, 1987, p. 238 et suiv.

²⁰ Règles d'Helsinki sur les utilisations des eaux des fleuves internationaux, adoptées par l'Association de droit international en 1966; voir ILA, *Report of the Fifty-second Conference, Helsinki, 1966*, Londres, 1967, p. 484 et suiv.; reproduit en partie dans *Annuaire... 1974*, vol. II (2^e partie), p. 396, doc. A/CN.4/274, par. 405.

²¹ R. D. Hayton et A. E. Utton, « Transboundary groundwaters: The Bellagio Draft Treaty », *Natural Resources Journal* (Albuquerque [N.M.]), vol. 29, n° 3, 1989, p. 663.

²² A. B. Rodgers et A. E. Utton, « The Ixtapa Draft Agreement relating to the use of transboundary groundwaters », *Natural Resources Journal* (Albuquerque [N.M.]), vol. 25, n° 3, 1985, p. 713.

sources en eau, tenu à Ottawa en mai 1988, du Colloque Domon sur le droit des cours d'eau internationaux, tenu à la faculté de droit de l'Université du Colorado à Boulder en octobre 1991, de la Conférence de travail trinationale et de la Réunion internationale sur l'expérience nord-américaine en matière de gestion des systèmes hydrographiques internationaux, tenus respectivement dans l'île de Gasparilla en avril 1991 et à Bellagio en décembre 1992.

20. Non seulement le projet de traité de Bellagio, par son niveau de détail et de précision, épargnera beaucoup de temps et d'efforts de recherche à la CDI, mais il servira en outre de point de départ à l'élaboration d'un projet de convention, et des projets de règles dans la mesure où c'est un document de travail qui jouit déjà d'un solide prestige international.

21. La contribution la plus importante du projet de traité de Bellagio est d'avoir d'ores et déjà identifié les problèmes que posent les ressources en eaux souterraines transfrontières du point de vue du droit international. De plus, il comporte des dispositions concrètes et avancées sur chaque problème, étayées par des commentaires autorisés sur le fond. Ce projet de traité comporte un grand nombre de définitions importantes et de propositions de dispositions pouvant, de manière générale, servir à l'élaboration des projets d'articles, à la mise au point d'un mécanisme institutionnel, à la définition des responsabilités en matière d'application et de surveillance, à l'établissement et à la mise à jour d'une base de données, à la protection de la qualité de l'eau, à la création de zones de conservation des eaux souterraines transfrontières, à l'élaboration des principes et des critères régissant l'adoption de plans de gestion globaux, à l'adoption des mesures nécessaires en cas d'urgence touchant la santé publique, à la planification nécessaire pour éviter l'épuisement des aquifères, aux transferts transfrontières, à la planification des mesures à prendre en cas de sécheresse, à la tenue d'enquêtes d'intérêt public, à l'examen du régime des droits et obligations existants, à la réalisation de compromis et au règlement des différends.

L'indivis mondial, par M. Christian Tomuschat

1. L'indivis mondial est l'un des sujets que la Commission envisage d'inscrire à son programme de travail. On trouvera dans la présente communication quelques réflexions sur le bien-fondé d'une telle étude et d'un éventuel travail complémentaire de codification ou de développement progressif du droit dans ce domaine.

1. LA NOTION D'INDIVIS MONDIAL

2. Depuis quelques années, on parle beaucoup de l'indivis mondial. Bien que cette notion apparaisse fréquemment, y compris dans des documents juridiques, son extension et sa signification sont loin d'être précises.

Il n'existe pas de définition juridique absolue. Sauf erreur de notre part, la notion d'indivis mondial renvoie en général à deux catégories différentes d'objets.

3. D'une part, on désigne ainsi des zones ou des espaces qui ne sont pas soumis à une juridiction nationale. Selon cette acception, l'indivis mondial comprend les territoires qui n'appartiennent à aucun État, en particulier l'Antarctique, la haute mer et les espaces au-dessus et au-dessous du niveau de la mer situés au-delà des zones de juridiction nationale, notamment les fonds marins et leur sous-sol, et l'espace céleste comprenant la Lune, les planètes et les étoiles, pour autant qu'il soit soumis à la domination de l'homme.

4. D'autre part, on peut considérer que l'indivis mondial inclut, en outre, les composantes du milieu naturel qui ne peuvent pas être entièrement dominées par l'homme, à savoir l'air, l'eau et les conditions météorologiques et climatiques de la planète, telles qu'elles résultent de l'interaction de l'air, de l'eau et de la topographie avec le Soleil. Dans un sens encore plus large, l'indivis mondial pourrait comprendre toute la faune et la flore de la planète, indépendamment de la localisation territoriale.

