

ANNUAIRE
DE LA
COMMISSION
DU DROIT
INTERNATIONAL

2000

Volume I

*Comptes rendus analytiques
des séances de la
cinquante-deuxième session
1^{er} mai-9 juin et
10 juillet-18 août 2000*

NATIONS UNIES



ANNUAIRE
DE LA
COMMISSION
DU DROIT
INTERNATIONAL

2000

Volume I

*Comptes rendus analytiques
des séances de la
cinquante-deuxième session
1^{er} mai-9 juin et
10 juillet-18 août 2000*

NATIONS UNIES
New York et Genève, 2005



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 de l'*Annuaire de la Commission du droit international* s'abrège en *Annuaire...* suivi de la mention de l'année (par exemple, *Annuaire... 1999*).

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.

*

* *

Le présent volume comprend les comptes rendus analytiques des séances de la cinquante-deuxième session de la Commission (A/CN.4/SR.2612 à A/CN.4/SR.2664), avec les rectifications communiquées par les membres de la Commission et toutes autres modifications exigées par les travaux d'édition.

A/CN.4/SER.A/2000

PUBLICATION DES NATIONS UNIES
<i>Numéro de vente</i> : F.03.V.6 ISBN 92-1-233378-8
<i>Édition complète de deux volumes</i> : ISBN 92-1-233382-6
ISSN 0497-9877

TABLE DES MATIÈRES

	<i>Pages</i>		<i>Pages</i>
Membres de la Commission	vii	2618^e séance	
Bureau	vii	<i>Mercredi 10 mai 2000, à 10 heures</i>	
Ordre du jour	viii	Protection diplomatique (<i>suite</i>)	
Abréviations et sigles	ix	Premier rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>)	50
Note concernant les citations	ix	2619^e séance	
Affaires citées dans le présent volume	x	<i>Jeudi 11 mai 2000, à 10 heures</i>	
Instruments multilatéraux cités dans le présent volume	xvii	Protection diplomatique (<i>suite</i>)	
Répertoire des documents de la cinquante-deuxième session	xxiii	Premier rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>)	60
<p>COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DES 2612^e À 2664^e SÉANCES</p> <p><i>Comptes rendus analytiques des séances de la première partie de la cinquante-deuxième session tenues à Genève du 1^{er} mai au 9 juin 2000</i></p>			
2612^e séance		2620^e séance	
<i>Lundi 1^{er} mai 2000, à 15 h 10</i>		<i>Vendredi 12 mai 2000, à 10 heures</i>	
Ouverture de la session	1	Protection diplomatique (<i>suite</i>)	
Élection du bureau	1	Premier rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>)	69
Adoption de l'ordre du jour	1	2621^e séance	
Organisation des travaux de la session.....	2	<i>Mardi 16 mai 2000, à 10 h 5</i>	
Nomination à des sièges devenus vacants (article 11 du statut)	2	Responsabilité des États (<i>suite</i>)	
Organisation des travaux de la session (<i>suite</i>)	2	Troisième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>)	78
2613^e séance		2622^e séance	
<i>Mardi 2 mai 2000, à 10 h 10</i>		<i>Mercredi 17 mai 2000, à 10 h 5</i>	
Organisation des travaux de la session (<i>suite</i>)	2	Responsabilité des États (<i>suite</i>)	
Responsabilité des États		Troisième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	86
Troisième rapport du Rapporteur spécial.....	2	Organisation des travaux de la session (<i>suite</i>).....	95
2614^e séance		2623^e séance	
<i>Mercredi 3 mai 2000, à 10 h 5</i>		<i>Jeud 18 mai 2000, à 10 heures</i>	
Responsabilité des États (<i>suite</i>)		Responsabilité des États (<i>suite</i>)	
Troisième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	12	Troisième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	95
2615^e séance		2624^e séance	
<i>Jeudi 4 mai 2000, à 10 h 5</i>		<i>Vendredi 19 mai 2000, à 10 heures</i>	
Responsabilité des États (<i>suite</i>)		Protection diplomatique (<i>suite</i>)	
Troisième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	20	Premier rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>)	100
2616^e séance		Actes unilatéraux des États	
<i>Vendredi 5 mai 2000, à 10 h 5</i>		Troisième rapport du Rapporteur spécial	104
Responsabilité des États (<i>suite</i>)		2625^e séance	
Troisième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	28	<i>Mardi 23 mai 2000, à 10 heures</i>	
Organisation des travaux de la session (<i>suite</i>)	38	Protection diplomatique (<i>suite</i>)	
2617^e séance		Premier rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>)	108
<i>Mardi 9 mai 2000, à 10 h 5</i>		2626^e séance	
Protection diplomatique		<i>Mercredi 24 mai 2000, à 10 heures</i>	
Premier rapport du Rapporteur spécial	38	Protection diplomatique (<i>suite</i>)	
		Premier rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>)	116
		2627^e séance	
		<i>Jeudi 25 mai 2000, à 10 heures</i>	
		Protection diplomatique (<i>suite</i>)	
		Premier rapport du Rapporteur spécial (<i>fin</i>).....	125
		2628^e séance	
		<i>Vendredi 26 mai 2000, à 10 h 5</i>	
		Responsabilité internationale pour les conséquences préjudi-	

	<i>Pages</i>		<i>Pages</i>
ciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses)		2638^e séance	
Rapport du Groupe de travail.....	133	<i>Mercredi 12 juillet 2000, à 10 heures</i>	
Actes unilatéraux des États (<i>suite</i>).....		Responsabilité des États (<i>suite</i>)	
Troisième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	134	Troisième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	217
2629^e séance		2639^e séance	
<i>Mardi 30 mai 2000, à 10 heures</i>		<i>Jeudi 13 juillet 2000, à 10 h 5</i>	
Actes unilatéraux des États (<i>suite</i>)		Responsabilité des États (<i>suite</i>)	
Troisième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	140	Troisième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	226
2630^e séance		2640^e séance	
<i>Mercredi 31 mai 2000, à 10 heures</i>		<i>Vendredi 14 juillet 2000, à 10 heures</i>	
Actes unilatéraux des États (<i>suite</i>)		Responsabilité des États (<i>suite</i>)	
Troisième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	149	Troisième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	233
Les réserves aux traités		Les réserves aux traités (<i>suite</i>)	
Cinquième rapport du Rapporteur spécial.....	156	Projets de directives proposés par le Comité de rédaction.	238
2631^e séance		2641^e séance	
<i>Vendredi 2 juin 2000, à 10 h 5</i>		<i>Mardi 18 juillet 2000, à 10 h 5</i>	
Les réserves aux traités (<i>suite</i>)		Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses) [<i>suite</i>]	
Cinquième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	159	Troisième rapport du Rapporteur spécial.....	243
2632^e séance		2642^e séance	
<i>Mardi 6 juin 2000, à 10 heures</i>		<i>Mercredi 19 juillet 2000, à 10 heures</i>	
Les réserves aux traités (<i>suite</i>)		Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses) [<i>suite</i>]	
Cinquième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	168	Troisième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	250
2633^e séance		2643^e séance	
<i>Mercredi 7 juin 2000, à 10 h 5</i>		<i>Jeudi 20 juillet 2000, à 10 h 5</i>	
Les réserves aux traités (<i>suite</i>)		Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses) [<i>fin</i>]	
Cinquième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	176	Troisième rapport du Rapporteur spécial (<i>fin</i>).....	259
Actes unilatéraux des États (<i>fin</i>)		Responsabilité des États (<i>suite</i>)	
Troisième rapport du Rapporteur spécial (<i>fin</i>).....	180	Troisième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	263
2634^e séance		2644^e séance	
<i>Jeudi 8 juin 2000, à 10 h 5</i>		<i>Vendredi 21 juillet 2000, à 10 heures</i>	
Responsabilité des États (<i>suite</i>)		Responsabilité des États (<i>suite</i>)	
Troisième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	185	Troisième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	267
2635^e séance		2645^e séance	
<i>Vendredi 9 juin 2000, à 10 h 5</i>		<i>Mardi 25 juillet 2000, à 10 h 5</i>	
Responsabilité des États (<i>suite</i>)		Responsabilité des États (<i>suite</i>)	
Troisième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	192	Troisième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	276
Protection diplomatique (<i>fin</i>).....	197	2646^e séance	
Organisation des travaux de la session (<i>fin</i>).....	200	<i>Mercredi 26 juillet 2000, à 10 heures</i>	
Conférence commémorative Gilberto Amado.....	200	Responsabilité des États (<i>suite</i>)	
		Troisième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	286
<i>Comptes rendus analytiques des séances de la seconde partie de la cinquante-deuxième session tenues à Genève du 10 juillet au 18 août 2000</i>		2647^e séance	
2636^e séance		<i>Jeudi 27 juillet 2000, à 10 heures</i>	
<i>Lundi 10 juillet 2000, à 15 h 5</i>		Responsabilité des États (<i>suite</i>)	
Responsabilité des États (<i>suite</i>)		Troisième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	296
Troisième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	201	2648^e séance	
2637^e séance		<i>Vendredi 28 juillet 2000, à 10 heures</i>	
<i>Mardi 11 juillet 2000, à 10 heures</i>		Responsabilité des États (<i>suite</i>)	
Responsabilité des États (<i>suite</i>)		Troisième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	304
Troisième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	207		

	<i>Pages</i>
Coopération avec d'autres organismes Déclaration de l'observateur du Comité juridique inter-américain.....	310
2649^e séance	
<i>Mardi 1^{er} août 2000, à 10 heures</i>	
Responsabilité des États (<i>suite</i>) Troisième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	312
2650^e séance	
<i>Mercredi 2 août 2000, à 10 heures</i>	
Responsabilité des États (<i>suite</i>) Troisième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	323
2651^e séance	
<i>Jeudi 3 août 2000, à 10 heures</i>	
Responsabilité des États (<i>suite</i>) Troisième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	334
Les réserves aux traités (<i>fin</i>) Cinquième rapport du Rapporteur spécial (<i>fin</i>).....	340
2652^e séance	
<i>Vendredi 4 août 2000, à 10 heures</i>	
Responsabilité des États (<i>suite</i>) Troisième rapport du Rapporteur spécial (<i>suite</i>).....	344
2653^e séance	
<i>Mardi 8 août 2000, à 10 heures</i>	
Responsabilité des États (<i>suite</i>) Troisième rapport du Rapporteur spécial (<i>fin</i>).....	354
2654^e séance	
<i>Jeudi 10 août 2000, à 12 h 10</i>	
Coopération avec d'autres organismes (<i>suite</i>) Déclaration de l'observateur du Comité consultatif juridique afro-asiatique.....	363
2655^e séance	
<i>Vendredi 11 août 2000, à 10 h 5</i>	
Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-deuxième session.....	366
Chapitre I ^{er} . — Organisation des travaux de la session	366
Chapitre II. — Résumé des travaux de la Commission à sa cinquante-deuxième session.....	366
Chapitre V. — Protection diplomatique	
A. Introduction	366
B. Examen du sujet à la présente session.....	367
Coopération avec d'autres organismes (<i>suite</i>) Déclaration de l'observateur pour le Comité ad hoc des conseillers juridiques sur le droit international public....	368
2656^e séance	
<i>Lundi 14 août 2000, à 10 heures</i>	
Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-deuxième session (<i>suite</i>) Chapitre VI. — Actes unilatéraux des États	371
A. Introduction	372
B. Examen du sujet à la présente session	
1. Documents dont la Commission était saisie et séances consacrées à l'examen du sujet.....	372
2. Présentation par le Rapporteur spécial de son troisième rapport	372
3. Résumé du débat	373
4. Création du Groupe de travail.....	376

	<i>Pages</i>
2657^e séance	
<i>Lundi 14 août 2000, à 15 h 5</i>	
Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-deuxième session (<i>suite</i>) Chapitre VI. — Actes unilatéraux des États (<i>fin</i>)	
B. Examen du sujet à la présente session (<i>fin</i>)	
4. Création du Groupe de travail (<i>fin</i>)	377
2. Présentation par le Rapporteur spécial de son troisième rapport (<i>fin</i>)	377
3. Résumé du débat (<i>fin</i>).....	378
Chapitre VIII. — Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses)	
A. Introduction	378
B. Examen du sujet à la présente session	378
2658^e séance	
<i>Mardi 15 août 2000, à 10 heures</i>	
Coopération avec d'autres organismes (<i>fin</i>) Visite du Président de la Cour internationale de Justice	383
Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-deuxième session (<i>suite</i>) Chapitre V. — Protection diplomatique (<i>suite</i>)	
B. Examen du sujet à la présente session	389
2659^e séance	
<i>Mardi 15 août 2000, à 15 h 5</i>	
Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-deuxième session (<i>suite</i>) Chapitre V. — Protection diplomatique (<i>suite</i>)	
B. Examen du sujet à la présente session (<i>suite</i>).....	391
Chapitre VII. — Les réserves aux traités	
A. Introduction	394
B. Examen du sujet à la présente session	394
C. Texte des projets de directives concernant les réserves aux traités adoptés à titre provisoire par la Commission en première lecture	
1. Texte des projets de directives.....	396
2. Texte des projets de directives adoptés à la cinquante-deuxième session de la Commission et des commentaires y relatifs.....	396
Commentaire de la directive 1.1.8 (Réserves faites en vertu de clauses d'exclusion)	396
Commentaire de la directive 1.4.6 [1.4.6, 1.4.7] (Déclarations unilatérales faites en vertu d'une clause facultative)	396
Commentaire de la directive 1.4.7 [1.4.8] (Déclarations unilatérales opérant un choix entre les dispositions d'un traité).....	397
Commentaire de la directive 1.7 (Alternatives aux réserves et aux déclarations interprétatives).....	397
2660^e séance	
<i>Mercredi 16 août 2000, à 10 heures</i>	
Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission Rapport du Président du Groupe de planification	397
Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-deuxième session (<i>suite</i>) Chapitre VII. — Les réserves aux traités (<i>fin</i>)	
C. Texte des projets de directives concernant les réserves aux traités adoptés à titre provisoire par la Commission en première lecture (<i>fin</i>)	
2. Textes des projets de directives adoptés à la cinquante-deuxième session de la Commission et des commentaires y relatifs (<i>fin</i>).....	398
Commentaire de la directive 1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] (Alternatives aux réserves).....	398
Commentaire de la directive 1.7.2 [1.7.5] (Alternatives aux déclarations interprétatives).....	399

	<i>Pages</i>	
Chapitre IV. — Responsabilité des États.....	400	
A. Introduction	400	
B. Examen du sujet à la présente session	400	
2661^e séance		
<i>Mercredi 16 août 2000, à 15 h 5</i>		
Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-deuxième session (<i>suite</i>)		
Chapitre V. — Protection diplomatique (<i>fin</i>)		
B. Examen du sujet à la présente session (<i>fin</i>)	405	
Chapitre IV. — Responsabilité des États (<i>suite</i>)		
B. Examen du sujet à la présente session (<i>suite</i>).....	406	
2662^e séance		
<i>Jeudi 17 août 2000, à 10 h 10</i>		
Responsabilité des États (<i>fin</i>)		
Projets d'articles proposés par le Comité de rédaction en deuxième lecture	413	
2663^e séance		
<i>Jeudi 17 août 2000, à 15 h 15</i>		
Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-deuxième session (<i>suite</i>)		
Chapitre IV. — Responsabilité des États (<i>suite</i>)		428
B. Examen du sujet à la présente session (<i>suite</i>).....	428	

	<i>Pages</i>	
2664^e séance		
<i>Vendredi 18 août, à 10 heures</i>		
Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-deuxième session (<i>fin</i>)		
Chapitre IV. — Responsabilité des États (<i>fin</i>)		
B. Examen du sujet à la présente session (<i>fin</i>)	434	
Chapitre IX. — Autres décisions et conclusions de la Commission		
A. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission	437	
B. Date et lieu de la cinquante-troisième session.....	437	
C. Coopération avec d'autres organismes	437	
D. Représentation à la cinquante-cinquième session de l'Assemblée générale.....	437	
E. Séminaire de droit international.....	438	
F. Conférence commémorative Gilberto Amado.....	438	
Chapitre III. — Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission.....		438
Chapitre II. — Résumé des travaux de la Commission à sa cinquante-deuxième session (<i>fin</i>)		438
Clôture de la session.....		438

**MEMBRES DE LA COMMISSION
et pays dont ils ont la nationalité**

M. Emmanuel Akwei ADDO	Ghana	M. Maurice KAMTO	Cameroun
M. Husain AL-BAHARNA	Bahreïn	M. James Lutabanzibwa KATEKA	République-Unie de Tanzanie
M. João Clemente BAENA SOARES	Brésil	M. Mochtar KUSUMA-ATMADJA	Indonésie
M. Ian BROWNLIE	Royaume-Uni de Grande- Bretagne et d'Irlande du Nord	M. Igor Ivanovich LUKASHUK	Fédération de Russie
M. Enrique CANDIOTI	Argentine	M. Teodor Viorel MELESCANU	Roumanie
M. James Richard CRAWFORD	Australie	M. Djamchid MOMTAZ	République islamique d'Iran
M. Christopher John Robert DUGARD	Afrique du Sud	M. Didier OPERTTI BADAN	Uruguay
M. Constantin ECONOMIDES	Grèce	M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA	Gabon
M. Nabil ELARABY	Égypte	M. Alain PELLET	France
M. Giorgio GAJA	Italie	M. Pemmaraju Sreenivasa RAO	Inde
M. Zdzislaw GALICKI	Pologne	M. Víctor RODRÍGUEZ CEDEÑO	Venezuela
M. Raul Ilustre GOCO	Philippines	M. Robert ROSENSTOCK	États-Unis d'Amérique
M. Gerhard HAFNER	Autriche	M. Bernardo SEPÚLVEDA	Mexique
M. Qizhi HE	Chine	M. Bruno SIMMA	Allemagne
M. Mauricio HERDOCIA SACASA	Nicaragua	M. Peter TOMKA	Slovaquie
M. Kamil E. IDRIS	Soudan	M. Chusei YAMADA	Japon
M. Jorge E. ILLUECA	Panama		
M. Peter C. R. KABATSI	Ouganda		

Bureau

Président : M. Chusei YAMADA
Premier Vice-Président : M. Maurice KAMTO
Deuxième Vice-Président : M. Peter TOMKA
Président du Comité de rédaction : M. Giorgio GAJA
Rapporteur : M. Víctor RODRÍGUEZ CEDEÑO

M. Hans Corell, Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique, représentait le Secrétaire général. M. Václav Mikulka, Directeur de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques, assumait les fonctions de secrétaire de la Commission et, en l'absence du Conseiller juridique, représentait le Secrétaire général.

ORDRE DU JOUR

À sa 2612^e séance, le 1^{er} mai 2000, la Commission a adopté pour sa cinquante-deuxième session l'ordre du jour suivant :

1. Nomination à des sièges devenus vacants (article 11 du statut).
2. Organisation des travaux de la session.
3. Responsabilité des États.
4. Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses).
5. Les réserves aux traités.
6. Protection diplomatique.
7. Actes unilatéraux des États.
8. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission.
9. Coopération avec d'autres organismes.
10. Date et lieu de la cinquante-deuxième session.
11. Questions diverses.

ABRÉVIATIONS ET SIGLES

CAHDI	Comité ad hoc des conseillers juridiques sur le droit international public (Conseil de l'Europe)
CDI	Commission du droit international
CICR	Comité international de la Croix-Rouge
CIJ	Cour internationale de Justice
CPJI	Cour permanente de justice internationale
FMI	Fonds monétaire international
HCR	Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés
ILC	International Law Commission
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OEA	Organisation des États américains
OIT	Organisation internationale du Travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMI	Organisation maritime internationale
ONU	Organisation des Nations Unies
ONUG	Office des Nations Unies à Genève
OUA	Organisation de l'unité africaine

*

* *

<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 à 24, jusqu'en 1930 inclus)
<i>C.P.J.I. série A/B</i>	CPJI, <i>Arrêts, ordonnances et avis consultatifs</i> (n ^{os} 40 à 80, à partir de 1931)
AJIL	<i>American Journal of International Law</i>
ILM	<i>International legal Materials</i> (Washington)
ILR	<i>International Law Reports</i> (Cambridge)
RGDIP	<i>Revue générale de droit international public</i> (Paris)

*

* *

Dans le présent volume, par Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie il faut entendre le tribunal international chargé de poursuivre les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-yougoslavie depuis 1991, et par Tribunal pénal international pour le Rwanda le Tribunal pénal international chargé de juger les personnes présumées responsables d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais présumés responsables de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins entre le 1^{er} janvier et le 31 décembre 1994.