5. Il apparaît d'emblée qu'il n'est pas simple de rassembler dans une même catégorie tous ces éléments disparates. Mais on sait aussi que déjà certains de ces éléments sont réglementés par des instruments internationaux. Ainsi, il conviendra d'examiner, dans un premier temps, si les différents composants de l'indivis mondial sont soumis, et dans quelle mesure, à des règles particulières en vertu de traités en vigueur ou sur le point d'entrer en vigueur. Les règles générales du droit coutumier qui se sont dégagées depuis quelques dizaines d'années ne seront pas examinées ici, dans la mesure où cette source de droit est toujours quelque peu fluctuante; l'existence d'un droit coutumier ne devrait donc pas empêcher d'essayer d'innover en codifiant et développant progressivement des règles juridiques.

2. TRAITÉS APPLICABLES À L'INDIVIS MONDIAL

a) Zones ou espaces constituant l'indivis mondial

6. En ce qui concerne les *océans du monde*, on sait que leur régime a été défini en détail par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Allant bien au-delà des règles quelque peu rudimentaires établies dans la Convention de Genève sur la haute mer, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer consacre un chapitre entier (partie XII) à la protection et à la préservation du milieu marin. La disposition fondamentale figure à l'article 192, qui dispose que : « Les États ont l'obligation de protéger et de préserver le milieu marin. » Les dispositions qui viennent après approfondissent cette règle en la détaillant.

7. La Convention prévoit (art. 145) les mesures spécifiques qui doivent être prises par l'Autorité des fonds marins en ce qui concerne la « Zone », c'est-à-dire les fonds marins et leur sous-sol au-delà des limites de la juridiction nationale (art. 1^{er}, par.1.1). Il ne semble guère possible d'améliorer ce régime par un instrument général couvrant l'indivis mondial dans sa totalité. En tout état de cause, cela reviendrait à modifier la Convention alors qu'elle n'est pas encore entrée en vigueur.

8. La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer n'est pas le seul instrument qui régisse les activités ayant des effets sur les océans du monde. De nombreux traités sur des sujets tels que les marées noires et le rejet de déchets, notamment de déchets nucléaires, ont été conclus sous les auspices de l'OMI. Le Traité interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau interdit tous les essais nucléaires sous l'eau. Ainsi, bien qu'on puisse relever quelques lacunes ici et là, il existe déjà une protection juridique de l'environnement.

9. En outre, il convient de rappeler l'existence de nombreux traités régionaux dont l'objectif essentiel est de prévenir la pollution marine d'origine tellurique.

10. En ce qui concerne l'*Antarctique*, un protocole au Traité sur l'Antarctique, concernant la protection de l'environnement, a été conclu en 1991. Vouloir modifier un régime déjà prévu dans ce protocole n'aurait aucun sens.

11. Un régime de l'espace a été défini en 1967 par le Traité sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de l'espace extra-atmosphérique, y compris la Lune et les autres corps célestes. Bien que ce traité ne porte pas directement sur des questions d'environnement, on peut considérer que les interdictions énoncées à l'article IV (premier paragraphe), qui, essentiellement, proscrirent les armes nucléaires et autres armes de destruction massive, ont des incidences positives sur l'indivis mondial. L'Accord régissant les activités des États sur la Lune et les autres corps célestes va plus loin en disposant, à l'article 7, que « lorsqu'ils explorent et utilisent la Lune, les États parties prennent des mesures pour éviter de perturber l'équilibre du milieu ». Jusqu'à présent il n'y a jamais eu dans le concret de problème qui rendrait nécessaires des mesures de protection supplémentaires.

b) Composants du milieu naturel

12. L'air, si l'on peut rappeler un tel truisme, ne s'arrête pas aux frontières et ses mouvements autour du globe terrestre, aujourd'hui assez bien connus pour l'essentiel, font que toute altération de sa pureté initiale dans un endroit a des répercussions ailleurs. Cependant, le droit international ne saurait aller jusqu'à vouloir régir toutes les activités humaines qui peuvent altérer la qualité de l'air puisqu'il n'y a pratiquement aucune activité qui n'ait, à un degré plus ou moins grand, un effet sur l'air ambiant. De ce fait, ce sont des critères restrictifs qui ont été appliqués dans la pratique. La réglementation internationale n'a d'abord considéré que la pollution atmosphérique débordant nettement les frontières nationales. Ensuite, les efforts ont tout naturellement été axés sur les facteurs de pollution d'une certaine gravité. L'exemple le plus remarquable de traité contre la pollution de l'air est celui de la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance. Mais cet instrument et ses trois protocoles additionnels sont le résultat des travaux de la CEE et s'appliquent uniquement à cette région. Aucune autre région du monde n'a encore entrepris de faire comme l'Europe. Il n'existe pas non plus d'instrument contraignant applicable à l'échelle universelle.

13. L'eau a des propriétés qui rappellent celles de l'air. Elle circule par l'évaporation et par les précipitations. Un pays ne peut donc pas la garder indéfiniment pour lui seul, sauf dans le cas de certaines nappes souterraines qui, si elles ne sont pas exploitées, peuvent rester en l'état pendant des siècles. Mais, par ailleurs, l'eau est un élément nettement plus stable que l'air, puisque l'évaporation et l'écoulement des rivières sont des processus assez lents et qui peuvent, dans une certaine mesure, être contrôlés par l'homme. C'est pour ces raisons que le législateur n'a jamais visé l'eau dans l'abstrait

mais a, au contraire, cherché à établir des règles individuelles pour ses diverses formes, régissant séparément les fleuves, les lacs et les mers et océans. Comme l'a montré le débat de la CDI sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, les États considèrent l'eau des fleuves qui drainent leur territoire comme une ressource relevant de la souveraineté nationale, tout en admettant que certains engagements internationaux peuvent en restreindre l'usage. Quoi qu'il en soit, la notion de ressources partagées — entre pays riverains d'un même réseau fluvial international — n'a pas même été reconnue par la CDI.

14. Des travaux scientifiques ont montré que la couche d'ozone joue un rôle particulièrement important en empêchant une partie du rayonnement ultraviolet, dangereux pour la vie, d'atteindre la surface de la Terre. La communauté internationale a adopté la Convention pour la protection de la couche d'ozone qui a par la suite été complétée par le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone. Là encore, il reste peu à faire et, en tout état de cause, on ne peut guère espérer améliorer ce régime par un instrument général couvrant l'ensemble de l'indivis mondial.

15. Enfin, il y a lieu de mentionner la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques. Comme son nom l'indique, cette convention traite spécifiquement de toutes les questions se rapportant au climat mondial. Certes, il ne s'agit que d'un cadre général, mais il faut se souvenir qu'un instrument qui régirait l'indivis mondial dans sa totalité devrait, dans tous les cas, se borner à poser des principes passablement étendus. La nature même d'un tel traité exclurait qu'on puisse entrer dans le détail.

16. Pour résumer, on est fondé à dire qu'il existe déjà un vaste ensemble de règles de droit protégeant le patrimoine atmosphérique et aquatique mondial. Certes, on ne peut pas dire que ces règles soient pleinement satisfaisantes. Il n'est pas difficile non plus d'y trouver ici et là des lacunes. Mais il est évident qu'on ne peut guère espérer introduire de grandes nouveautés. Dans les domaines où des menaces majeures pèsent sur l'environnement, les instruments existants entrent beaucoup plus dans le détail qu'un ensemble de principes ou de règles à l'échelle universelle ne pourrait jamais le faire.

17. En revanche, si on considérait que la faune et la flore du globe, quelle que soit leur localisation territoriale, font elles aussi partie intégrante de l'indivis mondial, c'est un chapitre entièrement nouveau qui s'ouvrirait. Il est certain qu'une telle façon de voir heurterait de nombreuses conceptions traditionnelles de la souveraineté nationale. Cependant, à l'échelon régional, il existe déjà de nombreux traités visant à protéger la faune sauvage et la flore menacée d'extinction. Le Sommet de Rio a, par ailleurs, adopté la Convention sur la diversité biologique. Ici encore, il semble que l'on ait pour le moment atteint les limites de ce qui est acceptable pour l'ensemble des États.

3. PRINCIPALES DIFFICULTÉS QUE PRÉSENTERAIT UN PROJET DE PROTECTION DE L'INDIVIS MONDIAL

18. Les observations qui précèdent ont déjà donné une idée des difficultés qu'il faudrait surmonter pour établir un projet de protection de l'indivis mondial.