*

* *

NOTE CONCERNANT LES CITATIONS

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

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

*

* *

Adresse Internet de la Commission du droit international : www.un.org/law/ilc/index.htm

AFFAIRES CITÉES DANS LE PRÉSENT VOLUME

<i>Titre abrégé de l'affaire</i>	<i>Nature de la décision</i>
<i>Accord relatif aux services aériens</i>	<i>Affaire concernant l'accord relatif aux services aériens du 27 mars 1946 entre les États-Unis d'Amérique et la France</i> , sentence arbitrale du 9 décembre 1978, Nations Unies, <i>Recueil des sentences arbitrales</i> , vol. XVIII (numéro de vente : E/F.80.V.7), p. 454.
<i>Actions armées frontalières et transfrontalières</i>	(<i>Nicaragua c. Honduras</i>), <i>Compétence et recevabilité</i> , arrêt, C.I.J. Recueil 1988, p. 69.
<i>Activités armées sur le territoire du Congo</i>	(<i>République démocratique du Congo c. Burundi</i>), ordonnance du 21 octobre 1999, C.I.J. Recueil 1999, p. 1018. (<i>République démocratique du Congo c. Rwanda</i>), ordonnance du 21 octobre 1999, C.I.J. Recueil 1999, p. 1025. (<i>République démocratique du Congo c. Ouganda</i>), <i>mesures conservatoires</i> , ordonnance du 1 ^{er} juillet 2000, C.I.J. Recueil 2000, p. 111.
<i>Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci</i>	(<i>Nicaragua c. États-Unis d'Amérique</i>), <i>fond</i> , arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 14.
<i>Alabama</i>	(<i>États-Unis d'Amérique c. Grande-Bretagne</i>), décision du tribunal arbitral de Genève du 14 septembre 1872 (voir J. B. Moore, <i>History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party</i> , Washington, United States Government Printing Office, 1898, vol. I, p. 572).
<i>Alexander</i>	<i>Executors of R.S.C.A. Alexander v. The United States</i> , American and British Claims Commission, 1871 (voir J. B. Moore, <i>History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party</i> , Washington, United States Government Printing Office, 1898, vol. III, p. 2529).
<i>Ambatielos</i>	<i>Exception préliminaire</i> , arrêt, C.I.J. Recueil 1952, p. 28.
<i>Aminoil-Kuwait Arbitration</i>	<i>Government of Kuwait v. American Independent Oil Co. (Aminoil)</i> , <i>International Legal Materials</i> , vol. XXI, n° 5, septembre 1982, p. 976.
<i>Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide</i>	<i>Mesures conservatoires</i> , ordonnance du 8 avril 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 3; et <i>ibid.</i> , ordonnance du 13 septembre 1993, C.I.J. Recueil 1993, p. 325. <i>Exceptions préliminaires</i> , arrêt, C.I.J. Recueil 1996, p. 595. <i>Demandes reconventionnelles</i> , ordonnance du 17 décembre 1997, C.I.J. Recueil 1997, p. 243. <i>Ordonnance du 22 janvier 1998</i> , C.I.J. Recueil 1998, p. 3. <i>Ordonnance du 11 décembre 1998</i> , <i>ibid.</i> , p. 743. <i>Ordonnance du 14 septembre 1999</i> , C.I.J. Recueil 1999, p. 1015. <i>Ordonnance du 27 juin 2000</i> , C.I.J. Recueil 2000, p. 108.

<i>Titre abrégé de l'affaire</i>	<i>Nature de la décision</i>
<i>Barcelona Traction</i>	<i>Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1964, p. 6. Deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970, p. 3.</i>
<i>Cameroun septentrional</i>	<i>Arrêt, C.I.J. Recueil 1963, p. 15.</i>
<i>Canevaro</i>	<i>(Italie c. Pérou), sentence du 3 mai 1912, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XI (numéro de vente : 61.V.4), p. 397.</i>
<i>Carélie orientale</i>	<i>Statut de la Carélie orientale, avis consultatif, 1923, C.P.J.I. série B n° 5.</i>
<i>Carthage</i>	<i>(France c. Italie), sentence du 6 mai 1913, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XI (numéro de vente : E/F.61.V.4), p. 449.</i>
<i>Certaines terres à phosphates à Nauru</i>	<i>(Nauru c. Australie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1992, p. 240.</i>
<i>Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis</i>	<i>Arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 76, p. 4.</i>
<i>Chrysostomos</i>	<i>Métropolitaine Chrysostomos, Archimandrite Georgios Papat-chrysostomou et Titina Loizidou c. Turquie, Conseil de l'Europe, requêtes n^{os} 15299/89, 15300/89 et 15318/89, Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 1991, vol. 34, p. 35 à 60.</i>
<i>Commission des Communautés européennes c. République hellénique</i>	<i>Cour de justice des Communautés européennes, affaire C-387/97, arrêt du 4 juillet 2000, Journal officiel des Communautés européennes, C 302, 21 octobre 2000, p. 5.</i>
<i>Compétence en matière de pêcheries</i>	<i>(Espagne c. Canada), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 432.</i>
<i>Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn</i>	<i>Ordonnance du 17 février 1999, C.I.J. Recueil 1999, p. 3.</i>
<i>Délimitation maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes</i>	<i>(Nicaragua c. Honduras), ordonnance du 21 mars 2000, C.I.J. Recueil 2000, p. 6.</i>
<i>Demande en interprétation de l'arrêt du 11 juin 1998 en l'affaire de la Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)</i>	<i>Exceptions préliminaires (Nigéria c. Cameroun), C.I.J. Recueil 1999, p. 31.</i>
<i>Détroit de Corfou</i>	<i>Fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949, p. 4. Fixation du montant des réparations, ibid., p. 244.</i>

<i>Diallo</i>	<i>Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), ordonnance du 25 novembre 1999, C.I.J. Recueil 1999.</i>
<i>Dickson Car Wheel Company</i>	<i>Dickson Car Wheel Company (U.S.A.) v. United Mexican States, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. IV (numéro de vente : 1951.V.1), p. 669.</i>
<i>Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme</i>	<i>Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1999, p. 62.</i>
<i>Différend territorial (Jamaïriya arabe libyenne/Tchad)</i>	<i>Arrêt, C.I.J. Recueil 1994, p. 6.</i>
<i>El Salvador c. Nicaragua</i>	<i>Cour de justice centraméricaine, arrêt du 9 mars 1917, American Journal of International Law, vol. 11, n° 3, juillet 1917, p. 674.</i>
<i>ELSI</i>	<i>Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), arrêt, C.I.J. Recueil 1989, p. 15.</i>
<i>Esphahanian</i>	<i>Esphahanian v. Bank Tejarat, sentence n° 157 du 29 mars 1983, Iran-United States Claims Tribunal Reports, Cambridge, Grotius, vol. 2, 1984, p. 157.</i>
<i>Essais nucléaires</i>	<i>(Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974, p. 253. (Nouvelle-Zélande c. France), ibid., p. 457.</i>
<i>États-Unis-Iran, affaire n° A/18</i>	<i>Sentence du 6 avril 1984, Iran-United States Claims Tribunal Reports, Cambridge, Grotius, vol. 5, 1985, p. 251.</i>
<i>F. c. R. et Conseil d'État du canton de Thurgovie</i>	<i>Tribunal fédéral suisse, arrêt du 17 décembre 1992, Journal des Tribunaux, 1995, p. 523.</i>
<i>Flegenheimer</i>	<i>Sentence n° 182 du 20 septembre 1958, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XIV (numéro de vente : 65.V.4), p. 327.</i>
<i>Forêts du Rhodope central</i>	<i>Sentence du 29 mars 1933, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1405.</i>
<i>Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria</i>	<i>Exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 275. Ordonnance du 30 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999, p. 983. Requête à fin d'intervention, ordonnance du 21 octobre 1999, ibid., p. 1029.</i>
<i>Île de Kasikili/Sedudu</i>	<i>(Botswana/Namibie), arrêt, C.I.J. Recueil 1999, p. 1045.</i>
<i>I'm Alone</i>	<i>S.S. "I'm Alone", sentences des 30 juin 1933 et 5 janvier 1935, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1609.</i>

<i>Incident aérien du 3 juillet 1988</i>	<i>(République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), ordonnance du 13 décembre 1989, C.I.J. Recueil 1989, p. 132.</i>
<i>Incident aérien du 10 août 1999</i>	<i>(Pakistan c. Inde), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 2000, p. 12.</i>
<i>Indemnité russe</i>	<i>(Russie c. Turquie), sentence du 11 novembre 1912, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XI (numéro de vente : 61.V.4), p. 421.</i>
<i>Interhandel</i>	<i>Arrêt, C.I.J. Recueil 1959, p. 6.</i>
<i>Kellet</i>	<i>Sentence du 20 septembre 1897 (voir J. B. Moore, <i>History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party</i>, vol. II, Washington, United States Government Printing Office, 1898).</i>
<i>Klöckner</i>	<i>Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. Republic of Cameroon (n° ARB/81/2), ICSID Reports, Cambridge University Press, Grotius, vol. 2, 1994, p. 3.</i>
<i>LaGrand</i>	<i>(Allemagne c. États-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 1999, C.I.J. Recueil 1999, p. 9.</i>
<i>Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires</i>	<i>Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, p. 226.</i>
<i>Licéité de l'emploi de la force</i>	<i>(Yougoslavie c. Belgique), mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999, p. 124. (Yougoslavie c. Canada), ibid., p. 259. (Yougoslavie c. France), ibid., p. 363. (Yougoslavie c. Allemagne), ibid., p. 422. (Yougoslavie c. Italie), ibid., p. 481. (Yougoslavie c. Pays-Bas), ibid., p. 542. (Yougoslavie c. Portugal), ibid., p. 656. (Yougoslavie c. Espagne), ibid., p. 761. (Yougoslavie c. Royaume-Uni), ibid., p. 826. (Yougoslavie c. États-Unis d'Amérique), ibid., p. 916.</i>
<i>Lockerbie</i>	<i>Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992, C.I.J. Recueil 1992, p. 3. (Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique), ibid., p. 114. (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998, p. 9. (Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique), ibid., p. 115. (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), ordonnance du 29 juin 1999, C.I.J. Recueil 1999, p. 975. (Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique), ibid., p. 979.</i>

<i>Loizidou</i>	<i>Loizidou c. Turquie</i> , arrêt du 23 mars 1995 (<i>exceptions préliminaires</i>), Cour européenne des droits de l'homme, <i>Série A : Arrêts et décisions</i> , vol. 310, p. 7 (Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1995) et arrêt du 18 décembre 1996 (<i>fond</i>), <i>Recueil des arrêts et décisions 1996-VI</i> (Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1996).
<i>Lotus</i>	Arrêt n° 9, 1927, <i>C.P.J.I. série A n° 10</i> .
<i>Lusitania</i>	Sentence du 1 ^{er} novembre 1923, Nations Unies, <i>Recueil des sentences arbitrales</i> , vol. VII (numéro de vente : 1956.V.5), p. 32 (traduction française dans Witenberg, t. I, p. 22 et suiv.).
<i>Manouba</i>	(<i>France c. Italie</i>), sentence du 6 mai 1913, Nations Unies, <i>Recueil des sentences arbitrales</i> , vol. XI (numéro de vente : E/F.61.V.4), p. 463.
<i>Mavrommatis</i>	<i>Concessions Mavrommatis en Palestine</i> , arrêt n° 2, 1924, <i>C.P.J.I. série A n° 2</i> .
<i>McNeill</i>	<i>William McNeill (Great Britain) v. United Mexican States</i> , Commission anglo-mexicaine des réclamations, sentence du 19 mai 1931, Nations Unies, <i>Recueil des sentences arbitrales</i> , vol. V (numéro de vente : 1952.V.3), p. 164.
<i>Namibie</i>	<i>Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité</i> , avis consultatif, <i>C.I.J. Recueil 1971</i> , p. 16.
<i>Naulilaa</i>	<i>Responsabilité de l'Allemagne à raison des dommages causés dans les colonies portugaises du sud de l'Afrique (Naulilaa)</i> , sentence du 31 juillet 1928, Nations Unies, <i>Recueil des sentences arbitrales</i> , vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 1011.
<i>Navire « Saïga »</i>	<i>Navire « Saïga » (n° 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. la Guinée)</i> , Tribunal international du droit de la mer, arrêt du 1 ^{er} juillet 1999, <i>International Legal Materials</i> , vol. 38, n° 5, septembre 1999, p. 1323.
<i>Nicaragua c. Honduras</i>	Cour de justice centraméricaine, arrêt du 17 janvier 2000.
<i>Nottebohm</i>	<i>Deuxième phase</i> , arrêt, <i>C.I.J. Recueil 1955</i> , p. 4.
<i>Or monétaire</i>	<i>Or monétaire pris à Rome en 1943</i> , arrêt, <i>C.I.J. Recueil 1954</i> , p. 19.
<i>Paraguay c. États-Unis d'Amérique</i>	<i>Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis d'Amérique)</i> , mesures conservatoires, ordonnance du 9 avril 1998, <i>C.I.J. Recueil 1998</i> , p. 248.
<i>Passage par le Grand-Belt</i>	(<i>Finlande c. Danemark</i>), mesures conservatoires, ordonnance du 29 juillet 1991, <i>C.I.J. Recueil 1991</i> , p. 12.

<i>Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran</i>	<i>Mesures conservatoires, ordonnance du 15 décembre 1979, C.I.J. Recueil 1979, p. 7. Arrêt, C.I.J. Recueil 1980, p. 3. Arrêt, C.I.J. Recueil 1980, p. 3.</i>
<i>Phares</i>	<i>Affaire relative à la concession des phares de l'Empire ottoman, sentence du 24/27 juillet 1956, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XII (numéro de vente : 63.V.3), p. 155.</i>
<i>Phosphates du Maroc</i>	<i>Arrêt, 1938, C.P.J.I. série A/B n° 74, p. 10.</i>
<i>Pinochet</i>	<i>Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3), Royaume-Uni, Chambre des lords, 24 mars 1999, International Law Reports, vol. 119.</i>
<i>Plates-formes pétrolières</i>	<i>(République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique), exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1996, p. 803. Demande reconventionnelle, ordonnance du 10 mars 1998, C.I.J. Recueil 1998, p. 190.</i>
<i>Projet Gabcikovo-Nagyvaros</i>	<i>(Hongrie/Slovaquie), arrêt, C.I.J. Recueil 1997, p. 7.</i>
<i>Rainbow Warrior</i>	<i>Affaire concernant les problèmes nés entre la Nouvelle-Zélande et la France relatifs à l'interprétation ou à l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986, lesquels concernaient les problèmes découlant de l'affaire du Rainbow Warrior, règlement émis par le Secrétaire général des Nations Unies le 6 juillet 1986, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. XIX (numéro de vente : E/F.90.V.7), p. 197.</i>
<i>Réparation</i>	<i>Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1949, p. 174.</i>
<i>Restrictions à la peine de mort</i>	<i>Restrictions to the Death Penalty (arts. 4(2) and 4(4) of the American Convention on Human Rights), Cour interaméricaine des droits de l'homme, avis consultatif OC-3/83 du 8 septembre 1983, Series A, No. 3.</i>
<i>Selmouni</i>	<i>Selmouni c. France, Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 28 juillet 1999, Recueil des arrêts et décisions 1999-V (Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1999).</i>
<i>Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan</i>	<i>(Indonésie/Malaisie), ordonnance du 10 novembre 1998, C.I.J. Recueil 1998, p. 429.</i>
<i>Statut juridique du Groënland oriental</i>	<i>Arrêt, 1933, C.P.J.I. série A/B n° 53, p. 22.</i>
<i>Sud-Ouest africain</i>	<i>Exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 319. Deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966, p. 6.</i>
<i>Tadic</i>	<i>Le Procureur c. Dusko Tadic, affaire n° IT-94-1-A, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, arrêt du 15 juillet 1999, International Legal Materials, vol. 38, novembre 1999, p. 1518.</i>

<i>Titre abrégé de l'affaire</i>	<i>Nature de la décision</i>
<i>Temple de Préah Vihéar</i>	<i>Fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 6.</i>
<i>Texaco</i>	<i>Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company v. The Government of the Libyan Arab Republic (1977), International Legal Materials, vol. 53, 1979, p. 389.</i>
<i>Timor oriental</i>	<i>(Portugal c. Australie), arrêt, C.I.J. Recueil 1995, p. 90.</i>
<i>Usine de Chorzów</i>	<i>Compétence, arrêt n° 8, 1927, C.P.J.I. série A n° 9. Fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A n° 17.</i>
<i>Vapeur Wimbledon</i>	<i>Arrêts, 1923, C.P.J.I. série A n° 1.</i>
<i>Velásquez Rodríguez</i>	<i>Cour interaméricaine des droits de l'homme, dommages-intérêts [art. 63 (1) de la Convention américaine des droits de l'homme], arrêt du 21 juillet 1989, Série C, n° 7.</i>
<i>Zafiro</i>	<i>D. Earnshaw and others (Great Britain) v. United States, Nations Unies, Recueil des sentences arbitrales, vol. VI (numéro de vente: 1955.V.3), p. 160.</i>

INSTRUMENTS MULTILATÉRAUX CITÉS DANS LE PRÉSENT VOLUME

Sources

Règlement pacifique des différends internationaux

- Traité général de paix et d'amitié (Washington, 20 décembre 1907) *American Journal of International Law (Supplement)*, vol. 2, 1908, p. 219.
- Traité général de renonciation à la guerre comme instrument de politique (Pacte Briand-Kellogg) [Paris, 27 août 1928] Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. XCIV, n° 2137, p. 57.

Relations amicales et coopération entre les États

- Traité interaméricain d'assistance mutuelle (Rio de Janeiro, 2 septembre 1947) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 21, n° 324, p. 77.
- Traité de l'Atlantique Nord (Washington, 4 avril 1949) *Ibid.*, vol. 34, n° 541, p. 243.
- Traité d'amitié, de coopération et d'assistance mutuelle (Pacte de Varsovie) [Varsovie, 14 mai 1955] *Ibid.*, vol. 219, n° 2962, p. 3.

Privilèges et immunités, relations diplomatiques et consulaires

- Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies (New York, 13 février 1946) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1, p. 15.
- Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Vienne, 18 avril 1961) *Ibid.*, vol. 500, n° 7310, p. 95.
- Convention de Vienne sur les relations consulaires (Vienne, 24 avril 1963) *Ibid.*, vol. 596, n° 8638, p. 261.
- Convention européenne sur les fonctions consulaires (Paris, 11 décembre 1967) Conseil de l'Europe, *Série des traités européens*, n° 61.
- Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel (Vienne, 14 mars 1975) Nations Unies, *Annuaire juridique 1975* (numéro de vente : F.77.V.3), p. 90.

Droits de l'homme

- Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (New York, 9 décembre 1948) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 78, n° 1021, p. 277.
- Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) [Rome, 4 novembre 1950] *Ibid.*, vol. 213, n° 2889, p. 221.

Protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention (Strasbourg, 11 mai 1994)	Conseil de l'Europe, <i>Série des traités européens</i> , n° 155.
Protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Rome, 4 novembre 2000)	Ibid., n° 177.
Charte sociale européenne (Turin, 18 octobre 1961)	Ibid., n° 35.
Convention (n° 119) concernant la protection des machines (Genève, 25 juin 1963)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 532, n° 7717, p. 159.
Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 993, no 14531, p. 3.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 999, n° 14668, p. 171.
Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 23 mars 1976)	Ibid.
Convention européenne en matière d'adoption des enfants (Strasbourg, 24 avril 1967)	Conseil de l'Europe, <i>Série des traités européens</i> , n° 58.
Convention américaine relative aux droits de l'homme : « Pacte de San José de Costa Rica » (San José, 22 novembre 1969)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1144, n° 17955, p. 123.
Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (New York, 18 décembre 1979)	Ibid., vol. 1249, n° 20378, p. 13.
Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (Strasbourg, 28 janvier 1981)	Conseil de l'Europe, <i>Série des traités européens</i> , n° 108.
Charte africaine des droits de l'homme et des peuples (Nairobi, 27 juin 1981)	Nations Unies, <i>Recueil des Traités</i> , vol. 1520, n° 26363, p. 243.
Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 10 décembre 1984)	Ibid., vol. 1465, n° 24841, p. 85.
Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (New York, 18 décembre 1990)	<i>Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-cinquième session, Supplément n° 49 A, résolution 45/158, annexe.</i>
Charte européenne des langues régionales ou minoritaires (Strasbourg, 5 novembre 1992)	Conseil de l'Europe, <i>Série des traités européens</i> , n° 148.

Nationalité et apatridie

Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité (La Haye, 12 avril 1930)	Société des Nations, <i>Recueil des Traités</i> , vol. CLXXIX, n° 4137, p. 89.
--	--

- Convention relative au statut des réfugiés (Genève, 28 juillet 1951) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, n° 2545, p. 137.
- Protocole relatif au statut des réfugiés (New York, 31 janvier 1967) Ibid., vol. 606, n° 8791, p. 267.
- Convention sur la réduction des cas d'apatridie (New York, 30 août 1961) Ibid., vol. 989, n° 14458, p. 175.
- Convention sur la réduction des cas de pluralité de nationalités et sur les obligations militaires en cas de pluralité de nationalités (Strasbourg, 6 mai 1963) Ibid., vol. 634, n° 9065, p. 221.
- Convention européenne sur la nationalité (Strasbourg, 6 novembre 1997) Conseil de l'Europe, *Série des traités européens*, n° 166.

Commerce international et développement

- Convention portant loi uniforme sur les chèques (Genève, 19 mars 1931) Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. CXLIII, p. 355.
- Statuts du Fonds monétaire international (Washington, 27 décembre 1945) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2, n° 20, p. 39.
- Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (Genève, 30 octobre 1947) Ibid., vol. 55, p. 187.
- Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Washington, 18 mars 1965) Ibid., vol. 575, n° 8359, p. 159.
- Quatrième Convention ACP-CEE (Lomé, 15 décembre 1989) Ibid., vol. 1925, n° 32847, p. 3.

Questions pénales diverses

- Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998) A/CONF.183/13 (Vol. I) [publication des Nations Unies, numéro de vente : F.02.I.5].

Droit de la mer

- Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982) *Le droit de la mer : texte officiel de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 et de l'Accord concernant l'application de la partie XI de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 avec index et extraits de l'Acte final de la troisième conférence des Nations Unies sur le droit de la mer* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.97.V.10).

Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs (New York, 4 août 1995)

Instruments internationaux relatifs à la pêche (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.98.V.11), sect. I; voir aussi A/CONF.164/37.

Droit applicable aux conflits armés

Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Genève, 12 août 1949)

Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, n° 970-973, p. 31 et suiv.

Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne

Ibid., n° 970, p. 31.

Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer

Ibid., n° 971, p. 85.

Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre

Ibid., n° 972, p. 135.

Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre

Ibid., n° 973, p. 287.

Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) et Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) [Genève, 8 juin 1977]

Ibid., vol. 1125, n°s 17512-17513, p. 3 et 609.

Traité de paix conclu avec le Japon (San Francisco, 8 septembre 1951)

Ibid., vol. 136, n° 1832, p. 45.