19. Tous les traités en vigueur sont spécifiques. Ou bien ils portent sur un élément distinct de l'indivis mondial (par exemple, l'Antarctique, la haute mer, l'espace), pour lequel ils établissent un régime général, ou bien ils visent à écarter une menace environnementale bien précise (par exemple, la pollution atmosphérique). On a donc pu adapter le régime envisagé aux spécificités de la question traitée et établir des règles directement applicables, sans qu'il faille un examen en plusieurs lectures pour les commenter et les concrétiser. Si la CDI entreprenait d'élaborer des règles s'appliquant à l'ensemble de l'indivis mondial, dont les caractéristiques sont extrêmement disparates, ces règles seraient, par nécessité, tellement abstraites qu'elles ne pourraient guère constituer un progrès par rapport à la Déclaration sur l'environnement¹, ou à la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement².

20. Établir un régime juridique de l'indivis mondial dans son ensemble reviendrait essentiellement à enjoindre aux États de prendre des mesures de précaution de façon que les activités menées sur leur territoire ne portent pas atteinte aux ressources dont dépend l'existence de l'humanité. Un tel régime, cependant, ne se distinguerait pas d'un régime visant à protéger l'intégrité territoriale des autres États. Cela est particulièrement évident dans le cas de la pollution atmosphérique. L'essentiel de la pollution des océans vient de l'atmosphère. Pour que le milieu marin reste intact, il faut donc réduire la pollution atmosphérique, dont les sources se trouvent sous juridiction nationale. Mais ces mêmes sources de pollution peuvent également léser les États voisins. Ce qu'il faut, par conséquent, c'est un régime dont les éléments soient déterminés en tenant compte à la fois du dommage qui peut être causé à l'indivis mondial et de celui que risquent de subir les autres États. Il serait en l'occurrence extrêmement artificiel, sinon impossible, d'établir des règles différentes selon l'identité des sujets à protéger. La question de la responsabilité est, elle, entièrement différente. Les règles classiques à cet égard n'apportent aucune réponse, car elles présupposent une relation bilatérale entre l'État auteur et l'État victime.

21. Une dernière difficulté tient au fait que la Commission a inscrit à son ordre du jour la question bien connue de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international. Selon les décisions prises à

¹ *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.II.A.14), 1^{re} partie, chap. I^{er}.

² *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992* [A/CONF.151/26/Rev.1 (Vol. I, Vol. I/Corr.1, Vol. II, Vol. III et Vol. III/Corr.1)] (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatifs), vol. I : *Résolutions adoptées par la Conférence, résolution 1, annexe I*.

la quarante-quatrième session³, les travaux sur cette question commenceront par une étude de la prévention. Comme indiqué *supra*, la prévention est un concept global, visant à éviter les effets préjudiciables où qu'ils se produisent. Si la Commission entreprenait d'étudier la question de l'indivis mondial, cela ferait nécessairement double emploi avec ses travaux actuels sur les conséquences préjudiciables. Il serait infiniment préférable d'établir un code des devoirs de prévention, en ayant à l'esprit la nécessité de protéger l'indivis mondial. Sinon, on sera inévitablement conduit à des débats interminables et stériles pour établir la délimitation entre ces deux questions.

³ *Annuaire... 1992*, vol. II (2^e partie), par. 343 à 349.

Droits et obligations des États en matière de protection de l'environnement, par M. Chusei Yamada

1. GÉNÉRALITÉS

1. Dans les conclusions du Forum sur le droit international de l'environnement, tenu en avril 1990 à Sienne (Italie), on notait très justement que, depuis la Déclaration de Stockholm sur l'environnement¹, le droit international de l'environnement avait connu une évolution importante. On dispose actuellement en abondance de conventions et d'autres instruments internationaux, qui portent sur des domaines multiples et forment un réseau serré de droits et obligations des États. Ces instruments sont l'un des fleurons du droit international contemporain.

2. Le réseau existant d'obligations fixé par les conventions internationales présente toutefois certaines lacunes. Quelques domaines — surtout ceux qui ont une dimension planétaire — ne sont pas encore parfaitement couverts. La mise en œuvre des conventions, au niveau tant national qu'international, n'est pas toujours pleinement satisfaisante.

3. Souvent dictée par le souci de satisfaire à des exigences particulières, la démarche sectorielle adoptée pour la conclusion de conventions risque de faire perdre de vue que la prévention de la pollution et la détérioration continue de l'environnement sont des problèmes qu'il faut aborder de façon intégrée.