Traité d'État portant rétablissement d'une Autriche indépendante et démocratique (Vienne, 15 mai 1955)

Ibid., vol. 217, n° 2949, p. 223.

Droit des traités

Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969)

Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, n° 18232, p. 331.

Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités (Vienne, 23 août 1978)

Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur la succession d'États en matière de traités, Vienne, 4 avril-6 mai 1977 et 31 juillet-23 août 1978, vol. III (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.79.V.10).

Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Vienne, 21 mars 1986)

A/CONF.129/15.

Responsabilité

- Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux (Londres, Moscou et Washington, 29 mars 1972) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 961, n° 13810, p. 187.

Environnement et ressources naturelles

- Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance (Genève, 13 novembre 1979) Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1302, n° 21623, p. 217.
- Convention sur la notification rapide d'un accident nucléaire (Vienne, 26 septembre 1986) Ibid., vol. 1439, n° 24404, p. 275.
- Convention sur la diversité biologique (Rio de Janeiro, 5 juin 1992) *Revue générale de droit international public*, Paris, Pedone, 1992, t. XCVI, p. 952.
- Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (New York, 21 mai 1997) *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 49, résolution 51/229, annexe.*

Droit international général

- Convention II de la Conférence de la paix de La Haye (Convention Porter) [La Haye, 1907] Voir Dotation Carnegie pour la paix internationale, *Les Conventions et Déclarations de La Haye de 1899 et 1907*, New York, Oxford University Press, 1918.
- Traité instituant la Communauté européenne (Rome, le 25 mars 1957) Ibid., vol. 294, n° 4300.
- Traité sur l'Antarctique (Washington, 1^{er} décembre 1959) Ibid., vol. 402, n° 5778, p. 71.
- Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale (La Haye, 1^{er} février 1971) Ibid., vol. 1144, n° 17957, p. 249.
- Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (La Haye, 1^{er} juillet 1985) Ibid., vol. 1664, n° 28632, p. 311.
- Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (Strasbourg, 8 novembre 1990) Conseil de l'Europe, *Série des traités européens*, n° 141.
- Traité sur l'Union européenne (Traité de Maastricht) [Maastricht, 7 février 1992] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1757, n° 30615, p. 3.
- Convention interaméricaine contre la corruption (Caracas, 29 mars 1996) E/1996/99.

Traité d'Amsterdam modifiant le Traité sur l'Union européenne, les traités instituant les Communautés européennes et certains actes connexes (Amsterdam, 2 octobre 1997)

Journal officiel des Communautés européennes, 97/C 340/02, p. 145.

Convention pénale sur la corruption (Strasbourg, 27 janvier 1999)

Conseil de l'Europe, *Série des traités européens*, n° 173.

Convention civile sur la corruption (Strasbourg, 4 novembre 1999)

Ibid., n° 174.

RÉPERTOIRE DES DOCUMENTS DE LA CINQUANTE-DEUXIÈME SESSION

<i>Cotes des documents</i>	<i>Titres</i>	<i>Observations et références</i>
A/CN.4/502 et Add.1 et 2	Nomination à des sièges devenus vacants (article 11 du statut) : note du Secrétariat	Reproduit dans <i>Annuaire... 2000</i> , vol. II (1 ^{re} partie).
A/CN.4/503	Ordre du jour provisoire	Reprographié. Pour l'ordre du jour adopté, voir <i>supra</i> p. viii.
A/CN.4/504 et Add.1	Résumé thématique, établi par le Secrétariat, des débats tenus à la Sixième Commission sur le rapport de la Commission du droit international durant la cinquante-quatrième session de l'Assemblée générale	Reprographié.
A/CN.4/505	Troisième rapport sur les actes unilatéraux des États, par M. Víctor Rodríguez Cedeño, rapporteur spécial	Reproduit dans <i>Annuaire... 2000</i> , vol. II (1 ^{re} partie).
A/CN.4/506 [et Corr. 1] et Add.1	Premier rapport sur la protection diplomatique, par M. John Robert Dugard, rapporteur spécial	<i>Idem.</i>
A/CN.4/507 et Add.1 [et Corr. 1 et 2], Add. 2 [et Corr.1], Add.3 [et Corr.1] et Add.4	Troisième rapport sur la responsabilité des États, par M. James Crawford, rapporteur spécial	<i>Idem.</i>
A/CN.4/508 et Add.1 et 2, Add.3 [et Corr.1] et Add.4	Cinquième rapport sur les réserves aux traités, par M. Alain Pellet, rapporteur spécial	<i>Idem.</i>
A/CN.4/509	Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses) : commentaires et observations reçus des gouvernements	<i>Idem.</i>
A/CN.4/510	Troisième rapport sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses), par M. Pemmaraju Sreenivasa Rao, rapporteur spécial	<i>Idem.</i>
A/CN.4/511	Actes unilatéraux des États : réponses des gouvernements au questionnaire	<i>Idem.</i>
A/CN.4/L.590	Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-deuxième session : chapitre I ^{er} (Organisation des travaux de la session)	Reprographié. Pour le texte adopté, voir <i>Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/55/10)</i> . Le texte définitif figure dans l' <i>Annuaire... 2000</i> , vol. II (2 ^e partie).
A/CN.4/L.591	<i>Idem</i> : chapitre II (Résumé des travaux de la Commission à sa cinquante-deuxième session)	<i>Idem.</i>
A/CN.4/L.592	<i>Idem</i> : chapitre III (Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission)	<i>Idem.</i>
A/CN.4/L.593 (et Corr.1) et Add.1 à 6	<i>Idem</i> : chapitre IV (Responsabilité des États)	<i>Idem.</i>
A/CN.4/L.594	<i>Idem</i> : chapitre V (Protection diplomatique)	<i>Idem.</i>
A/CN.4/L.595 et Add.1	<i>Idem</i> : chapitre VI (Actes unilatéraux des États)	<i>Idem.</i>

Cotes des documents	Titres	Observations et références
A/CN.4/L.596 et Add.1 à 4	<i>Idem</i> : chapitre VII (Les réserves aux traités)	<i>Idem.</i>
A/CN.4/L.597	<i>Idem</i> : chapitre VIII (Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international [prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses])	<i>Idem.</i>
A/CN.4/L.598 et Add.1	<i>Idem</i> : chapitre IX (Autres décisions et conclusions de la Commission)	<i>Idem.</i>
A/CN.4/L.599	Les réserves aux traités. – Intitulés et textes des projets de directives adoptés par le Comité de rédaction : directives 1.1.8, 1.4.6 [1.4.6, 1.4.7], 1.4.7 [1.4.8], 1.7, 1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4], 1.7.2 [1.7.5]	Voir compte rendu analytique de la 2640 ^e séance (par. 61).
A/CN.4/L.600	Responsabilité des États. – Projets d'articles provisoirement adoptés par le Comité de rédaction en seconde lecture	Reprographié. Pour le texte, voir <i>Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/55/10)</i> . Le texte définitif figure dans <i>l'Annuaire... 2000</i> , vol. II (2 ^e partie), chap. IV, annexe.
A/CN.4/SR.2612- A/CN.4/SR.2664	Comptes rendus analytiques provisoires des 2612 ^e à 2664 ^e séances	Reprographié. Le texte définitif figure dans le présent volume.

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DES SÉANCES DE LA PREMIÈRE PARTIE DE LA CINQUANTE-DEUXIÈME SESSION

Tenues à Genève du 1^{er} mai au 9 juin 2000

2612^e SÉANCE

Lundi 1^{er} mai 2000, à 15 h 10

Président sortant : M. Zdzislaw GALICKI

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Gaja, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Illueca, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka.

Ouverture de la session

1. Le PRÉSIDENT SORTANT déclare ouverte la cinquante-deuxième session de la Commission du droit international en rappelant que, conformément au vœu de la Commission, celle-ci sera scindée en deux parties. Il souhaite la bienvenue à tous les membres de la Commission et les remercie pour la coopération et l'appui qu'ils lui ont apportés au cours de la précédente session.

2. Conformément à son mandat, il a assisté aux séances de la Sixième Commission de l'Assemblée générale, dont les intéressants débats sur le rapport de la Commission sur le travail de sa cinquante et unième session sont repris dans le résumé thématique établi par le Secrétariat (A/CN.4/504 et Add.1). Ses obligations professionnelles

l'ont malheureusement empêché de participer aux réunions des organes régionaux avec lesquels la Commission entretient des relations. Toutefois, à sa demande, M. Hafner a représenté la Commission à la trente-neuvième session du Comité consultatif juridique afro-asiatique, qui s'est tenue au Caire du 19 au 23 février 2000, où son exposé sur les travaux de la Commission a été reçu avec le plus vif intérêt.

Élection du bureau

M. Yamada est élu président par acclamation.

M. Yamada prend la présidence.

3. Le PRÉSIDENT remercie les membres de la Commission de la confiance qu'ils lui ont témoignée en l'élevant au poste de président. Il fera de son mieux pour se montrer digne de cette confiance, mais sait qu'il pourra compter sur le concours des membres de la Commission et sur l'aide du secrétariat pour mener à bien sa tâche.

M. Kamto est élu premier vice-président par acclamation.

M. Tomka est élu second vice-président par acclamation.

M. Gaja est élu président du Comité de rédaction par acclamation.

M. Rodríguez Cedeño est élu rapporteur par acclamation.

Adoption de l'ordre du jour (A/CN.4/503)

4. Le PRÉSIDENT invite la Commission à adopter l'ordre du jour provisoire (A/CN.4/503).

L'ordre du jour est adopté.

Organisation des travaux de la session

[Point 2 de l'ordre du jour]

5. Le PRÉSIDENT propose de suspendre la séance pour permettre au bureau élargi de se réunir afin d'examiner l'organisation des travaux de la session.

La séance est suspendue à 15 h 40; elle est reprise à 16 h 35.

Nomination à des sièges devenus vacants (article 11 du statut) [A/CN.4/502 et Add.1 et 2]

[Point 1 de l'ordre du jour]

6. Le PRÉSIDENT annonce que, sur la recommandation du bureau élargi, la Commission doit dès à présent pourvoir deux sièges devenus vacants. Conformément à la pratique établie, il suspend la séance afin de tenir ces élections en séance privée.

La séance est suspendue à 16 h 45; elle est reprise à 17 heures.

7. Le PRÉSIDENT annonce que la Commission a élu M. Kamil Idris au siège laissé vacant à la suite du décès de Doudou Thiam et M. Djamchid Momtaz au siège devenu vacant à la suite de l'élection de M. Awn Al-Khasawneh à la CIJ. Au nom de la Commission, il les en informera et les invitera à prendre place au sein de la Commission.

Organisation des travaux de la session (suite)

[Point 2 de l'ordre du jour]

8. M. PELLET tient à renouveler sa désapprobation du fait que la CDI débute ses travaux un 1^{er} mai, jour où l'on célèbre une fête laïque et internationale reconnue partout ailleurs qu'en Suisse et à l'ONU. Cela est anormal dans la mesure où l'on impose à l'ONU des jours fériés qui n'ont rien à voir avec elle. Il s'élève aussi contre le fait qu'on lui ait remis un badge où figure le sigle anglais ILC, ce qui est une pratique inadmissible dans une organisation internationale sise dans un pays francophone, la Suisse.

La séance est levée à 17 h 10.

2613^e SÉANCE

Mardi 2 mai 2000, à 10 h 10

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby,

M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Illueca, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka.

Organisation des travaux de la session (suite)

[Point 2 de l'ordre du jour]

1. Le PRÉSIDENT rappelle qu'à sa séance précédente la Commission a adopté son programme de travail pour les deux semaines suivantes. Il invite les membres qui souhaiteraient participer au Comité de rédaction ou au Groupe de planification d'en informer les présidents respectifs de ces deux organes, MM. Gaja et Kamto. Le Comité de rédaction s'occupera dans un premier temps des projets d'articles sur la responsabilité des États.

Responsabilité des États¹ (A/CN.4/504, sect. A, A/CN.4/507 et Add.1 à 4², A/CN.4/L.600)

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

2. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), présentant son troisième rapport sur la responsabilité des États (A/CN.4/507 et Add.1 à 4), dit qu'une réunion informelle qui a eu lieu au début de l'année à Cambridge (Royaume-Uni) lui a permis d'avancer dans l'examen d'un certain nombre de questions, et il en sait gré aux participants. L'Association de droit international a mis sur pied un groupe d'étude sur la responsabilité des États dont le premier rapport est à présent disponible. Ce groupe était composé d'un certain nombre de juristes éminents, dont l'ancien rapporteur spécial sur le sujet, M. Gaetano Arangio-Ruiz.

3. Le troisième rapport marque le début du réexamen par la Commission de la deuxième partie du projet d'articles et comprendra deux nouvelles tranches. La première traitera du contenu exact de la réparation, de la restitution et de l'indemnisation, l'accent étant mis en particulier sur la question de savoir si les articles relatifs à l'indemnisation devraient être plus détaillés compte tenu des critiques formulées par les gouvernements. La deuxième portera sur ce qu'on peut appeler « les conséquences de la responsabilité », sur la possibilité que plusieurs États et pas seulement un État soient lésés et sur toutes les questions qui se sont posées à l'issue de l'examen des deux premières tranches du rapport. Le Rapporteur spécial réaffirme sa volonté et, il l'espère, celle de la Commis-

¹ Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), chap. III, sect. D, p. 62.

² Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

sion, d'achever la deuxième lecture du projet d'articles à la cinquante-troisième session, en 2001. À cette fin, le Comité de rédaction pourrait établir un texte, en laissant de côté la question du règlement des différends, avant la fin de la session en cours, de sorte que la Commission puisse procéder au toilettage de l'ensemble du texte et du commentaire à sa prochaine session : programme certes ambitieux, mais néanmoins réalisable.

4. Dans la section A du chapitre premier du rapport, il est fait mention de quatre questions laissées en suspens qui se rapportent à la première partie : la responsabilité des États pour violation d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble (art. 19), la formulation d'un article sur l'épuisement des recours internes (art. 22) ainsi que d'un article sur les contre-mesures (art. 30), et l'inclusion éventuelle d'une autre circonstance excluant l'illégalité, à savoir l'exception d'inexécution. Ces quatre questions se rapportent aussi à la deuxième partie et ne pourront être réglées tant qu'il n'aura pas été pris de décision sur certains aspects de la deuxième partie. Dans un certain nombre de cas, notamment au paragraphe 4 de l'article 42, des éléments de la première partie sont repris dans la deuxième partie. Cela est inutile et amène à se demander si les principes posés dans la première partie relatifs à la violation d'obligations internationales sont applicables aux obligations internationales énoncées dans la deuxième partie. Il faut supposer cependant qu'ils le sont.

5. Le rapport traite de deux questions étroitement liées entre elles : le contenu du chapitre premier de la deuxième partie (Principes généraux) et la structure et l'approche globales du reste du projet d'articles. Outre les principes généraux, la deuxième partie contient des dispositions sur les droits de l'État lésé, les contre-mesures et les conséquences des crimes internationaux. La troisième partie porte sur le règlement des différends. Il a été décidé provisoirement de ne pas établir de lien entre l'adoption de contre-mesures et le règlement des différends. Il faudrait donc laisser la troisième partie de côté pour l'instant. Une fois l'ensemble du projet adopté, on pourra examiner les questions du règlement des différends en général et de la forme que prendra le projet. Si celui-ci n'est pas soumis à l'Assemblée générale sous forme de convention, il ne sert manifestement à rien d'y insérer des dispositions sur le règlement des différends. Le Rapporteur spécial n'est pas certain que de telles dispositions soient acceptables, étant donné que le texte porte littéralement sur l'ensemble des obligations des États.

6. Les alinéas *b* et *c* du paragraphe 7 du rapport rendent compte des difficultés qu'il a rencontrées, en tant que juriste spécialiste de *common law*, lors de l'examen des éléments de la deuxième partie. En *common law*, ces éléments sont réputés faire partie du droit des recours et sont formulés en grande partie en termes de pouvoirs ou de fonctions des tribunaux. Le projet d'articles est, lui, formulé en termes d'obligations et de prérogatives des États concernés, conformément à l'approche traditionnellement adoptée en droit international, selon laquelle le règlement judiciaire est fonction du consentement des États. Selon cette approche, les articles devraient être formulés en termes de droits catégoriques, ou alors l'expression « le cas échéant » devrait être insérée dans tout le texte. Cette formulation maladroite a suscité des critiques des gouverne-

ments représentant diverses traditions juridiques au motif que les articles étaient soit trop rigides soit si vagues qu'ils manquaient de contenu. Il n'est pas possible de remédier au problème maintenant mais il faudra y songer lors des travaux de rédaction à venir.

7. Les paragraphes 8 et 9 du rapport énoncent les raisons pour lesquelles il convient d'améliorer la structure de la deuxième partie et contiennent des suggestions à cette fin. Le titre actuel « Contenu, formes et degrés de la responsabilité internationale » n'est pas immédiatement compréhensible pour la majorité des juristes internationaux et pourrait être remplacé par la formule « Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État », qui est plus simple et conforme à la doctrine traditionnelle de la responsabilité des États en tant que conséquence juridique secondaire découlant d'une violation.

8. Le chapitre premier de la deuxième partie est intitulé « Principes généraux » mais n'en énonce aucun. Il faudrait donc en insérer quelques-uns, comme dans le chapitre premier de la première partie. Il faudrait aussi inclure un chapitre sur les trois formes de réparation : restitution, indemnisation et satisfaction. La cessation, qui figure actuellement dans le chapitre II de la deuxième partie, n'est pas une forme de réparation et devrait être traitée dans la première partie en tant que principe général, parallèlement à un principe général de réparation. Cela permettrait d'expliquer dans le chapitre II de la deuxième partie en quoi consistent la restitution, l'indemnisation et la satisfaction, sans nécessairement préciser comment choisir entre les trois. Selon la tradition établie par l'arrêt relatif à l'affaire de l'*Usine de Chorzów (compétence)*, l'obligation fondamentale de l'État auteur du fait illicite est traitée comme une obligation de réparer. Le contenu de ce principe général varie en fonction des circonstances ou de la faute concomitante de l'État victime. Le Rapporteur spécial se propose également d'examiner dans la deuxième tranche de son rapport la question des situations impliquant plusieurs États lésés ou plusieurs États responsables dans le cadre du même fait internationalement illicite.

9. Il faudrait envisager d'inclure deux autres parties. L'une d'elles, le Rapporteur spécial en est fermement convaincu, devrait être une quatrième partie contenant des dispositions générales et, notamment, la disposition relative à la *lex specialis*. Une autre proposition, plus controversée, serait d'établir une distinction entre les conséquences juridiques pour l'État responsable d'un fait internationalement illicite et l'invocation de ces conséquences par la victime principale de la violation ou, dans certaines circonstances, par d'autres États. Cette distinction dissiperait une partie de la confusion créée par l'article 40. Le Rapporteur spécial propose en conséquence d'insérer une deuxième partie *bis* qui serait intitulée « Mise en œuvre de la responsabilité des États ». Au tout début de ses travaux, le Rapporteur spécial Ago a eu la même idée, considérant que cette partie pourrait couvrir également la protection diplomatique, qu'il voyait comme un moyen permettant à un État d'invoquer la responsabilité d'un autre État pour le dommage causé à l'un de ses nationaux.

10. L'article 40 traite de la question générale de savoir qui est habilité à réagir en cas de violation mais il le fait

d'une manière qui est loin d'être satisfaisante. La Convention de Vienne sur le droit des traités (ci-après dénommée « Convention de Vienne de 1969 ») traite de la perte du droit d'invoquer un motif de mettre fin à un traité ou d'en suspendre l'application. Si l'on suit un raisonnement analogue, il est justifié d'inclure dans une deuxième partie *bis* un article sur la perte du droit d'invoquer la responsabilité. Encore une fois, les contre-mesures peuvent être considérées comme une forme d'invocation de la responsabilité. La raison pour laquelle elles sont prises contre un État est que celui-ci a refusé de reconnaître sa responsabilité et de mettre fin à son comportement illicite. Les contre-mesures relèvent par conséquent davantage de la mise en œuvre de la responsabilité que des formes de réparation. En outre, on peut dire que l'article 19 traite en général de la question de l'invocation d'une responsabilité envers la communauté internationale dans son ensemble.

11. Pour ces raisons, le Rapporteur spécial propose que les articles de fond dont il reste à traiter présentent la structure indiquée au paragraphe 10 de son rapport. Cette proposition n'est en aucun cas définitive et vise simplement à faciliter la discussion. L'article 40 mêle un grand nombre de questions et la structure proposée vise à les démêler.

12. En ce qui concerne la deuxième partie, qui serait intitulée « Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État », le Rapporteur spécial sait gré à M. Pellet des propositions qu'il a formulées à la réunion de Cambridge. Quatre principes généraux peuvent être énoncés dans un chapitre premier de la deuxième partie : le principe selon lequel un fait internationalement illicite entraîne des conséquences juridiques; le principe général de la réparation actuellement énoncé à l'article 42; la question de la cessation; et les questions soulevées dans le cadre de l'article 40.

13. Le paragraphe 1 de l'article 36 est une simple disposition introductive formelle sur la responsabilité internationale des États. Aucun gouvernement ne l'a jugée superflue, et comme M. Brownlie l'a fait observer, des articles de liaison sont parfois nécessaires. Le principe général de la réparation est en revanche une question plus complexe. Il est formulé dans l'ensemble du projet d'articles en tant que droit de l'État lésé. La France a suggéré de commencer par l'idée que toute responsabilité est la responsabilité d'un État auteur d'un fait illicite envers un État lésé³. Le Rapporteur spécial Ago était favorable à ce que l'on traite la responsabilité comme quelque chose découlant de la violation d'une obligation par un État et à ce que l'on n'envisage les conséquences de la responsabilité que lorsque l'obligation aurait été définie⁴. Autrement dit, la notion d'État lésé pourrait être introduite au tout début ou à la fin d'une construction logique alors que l'article 40 l'évoque en plein milieu, sans aucun raisonnement conséquent. Cela crée de graves problèmes.

14. En outre, dans le cadre de la responsabilité à l'égard de plusieurs États ou de la communauté internationale dans son ensemble, l'identification des droits d'un État lésé implique que cet État lésé soit le seul État impliqué.

La Commission a dit qu'elle ne « bilatéralisait » pas simplement les obligations multilatérales, mais c'est précisément ce qu'elle a fait, parce qu'elle n'a pas tenu sa promesse initiale et qu'il en résulte un texte totalement incohérent à cet égard. Le Rapporteur spécial se propose de l'arranger, non pas « à la manière française », mais « à la manière Ago », autrement dit, en maintenant le concept fondamental de responsabilité consacré dans le chapitre premier de la première partie et en le reprenant dans la deuxième partie, laissant les questions de l'invocation pour la troisième partie. En l'état actuel, le projet d'articles ne résout pas le problème qu'il a soulevé en traitant des obligations multilatérales à l'article 40 et en les attribuant individuellement à tel ou tel État, créant ainsi une situation intolérable. La victime principale d'une violation des droits de l'homme en vertu de l'article 40, tel qu'il est actuellement libellé, peut accepter une indemnisation et considérer l'affaire comme classée; néanmoins, d'autres États sont habilités à intervenir au moyen de contre-mesures. Comme un certain nombre de gouvernements l'ont déjà fait remarquer, cela ne peut pas être vrai. Le Rapporteur spécial propose de régler le problème en traitant des principes généraux dans la deuxième partie et du contenu de la réparation dans le chapitre II de celle-ci et de les formuler en termes d'obligation de l'État identifié dans la première partie, c'est-à-dire l'État responsable. Ce faisant, on ne perd rien en contenu et on gagne beaucoup en remettant à plus tard la question de savoir qui peut faire quoi par rapport à cet État. Que cela fasse l'objet d'une section ultérieure de la deuxième partie ou de la deuxième partie *bis* qu'il propose n'a guère d'importance. L'élément analytique est essentiel : il est nécessaire soit de commencer par l'idée que la responsabilité est engagée vis-à-vis d'un autre État soit de reprendre l'idée d'Ago que la responsabilité existe en droit eu égard à une violation, concept consacré dans les projets d'articles 1 et 3, et de la mener jusqu'au bout, du moins jusqu'aux conséquences immédiates de la violation. C'est ce qu'il faut faire à la fois pour l'obligation de réparation en général et pour l'obligation de cessation.

15. Le Rapporteur spécial a estimé que le principe général de la réparation devrait être formulé en tant qu'obligation de l'État ayant commis le fait internationalement illicite de réparer, sous une forme appropriée, les conséquences de ce fait. Un certain nombre de questions se posent pour ce qui est de donner effet à ce principe général, qui est naturellement déjà contenu dans l'énoncé d'un droit reconnu à un État lésé au paragraphe 1 de l'article 42. Le premier problème a trait au lien de causalité. Le Rapporteur spécial Arangio-Ruiz a eu des idées très arrêtées sur le sujet, qui sont exprimées dans le commentaire de l'article 42⁵; il a fait valoir que si les conséquences particulières d'un fait illicite découlent également d'autres circonstances et qu'il y a donc des causes concomitantes, l'État ne devrait être responsable de la perte que jusqu'à un certain point. Personnellement, Le Rapporteur spécial ne souscrit pas à ce point de vue. Un État est responsable des conséquences directes ou immédiates de son comportement. Certes, il est difficile de préciser quel adjectif doit être utilisé dans ce contexte. Les différents systèmes juridiques utilisent des termes différents mais ils font tous la

³ Voir *Annuaire... 1998*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/488 et Add.1 à 3.

⁴ Deuxième rapport (*Annuaire... 1970*, vol. II, doc. A/CN.4/233, par. 46, p. 206).

⁵ Voir le paragraphe 6 du commentaire de l'article 6 *bis*, *Annuaire... 1993*, vol. II (2^e partie), p. 61.

distinction entre les conséquences qui découlent directement d'un fait illicite et le sous-produit à long terme, les conséquences survenues par inadvertance, liées au comportement de l'homme en général.

16. Le Rapporteur spécial ne voit aucune raison de s'écarter de la tradition qui envisage ainsi la question du lien de causalité et il propose dans le projet d'article une formulation simple à cette fin, gardant à l'esprit la mise en garde lancée par un juriste, selon lequel la solution du problème réside non pas dans une formulation donnée mais uniquement dans l'application des règles particulières aux faits particuliers. Il est clair cependant que le caractère indirect ou direct du préjudice ou du dommage, comme on veut l'appeler, pose effectivement un problème. L'article doit être convenablement formulé et le commentaire modifié en conséquence. Il existe naturellement des cas dans lesquels il y aurait pour ainsi dire intervention du droit, qui dirait que seules certaines conséquences pourraient découler de types particuliers de violation et serait peut-être beaucoup plus sévère pour d'autres types de violation. Il faut incorporer ce concept dans l'article général.

17. Le paragraphe 3 de l'article 42 libellé comme suit : « En aucun cas la réparation n'a pour effet de priver une population de ses propres moyens de subsistance » a été inclus dans le projet parce que le précédent rapporteur spécial était préoccupé par les conséquences trop pénales pour les États auteurs de faits illicites. Cette préoccupation se reflète dans certaines des dispositions sur la restitution. Par exemple, lorsque la restitution est une charge trop lourde par rapport à l'avantage qu'en tirerait l'État lésé, il n'y a pas d'obligation de restitution. Il y a ainsi des moyens de résoudre le problème du caractère trop pénal de la réparation dans les articles pertinents. Le précédent rapporteur spécial a cependant estimé qu'il fallait aussi une disposition de caractère général. Le libellé du paragraphe 3 de l'article 42 a été vivement critiqué par les gouvernements. Un seul pays, l'Allemagne, l'a appuyé, pour des raisons historiquement compréhensibles. Ces critiques semblent justifiées. La situation de l'État responsable pourrait bien influencer sur la forme que pourrait revêtir la réparation, le moment où elle a lieu et ses modalités. De plus, dans les cas extrêmes comme dans l'affaire de l'*Indemnité russe*, un État pourrait être contraint de différer l'indemnisation jusqu'à ce qu'il soit en mesure de verser les sommes dues. Mais, mis à part le cas des réparations exigées à la fin de la première guerre mondiale, qui ont été un fiasco, il n'existe aucun précédent qui justifie de prévoir une garantie de ce genre. En outre, l'inclusion d'une telle garantie crée d'énormes problèmes. En principe, la réparation oblige un État à restituer quelque chose qui, par définition, ne constitue pas ses propres moyens de subsistance mais ceux d'un autre État, c'est-à-dire le territoire ou les biens d'un autre État. Les questions qui pourraient surgir pourraient être couvertes dans le cadre des modalités.

18. Pour ces raisons, le Rapporteur spécial propose de supprimer le paragraphe 3 de l'article 42 et de traiter des problèmes soulevés dans le contexte des formes spécifiques de réparation dans le chapitre II. Le principe général, tel qu'il est énoncé dans l'arrêt relatif à l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, est que l'État responsable doit réparer les conséquences de son fait illicite et, dans la mesure où il est implicitement entendu qu'il s'agit de dommages « directs et pas trop éloignés », il n'y a aucune raison de craindre

que cette obligation priverait cet État de ses propres moyens de subsistance. Il est réglé chaque année dans le contexte d'arrangements internationaux des problèmes d'endettement des États beaucoup plus importants que ceux qui sont liés aux réparations. Manifestement, le paragraphe 3 de l'article 42 crée plus de problèmes qu'il n'en résout.

19. Conformément au paragraphe 4 de l'article 42, l'État qui a commis le fait internationalement illicite ne peut invoquer les dispositions de son droit interne pour s'abstenir de réparer intégralement. Mais cette idée a déjà été exprimée à l'article 4 du projet et le Rapporteur spécial propose par conséquent, au paragraphe 119 de son rapport, d'énoncer un principe général dans le chapitre premier de la deuxième partie, soit aux paragraphes 1 et 2 de l'article 37 *bis*.

20. Le principe général de la cessation apparaît sous deux formes légèrement différentes au paragraphe 2 de l'article 36 et à l'article 41. Le Rapporteur spécial approuve l'idée sous-jacente au projet que ces deux formes sont liées entre elles et devraient figurer dans un seul article mais il penche pour une formulation légèrement différente.

21. La première question qui se pose est celle de la conséquence de la violation de l'obligation principale. Il n'y a pas d'obligation de cessation du comportement si l'obligation principale a cessé d'exister et, dans certaines circonstances, dont la plus manifeste est la violation substantielle d'un traité bilatéral dont l'autre État se sert pour mettre fin au traité, les questions de cessation ne se posent pas. Il faut l'indiquer sous forme d'une clause de sauvegarde, mais c'est un point important.

22. Pour ce qui est de la question plus positive de la cessation (art. 41), peu d'États se sont plaints de cette disposition. Mais certains auteurs ont émis l'avis que la cessation est réellement la conséquence de l'obligation principale, et non pas une conséquence secondaire de la violation, et n'a donc pas sa place dans le projet. Le Rapporteur spécial a essayé d'expliquer au paragraphe 50 de son rapport pourquoi il ne souscrit pas à ce point de vue. La question de la cessation ne peut se poser que s'il y a eu violation. Ce n'est peut-être pas tout à fait une conséquence secondaire au même titre que la réparation, mais c'est une conséquence d'une violation. En outre, il existe un lien entre la cessation et les autres conséquences de la violation, par exemple – mais pas seulement – pour ce qui est des contre-mesures. Deuxièmement, et c'est le plus important, dans la majorité des affaires mettant en jeu la responsabilité des États qui soulèvent des questions dans le contexte du projet d'articles, le souci premier de l'État n'est pas tant l'indemnisation qui découlerait de la violation que la cessation du fait illicite et le rétablissement de la relation juridique à laquelle la violation a porté atteinte. C'est pourquoi les réparations sous forme de déclarations ont joué un rôle aussi important dans les affaires mettant en cause la responsabilité des États. En n'incluant pas dans le projet une disposition relative à la cessation, on risque de donner une représentation erronée de la réalité de la responsabilité des États.

23. Reste la question du libellé. La France a proposé une formulation que le Rapporteur spécial a reproduite au

paragraphe 52 de son rapport. Aux fins de la discussion, il a suggéré un libellé quelque peu différent qui tient compte du fait que la question de la cessation ne peut se poser que si l'obligation principale existe toujours. C'est le texte de l'article 36 *bis* qui figure au paragraphe 119 de son rapport. Le principe général de la cessation doit être énoncé en premier parce que, logiquement, la cessation vient avant la réparation : il y aura des cas où une violation sera portée à l'attention de l'État responsable qui cessera immédiatement le comportement incriminé et l'affaire en restera là. Le Rapporteur spécial a formulé l'obligation de cessation par rapport au concept de fait illicite continu, maintenu à juste titre dans la première partie du projet.

24. La deuxième question à examiner est celle des assurances et garanties de non-répétition, que le Rapporteur spécial Arangio-Ruiz a traitées comme une sorte de conséquence *sui generis* de la violation, conscient que ce n'est pas exactement une question de réparation parce que, par définition, on parle de l'avenir et non du passé. L'idée de M. Arangio-Ruiz de distinguer les assurances et garanties de non-répétition des autres conséquences est extrêmement utile. Les conséquences d'un fait internationalement illicite sont essentiellement de deux types, celles qui sont tournées vers l'avenir et celles qui sont tournées vers le passé. La conséquence tournée vers l'avenir, c'est la cessation et les assurances et garanties de non-répétition, ce qui implique dans les deux cas, bien sûr, que l'obligation est maintenue. L'autre conséquence, c'est la réparation, c'est-à-dire le fait de remédier au dommage causé par la violation. C'est une façon cohérente d'aborder la question, et il est tout aussi approprié d'inclure les assurances et garanties dans un article portant sur la cessation. Après tout, un État qui cherche à obtenir la cessation veut avoir des assurances que la relation juridique à laquelle la violation a porté atteinte a été rétablie. Deux conditions doivent être réunies : premièrement, que la violation cesse et deuxièmement, s'il y a lieu, que des garanties de non-répétition soient données. La relation juridique est alors rétablie, sans préjudice des questions de réparation découlant de la violation.

25. Dans certains cas, les assurances et garanties exigées sont extrêmement rigoureuses alors que dans d'autres de simples promesses ou engagements sont jugés suffisants. Bien qu'il ait initialement critiqué cette imprécision, le Rapporteur spécial ne voit pas d'autre solution que d'utiliser le mot « appropriées » et d'inclure le membre de phrase : « d'offrir des assurances et des garanties de non-répétition ».

26. Il convient avec la France que les articles 37 et 39 sont des clauses de sauvegarde qui pourraient figurer dans une partie générale, mais pas dans l'article 38, qui traite d'autres conséquences d'une violation et devrait rester là où il est, si l'on veut qu'il ait un sens. L'article 38 signifie qu'il existe des règles précises, en droit conventionnel ou en droit international coutumier, qui régissent les conséquences d'une violation spécifique. Naturellement, ces règles s'appliquent mais dans le cadre du principe de la *lex specialis*; il n'est pas nécessaire que l'article 38 le précise. Une autre idée implicite dans l'article 38 est qu'il existe d'autres conséquences générales d'une violation au regard du droit international qui ne sont pas énoncées dans les dispositions de cette partie. La Sixième Commission dira probablement que, si au bout de 40 ans la Commission ne sait

toujours pas quelles sont ces conséquences, alors l'article 38 est peut-être inutile. Dans le commentaire, il est fait état de deux conséquences d'un fait illicite mais aucune n'a de rapport avec le sujet de la responsabilité. Si la Commission peut déterminer avec précision d'autres conséquences d'un fait internationalement illicite dans le cadre de la responsabilité des États, elle pourrait alors essayer d'indiquer en quoi elles consistent. Le seul argument en faveur du maintien de l'article 38 est le principe général de droit énoncé dans la maxime *ex injuria jus non oritur*, selon lequel lorsqu'un État a commis un fait illicite il ne peut invoquer ce fait pour se sortir d'une situation particulière. Ce principe général de droit peut avoir des conséquences dans différentes situations. La CIJ a cité ce principe dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* pour tirer une conséquence du fait que la Hongrie ne pouvait mettre fin à un traité bilatéral qui avait été violé. Les conséquences particulières que la Cour a tirées dans cette affaire entraient dans le cadre de l'extinction des traités plutôt que de la responsabilité, mais on peut concevoir que des obligations juridiques puissent naître dans des contextes spécifiques sous l'effet du principe *ex injuria jus non oritur*. Cela pourrait en conséquence être une raison de maintenir l'article 38 et de fournir une explication plus convaincante à son sujet dans le commentaire. Le Rapporteur spécial propose néanmoins de mettre provisoirement l'article 38 entre crochets, dans l'espoir que la Commission le supprimera une fois pour toutes.

27. En ce qui concerne l'article 40, on ne peut pas simplement définir l'expression « États lésés ». Il faut l'envisager dans le contexte du projet dans son ensemble pour déterminer quelles seront les conséquences de son inclusion. Tout État lésé a le droit d'obtenir restitution, indemnisation et satisfaction et de prendre des contre-mesures mais, curieusement, pas d'exiger la cessation; il y a toutefois des raisons de distinguer entre la cessation et la réparation dans les cas où une pluralité d'États sont lésés.

28. L'article 40 donne l'impression que l'on a avancé toute une série de concepts sans même chercher à déterminer comment ils sont liés entre eux. Ainsi, il paraît extraordinaire de dire que tous les États sont lésés par une violation d'une obligation relative aux droits de l'homme, puis d'ajouter les crimes internationaux à la fin. Les dispositions du paragraphe 3, comme l'a fait observer un État, sont totalement inutiles dans le contexte de l'article 40, car, en cas de crime international tel qu'il est défini, d'autres conditions prévues à l'article 40 auront déjà été satisfaites.

29. Il y a essentiellement deux manières d'envisager l'article 40. L'une d'elles, proposée par un ancien membre de la Commission, M. Balanda, est exposée dans une note relative au paragraphe 68 du rapport⁶. C'est une définition très simple et elle aurait pour effet de renvoyer aux règles primaires ou au fonctionnement général du droit international toutes les questions en rapport avec l'identification de personnes lésées. Cela aurait été une version assez

⁶ M. Balanda a présenté l'argumentation selon laquelle : « Plutôt que d'examiner tous les cas dans lesquels un État est considéré comme lésé, au risque d'oublier des hypothèses, la Commission pourrait définir l'État lésé comme étant celui qui a subi un préjudice matériel ou moral résultant d'un fait internationalement illicite imputable à un autre État. » (*Annuaire...* 1984, vol. I, 1867^e séance, par. 9, p. 321).

extrême de la distinction entre règles primaires et règles secondaires, mais qui serait défendable. L'autre solution aurait été d'essayer d'expliquer plus précisément comment fonctionne la responsabilité lorsque le dommage a été causé à une pluralité d'États ou à la communauté internationale dans son ensemble. Le problème est que l'article se situe malheureusement entre les deux. Le Rapporteur spécial propose ce qui est au fond la formule de M. Balanda pour les obligations bilatérales et une formule plus élaborée et plus argumentée pour les obligations multilatérales. S'agissant des obligations bilatérales, M. Balanda a eu absolument raison, et les dispositions assez compliquées qui figurent aux alinéas *a*, *b*, *c* et *d* du paragraphe 2 de l'article 40 sont inutiles; le droit international dira quand les obligations bilatérales sont applicables. La Commission pourrait simplement indiquer que, lorsqu'un État a une obligation à l'égard d'un autre État, cet autre État est alors lésé par la violation de cette obligation. Le véritable problème se pose dans le contexte des obligations multilatérales, pas tant de plusieurs obligations de même teneur à l'égard de plusieurs États que d'une obligation unique à l'égard d'un groupe d'États, de tous les États ou de la communauté internationale dans son ensemble. Cette catégorie fait l'objet des alinéas *e* et *f* du paragraphe 2 et du paragraphe 3 de l'article 40 sans qu'aucune distinction ne soit établie entre elles et les autres. C'est là qu'on n'a pas fait le tri entre les divers concepts.

30. La première chose à noter, c'est que jusqu'à une date récente on aurait eu des raisons crédibles d'affirmer que même si un groupe d'États pourrait en un sens être bénéficiaire d'obligations, en cas de violation de celles-ci, les conséquences sont toujours bilatérales. Si tel est le cas, alors l'approche proposée par M. Balanda pour la définition figurant dans l'article 40 est la bonne. Fait étonnant, même M. Ouchakov a adopté cette position⁷, bien que l'Union soviétique ait toujours appuyé la notion de crimes d'État. Mais, de l'avis du Rapporteur spécial, cette approche n'est plus possible, pour plusieurs raisons.

31. Premièrement, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, la CIJ a déclaré catégoriquement qu'il existe des obligations envers la communauté internationale dans son ensemble. Il ne s'agit pas d'obligations envers un État particulier en tant que tel, même si cet État fait partie de la communauté internationale et est en droit d'invoquer la responsabilité. Ce sont plutôt des obligations envers une collectivité. Et le dilemme essentiel est que, même si ces obligations sont dues en un sens à une collectivité, il n'existe pas d'entité collective. Dans son opinion dissidente concernant l'avis consultatif dans l'affaire de la *Namibie*, le juge Fitzmaurice a fait observer que la communauté internationale dans son ensemble n'est pas une entité juridique distincte, et que nul n'est autorisé à agir en son nom à des fins générales. Aucun organe ne personnifie la communauté internationale au sens où, par exemple, l'Attorney-General personnifie l'intérêt général dans les systèmes de *common law*.

32. Ce qu'il faut, c'est trouver un équivalent dans le contexte où les États ne peuvent pas agir ou n'agissent pas effectivement de façon valable et collective. Pour ce faire, il faut distinguer tout d'abord entre la victime principale de

la violation et les intérêts juridiques d'autres États. C'est précisément ce qu'a fait la Cour dans l'avis consultatif dans l'affaire de la *Namibie*, immédiatement après avoir rendu son arrêt relatif à l'affaire de la *Barcelona Traction* : elle a fait observer que la violation en l'espèce, sur laquelle elle avait refusé de se prononcer en 1966, était une violation de l'obligation à l'égard du peuple du Sud-Ouest africain plutôt qu'à l'égard d'un État. Dans l'affaire du *Sud-Ouest africain (deuxième phase)*, la Cour a dit que, dans les circonstances, elle n'était pas prête à considérer que deux autres États africains étaient en droit d'invoquer la responsabilité de l'Afrique du Sud au sujet de cette violation. Toutefois, elle n'a pas dit qu'il leur était juridiquement impossible de le faire; elle a simplement dit que, sur la base de l'interprétation d'une disposition juridictionnelle datant de 1920, ce droit ne leur avait pas été accordé. Aussi déplorable que cela puisse être, la décision rendue dans cette affaire a simplement été une décision sur l'interprétation d'une disposition juridictionnelle particulière. Cela étant, et compte tenu du développement ultérieur du droit international, le point de droit que la Cour devait résoudre dans l'affaire du *Sud-Ouest africain (deuxième phase)* peut être mis totalement de côté. Ce qui ressort clairement de décisions ultérieures, c'est qu'il est possible de reconnaître que des États ont un intérêt juridique dans l'exécution, c'est-à-dire le droit d'invoquer la responsabilité, sans être eux-mêmes lésés par la violation. Ce n'est pas une simple distinction théorique et cela fait une énorme différence. Il est dit dans la première partie que l'illicéité est exclue lorsque le consentement a été valablement donné. Mais il est parfaitement clair que le consentement de l'Éthiopie et du Libéria ne pouvait exclure l'illicéité : ils agissaient pour ainsi dire dans l'intérêt général dans le cadre d'une violation; ce n'était pas leur droit qui était en jeu. Tout système cohérent de responsabilité des États qui va au-delà de la « formule Balanda », en cherchant à régler ces questions plutôt qu'en les renvoyant ailleurs, devra établir cette distinction.