4. Le droit coutumier en matière de protection de l'environnement en est encore à ses balbutiements. En élaborant des principes généraux qui prendraient la forme d'une convention pour pallier les lacunes existantes et assurer la protection de l'indivis mondial, la CDI s'attellerait à une tâche qui, pour être difficile, n'en est pas moins essentielle.

¹ *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.II.A.14), 1^{re} partie, chap. I^{er}.

4. CONCLUSIONS

22. Il n'est pas souhaitable que la Commission inscrive à son programme de travail à long terme une question intitulée « indivis mondial ».

23. Les préoccupations qui ont amené à proposer d'inclure une telle question dans les travaux de la Commission peuvent dans une large mesure être apaisées par l'élaboration de règles appropriées de prévention dans le cadre de la question des conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international. Il serait alors tout indiqué de modifier l'intitulé de cette question pour faire bien apparaître la nouvelle orientation.

5. On se souviendra à ce propos que l'« Examen d'ensemble du droit international »², établi par le Secrétariat à l'intention de la CDI pour que celle-ci choisisse les sujets à inscrire à son programme de travail à long terme, consacrait un chapitre au droit de l'environnement, appelant ainsi l'attention de la Commission sur le développement progressif du droit international dans ce domaine.

6. L'auteur propose d'intituler le sujet « Droits et obligations des États en matière de protection de l'environnement » au lieu de l'« Environnement ». En proposant l'expression « environnement » à la quarante-quatrième session de la CDI, il avait à l'esprit la Déclaration de Stockholm sur l'environnement mais, en limitant le sujet à la seule question de l'environnement, on diminuerait du même coup l'efficacité et l'utilité de son examen, surtout si l'on tient compte de l'évolution théorique récente de la question.

2. DÉVELOPPEMENT DU DROIT INTERNATIONAL DE L'ENVIRONNEMENT

7. Un bref historique du développement du droit international de l'environnement donnerait des indications précieuses sur ce qu'il convient de faire.

8. Les problèmes d'environnement classiques, auxquels le droit international s'intéresse depuis l'entre-deux-guerres, avaient ceci de particulier qu'ils surgissaient généralement entre deux États voisins, ce qui rendait l'identification des pollueurs et des victimes relativement facile, et que le différend qui affectait les relations bilatérales de l'État lésé et de l'État auteur pouvait être résolu en vertu des principes de bon voisinage. L'affaire de la *Fonderie de Trail (Trail Smelter)*³, dans laquelle un arbitrage a été rendu en 1941, offre un exemple typique de ce genre de différend.

² Voir *Annuaire... 1971*, vol. II (2^e partie), p. 1, doc. A/CN.4/245.

³ Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1905 et suiv.

9. Les règles de droit international applicables à ce type de litiges se fondent sur la prémisse de l'égalité souveraine des États territoriaux, en vertu de laquelle ceux-ci sont tenus de veiller avec la diligence due à ce que les activités économiques menées sur leur territoire ne portent pas préjudice à d'autres États; *sic utere tuo ut alienum non laedas*.

10. Ce type de droit international de l'environnement se caractérise par le fait qu'il vise avant tout à organiser de façon équilibrée les rapports entre les souverainetés territoriales exclusives des États et que, partant, il ne vise pas nécessairement à protéger l'environnement mondial.

11. Lorsque, plus tard, la dégradation de l'environnement a cessé de toucher uniquement les États voisins pour atteindre également des zones plus étendues, une certaine tendance à modifier les règles de droit international applicables s'est fait jour.

12. On a introduit le principe de la responsabilité pour risque (en vertu duquel un certain degré de responsabilité absolue est imputable à ceux qui créent le risque pour la société), à côté du principe classique de la responsabilité pour négligence dans les conventions qui traitent des dommages dus à la pollution marine ou à des activités présentant des risques exceptionnels, telles que les activités nucléaires ou spatiales.

13. Cependant, il n'existe pas de convention générale prescrivant les droits et les obligations des États en cas d'activités à risque exceptionnel, si l'on excepte les conventions qui régissent des activités particulières et qui ne traitent pas des droits et obligations des États de façon exhaustive.

14. Ces dernières années, l'expansion économique et l'explosion démographique ont été à l'origine de problèmes écologiques mondiaux, tels que la destruction de la couche d'ozone et les changements climatiques, qui sont devenus d'importantes matières de droit international.