33. Quant à la reformulation de l'article 40, la Commission devrait s'inspirer le plus possible de l'expérience juridique existante, et en premier lieu de l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969, qui constitue une tentative antérieure de la Commission, premièrement, pour distinguer entre les traités bilatéraux et multilatéraux du point de vue de leurs conséquences juridiques et, deuxièmement, pour déterminer, dans le domaine des traités multilatéraux, quelles conséquences pourrait avoir une violation. Au cours de cet exercice, la Commission s'est préoccupée, non pas des conséquences d'une violation dans le domaine de la responsabilité, mais des conséquences en termes d'octroi aux États individuellement du droit de réagir, par exemple en suspendant l'application d'un traité. La Convention de Vienne, qui a été adoptée avant l'arrêt relatif à la *Barcelona Traction*, opère une distinction entre deux types d'affaires : celles dans lesquelles un État partie particulier est spécialement atteint par une violation; et celles dans lesquelles la violation substantielle des dispositions par l'une des parties modifie radicalement la situation de chacune des parties quant à l'exécution de ses obligations – ce qu'on peut appeler les « obligations intégrales ».

34. L'article 60 de la Convention de Vienne de 1969 ne concerne que la violation substantielle – la violation qui

⁷ Voir *Annuaire... 1985*, vol. I, 1929^e séance, par. 47, p. 300.

donne lieu à l'extinction ou à la suspension de l'application d'un traité. La Commission se préoccupe à présent, non pas simplement de la violation substantielle, mais de toute violation. Il y a lieu de noter également que la violation d'une obligation intégrale en soi porte atteinte à tous les États parties. Il est clair que de telles obligations peuvent exister. Par exemple, en vertu d'un traité régional de désarmement, l'engagement pris par chaque État de ne pas acquérir d'armes particulières est subordonné au fait qu'aucun des autres États ne le fera. Si un État acquiert de telles armes, tous les autres États sont atteints *ipso facto*, pas spécialement mais également. La notion d'obligations intégrales établie par Fitzmaurice en tant que rapporteur spécial sur le droit des traités semble donc avoir son utilité.

35. Il faut aussi envisager dans le cadre de la formulation de l'article 40 la situation où tous les États parties à une obligation sont reconnus comme ayant un intérêt juridique. Selon la disposition pertinente de l'article 40, cela doit être expressément stipulé et être limité aux traités multilatéraux. Le Rapporteur spécial ne voit pas pourquoi il faudrait que ce soit expressément stipulé : il faut que ce soit clair mais cela pourrait être manifestement implicite. Il ne voit pas non plus pourquoi ce ne serait pas une obligation au regard du droit international général. Une règle générale du droit international – par exemple, le respect de la liberté de la haute mer – pourrait refléter exactement le même intérêt que la disposition équivalente de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

36. En conséquence, s'agissant des obligations bilatérales, il faudrait simplement une disposition unique établissant que, aux fins du projet d'articles, un État est lésé par le fait internationalement illicite d'un autre État s'il est individuellement le bénéficiaire de l'obligation violée. C'est en fait « l'approche Balanda » appliquée aux obligations bilatérales.

37. Il convient de noter au passage que, même lorsqu'il s'agit d'obligations normalement considérées comme bilatérales, d'autres États peuvent avoir un intérêt dans leur exécution. Par exemple, l'immunité diplomatique est normalement considérée comme une relation purement bilatérale entre l'État accréditant et l'État accréditaire et ces États sont tout à fait libres de modifier le contenu de la relation en abolissant les immunités de leurs diplomates s'ils le souhaitent. Il existe cependant des exemples d'autres États exprimant leur préoccupation devant de graves violations de l'immunité diplomatique. Il n'est donc pas nécessaire d'abolir le concept de violations purement bilatérales du droit international. On pourrait néanmoins faire observer dans le commentaire que, même dans le contexte d'une obligation bilatérale, la possibilité existe d'échanges diplomatiques informels dans l'intérêt de l'exécution.

38. Pour ce qui est des obligations multilatérales, auxquelles la Commission s'est attaquée dans le paragraphe 2 de l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969, la suspension de l'application des traités et la responsabilité des États sont naturellement deux choses très différentes. Toutefois, il serait très étrange qu'un État qui est spécialement atteint par une violation d'une obligation internationale à laquelle il est partie, ou qui est partie à une obligation intégrale violée, puisse suspendre l'exécution de l'obligation mais ne puisse pas en exiger l'exécution, à savoir la cessa-

tion de la violation. La responsabilité des États consiste à exiger l'exécution et à accepter les conséquences de la non-exécution. Par conséquent, l'article 40 devrait viser au moins les mêmes situations que le paragraphe 2 de l'article 60 de la Convention, étant entendu que la notion de violation « substantielle » est particulière à cette convention. On est ainsi fondé à adopter trois catégories distinctes d'obligations multilatérales. La première catégorie est celle énoncée dans l'arrêt relatif à la *Barcelona Traction*, à savoir les obligations envers la communauté internationale dans son ensemble. Malheureusement, les auteurs ont tendance à banaliser cette catégorie. En fait, une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble est une obligation unique à l'égard de cette communauté, non pas plusieurs obligations individuelles mineures envers des États particuliers. Si une obligation particulière est réputée dérogeable, comme c'est le cas entre deux États, on peut fortement en conclure qu'il ne s'agit pas d'une obligation *erga omnes*. Ces obligations constituent en fait une catégorie très restreinte.

39. La deuxième catégorie, que l'on confond souvent avec la première, est celle des obligations envers toutes les parties à un régime particulier, *erga omnes partes*. On en trouve certains exemples dans les obligations découlant du Traité sur l'Antarctique. Une revendication de souveraineté par l'un quelconque des États parties au Traité aura nécessairement des conséquences négatives pour les autres. Les obligations intégrales constituent une sous-catégorie des obligations *erga omnes partes*. Une obligation découlant d'un traité régional relatif aux droits de l'homme qui ne serait pas assez importante pour que la communauté internationale dans son ensemble en soit bénéficiaire est vraisemblablement une obligation *erga omnes partes*. Naturellement, la Commission n'a pas besoin de dire – comme le fait, ce qui le discrédite, l'article 40 – quelles obligations entrent dans cette catégorie. Elle doit simplement déterminer quelles sont les catégories, et les normes de droit international existantes peuvent considérablement l'aider à cet égard. Il y a également les obligations auxquelles certains ou plusieurs États sont parties mais dans l'exécution desquelles des États particuliers sont reconnus comme ayant un intérêt juridique : par exemple, dans les cas où un État particulier est spécialement atteint selon les termes de l'article 60 de la Convention. Le tableau 1 qui figure au paragraphe 107 du rapport donne des exemples de ces catégories.

40. La question de savoir comment distinguer entre les différents États atteints de différentes façons par une violation est examinée aux paragraphes 108 et suivants du rapport. La deuxième partie, sous sa forme actuelle, établit déjà cette distinction, quoique de manière imparfaite, puisqu'on n'y trouve pas l'expression « État lésé » à propos de la cessation. Il faut que les États montrent davantage leur intérêt pour la cessation, par rapport, par exemple, à l'indemnisation, étant donné que tous, en tant que parties au système, ont un intérêt dans l'exécution.

41. Un autre exemple, dans l'hypothèse où le projet traiterait des contre-mesures dans la deuxième partie ou la deuxième partie *bis* plutôt que dans la première partie, est celui d'un État qui est la victime particulière d'une violation. Il se pose de graves problèmes lorsque des contre-mesures sont prises par des États tiers alors que l'État victime ne voulait pas qu'elles soient prises, de même que,

dans le régime de la légitime défense collective, des difficultés surgissent lorsque des États tiers agissent pour défendre un État qui n'a pas demandé leur aide. Tout examen de ces questions démontre qu'une différenciation s'impose.

42. D'une manière générale, il convient de noter que la deuxième partie, et en particulier l'article 40, traite de la réaction des États face à des violations du droit international. La première partie, quant à elle, traite des violations d'obligations par des États. D'où la séparation établie entre les première et deuxième parties. Les obligations envisagées dans la première partie pourraient, par exemple, être des obligations envers une organisation internationale ou un individu, et les conséquences de leur violation ne sont pas traitées dans la deuxième partie. Il s'agit là simplement d'un corollaire de l'approche de la responsabilité adoptée par le Rapporteur spécial Ago selon lequel la Commission ne traiterait pas de la responsabilité internationale en tant que distincte de la responsabilité des États. En conséquence, le Rapporteur spécial propose une clause de sauvegarde indiquant que la deuxième partie est sans préjudice de tous droits découlant de la commission d'un fait internationalement illicite par un État et s'attachant à toute personne ou entité autre que l'État.

43. Quant à la question des réactions de la part des « États lésés » qui pourraient être acceptables, elle pourrait être abordée de la manière indiquée dans le tableau 2 qui figure au paragraphe 116 du rapport. Il faut reconnaître que lorsque la Commission s'occupe des obligations envers la communauté internationale, elle se retrouve carrément dans le domaine du développement progressif. Toutes les propositions que peut faire le Rapporteur spécial ont inévitablement un caractère indicatif.

44. Il est proposé dans le tableau 2 que, dans le contexte purement bilatéral, l'État lésé ait chacune des possibilités de réagir qui sont envisagées dans le texte actuel. Dans le cadre des obligations multilatérales, par analogie avec le paragraphe 2 de l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969, les États spécialement atteints seraient traités comme s'ils étaient dans la position des États lésés par la violation d'une obligation bilatérale. En ce qui concerne les autres catégories, lorsqu'un État est partie à une obligation *erga omnes*, ou à une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble, on peut raisonnablement considérer que tous ces États ont le droit d'exiger la cessation. La question qui se pose est celle de savoir dans quelle mesure ils peuvent aller plus loin et exiger les droits associés à la réparation. Le Rapporteur spécial suggère que, partant de l'hypothèse qu'ils ne sont pas plus atteints que tout autre État du groupe, ces États ne puissent individuellement exiger l'un quelconque de ces droits et ne puissent le faire qu'en accord avec les autres États du groupe – sauf dans le cas d'une obligation *erga omnes*, lorsque la violation est flagrante.

45. Cette tentative pour mettre de l'ordre dans un ensemble de dispositions désordonnées et quelque peu succinctes vise simplement à faciliter un examen logique des questions en jeu. Le texte existant répond à chacune des questions posées dans le tableau 2, mais les réponses sont loin d'être satisfaisantes. Un État partie à une obligation *erga omnes* peut-il exiger la restitution ? La réponse donnée dans le texte actuel est « oui », mais dans le commentaire

c'est « non ». Un État partie à une obligation *erga omnes partes*, quoique non atteint, peut-il exiger l'indemnisation ? La réponse est de nouveau « oui ». Un État partie peut-il prendre des contre-mesures ? La réponse est encore « oui ». Le Rapporteur spécial ne peut accepter ces réponses. La Commission a besoin de déterminer les cas dans lesquels une réponse affirmative est acceptable. Une telle approche serait conforme au droit international général dans des domaines analogues tels que la légitime défense collective, et permettrait aux États qui sont victimes de violations d'obligations *erga omnes* d'avoir une certaine maîtrise de la situation sans se retrouver isolés, comme ce serait le cas dans un contexte bilatéral. Cela implique que des aspects du problème actuellement évoqué dans les articles 19 et 51 à 53 seront résolus dans des dispositions ultérieures. Ce qui est clair, c'est qu'il ne faut pas, pour régler le problème, concentrer toute la notion de crime, et de multiples autres notions, dans l'article 40.

46. Le Rapporteur spécial se demande s'il est souhaitable encore d'appliquer la notion d'État lésé à tous les États mentionnés dans le tableau 2 comme étant habilités à réagir, ou s'il faut établir une distinction entre l'État lésé et d'autres États « ayant un intérêt juridique », formule qui a été utilisée par la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction* citée au paragraphe 97 du rapport. La question à débattre est celle de savoir s'il faut l'adopter. Se pose aussi la question de la place de l'article 40 ou de l'article 40 *bis*. Si l'on adopte une nouvelle partie sur l'invocation de la responsabilité, il serait logique d'y incorporer l'article 40 *bis*. Là encore, cela dépendra de la décision de la Commission d'opérer ou non cette distinction, mais rien n'empêche d'examiner les questions sous-jacentes associées à l'article 40 lui-même.

47. C'est pourquoi le Rapporteur spécial propose un nouveau titre pour la deuxième partie; le chapitre premier devrait en revanche conserver son titre actuel et comprendre trois articles : l'article 36, qui est un article introductif général, l'article 36 *bis* sur la cessation en tant que principe général, et l'article 37 *bis* sur la réparation en tant que principe général. En outre, le projet d'articles devrait comprendre une définition de « l'État lésé »; elle est donnée à l'article 40 *bis* mais pourrait figurer ailleurs dans le texte. Il n'est pas certain que l'article 38 soit nécessaire, mais il a été inclus aux fins de discussion. De la sorte, il y aurait un chapitre II traitant de la restitution, de l'indemnisation, de la satisfaction et des conséquences de la faute concomitante de l'État lésé ou de l'État concerné, et contenant toutes autres dispositions qui pourraient être jugées appropriées à la lumière du débat.

48. La présentation du sujet par le Rapporteur spécial a suscité des questions fondamentales à propos de la structure du projet dans son ensemble. Il ne semble pas que la Commission puisse parvenir à une conclusion motivée au sujet du nouveau schéma proposé sur la base des éléments dont elle dispose ni qu'un débat satisfaisant puisse avoir lieu sur l'opportunité d'une deuxième partie *bis* distincte. Le Rapporteur spécial propose de reporter l'examen de cette question. Étant donné qu'il ne fait aucun doute qu'ils devraient figurer dans la quatrième partie, les articles 37 et 39 peuvent être examinés dans ce contexte. Il est évident qu'il faut débattre de chacun des principes énoncés aux articles 36, 36 *bis*, 37 *bis* et 38 au même titre que

l'ensemble des questions liées à l'actuel article 40 et le texte proposé pour le remplacer; ils pourraient donc servir de base à la discussion sur le texte. Il appartient à la Commission de voir si elle préfère examiner ces questions séparément ou ensemble. Si elle décide de les examiner ensemble, il faudrait étudier d'abord les articles 36, 36 *bis*, 37 *bis* et 38 avant de passer aux questions associées à l'article 40, qui sont d'ordre structurel. Cette approche faciliterait peut-être un renvoi rapide au Comité de rédaction des quatre premiers articles ainsi que des titres de la partie et du chapitre. L'article 40 et ses implications pourraient être examinés ultérieurement.

49. M. PELLET dit que le troisième rapport est d'une richesse telle qu'il est difficile de s'arrêter sur des points particuliers et qu'il aurait préféré que le Rapporteur spécial fasse sa présentation en plusieurs parties dont chacune aurait certainement donné lieu à un débat fructueux. Le Rapporteur spécial a choisi de faire une présentation globale de ce qui ne correspond en fait qu'au chapitre premier de la deuxième partie du projet. M. Pellet limitera ses observations pour l'instant aux paragraphes 1 à 65 du rapport et aux projets d'articles 36 à 38. Bien qu'il appuie le rapport pour l'essentiel, il n'est pas d'accord avec le Rapporteur spécial sur certains points, et l'introduction en particulier appelle un certain nombre d'observations.

50. À l'alinéa *a* du paragraphe 2 du rapport, le Rapporteur spécial introduit la notion d'obligations *erga omnes* qu'il définit, comme il l'a fait dans sa présentation orale, comme des obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble, conformément à la formule retenue par la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Néanmoins, dans le cadre des obligations envers tous les États, il faut certainement opérer une distinction entre les obligations dues individuellement à tous les États composant la communauté internationale et celles qui sont dues à cette communauté internationale dans son ensemble. M. Pellet a le sentiment que le Rapporteur spécial a oublié la première catégorie et s'intéresse trop exclusivement aux obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble. Il est quelque peu préoccupé par cette insistance étant donné que, par exemple, le droit de passage inoffensif dans la mer territoriale est une obligation de chaque État envers tous les autres États et constitue effectivement une obligation *erga omnes*. Cela dit, ce n'est pas une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble. Il est important de tenir compte de cette catégorie quelque part. Si le Rapporteur spécial ne veut pas la qualifier d'obligation *erga omnes*, il doit lui trouver un autre nom. C'est néanmoins une obligation qui a sa place parmi les normes et obligations internationales et qui doit être distinguée des obligations envers la communauté internationale dans son ensemble.

51. En revanche, l'interdiction du génocide ou l'obligation de respecter les droits de l'homme fondamentaux constituent ce qu'une certaine doctrine appelle des « obligations intégrales » d'un État non pas envers d'autres États individuellement mais envers la communauté internationale dans son ensemble, et cette catégorie d'obligations est effectivement traitée de façon approfondie dans le rapport. Ce n'est que par rapport à cette deuxième catégorie d'obligations que se pose le problème du crime international commis par un État, brièvement

mentionné par le Rapporteur spécial à l'alinéa *a* du paragraphe 2 de son rapport.

52. M. Pellet convient que, comme le Rapporteur spécial l'a indiqué à l'alinéa *d* du paragraphe 9 de son rapport, la question du crime n'a sans doute pas d'importance en ce qui concerne le chapitre premier de la deuxième partie, telle qu'elle a été restructurée, du moins jusqu'à l'article 38 inclus. Néanmoins, le problème se posera inévitablement et devra être réglé lorsque l'article 40 sera abordé et lorsque les chapitres II et III de la deuxième partie seront examinés. La Commission n'a étudié la deuxième partie que tout à la fin de la première lecture. L'examen des articles 51 à 53, autrement dit les conséquences de la notion de crime sur la mise en œuvre de la responsabilité des États, a été entrepris séparément, et, de l'avis de M. Pellet, a été raté. D'ailleurs, plusieurs États ont souvent exprimé ce point de vue dans leurs observations. Il faut espérer que le Rapporteur spécial ne commettra pas la même erreur que la Commission. Avant d'examiner le chapitre II de la deuxième partie, la Commission devrait savoir s'il existe bien quelque chose qui ressemble à la notion de crime.

53. Il faut sans aucun doute vider l'abcès de l'article 19 et des articles 51 à 53 avant d'aborder sérieusement les chapitres II et III de la deuxième partie. Malgré les promesses du Rapporteur spécial que ce sera fait, M. Pellet n'est qu'à moitié rassuré. Tout en notant avec approbation qu'au paragraphe 59 le Rapporteur spécial reconnaît qu'en matière de garanties de non-répétition beaucoup dépend de « la nature de l'obligation et de la violation », il aurait préféré lire que des violations particulièrement graves d'obligations essentielles ne peuvent être traitées comme des violations ordinaires. Cela aurait permis de faire référence à ce que l'article 19 appelle un crime, sans donner à ce mot de connotation pénale, malgré le point de vue exprimé par le Rapporteur spécial à l'alinéa *d* du paragraphe 9 de son rapport. Le problème ne semble pas avoir été résolu par l'article 40 non plus, alors qu'il est capital que la Commission reconnaisse que les violations graves d'obligations essentielles doivent faire l'objet d'un régime spécial, pour qu'il puisse y avoir consensus.

54. M. Pellet se dit extrêmement séduit par la restructuration du projet qui est proposée et est convaincu en particulier de la nécessité de mettre de côté la troisième partie sur le règlement des différends. Rien ne serait plus néfaste que de faire dépendre les règles de fond sur la responsabilité des États de la très hypothétique acceptation par les États de procédures obligatoires de règlement des différends, comme c'est le cas actuellement pour les contre-mesures. L'attitude de la Commission donne à penser qu'elle croit qu'elle va réussir à « vendre » tout le projet aux États. La conscience de certains membres est soulagée par l'argument selon lequel il n'est pas important que le droit de prendre des contre-mesures soit mal réglé, parce qu'on peut toujours avoir recours au règlement des différends. Cette approche est dangereuse, parce qu'il n'est absolument pas certain que tout le projet sera accepté.

55. De même, le Rapporteur spécial a raison de proposer l'adjonction d'une quatrième partie – ou ce qui pourrait être une partie introductive – qui regrouperait l'ensemble des clauses « sans préjudice » ainsi que toutes

les définitions autres que celle de la responsabilité. Si une telle partie générale est établie, il faudrait y faire figurer toutes les dispositions qui concernent plus qu'une partie du projet. Par exemple, le Rapporteur spécial a dit deux choses très intéressantes à l'alinéa *a* du paragraphe 7, à savoir d'une part que l'article 42 (par. 4) et l'article 4 disent la même chose. M. Pellet n'en est pas absolument certain mais, si c'est le cas, il faudrait essayer de les réunir en une seule disposition dans la partie générale. D'autre part, toujours à l'alinéa *a* du paragraphe 7, le Rapporteur spécial dit que la force majeure peut être une circonstance excluant l'illicéité du non-paiement d'une indemnité à titre de réparation. Par la suite, dans les arguments très convaincants qu'il donne à propos du paragraphe 3 de l'article 42, le Rapporteur spécial laisse, semble-t-il, entendre que, sous sa forme actuelle, le projet est critiquable. M. Pellet en est d'accord, parce que la raison juridique ce n'est pas qu'une population ne doit pas être privée de ses moyens de subsistance mais qu'il y a là un état de nécessité et que cette raison particulière peut être rattachée à une cause juridique beaucoup plus générale qui exclut l'illicéité.

56. Si tel est le cas, ne faudrait-il pas déplacer les articles relatifs aux circonstances excluant l'illicéité dans une partie générale en même temps que l'on reverrait l'actuel article 35 ? C'est peut-être une solution un peu compliquée mais, si on ne le fait pas, il faudra sûrement indiquer quelque part, peut-être dans le chapitre premier, que les circonstances excluant l'illicéité s'appliquent en cas de non-respect des obligations énoncées dans la deuxième partie, et il faudrait indiquer explicitement que les règles relatives aux circonstances excluant l'illicéité s'appliquent aux obligations de réparer. Comme M. Pellet l'a dit dans le passé, les obligations découlant de la responsabilité des États sont des obligations internationales auxquelles s'appliquent les règles relatives à la responsabilité. D'une certaine façon, les règles de la première partie sont des règles primaires lorsqu'il s'agit d'appliquer les règles de la deuxième partie. Le Rapporteur spécial semble être d'accord pour considérer que dans certains cas les obligations découlant de la responsabilité peuvent ne pas être respectées, car il existe effectivement des circonstances dans lesquelles l'illicéité est exclue. Il est nécessaire de le dire dans le chapitre premier.

57. À cet égard, M. Pellet reprend une idée apparemment ardemment défendue par le Rapporteur spécial, qui relève à l'alinéa *b* du paragraphe 7 de son rapport que le projet est rédigé en termes de droits des victimes et non en termes d'obligations de l'État responsable. Les arguments du Rapporteur spécial sont très convaincants, mais M. Pellet voit aussi des arguments contraires. Le Rapporteur spécial a tout à fait raison de faire observer que dans un système aussi peu « juridictionnalisé » que le droit international il vaut mieux parler en termes d'obligations. Cela étant, deux questions sont un peu gênantes.

58. La première, et la moins importante, est que l'obligation restera virtuelle si aucun État lésé ou aucun membre de la communauté internationale dans son ensemble n'en réclame la mise en œuvre. Un État peut très bien avoir l'obligation de réparer mais il n'en découlera aucune conséquence si personne n'exige son exécution. Cela étant, c'est ainsi que fonctionne tout le système de la responsabilité internationale et cela ne gêne pas M. Pellet outre mesure. En revanche, il est plus gêné par le fait qu'il ne

soit fait nulle part expressément mention du dommage. Bien sûr, on peut dire que l'article 40 ou l'article 40 *bis* parle implicitement de dommage puisqu'il fait allusion aux victimes, mais ce n'est pas la même chose. Bien qu'il soit, en ce qui concerne l'engagement de la responsabilité, un fervent partisan de l'approche d'Ago qui exclut le dommage de la définition même de la responsabilité – approche confirmée par l'adoption des articles 1 et 3 –, M. Pellet estime que l'idée du dommage devrait être mentionnée lorsqu'il s'agit de tirer les conséquences de la responsabilité. Il paraît nécessaire d'avoir une disposition équivalant à l'article 3 de la première partie, qui pourrait se lire en substance comme suit : « Un fait internationalement illicite attribuable à un État entraîne une obligation de réparer lorsque *a*) ce fait internationalement illicite a causé un dommage, *b*) à un autre sujet du droit international ». Néanmoins, le Rapporteur spécial a dit qu'il souhaitait qu'il ne soit fait mention que du dommage causé à un État, pas à un autre sujet du droit international, auquel cas il faudra expliquer quelque part que le projet n'est pas simplement un projet sur la responsabilité des États mais un projet sur la responsabilité des États vis-à-vis des États. Ce n'est pas tout à fait évident actuellement. Il est essentiel de réintroduire la notion de dommage ailleurs dans le projet ainsi que dans l'article 40. Il faut qu'un dommage ait été causé et que quelqu'un ait été lésé mais ce sont deux choses très différentes. Il faut qu'il y ait une symétrie avec l'article 3. Une disposition, indispensable, sur ce sujet aurait peut-être davantage sa place dans la deuxième partie *bis* relative à la mise en œuvre de la responsabilité des États.

59. La division de l'actuelle deuxième partie du projet en deux parties distinctes est une idée excellente mais qui appelle tout de même quelques remarques. M. Pellet n'aime pas beaucoup le titre de la deuxième partie « Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite des États » car il s'applique aussi bien à la deuxième partie *bis*. « La mise en œuvre de la responsabilité des États » (deuxième partie *bis*), y compris le recours éventuel à des contre-mesures, est aussi une conséquence juridique d'un fait internationalement illicite. Un titre énumératif comme « Réparation et obligation d'exécution » serait peut-être préférable pour la deuxième partie.

60. Quant à la deuxième partie *bis*, elle aurait dû comporter des articles sur la protection diplomatique, sujet qui est au cœur de la mise en œuvre de la responsabilité en cas de dommage causé à une personne autre qu'un sujet de droit international, mais puisque la protection diplomatique constitue un sujet distinct, il n'est pas question de le réintégrer dans la deuxième partie *bis*. Cependant, M. Pellet invite instamment le Rapporteur spécial à envisager de proposer un projet de clause « sans préjudice » renvoyant à la protection diplomatique. Cette clause aurait naturellement sa place dans le chapitre premier de la deuxième partie *bis*.

La séance est levée à 13 heures.

2614^e SÉANCE

Mercredi 3 mai 2000, à 10 h 5

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Idris, M. Illueca, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka.

Responsabilité des États¹ (suite) [A/CN.4/504, sect. A, A/CN.4/507 et Add.1 à 4², A/CN.4/L.600]

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen du troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/507 et Add.1 à 4) mais, auparavant, il souhaite la bienvenue à M. Idris, nouvellement élu à la Commission.

2. M. IDRIS remercie le Président, et dit que le rôle de la Commission dans la codification et le développement progressif du droit international est encore plus important qu'auparavant, en raison du développement spectaculaire des technologies de l'information et du commerce mondial.

3. Au cours des dernières années, la Commission a étudié des thèmes importants, notamment la création d'une cour pénale internationale, le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens ou encore la responsabilité des États. Elle a aussi réalisé des progrès notables en ce qui concerne les réserves aux traités, les actes unilatéraux des États, la prévention des dommages transfrontières ou la protection diplomatique. M. Idris, qui entend participer activement aux travaux de la Commission dans tous les domaines du droit international, considère qu'elle devrait aborder de nouveaux thèmes, notamment celui des technologies de l'information.

4. M. PELLET commence par préciser, en réponse à deux membres de la Commission qui estiment qu'il faut

drait parler de préjudice plutôt que de dommage, qu'en droit international les termes « dommage » et « préjudice » sont interchangeables en français.

5. Poursuivant ses observations sur le troisième rapport du Rapporteur spécial, il estime que, dans sa version actuelle, la deuxième partie du projet d'articles est « ratée » si on la compare à la première, qui est une indiscutable réussite. D'ailleurs, le Rapporteur spécial reconnaît qu'il faut la revoir en profondeur. Au paragraphe 8 de son rapport, il dit que cette partie a été rédigée « à la lumière des rapports, détaillés et précis, établis par le précédent Rapporteur spécial ». M. Pellet ne partage pas cette appréciation. Selon lui, en effet, M. Arangio-Ruiz avait par trop négligé les aspects techniques de la réparation, et il souhaite donc très vivement que le Rapporteur spécial présente, surtout dans le chapitre II de la deuxième partie, des articles beaucoup plus précis et détaillés sur les formes et les modalités de la réparation, notamment en ce qui concerne son objet – et il pense en particulier à l'indemnisation du *lucrum cessans* –, les modes de calcul de l'indemnité et les intérêts éventuels à verser, sur lesquelles le projet actuel ne dit rien. Les États ont en effet besoin de savoir quand ils doivent verser des intérêts et d'avoir des directives générales pour les calculer. Les dispositions plus détaillées promises par le Rapporteur spécial au paragraphe 19 du rapport seront donc les bienvenues.

6. En ce qui concerne la question de la réparation en cas de pluralité, non pas de victimes, examinée à l'article 40, mais d'auteurs du fait internationalement illicite, traitée aux paragraphes 31 à 37 du rapport, M. Pellet relève un certain nombre d'insuffisances. Ainsi, au paragraphe 37 il est dit que « le cas de figure dans lequel des faits commis conjointement par plusieurs États contribuant à causer un préjudice est traité plus en détail ci-dessous ». Or il n'en est rien; cette question n'est pas approfondie dans la suite du rapport. M. Pellet espère donc que le Rapporteur spécial traitera du problème majeur de la responsabilité solidaire ou conjointe en droit international. Il s'agit en effet d'un problème concret très important, comme l'ont montré des affaires examinées récemment par la CIJ, comme l'affaire du *Timor oriental*, ou bien l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. Il est indispensable, dans un projet sur la responsabilité des États, de répondre clairement, dans les articles eux-mêmes, à la question de savoir s'il existe, en droit international, une différence entre la responsabilité conjointe et la responsabilité solidaire, par exemple.

7. M. Pellet note enfin qu'aux paragraphes 39, 50 et 53 du rapport, M. Crawford parle d'obligation ou de conséquence « secondaire » dans un sens qui, selon lui, n'est pas exact; il serait plus juste de parler d'obligation ou de conséquence « dérivée ». Tout le droit de la responsabilité est fait de normes secondaires, et les règles applicables à la responsabilité sont, par hypothèse, secondaires. Cependant, il ne sert à rien de dire que les conséquences d'une violation sont secondaires; elles découlent de normes secondaires, elles en sont dérivées. Par souci de clarté, il serait souhaitable d'éviter, dans les commentaires d'articles, d'employer un vocabulaire qui complique inutilement les choses.

¹ Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), chap. III, sect. D, p. 62.

² Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

8. Passant à l'examen des projets d'articles proposés par le Rapporteur spécial, M. Pellet indique que l'article 36 ne lui pose pas de problème. Cependant, comme il l'a déjà dit la veille, il lui semble que les questions traitées dans la deuxième partie *bis* du projet font aussi partie des conséquences de faits internationalement illicites, hormis peut-être les contre-mesures, qui seraient la conséquence de l'absence de réparation, de la non-cessation ou de la non-exécution d'une obligation. Ce sont en quelque sorte des conséquences dérivées. En revanche, la possibilité d'invoquer la responsabilité envisagée dans les chapitres I et III de la deuxième partie *bis* fait précisément partie des conséquences de faits internationalement illicites. Le problème qu'il a évoqué à propos du titre de la deuxième partie *bis* se retrouve donc dans la rédaction de l'article 36.

9. L'article 36 *bis* est très bien présenté au paragraphe 50 du rapport et M. Pellet le juge satisfaisant, surtout pour la raison exposée à l'alinéa *c* du paragraphe 50 : en effet, un État ne doit pas pouvoir « acheter » une illicéité, un comportement contraire au droit international.

10. Cependant, il est quelque peu sceptique en ce qui concerne l'obligation générale d'offrir des assurances et des garanties de non-répétition. Il est très difficile de concrétiser cette idée qui lui paraît extrêmement abstraite. M. Pellet n'est pas opposé à cette disposition, qui n'est d'ailleurs pas très fermement établie dans le droit international, mais il doute qu'elle soit réaliste. Quoi qu'il en soit, si la Commission décidait de conserver l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 36 *bis*, il faudrait alors bien préciser dans quels cas cette soi-disant obligation existe vraiment.

11. L'article 37 *bis* semble a priori excellent, à condition toutefois que les articles suivants auxquels il renvoie indiquent clairement les cas dans lesquels la réparation est due conjointement ou solidairement. La question de la responsabilité conjointe ou solidaire doit être traitée dans les articles et pas seulement dans les commentaires.

12. En ce qui concerne l'article 38, M. Pellet est moins sceptique que le Rapporteur spécial quant à son utilité. Ainsi qu'il ressort des paragraphes 60, 61 et 65 du rapport, aucune conséquence générale n'est absente du projet; mais l'article 38 ne dit pas que ce sont les conséquences générales non prévues par le projet d'articles qui continuent d'être régies par la coutume, il dit que les règles coutumières demeurent applicables dans les cas des situations qui ne sont pas envisagées dans le projet d'articles. Il est raisonnable dans tout projet de renvoyer à la coutume pour bien montrer que le projet n'est en tout état de cause que supplétif. M. Pellet estime par conséquent que cet article doit être conservé, d'autant plus que la deuxième partie est très insuffisante. Il espère que le Rapporteur spécial fera tout son possible pour remédier à ces insuffisances, mais il doute que celui-ci arrive à tout codifier, tout prévoir; il est donc sage de maintenir l'article 38. Cependant, comme M. Crawford, il pense qu'il devrait figurer dans la partie générale car le principe qui y est énoncé vaut pour l'ensemble du projet.

13. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) demande aux membres de la Commission de limiter leurs interventions aux quatre premiers articles, comme l'a fait M. Pellet. Une fois leur examen achevé, ces articles pourraient être transmis rapidement au Comité de rédaction.

14. M. BROWNLIE dit que, le sujet du rapport étant extrêmement ardu, le travail de M. Crawford est très utile dans la mesure où il permet d'établir des paramètres et de mieux cerner les problèmes. Il tient à préciser tout d'abord qu'il appuie la proposition du Rapporteur spécial concernant la place des articles et la nécessité d'une quatrième partie.

15. Toutefois, en l'état actuel des choses, la deuxième partie du projet d'articles sur la responsabilité des États lui pose quelques problèmes d'ordre général. À son avis, tant sur le plan doctrinal que sur le plan du fonctionnement du droit, le contenu des principes relatifs à la réparation, qu'il s'agisse d'indemnisation, de restitution, ou de préjudice indirect, est nécessairement déterminé par des règles primaires. C'est pourquoi il faut être très prudent dans la formulation de l'article 37 *bis*. Cela veut dire non pas qu'il faut éviter de traiter de la réparation, mais qu'il faut veiller à ne pas formuler des règles qui apparaîtraient comme des règles générales, alors qu'il ne s'agit en fait que de recenser des modalités de réparation facultative. C'est la raison pour laquelle M. Brownlie estime, à la différence de M. Pellet, qu'il faut éviter d'approfondir cette question. Dans le cadre de la réparation en général, il considère que la restitution, par exemple, n'est évidemment pas une conséquence générale d'un acte illicite, mais constitue une réparation facultative, dont l'applicabilité dépendra du contexte considéré, qui est lui-même déterminé par les règles primaires. À titre d'illustration, M. Brownlie évoque la question de la légalité ou l'illégalité de la confiscation ou de l'expropriation de biens étrangers par un État. Une expropriation peut n'être illégale que *sub modo*. Par exemple, une expropriation pour cause d'utilité publique, a priori légale, peut devenir illégale en cas d'absence de dédommagement approprié. Par ailleurs, l'expropriation peut être illégale en soi, si elle est, par exemple, motivée par des considérations ouvertement raciales ou si elle constitue une violation des principes fondamentaux relatifs aux droits de l'homme. Dans ce cas, l'absence de dédommagement ne constitue qu'une aggravation de l'illégalité, et non une condition de celle-ci. Il est alors probable que la restitution sera la réparation applicable dans le deuxième cas, mais pas dans le premier. Dans d'autres cas, il est parfaitement clair que la « géographie des règles primaires », c'est-à-dire le contexte juridique précis de l'affaire, permettra de déterminer si l'indemnisation ou la restitution constitue la réparation appropriée. La Commission n'a pas le loisir de dresser un catalogue des cas où la réparation doit se traduire par la restitution plutôt que par l'indemnisation. Elle doit donc étudier de près le libellé de l'article 37 *bis* pour voir s'il implique que la restitution est une forme de réparation généralement applicable. Le commentaire devra au besoin apporter la clarification nécessaire.

16. Une question directement liée au problème général de la réparation visé à l'article 37 *bis* est celle de la cessation du fait illicite, traitée à l'article 41 adopté en première lecture. Le Rapporteur spécial fait très justement observer au paragraphe 50 de son rapport que « ... la cessation d'un fait illicite continu peut être considérée comme étant subordonnée à l'obligation de se conformer à la norme primaire. Dans cette optique, il ne s'agit pas d'une conséquence secondaire d'une violation d'une obligation internationale et elle n'a pas sa place dans le projet d'articles ». Toutefois, il expose ensuite toute une série de

raisons pratiques justifiant le maintien de cette notion dans la deuxième partie du projet. Cela ne résout malheureusement pas le problème de fond, à savoir qu'en dehors de la sphère purement judiciaire, où la « cessation » peut être réclamée par le tribunal sous forme d'une injonction (comme dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*), cette notion ne peut être rattachée – en droit international général – aux « conséquences d'un fait internationalement illicite » que par le biais d'une construction quelque peu artificielle. Aussi M. Brownlie pense-t-il qu'il faudrait à tout le moins éviter de parler de « cessation d'un fait illicite continu ». Non seulement la notion de fait illicite continu est en soi difficile à cerner et à manier, mais il est évident que lorsqu'on a affaire à une série d'actes instantanés, la même obligation de cessation s'applique également.

17. À la question de la réparation se rattache également celle du lien de causalité et de l'intention qui sous-tend le fait illicite. On ne peut évidemment pas considérer que le degré de responsabilité de l'État auteur de la violation est le même lorsque la commission du fait illicite est intentionnelle et lorsqu'elle résulte d'une simple négligence. Mais, là encore, on touche directement au domaine des règles primaires et il faut éviter de faire des affirmations qui se voudraient « universelles ».

18. Enfin, en ce qui concerne les assurances et garanties de non-répétition, dont le Rapporteur spécial traite aux paragraphes 53 à 59 de son rapport, M. Brownlie aimerait savoir quelle est véritablement leur place dans la pratique actuelle des États. En réalité, ces notions lui semblent être directement héritées de la diplomatie du XIX^e siècle. Même si elles sont acceptées en principe, leur pertinence et leur applicabilité à l'époque actuelle varient beaucoup en fonction du contexte juridique. Cela ne signifie pas que ces questions ne doivent pas être abordées dans le cadre de la réparation, mais il faut veiller à ce que les dispositions pertinentes soient formulées en termes très souples et très généraux.

19. M. SIMMA ne voudrait pas que, par souci d'achever l'examen en deuxième lecture des projets d'articles d'ici à sa cinquante-troisième session, en 2001, la Commission adopte hâtivement des textes bâclés. Les projets d'articles de la deuxième partie adoptés en première lecture en 1996 n'ont pas, et de loin, été examinés avec le même soin que ceux de la première partie. La question de la violation d'obligations multilatérales, en particulier, devrait faire l'objet d'une discussion approfondie. Quant à la rédaction des commentaires, elle en est encore à un stade embryonnaire. Sans doute vaudrait-il mieux faire déborder les travaux d'achèvement des projets d'articles sur le nouveau quinquennat de sorte qu'ils donnent toute satisfaction que de répéter ce qui est arrivé en première lecture. Si la Commission désire achever ses travaux en 2001, il faudra qu'elle produise un projet complet au mois d'août car la cinquante-cinquième session de l'Assemblée générale serait la dernière occasion offerte à la CDI de recueillir les observations de la Sixième Commission sur de nombreuses questions cruciales qui restent encore en suspens, telles que celles du préjudice multilatéral, des contre-mesures ou du règlement des différends. Ces questions sont trop importantes pour être tranchées d'un revers de main. Dans la présentation de son rapport, le Rapporteur spécial a noté à nouveau les correspondances qui existent entre les pro-

jets d'articles de la deuxième partie et ceux de la première partie – qui énoncent les règles secondaires générales relatives à la responsabilité des États – en parlant d'articles « en miroir ». Même si cette correspondance est réelle et que les deux séries d'articles se font pendant, il faut éviter d'en tirer des conclusions qui pourraient s'avérer prématurées. Ainsi, par exemple, si la Commission décidait d'inclure l'exception d'inexécution dans le projet – ce dont, de l'avis de M. Simma, elle devrait s'abstenir –, le caractère « spéculaire » de toutes ces règles risquerait d'avoir pour conséquence d'amener les États à s'en affranchir réciproquement les uns les autres.

20. Sur le plan de la méthode, M. Simma partage aussi l'opinion de M. Pellet sur l'opportunité de reconsidérer le système consistant à adopter systématiquement une deuxième partie et une deuxième partie *bis* qui se répètent. En ce qui concerne les articles proprement dits et les reformulations proposées par le Rapporteur spécial, l'article 36 ne lui pose pas de problème et il n'est pas non plus opposé à la suppression du paragraphe 3 de l'article 42 même s'il est probable que toute cette question devra finalement être reconsidérée dans le contexte des contre-mesures. En effet, le problème de la proportionnalité des contre-mesures ou des limites que le respect des droits de l'homme impose à celles-ci devra inévitablement faire l'objet d'une réflexion plus approfondie. M. Simma pense notamment à cet égard aux conséquences, sur la population iraquienne, des sanctions contre l'Iraq imposées par le Conseil de sécurité.

21. M. Simma adhère également à la proposition du Rapporteur spécial de déplacer la notion de cessation dans le projet d'articles en l'insérant parmi les principes généraux énoncés au chapitre premier et en établissant un lien avec les assurances et les garanties de non-répétition. À la différence de MM. Brownlie et Pellet, qui ont émis des doutes sur l'opportunité de faire figurer ces deux dernières notions dans le projet, il pense que celles-ci peuvent tout à fait avoir leur place dans un contexte judiciaire et il renvoie à cet égard le Rapporteur spécial à la décision du Groupe spécial de règlement des différends de l'OMC sur l'article 301 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur des États-Unis³. Si la législation d'un État est telle qu'elle autorise des violations répétées du droit international, il est assez logique qu'une instance judiciaire internationale puisse accorder, parmi les réparations offertes à l'État ou aux États lésés, des garanties de non-répétition. M. Simma convient que les mots « le cas échéant » puissent être trop vagues, laissant en particulier des lacunes susceptibles de favoriser les références au droit interne. Une solution pourrait être, comme l'a proposé la République tchèque à la Sixième Commission, de remplacer dans l'article 46 les mots « le cas échéant » par l'expression « si les circonstances l'exigent ».