15. Les problèmes écologiques mondiaux — changements climatiques, destruction de la couche d'ozone, de la biodiversité et de la forêt tropicale se caractérisent tous par les dommages étendus et durables — quoique progressifs — causés à l'environnement du fait des effets conjugués d'activités diverses menées dans différents pays.

16. Ces problèmes, qui sont au nombre des préoccupations communes à toute l'humanité, poussent à envisager la question des droits et des obligations des États sous un jour complètement nouveau, et à aller bien au-delà des obligations réciproques des États pour s'engager sur le terrain d'obligations qui, par leur teneur, leur nature et les modes de mise en œuvre, seraient des « obligations *erga omnes* » ou « obligations générales ».

17. De ce point de vue, le principe d'une obligation générale des États en matière de protection de l'environnement, qui découle de plusieurs conventions dans le domaine de l'environnement, acquiert une signification particulièrement importante en tant que principe de base du droit international (principe énoncé notamment au paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention pour la protection de la couche d'ozone).

3. LA FORME DE L'INSTRUMENT À ÉLABORER

18. Quant à la forme que pourrait prendre un instrument juridique en matière d'environnement, il serait bon d'envisager l'élaboration d'une convention-cadre qui prescrirait les droits et obligations généraux des États, abstraction faite de la spécificité de certains domaines et de certains aspects de la question. En élaborant des règles de droit international qui s'appliqueraient à l'ensemble des problèmes d'environnement, présents et futurs, on pourrait combler les vides juridiques laissés par les conventions existantes et maintenir, dans une certaine mesure, les nouveaux problèmes écologiques sous le contrôle du droit international. Une telle convention-cadre permettrait de se prémunir contre toute lacune éventuelle dans les règles applicables, même en l'absence de conventions particulières. Elle favoriserait, parallèlement, la détection précoce de risques écologiques potentiels ainsi que l'adoption de dispositions plus concrètes, dans le cadre de conventions particulières. Il va sans dire que l'objectif de cette convention-cadre ne serait pas de se substituer aux conventions particulières, dont on se doit d'encourager l'adoption si l'on veut parvenir à protéger plus efficacement l'environnement. En prescrivant des règles communes, la convention envisagée coifferait les conventions existantes et serait ultérieurement complétée par d'autres conventions consacrées à des sujets particuliers.

4. PROJET DE STRUCTURE D'UN INSTRUMENT POSANT LES DROITS ET OBLIGATIONS GÉNÉRAUX DES ÉTATS EN MATIÈRE DE PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT

19. Étant donné le développement historique du droit international et les situations auxquelles la communauté internationale doit faire face (voir *supra* par. 7 à 17), le texte relatif aux droits et obligations généraux des États dans ce domaine pourrait avoir la structure suivante :

I. Principes généraux

A. Expressions employées

(Définition de termes tels que « environnement », « pollution », « dommage », « préjudice », « dégât » et « risque » concernant l'environnement, etc.)

B. Conséquences juridiques des « obligations générales » des États vis-à-vis de la communauté internationale

C. Principe selon lequel les États sont tenus de veiller à ce que les activités relevant de leur juridiction ou de leur contrôle ne nuisent pas à l'environnement

D. Principes relativement nouveaux

1. La notion de « développement durable » — responsabilité vis-à-vis des générations futures

2. Responsabilités communes mais différenciées dans l'intérêt de toute l'humanité — prise en compte de la situation particulière des pays en développement