22. Le problème posé par l'article 38 relatif à l'application du droit international coutumier pourrait, à son avis, être réglé de deux manières : la teneur générale de cet article pourrait être conservée à condition de faire référence non seulement aux dispositions de la deuxième partie,

³ Voir OMC, rapport du Groupe spécial « États-Unis – Articles 301 à 310 de la loi de 1974 sur le commerce extérieur » du 22 décembre 1999 (WT/DS152/R).

mais aussi à celles de la première partie du projet d'articles relatif à la responsabilité des États. Par ailleurs, cette disposition aurait davantage sa place dans un préambule, comme cela est le cas dans d'autres conventions. À la différence du Rapporteur spécial, M. Simma ne juge pas inutile d'ajouter dans cet article une clause de sauvegarde qui pourrait être inspirée, par exemple, de l'article 73 de la Convention de Vienne de 1969.

23. Nonobstant la recommandation du Président de laisser de côté pour l'instant l'article 40, M. Simma tient à faire quelques remarques préliminaires concernant cet article, de peur de ne pas avoir l'occasion d'y revenir par la suite. L'article 40 concerne le droit d'invoquer les conséquences de la responsabilité des États. À titre de remarque préliminaire, M. Simma trouve que l'approche « par étapes » adoptée par le Rapporteur spécial pour le sujet à l'examen pose des problèmes considérables car il est très difficile d'étudier comme il convient la teneur de l'article 40 sans savoir de quelle manière le Rapporteur spécial tiendra compte de la multilatéralisation du préjudice dans le traitement de la gamme des réparations et, plus particulièrement, s'agissant des contre-mesures. Certes, dans le tableau 2 qu'il présente à la fin de son rapport, le Rapporteur spécial fournit une ébauche de système, mais à l'évidence tous les problèmes n'ont pas été résolus. Ainsi, il est dit à la dernière ligne du tableau que des contre-mesures pourraient être adoptées « par accord entre tous les États ». M. Simma met au défi les membres de la Commission de trouver un seul exemple dans lequel tous les États du monde seraient d'accord pour adopter des sanctions ou des contre-mesures à la suite de la violation d'une obligation *erga omnes*. Il faut le répéter, d'après ce tableau, dans le cas de graves violations attestées, tous les États sont en droit de recourir à des contre-mesures. La phrase utilisée par le Rapporteur spécial n'est pas sans rappeler celle qui figure dans la formule magique de la résolution 1503 (XLVIII) du 27 mai 1979 du Conseil économique et social – précédent fâcheux en un sens, car cette procédure s'est révélée si pesante et empreinte de politique que c'en est presque une imposture.

24. Pour M. Simma, les contours du nouveau régime remplaçant le projet d'article 19 sont satisfaisants mais, encore une fois, seuls les contours en sont pour l'instant visibles. Jusqu'à présent, les notions de *jus cogens* et d'obligations *erga omnes* sont, comme l'a dit de manière très imagée M. Brownlie, pour l'essentiel restées au garage. À cet égard, on peut en quelque sorte voir un juste retour des choses dans le fait que le Rapporteur spécial, qui, dans l'affaire du *Timor oriental*, s'est pour ainsi dire employé à verrouiller la porte du garage, doit maintenant faire face à la tâche qui consiste à défendre ces notions et à les appliquer dans le contexte de la responsabilité des États.

25. L'imprécision des notions de *jus cogens* et d'obligations *erga omnes* est peut-être tolérable dans le domaine du droit des traités, où leurs conséquences sont isolées et où il existe quelques procédures de sauvegarde. C'est précisément pourquoi la voiture est restée jusqu'à présent au garage. Mais la responsabilité des États est bien plus qu'un véhicule dangereux : c'est en quelque sorte le moment de vérité pour ces notions. M. Simma répète que, pour ce qui le concerne, il souscrit à l'orientation générale du rapport; le Rapporteur spécial semble éviter à la fois le Charybde

qui consisterait à poser une responsabilité multilatérale comme unique face à une « communauté internationale » qui n'a nullement le statut de demandeur, et le Scylla qui consisterait à distribuer trop généreusement des droits à indemnité à tout un chacun, quel que soit le degré d'assimilation possible des faits en cause à des violations du droit international.

26. Le projet d'article 40 est la porte d'accès à ce terrain difficile. Le Rapporteur spécial ayant abondamment critiqué l'article 40 tel qu'il avait été adopté en première lecture, M. Simma se sent d'autant plus libre de critiquer à son tour l'article 40 *bis* proposé par le Rapporteur spécial. Ce nouveau projet d'article lui semble présenter plusieurs défauts. Le premier est d'ordre structurel. Non seulement le titre de cet article « Droit pour un État d'invoquer la responsabilité d'un autre État » ne correspond pas véritablement à son contenu, mais il n'y a pas de lien logique entre les deux premiers paragraphes, qui traitent successivement de la définition de « l'État lésé » et des conditions dans lesquelles un État a « un intérêt juridique » dans l'exécution d'une obligation internationale à laquelle il est tenu. Mais en réalité les notions d'État lésé et d'État ayant un intérêt juridique ne sont pas similaires. Elles relèvent de catégories différentes. La notion d'intérêt juridique doit être comprise dans un sens plus large que ne le propose le Rapporteur spécial : un intérêt est protégé par la loi et se transforme donc en un droit. C'est pourquoi la lecture que fait M. Simma de l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction* est profondément différente de celle qu'en fait le Rapporteur spécial. Il n'y a rien à la page 32 (par. 97) de cet arrêt qui fasse l'interprétation démonstrative de ce qu'en dit le Rapporteur spécial.

27. M. Simma tient à conclure son commentaire du projet d'article 40 sur une proposition constructive. Pourquoi ne pas trancher le nœud gordien et renoncer tout simplement à la notion de préjudice en tant que déclencheur permettant d'invoquer la responsabilité d'un État ? À son avis, la notion de préjudice, dans cet emploi, est devenue aussi inutile et dénuée de signification que la notion de dommage. L'élargissement de la notion de dommage à celle de dommage légal s'est accompagné d'un élargissement correspondant de la notion de préjudice à un point tel que l'on peut considérer que tout le monde est plus ou moins lésé par toute violation du droit international – poussant ainsi le raisonnement à l'absurde. M. Simma suggère donc de reformuler l'article 40 en conservant le titre de l'article 40 *bis* proposé par le Rapporteur spécial mais en remplaçant la phrase d'introduction du paragraphe 1 par la formule suivante : « Aux fins du présent projet d'articles, un État a le droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État si une obligation a été transgressée et si... ». On reprendrait ensuite les alinéas *a* et *b* du paragraphe 1 proposés par le Rapporteur spécial.

28. Le paragraphe 2 pourrait débiter par la formule suivante : « En outre, aux fins du présent projet d'articles, un État peut invoquer certaines conséquences de faits internationalement illicites conformément aux dispositions suivantes : ». Suivrait le texte des alinéas *a* et *b* du paragraphe 2 tels que proposés par le Rapporteur spécial.

29. Le texte de l'article 41 pourrait être modifié en conséquence. M. Simma présentera par écrit le texte de sa proposition pour examen à la séance suivante sur ce sujet.

30. M. BROWNLIE, soulevant un point d'ordre, fait remarquer que lui-même et M. Pellet se sont abstenus, à la demande du Président, d'aborder la question de l'article 40, bien qu'ils aient l'un et l'autre beaucoup à dire sur cet article. Constatant que M. Simma a passé outre cette recommandation, il demande au Président soit d'ouvrir le débat sur l'article 40, soit de réitérer en termes plus fermes sa recommandation de ne pas commenter cet article pour le moment.

31. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) note que l'article 40 n'a effectivement jamais fait l'objet d'un débat de fond.

32. Le PRÉSIDENT indique que les membres de la Commission auront l'occasion, le moment venu, de discuter de cet article de manière approfondie mais les invite à s'en tenir pour l'instant aux articles 36, 36 bis, 37 bis et 38.

33. M. GAJA félicite le Rapporteur spécial de son excellent troisième rapport, auquel il souscrit pour l'essentiel, notamment en ce qui concerne la réorganisation proposée du contenu d'un nouveau projet. Il fait sienne la proposition du Rapporteur spécial d'adopter dans la deuxième partie, comme cela a été fait dans la première partie, la perspective de l'État qui encourt une responsabilité plutôt que celle de l'État lésé. Il pense toutefois que le projet d'articles devrait aller plus loin et examiner tous les cas dans lesquels l'État est responsable et pas seulement ceux dans lesquels la responsabilité d'un État n'est invoquée que par d'autres États. Compte tenu de sa charge de travail, la Commission pourrait être tentée de s'en tenir à ce cas de figure. Mais si l'on adopte le point de vue du Rapporteur spécial selon lequel les violations des droits de l'homme ou du principe de l'autodétermination n'intéressent pas seulement des États mais aussi des individus ou des peuples, la situation de ces derniers ne saurait être passée sous silence dans le projet d'articles. Cela touche les obligations mêmes qui incombent à l'État responsable par suite du fait internationalement illicite. Ainsi, par exemple, si un individu dont les droits fondamentaux ont été violés demande une indemnisation plutôt qu'une restitution en nature, il conviendrait que les États ne puissent insister pour qu'on lui impose une restitution. En décrivant les conséquences du fait illicite, on ne pourrait éviter de tenir compte de la situation de tous ceux qui en droit international ont été lésés, qu'il s'agisse d'États, d'organisations internationales, d'autres entités ou de particuliers. Il n'est pas nécessaire de se préoccuper de savoir précisément si c'est un individu ou une entité autre qu'un État qui a été lésé. Il s'agit là d'une question relevant des règles primaires qu'il n'est pas besoin de régler en détail dans le projet d'articles.

34. En ce qui concerne l'article 36 bis, M. Gaja incline à se ranger à la proposition ingénieuse d'associer les assurances et garanties de non-répétition à la cessation. Le Rapporteur spécial suggère, en matière d'assurances et de garanties, d'aller plus loin que dans le premier projet et d'admettre que la nature de l'obligation violée revêt une certaine importance. Cette suggestion a été reprise par M. Pellet et figure également dans les observations de la République tchèque⁴. Dans certains cas, des assurances de

ce type peuvent ne pas être nécessaires parce qu'il n'existe aucun risque de répétition, mais, dans d'autres, le risque peut exister s'agissant de faits illicites de moindre importance. Par exemple, dans le cas d'un gouvernement qui a commis un génocide et qui est toujours en place, on peut raisonnablement supposer qu'il existe une forte probabilité que des actes de génocide seront de nouveau perpétrés. Ce serait une bonne raison pour exiger des assurances ou garanties que le comportement de ce gouvernement ne se répéterait pas. Mais il peut aussi arriver que ledit gouvernement soit renversé et remplacé par un autre offrant quant à lui toutes les garanties voulues en matière de respect des droits de l'homme. L'État aurait alors bien commis le fait illicite, mais il ne servirait à rien de lui demander des garanties puisque le risque aurait disparu. D'un autre côté, le risque de répétition existe en ce qui concerne des violations mineures. Peut-être pourrait-on établir dans le texte un lien entre les assurances ou garanties de non-répétition et le degré de probabilité d'une récidive, en illustrant cela dans le commentaire par l'exemple donné par M. Simma à propos d'une législation demeurant en vigueur après que le fait illicite découlant de l'application de cette législation a été perpétré. Si la législation risque d'être appliquée de nouveau, donnant naissance à un fait illicite, il est raisonnable que les États insistent pour que cette législation qui n'est pas en soi la cause du fait illicite soit abrogée.

35. Pour ce qui est de l'article 37 bis, il conviendrait d'y énoncer l'idée, déjà présente dans le commentaire et évoquée par le Rapporteur spécial dans son exposé, que toutes les conséquences d'une infraction ne devraient pas donner lieu à une réparation intégrale. Seules sont concernées les conséquences directes ou immédiates. Comme l'a suggéré M. Brownlie, peut-être faudrait-il aussi tenir compte d'un autre élément, celui de l'intention. L'article 37 bis serait l'endroit approprié pour introduire cet élément, puisqu'il concernerait toutes les conséquences possibles du fait internationalement illicite.

36. S'agissant de l'article 38, le fait qu'il figure entre crochets est de mauvais augure pour le sort qui lui sera réservé. On pourrait remanier cette disposition dans un sens positif en indiquant par exemple certaines des conséquences juridiques qui n'ont pas été traitées plutôt que, comme l'a proposé M. Pellet, d'essayer d'envisager toutes les conséquences prévues par le droit coutumier et de prévoir une clause de sauvegarde au cas où l'on aurait oublié quelque chose. Peut-être faudrait-il insérer quelque part dans le projet d'articles une référence aux conséquences qui ne font pas vraiment partie du droit de la responsabilité des États. Il serait préférable de ne pas le faire dans la deuxième partie mais dans une quatrième partie, non loin de la référence aux règles se rapportant spécifiquement aux conséquences de certains faits illicites (*lex specialis*). En concevant l'article 38, la Commission avait à l'esprit certaines questions concernant la validité ou l'extinction des traités. Or, si un fait illicite représentant une violation substantielle d'un traité est perpétré, les conséquences en sont énoncées à l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969, qui s'applique aussi. Peut-être ne faut-il pas le préciser, mais il n'y a aucun inconvénient à déclarer que la violation d'une obligation énoncée dans un traité peut avoir certaines conséquences qui vont au-delà du type de conséquences afférentes au droit de la responsabilité des États. Ce ne sont pas des conséquences

⁴ Voir 2613^e séance, note 3.

directes, en ce sens que le fait illicite ne provoquerait pas l'extinction d'un traité, mais il existerait dans ces circonstances un droit de mettre fin au traité. Ajouter une telle disposition pourrait avoir son utilité. De même, il conviendrait peut-être de mentionner le cas difficile des situations illégales nées de faits illicites. Dans le cas de l'occupation d'un territoire par la force, on est en présence d'un ensemble de conséquences qui relèvent clairement de la responsabilité des États, mais d'autres conséquences peuvent découler du fait que l'État occupant peut, pendant tout le temps qu'il occupe ce territoire, n'être pas habilité à se prévaloir des prérogatives qui s'attachent à la possession d'un territoire. M. Gaja se range à l'opinion selon laquelle un article 38 refondu devrait être maintenu quelque part dans le texte.

37. M. KAMTO apprécie le travail fait par le Rapporteur spécial pour réorganiser la deuxième partie du projet d'articles de façon à lui donner plus de cohérence et de substance. Pour sa part, il a toujours eu quelque doute sur la distinction entre règles primaires et règles secondaires, distinction intellectuellement séduisante mais difficile à tenir dans la pratique. Diverses considérations avancées par le Rapporteur spécial, aussi bien dans le deuxième rapport⁵ que dans le troisième et par certains membres dans leurs interventions orales montrent bien que cette distinction est quelquefois inopérante. Cela étant, comme tout le travail de rédaction est fondé sur ce socle, il n'est peut-être pas nécessaire d'insister outre mesure sur cette difficulté.

38. D'accord avec le Rapporteur spécial sur la nécessité de reformuler l'intitulé de la deuxième partie, M. Kamto se demande cependant si l'expression « conséquences juridiques » est appropriée, dans la mesure où cette expression ne semble pas traduire de façon tout à fait satisfaisante le contenu des articles de cette deuxième partie. Peut-être serait-il plus indiqué de parler d'implications juridiques. En effet, le mot « conséquences » évoque l'ensemble des effets attachés immédiatement au fait illicite lui-même, alors que dans le traitement de la deuxième partie on voit au fond ce que suscite en réaction le fait illicite, c'est-à-dire ce que cela implique, et non pas la conséquence au sens strict, juridique, où on l'entend habituellement.

39. Dans la version française de l'article 36, la formule « est engagée par un fait » devrait être remplacée par « est engagée à raison d'un fait », car le fait lui-même ne peut engager la responsabilité de l'État.

40. En ce qui concerne l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 36 *bis*, il est souhaitable de maintenir la nécessité d'offrir des assurances et garanties appropriées, même si cela ne sera pas possible dans tous les cas. La garantie de non-répétition serait utile dans le cas d'une violation commise en recourant à la force, dans la mesure où cela rassurerait la partie victime de cette violation. Le terme « garantie » est peut-être un peu prétentieux car ce n'est pas parce qu'un État dit qu'il ne recommencera pas qu'il ne le fera effectivement pas. À tout le moins, d'un point de vue juridique, le fait de donner cette garantie serait un élément supplémentaire. Au fond, ce serait un nouvel engagement par rapport à l'engagement initial violé. Psychologi-

quement, il peut rassurer davantage l'autre partie. Les formes dans lesquelles une telle garantie peut être donnée sont variées. Cela peut être un engagement pris devant une juridiction ou un acte de caractère diplomatique de l'État qui s'est rendu coupable du fait internationalement illicite.

41. Le paragraphe 2 de l'article 37 *bis* pose un problème de formulation. La réparation intégrale élimine peut-être les conséquences juridiques du fait internationalement illicite, mais ses conséquences matérielles ou factuelles peuvent subsister, tant il est vrai que la réparation ne vise pas dans tous les cas à éliminer les conséquences du fait, mais a pour but dans certains cas de les compenser. Il faudrait peut-être modifier les mots « élimine les conséquences ». Pour M. Kamto, ce paragraphe devrait peut-être retenir la présentation classique consistant à dire que la réparation peut se faire au moyen de la restitution en nature et que si cette dernière n'est pas possible elle doit se faire au moyen de l'indemnisation ou de la satisfaction. Le membre de phrase final tendant à dire qu'il est aussi possible de combiner les deux formes de réparation serait alors à sa place. Mais dans la formulation actuelle, on a l'impression que l'on met sur le même plan la restitution en nature et les autres formes de réparation, c'est-à-dire l'indemnisation et la satisfaction.

42. Pour ce qui est de l'article 38, enfin, M. Kamto partage l'avis des membres qui estiment que cet article est utile. L'intitulé pourrait en être amélioré : « autres conséquences » serait préférable à « conséquences diverses » parce que même les conséquences évoquées précédemment entrent dans les conséquences diverses, expression qui pourrait englober ce qui a déjà été évoqué précédemment à l'article 36 *bis* ou à l'article 37 *bis*.

43. M. KUSUMA-ATMADJA convient avec M. Kamto que la distinction entre règles primaires et règles secondaires est très artificielle et difficile à appliquer. À propos de la responsabilité des États, il évoque le cas de la nationalisation des biens d'une puissance coloniale par l'ancienne colonie devenue indépendante. Dans ce cas, l'ancienne colonie est habilitée à corriger la discrimination pratiquée par l'ancienne puissance coloniale entre étrangers et autochtones en rejetant la règle d'une indemnisation prompte effective et adéquate. Par ailleurs, ce qu'a dit M. Gaja à propos de l'article 38 semble très raisonnable et M. Kusuma-Atmadja accueille favorablement sa proposition de traiter des conséquences du fait internationalement illicite dans une quatrième partie spécialement conçue à cet effet. Quant à l'article 40, c'est un article très difficile qui nécessiterait un traitement particulier et mérite d'être examiné séparément.

44. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que, pour faciliter les travaux de la Commission, il répondra tout de suite brièvement aux quelques observations formulées sur son troisième rapport. Il convient d'emblée que, quelle que soit la perception de la notion de « crime », ce sont les conséquences des violations les plus graves qui doivent retenir l'attention.

45. En ce qui concerne la proposition de M. Pellet tendant à élaborer à propos du préjudice une disposition faisant pendant à l'article 3 de la première partie, le Rapporteur spécial l'étudiera à fond dans le cadre des travaux du

⁵ *Annuaire...* 1999, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/498 et Add.1 à 4.

Comité de rédaction. Il tient cependant à préciser d'ores et déjà que cette notion devrait être traitée dans la deuxième partie du projet d'articles, dans divers contextes, comme celui de la restitution et de l'indemnisation, par exemple, auquel elle se rattache indéniablement. S'agissant du titre actuel de la deuxième partie, le Rapporteur spécial admet qu'il recouvre des aspects qui devraient figurer dans la deuxième partie *bis* et note avec satisfaction à ce propos qu'un accord semble s'être dégagé sur la nécessité d'établir une distinction entre les conséquences d'un fait internationalement illicite et leur invocation. Quant à la question de savoir si les dispositions correspondantes seront incorporées dans des parties distinctes ou dans des chapitres distincts d'une même partie, elle devra être examinée ultérieurement.

46. En ce qui concerne la question de l'élaboration de dispositions détaillées, le Rapporteur spécial l'évoque dans son rapport, en particulier dans le contexte de l'indemnisation, parce que c'est là qu'elle prend tout son sens. À ce propos, il demandera à la Commission, au cours de la première partie de sa session, de lui donner des instructions, vu notamment le désaccord existant entre MM. Brownlie et Pellet en la matière. Le Rapporteur spécial entend proposer dans la section B du chapitre premier de son rapport un article distinct sur les intérêts – les intérêts se distinguant de l'indemnisation en tant que telle. Pour ce qui est de l'opportunité d'entrer dans les détails s'agissant du quantum de l'indemnisation ou des principes sous-jacents, le Rapporteur spécial aura besoin là aussi d'orientations de la part de la Commission, car il s'agit d'une question fort complexe qui appelle de longs travaux de recherche et qui, d'autre part, n'est pas sans rapport avec le sujet de la protection diplomatique.

47. Le Rapporteur spécial traitera aussi dans la section B du chapitre III de son rapport de la question, importante, de la responsabilité conjointe, évoquée par M. Pellet.