3. Harmonisation des politiques en matière d'environnement et de la politique commerciale
- II. Règles de fond et de procédure
- A. Principes de base
1. Responsabilité dans le cadre des relations de bon voisinage
 2. Responsabilité découlant d'activités à haut risque
 3. Applicabilité du principe du pollueur-payeur
 4. Protection de l'environnement mondial considéré comme un tout
- B. Coopération internationale
(Échanges d'informations, consultations, évaluations écologiques, etc.)
- C. Principes relatifs à l'attribution de la responsabilité
1. Responsabilité pour négligence
 2. Principe de la responsabilité absolue
 3. Obligation de réparation (par exemple, responsabilité de la société mère et/ou de l'État où est implantée la société mère en ce qui concerne les activités écotoxiques des filiales)
- D. Procédure de règlement des différends
1. Procédure internationale de règlement des différends
 - a) Arbitrage ou verdict d'organismes internationaux compétents
 - b) Compétence de la Cour internationale de Justice en matière de différends écologiques
 - c) Recevabilité de l'*actio popularis* dans le domaine des différends relatifs à l'environnement mondial
 2. Procédure nationale de règlement des différends — accès égal des non-résidents aux tribunaux nationaux
- III. Mesures pour assurer la mise en œuvre des obligations
- A. Classification des obligations selon leur nature et leurs rapports avec les modes de mise en œuvre
- B. Mesures de mise en œuvre directe
1. Mise en œuvre par des organisations internationales, élaboration de règles dans le cadre des organisations inter-
- nationales, possibilité de mesures de sauvegarde, prise d'engagements et révision, etc.
2. Mise en œuvre par l'intermédiaire des droits internes — y compris les questions de principe concernant la juridiction des États et les effets extra-territoriaux des mesures prises unilatéralement par un État dans son droit interne
 3. Rapport entre les conventions-cadres et les protocoles d'application
- C. Mesures de mise en œuvre indirecte
- D. Mesures de dissuasion
1. Observation du respect des obligations au niveau international
 2. Mesures prises par la communauté internationale à l'égard d'un État qui a commis certains actes nocifs pour l'environnement
 - a) Amendes et taxes
 - b) Sanctions économiques, y compris restrictions commerciales et suspension de l'aide
 - c) Autres mesures
- E. Mesures d'incitation
1. Transfert de fonds et de technologie, incitatifs fiscaux
 2. Mécanisme international de partage des charges financières
 3. Mise en place de mécanismes d'assurance responsabilité
5. TRAVAUX DE LA COMMISSION
DU DROIT INTERNATIONAL SUR CE SUJET:
PERSPECTIVES
20. L'auteur convient que la liste qui précède est très ambitieuse. La Commission choisira, le moment venu, les sujets qu'elle veut examiner en priorité.
21. Il faudra veiller à harmoniser et intégrer les travaux consacrés à la convention en question avec l'examen d'autres sujets relatifs aux problèmes écologiques (en particulier les projets d'articles sur la responsabilité des États et sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables d'activités non interdites par le droit international, ainsi que le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité) auquel la Commission procède actuellement.
22. Comme l'optique envisagée pour le moment est celle d'une convention-cadre, certains sujets énumérés au point 4 pourraient faire double emploi avec des sujets que la Commission examine actuellement, chose que, naturellement, il faudra s'efforcer d'éviter au cours des travaux.

RÉPERTOIRE DES DOCUMENTS DE LA QUARANTE-CINQUIÈME SESSION

| <i>Cotes</i> | <i>Titres</i> | <i>Observations et références</i> |
|--|--|--|
| A/CN.4/445 | Ordre du jour provisoire | Reprographié. Pour l'ordre du jour adopté, voir <i>Annuaire... 1993</i> , vol. II (2 ^e partie), chap. I ^{er} , par. 11. |
| A/CN.4/446 | Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus à la Sixième Commission sur le rapport de la CDI durant la quarante-septième session de l'Assemblée générale | Reprographié. |
| A/CN.4/447 et Add.1 à 3 | Droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. — Commentaires et observations reçus des gouvernements | Reproduit dans le présent volume. |
| A/CN.4/448 et Add.1 | Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté en première lecture par la CDI à sa quarante-troisième session. — Commentaires et observations des gouvernements | <i>Idem.</i> |
| A/CN.4/449 | Onzième rapport sur le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, par M. Doudou Thiam, rapporteur spécial | <i>Idem.</i> |
| A/CN.4/450 | Neuvième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, par M. Julio Barboza, rapporteur spécial | <i>Idem.</i> |
| A/CN.4/451 | Premier rapport sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, par M. Robert Rosenstock, rapporteur spécial | <i>Idem.</i> |
| A/CN.4/452 et Add.1 à 3 | Rapport du Groupe de travail sur la question de la création d'une juridiction pénale internationale. — Observations des gouvernements | <i>Idem.</i> |
| A/CN.4/453 et Add.1 à 3 | Cinquième rapport sur les responsabilités des États, par M. Gaetano Arangio-Ruiz, rapporteur spécial | <i>Idem.</i> |
| A/CN.4/454 | Schémas établis par des membres de la Commission sur divers sujets de droit international | <i>Idem.</i> |
| A/CN.4/L.479 | Rapport du Groupe de planification. — Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission | Reprographié. |
| A/CN.4/L.480 [et Corr.1] et Add.1 | Projets d'articles sur la responsabilité des États. — Titre et texte des articles adoptés par le Comité de rédaction : deuxième partie | Texte reproduit dans <i>Annuaire... 1993</i> , vol. I, compte rendu analytique de la 2318 ^e séance (par. 3). |
| A/CN.4/L.481 | Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa quarante-cinquième session : chapitre I ^{er} (Organisation des travaux de la session) | Reprographié. Pour le texte adopté, voir <i>Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-huitième session, Supplément n° 10 (A/48/10)</i> . Le texte définitif figure dans <i>Annuaire... 1993</i> , vol. II (2 ^e partie). |
| A/CN.4/L.482 [et Corr.1] et Add.1 [et Rev.1] | <i>Idem</i> : chapitre II (Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité) | <i>Idem.</i> |
| A/CN.4/L.483 | <i>Idem</i> : chapitre III (Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international) | <i>Idem.</i> |
| A/CN.4/L.484 [et Corr.1] et Add.1 à 7 | <i>Idem</i> : chapitre IV (Responsabilité des États) | <i>Idem.</i> |
| A/CN.4/L.485 | <i>Idem</i> : chapitre V (Droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation) | <i>Idem.</i> |

| Cotes | Titres | Observations et références |
|---|--|--|
| A/CN.4/L.486 | <i>Idem</i> : chapitre VI (Autres décisions et recommandations de la Commission) | <i>Idem.</i> |
| A/CN.4/L.487 [et Corr.1] | Projets d'articles sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international. — Titre et texte des articles adoptés par le Comité de rédaction : articles 1, 2, 11, 12 et 14 | Texte reproduit dans <i>Annuaire... 1993</i> , vol. I, compte rendu analytique de la 2318 ^e séance (par. 58). |
| A/CN.4/L.488 et Add.1 [et Corr.1] et Add.2 à 4 et Corr.1] | Rapport du Groupe de travail sur un projet de statut pour une cour criminelle internationale | Reprographié. |
| A/CN.4/L.489 | Projets d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. — Titre et texte des articles adoptés par le Comité de rédaction en deuxième lecture : articles 1 à 6 et 8 à 10 | Texte reproduit dans <i>Annuaire... 1993</i> , vol. I, compte rendu analytique de la 2322 ^e séance (par. 5). |
| A/CN.4/L.490 et Add.1 | Rapport révisé du Groupe de travail sur un projet de statut pour une cour criminelle internationale | Reproduit dans <i>Annuaire... 1993</i> , vol. II (2 ^e partie), doc. A/48/10, annexe |
| A/CN.4/SR.2295-A/CN.4/SR.2327 | Comptes rendus analytiques provisoires des 2295 ^e à 2327 ^e séances | Reprographié. Le texte définitif figure dans <i>Annuaire... 1993</i> , vol. I. |

كيفية الحصول على منشورات الأمم المتحدة

يمكن الحصول على منشورات الأمم المتحدة من المكتبات ودور التوزيع في جميع أنحاء العالم. استعلم عنها من المكتبة التي تتعامل معها أو اكتب إلى: الأمم المتحدة، قسم البيع في نيويورك أو في جنيف.

如何购取联合国出版物

联合国出版物在世界各地的书店和经销处均有发售。请向书店询问或写信到纽约或日内瓦的联合国销售组。

HOW TO OBTAIN UNITED NATIONS PUBLICATIONS

United Nations publications may be obtained from bookstores and distributors throughout the world. Consult your bookstore or write to: United Nations, Sales Section, New York or Geneva.

COMMENT SE PROCURER LES PUBLICATIONS DES NATIONS UNIES

Les publications des Nations Unies sont en vente dans les librairies et les agences dépositaires du monde entier. Informez-vous auprès de votre libraire ou adressez-vous à : Nations Unies, Section des ventes, New York ou Genève.

КАК ПОЛУЧИТЬ ИЗДАНИЯ ОРГАНИЗАЦИИ ОБЪЕДИНЕННЫХ НАЦИЙ

Издания Организации Объединенных Наций можно купить в книжных магазинах и агентствах во всех районах мира. Наводите справки об изданиях в вашем книжном магазине или пишите по адресу: Организация Объединенных Наций, Секция по продаже изданий, Нью-Йорк или Женева.

COMO CONSEGUIR PUBLICACIONES DE LAS NACIONES UNIDAS

Las publicaciones de las Naciones Unidas están en venta en librerías y casas distribuidoras en todas partes del mundo. Consulte a su librero o diríjase a: Naciones Unidas, Sección de Ventas, Nueva York o Ginebra.