48. Pour ce qui est de la question en général des assurances et garanties de non-répétition, le Rapporteur spécial déclare qu'il s'est contenté de débrouiller les dispositions emmêlées des articles 19 et 40. Il reconnaît qu'il y a eu au XIX^e siècle, en particulier dans l'histoire de la responsabilité, des exemples de demandes de garanties et d'assurances dans ce sens formulées et mises en œuvre de façon contraignante – ce qui explique en partie les réactions suscitées. Mais plus nombreux sont les exemples de demandes de garanties de non-répétition faites sans contrainte et sous forme de déclaration devant un tribunal. Pour sa part, le Rapporteur spécial, rejoignant en cela la position de M. Gaja, considère qu'il serait utile de préciser les notions d'assurances et garanties de non-répétition et de faire état dans le commentaire de la question de la gravité de la violation et du risque de répétition. C'est là un sujet fort délicat, qui met en jeu le droit international et le droit interne. Il y a lieu à ce propos de noter que la simple existence dans le droit interne d'un texte législatif susceptible de donner lieu à une violation dans certaines circonstances ne constitue pas en soi une violation du droit international, à condition que le texte en question soit appliqué d'une manière conforme au droit international. Sur le plan général, ce principe semble juste.

49. Le Rapporteur spécial constate qu'il semble y avoir accord général pour le maintien, sous une forme ou sous

une autre, de l'article 38. Il appartiendra au Comité de rédaction de voir si cet article figurera dans la deuxième partie, ou dans la quatrième partie. La préférence du Rapporteur spécial va à la seconde option et à une reformulation de la disposition.

50. Le Rapporteur spécial convient avec M. Brownlie que l'application de la notion de « préjudice indirect » dépend certes du contexte juridique considéré; mais elle dépend aussi des faits eux-mêmes. Il considère que la Commission ne devrait pas, sur ce point, se perdre dans les détails et que mieux vaudrait éviter de retenir la formulation classique reposant sur l'analogie avec le droit interne. Quant à la question de savoir si la restitution est une réparation facultative, le Rapporteur spécial fait observer que l'article 37 *bis* ne privilégie ni la restitution ni l'indemnisation, alors que l'article 43, tel qu'actuellement libellé, fait de la restitution la forme de réparation première. Il reviendra sur cette question lors de l'examen de l'article 43. Le Rapporteur spécial sait gré d'autre part à M. Brownlie de l'argumentation qu'il a développée en faveur du maintien de la notion de cessation dans le projet d'articles. Il constate avec intérêt que cette position est généralement acceptée. Il considère en outre comme M. Brownlie que ladite notion n'est pas liée exclusivement à celle de fait internationalement illicite continu : en effet, il est possible de se trouver en présence d'une série de violations individuelles qui ne sont pas qualifiées individuellement de faits internationalement illicites mais qui n'en appellent pas moins une demande de cessation, sans pour autant appeler une demande d'assurances et garanties de non-répétition. Le Comité de rédaction devrait examiner ce point.

51. Notant que M. Simma, tout comme M. Pellet, s'interroge sur la méthode suivie, le Rapporteur spécial estime que le Comité de rédaction devra se pencher sur cette question et donc sur le maintien ou la suppression de certaines dispositions. De plus, il pense, comme M. Simma, que la Commission devra revenir, lors de l'examen des contre-mesures, sur la question des limites envisagées au paragraphe 3 de l'article 42.

52. Le Rapporteur spécial note que M. Gaja est d'accord pour approfondir la réflexion sur la question du préjudice direct ou « immédiat » à l'article 37 *bis*. Quant à ses observations sur l'emplacement de l'article 38, elles méritent d'être examinées.

53. Le Rapporteur spécial croit que la Commission est davantage préoccupée par la question de la cessation de la réparation que par celles, sous-jacentes, de la validité des actes juridiques. Or, cette question pose des problèmes spécifiques en termes d'effets juridiques.

54. Le Rapporteur spécial souscrit à la plupart des observations de forme faites par M. Kamto. Pour ce qui est de la distinction entre les règles primaires et les règles secondaires, elle ne devrait pas être abandonnée quand bien même l'application de nombre des règles secondaires sera influencée par les règles primaires.

55. M. PELLET souhaiterait que le Rapporteur spécial cite des exemples d'affaires dans lesquelles des tribunaux ont donné des assurances ou garanties de non-répétition. Lui-même n'en voit aucun, si ce n'est une vague sorte de garantie judiciaire de non-répétition par laquelle, au para-

graphe 63 de l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire des *Essais nucléaires* opposant la Nouvelle-Zélande à la France, la CIJ a indiqué que le requérant pourrait demander un réexamen de la situation au cas où celle-ci changerait. Mais il ne s'agit pas là d'un problème de responsabilité. La Cour, dans cette affaire, n'a pas condamné la France, elle n'a pas dit que la France avait commis un fait internationalement illicite. Et sa conclusion ne semble pas être véritablement une garantie de non-répétition. De même, M. Pellet n'est pas davantage convaincu par l'exemple cité par M. Simma : il n'a pas l'impression que l'organe d'appel en question ait donné la moindre garantie de non-répétition. Il est certes favorable au développement progressif du droit international, mais encore faudrait-il savoir dans quel sens l'orienter.

56. En ce qui concerne la question de la restitution, M. Pellet convient a priori avec le Rapporteur spécial que ce problème devra être examiné en liaison avec l'article 43. À ce sujet, il n'est pas d'accord avec M. Brownlie : il estime en effet qu'à partir du moment où le principe posé dans l'arrêt rendu en l'affaire de l'*Usine de Chorzów* est admis, la logique veut que la priorité soit donnée à la remise en l'état. La réparation a pour objet d'effacer au maximum les conséquences du fait internationalement illicite. Faute d'appliquer en premier lieu ce principe, la possibilité serait donnée aux États, aux États riches en particulier, de commettre un fait internationalement illicite. Cette idée n'est pas acceptable : la *restitutio in integrum* doit être la première des modalités de réparation. La restitution est la règle.

57. M. Pellet se déclare troublé par les références faites par MM. Brownlie et Kusuma-Atmadja aux nationalisations. Cette question n'a rien à voir avec le problème de la responsabilité. En droit international, la nationalisation est un acte licite et le droit de nationaliser est assorti de certaines conditions, dont l'obligation d'indemniser et de ne pas établir de discrimination. Et ce n'est qu'au moment où un État ne s'acquiesce pas de ces obligations qu'il commet un fait internationalement illicite et que sa responsabilité est engagée. L'indemnisation pour nationalisation n'est pas une indemnisation pour fait internationalement illicite.

58. Au sujet du caractère direct du préjudice, M. Pellet fait observer que la chaîne de causalité, ou de « transativité », doit être directe et ininterrompue; en revanche, la cause peut ne pas être immédiate. M. Pellet n'est pas sûr qu'il faille parler, à propos de la causalité, de « proximité ». Entre le fait internationalement illicite et le dommage, toute une série de faits peuvent se produire, et la chaîne de transativité fait que le dommage est réparable sur la base de la responsabilité pour manquement, pour fait illicite. Et cette idée doit être reflétée dans un article, plutôt que dans le commentaire.

59. M. SIMMA relève de la discussion que les assurances et garanties de non-répétition semblent devoir être fonction de deux paramètres, à savoir la gravité de la violation considérée et la probabilité de sa répétition. Il ne peut admettre que les cas de violation grave appellent davantage des assurances et garanties de non-répétition que les autres cas. En effet, ce qui importe, par exemple en cas d'occupation illégale d'un territoire, c'est qu'un tribunal déclare que cette occupation est illégale. Des assurances et garanties de non-répétition s'imposent aussi dans les

cas où la législation d'un État et son application conduisent à des violations graves, qui, même si elles ne sont pas continues, sont récurrentes. Il est parfaitement normal alors qu'un tribunal international déclare qu'il faille donner des assurances et garanties de non-répétition, sans aller nécessairement jusqu'à demander l'abrogation des dispositions législatives en cause.

60. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) n'a pas vraiment en tête d'exemple de décision judiciaire concernant l'octroi d'assurances et de garanties de non-répétition. Mais, dans la pratique des États, ces assurances et garanties sont par exemple fréquemment données par l'État accréditaire à l'État accréditant en ce qui concerne la sécurité des locaux des missions diplomatiques.

61. M. TOMKA fait observer que les garanties de non-répétition n'existent pas que dans la pratique judiciaire. Certains auteurs ont considéré que des dispositions figurant dans des traités de paix signés après la seconde guerre mondiale contiennent des garanties de non-répétition.

62. M. KAMTO note que les garanties de non-répétition peuvent être certes considérées comme relevant du développement progressif du droit international, mais qu'elles n'en demeurent pas moins utiles. Reste à savoir qui les donne : est-ce la juridiction devant laquelle l'affaire est portée ou l'État qui s'est rendu coupable du fait internationalement illicite ? M. Kamto retire de la discussion l'impression que c'est à cette juridiction de donner ces garanties. Mais tel n'est pas le cas : c'est l'État qui doit les donner. La question se pose alors de savoir s'il doit les donner devant la cour, pendant le procès, ou en dehors de la procédure contentieuse. Les deux moyens sont envisageables. Revenant sur l'exemple de la violation du droit international par le recours à la force qu'il a évoqué plus tôt, M. Kamto dit que c'est dans ce cas-là que les garanties de non-répétition s'imposent le plus. Elles peuvent être données dans le cadre d'une déclaration devant la cour, et intégrées ou non dans l'arrêt de la cour, ou sous forme de déclaration diplomatique, qui ne serait pas nécessairement faite dans le cadre de la procédure contentieuse. Quel que soit le cas, les garanties de non-répétition ne constituent qu'un engagement supplémentaire par rapport à l'engagement initial violé par l'État considéré. Lorsqu'il est demandé à l'État de mettre un terme à son comportement illicite, il lui est demandé en réalité de respecter son engagement international, autrement dit de donner une garantie de non-répétition. Il semble donc que l'effet juridique des garanties de non-répétition ne puisse être fondamentalement autre que psychologique. Sauf dans quelques cas, rien, matériellement, ne garantit définitivement le fait que l'État ne violera pas son engagement dans l'avenir. M. Kamto donne comme exemple le cas d'un État A qui abrite sur son territoire un camp d'entraînement militaire situé près de sa frontière avec un État B. Si les nationaux de l'État A ou des étrangers en formation dans ce camp franchissent de temps à autre la frontière pour perpétrer des actes de banditisme ou des actions militaires dans le territoire de l'État B, la responsabilité internationale de l'État A peut être invoquée. En prenant des mesures pour faire cesser de tels actes, l'État A met un terme au fait internationalement illicite qui lui est imputable. Mais il peut également donner des garanties de non-répétition consistant par exemple à s'engager à démanteler le camp de formation militaire, ou à l'éloigner

de la frontière en question. Une disposition sur les garanties de non-répétition trouve assurément sa place dans le projet d'articles à l'étude.

63. M. GAJA (Président du Comité de rédaction) annonce que le Comité de rédaction pour le sujet de la responsabilité des États se compose des membres suivants : M. Crawford (Rapporteur spécial), M. Addo, M. Brownlie, M. Candioti, M. Dugard, M. Economides, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Pellet, M. Rosenstock et M. Rodríguez Cedeño (membre de droit).

La séance est levée à 13 h 5.

2615^e SÉANCE

Jeudi 4 mai 2000, à 10 h 5

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Idris, M. Illueca, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka.

Responsabilité des États¹ (*suite*) [A/CN.4/504, sect. A, A/CN.4/507 et Add.1 à 4², A/CN.4/L.600]

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. M. HAFNER dit qu'il axera ses observations sur les principales questions abordées dans le troisième rapport (A/CN.4/507 et Add.1 à 4) avant de se pencher sur les articles 36 à 38 et qu'il réserve sa position sur les articles 40 et 40 *bis*.

2. M. Hafner dit qu'il souscrit à la plupart des opinions exprimées par le Rapporteur spécial dans son rapport. Par exemple, le paragraphe 6 montre clairement le lien entre la forme du projet d'articles et le règlement des différends, et le paragraphe 7 indique que les obligations prévues dans la

deuxième partie sont elles-mêmes des obligations internationales et traite de la question des normes secondaires. Personnellement, M. Hafner ne comprend pas quels problèmes pose cette qualification, puisqu'il est clair que la fonction d'une norme dans un contexte donné détermine s'il s'agit d'une norme primaire ou d'une norme secondaire. De même, on peut se demander si la Convention de Vienne de 1969 s'applique à elle-même. Il est difficile de répondre à cette question du fait de la disposition sur la non-rétroactivité, qui de toute manière ne s'applique pas dans le contexte à l'examen; sinon, la Convention s'appliquerait sans problème à elle-même. On doit donc supposer que la responsabilité des États est une somme d'obligations résultant d'une violation du droit international. Si une de ces obligations n'est pas honorée, la responsabilité est engagée au motif que cette règle de la responsabilité des États n'a pas été observée. Dans un tel cas, les règles de la responsabilité des États s'appliquent aux règles de la responsabilité des États elles-mêmes. La règle violée fait fonction de norme de fond ou primaire et les règles applicables à cette violation sont des normes secondaires ou métanormes. Par exemple, si un État commet un délit de caractère instantané et n'exécute pas les obligations qui en découlent dans le cadre du régime de la responsabilité des États, cela constitue un nouveau délit, de caractère continu. Il n'est pas nécessaire d'explicitier cette idée dans le texte du projet d'articles, et un commentaire suffirait.

3. Comme il est à juste titre indiqué au paragraphe 9, il n'est traité nulle part dans le projet initial des particularités des situations dans lesquelles une pluralité d'États sont impliqués. La Commission doit néanmoins envisager ces situations, car la communauté des États étant de plus en plus intégrée, davantage d'États seront affectés par une seule violation du droit international. En cas de multiplicité d'États lésés, il est nécessaire d'identifier les États habilités à réagir, et de déterminer le type de réaction approprié et la relation entre ces États. En cas de multiplicité d'États auteurs, il est nécessaire de déterminer quels sont les États dont la responsabilité est engagée, dans quelle mesure (responsabilité conjointe ou solidaire) et quelle est la relation entre ces États, s'il arrive, par exemple, que l'un d'eux a droit à ce qu'un autre lui verse une indemnisation.

4. M. Hafner approuve la nouvelle structure du projet d'articles proposée par le Rapporteur spécial au paragraphe 10. La seule question à débattre est celle de savoir si le chapitre III de la deuxième partie ne serait pas plus à sa place dans la deuxième partie *bis*. Peut-être les règles relatives à la pluralité d'États peuvent être divisées. Le chapitre II traite des obligations de l'État auteur, et c'est donc dans ce chapitre que la question de la pluralité d'États doit être envisagée. Le chapitre II *bis* concerne les droits des États lésés, et c'est donc dans ce chapitre que les règles applicables lorsqu'il y a une pluralité d'États lésés doivent figurer. Il serait aussi possible de faire figurer toutes les règles sur la pluralité dans un chapitre distinct.

5. On a débattu des questions qui devaient être traitées ou ne pas l'être dans le projet d'articles étant donné le peu de temps à disposition. La Commission ne doit pas viser l'impossible, mais s'efforcer d'achever ses travaux à sa cinquante-troisième session, en 2001, car les États ont un besoin quotidien urgent des articles et appliquent déjà cer-

¹ Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), chap. III, sect. D, p. 62.

² Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

tains des projets d'articles de la première partie. En outre, il y a eu un changement de paradigmes dans les relations internationales et le droit international, qui s'est accompagné de l'apparition de différents types de responsabilités, comme la responsabilité des organisations internationales et envers celles-ci, la responsabilité individuelle et la responsabilité pour les violations des droits de l'homme, qui toutes ont des caractéristiques particulières qui ne pourront être traitées de manière exhaustive dans un avenir prévisible. Il conviendrait donc de limiter le sujet à la responsabilité des États entre États, et pour cette raison pratique M. Hafner ne souscrit pas à la proposition de M. Pellet (2613^e séance) de viser les sujets de droit international. Il n'estime pas non plus qu'il faille considérer le dommage comme un élément constitutif de la responsabilité des États, bien qu'il soit à n'en pas douter un critère à prendre en compte lorsque l'on fixe le montant de la réparation. Une autre question dont il ne faut pas traiter est celle de la validité des actes engageant la responsabilité des États. Il faudrait établir une liste des questions à traiter.

6. Pour ce qui est des règles détaillées régissant la réparation, il faut trouver une voie moyenne entre les approches préconisées par MM. Brownlie et Pellet. Il faut se souvenir que plus les règles seront détaillées, moins les réparations auront de chances d'y satisfaire pleinement, ce qui donnera naissance à de nouvelles affaires de responsabilité des États. Comme le but de la Commission n'est pas de créer des conditions propices à une multiplication des violations du droit international mais de régler la matière, il faut faire preuve de souplesse lorsque l'on définit les règles régissant la réparation. Quoi qu'il en soit, le but ultime est énoncé dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* et ne doit pas être perdu de vue. Bien entendu, les affaires de responsabilité des États seront généralement réglées par des négociations et non pas un tribunal international. S'il est donc nécessaire de donner à l'État lésé certaines directives quant aux réparations sur lesquelles il peut compter, des dispositions détaillées ne seraient pas propices au règlement de telles questions. L'objet véritable des négociations n'est normalement pas le montant des réparations, mais le point de savoir si un fait illicite est intervenu. Si un État est accusé d'avoir commis un fait illicite, il lui sera plus facile d'admettre qu'il a agi illicitement lorsqu'il y a une marge d'appréciation dans l'évaluation des réparations.

7. Le nouveau libellé de l'article 36 ne pose aucun problème majeur. Le paragraphe 3 de l'ancien article 42 ne peut être appliqué à l'ensemble de la réparation, mais il est peut-être applicable à l'indemnisation. De même, compte tenu de ces considérations, l'existence de l'article 4 semble rendre le paragraphe 4 de l'article 42 superflu. M. Hafner approuve la séparation de l'article 36 et de l'article 36 *bis* et l'économie générale de ce dernier. L'obligation de cessation n'est pas une obligation distincte à la suite d'une violation du droit international. Si les tribunaux décident qu'il y a une obligation de cessation, une telle décision signifie essentiellement non qu'il existe une obligation de s'abstenir de se livrer à des activités illicites, mais que l'activité en cause est effectivement illicite et que, pour cette raison uniquement, les règles du droit international doivent être observées. M. Hafner accepterait néanmoins que l'on énonce cette obligation dans le domaine de la responsabilité des États si l'on recourt à la formulation utilisée dans le projet d'article et à condition

que l'on précise que cette obligation ne concerne pas uniquement les faits illicites continus.

8. L'obligation de fournir des assurances et des garanties de non-répétition ne devrait pas figurer dans la même disposition que l'obligation de cessation. M. Hafner pense comme M. Kamto qu'il existe une différence majeure entre ces obligations, même si le Rapporteur spécial a évoqué le caractère prospectif de l'une et de l'autre. Les nouvelles obligations imposées aux États auteurs par les assurances et garanties de non-répétition sont issues de la violation, alors que l'obligation de cesser des activités illicites n'est pas nouvelle et ne découle pas de la violation. Dans le même temps, M. Hafner pense, avec le Rapporteur spécial, qu'étant donné que l'obligation de donner des assurances appropriées ne relève pas des réparations, elle doit être envisagée séparément, peut-être dans un article qui ferait suite à l'article 37 *bis*.

9. Bien qu'on ait exprimé des doutes quant à la nécessité d'un tel article, la pratique justifie son existence et, de fait, le Rapporteur spécial a évoqué des affaires d'immunité diplomatique dans lesquelles de telles assurances sont fréquemment demandées. Un article de ce type est particulièrement nécessaire lorsque le droit national oblige les organes de l'État à violer le droit international. Comme le délit n'aura été commis qu'en application du droit national, l'existence de ce droit lui-même n'équivaut pas à un délit. La constatation que l'État a violé le droit international n'affectera pas la loi nationale. Il faut donc trouver un mécanisme pour obliger l'État à mettre sa loi nationale en conformité avec le droit international. L'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires est la meilleure illustration d'une telle situation. Il est fréquent que les droits de visite prévus dans cet article ne puissent être exercés, et il faut donc de ce fait demander des assurances et des garanties. D'autre part, le nouveau texte est trop catégorique, et M. Hafner souhaiterait que l'on utilise l'expression « si les circonstances l'exigent » comme l'ont proposé la République tchèque à la Sixième Commission puis M. Simma à la séance précédente, ce qui répondrait certainement à la préoccupation exprimée par M. Gaja.

10. La position de l'article 37 doit encore être débattue. M. Hafner souscrit à l'idée exprimée à l'article 37 *bis* selon laquelle la réparation doit être considérée comme un devoir ou une obligation de l'État fautif plutôt qu'un droit de l'État lésé. Une telle approche laisserait ouverte la question de la situation juridique de l'État lésé et des États tiers en ce qui concerne le fait illicite. La question de la causalité et des causes éloignées est extrêmement épineuse. Au plan national, le droit civil et le droit pénal n'y donnent pas la même réponse. Tôt ou tard, la Commission devra procéder à une étude générale de la *causa proxima*, *causa remota*, *causa causans*, *causa sine qua non*, ainsi que de la cause concomitante, incidente et déterminante. Comme il y a peu de jurisprudence en droit international, chaque cas doit être jugé en lui-même. À cet égard, M. Hafner partage l'opinion exprimée dans le commentaire de l'article 44³, qui est mentionnée au paragraphe 32 du rapport. Quant à la proposition de M. Kamto (2614^e

³ Voir le paragraphe 13 du commentaire de l'ancien article 8, *Annuaire...* 1993, vol. II (2^e partie), p. 73.

séance) visant à remplacer le mot « éliminer » au paragraphe 2 de l'article 37 *bis* par un autre terme, il s'agit d'éliminer les conséquences du fait illicite et non le fait lui-même, qui à l'évidence ne peut être « défait », et la nouvelle formule n'exprimerait plus le sens original.

11. L'article 38 est placé entre crochets, mais il est nécessaire, puisque le projet risque de ne pas couvrir toutes les conséquences juridiques des faits illicites. Si l'on argue qu'il les couvre, quelle sera la situation en ce qui concerne la responsabilité individuelle, l'opposabilité des faits illicites et la succession dans la responsabilité ? Ne serait-il pas sage de renvoyer expressément à l'article 73 de la Convention de Vienne de 1969, puisque le commentaire ne mentionne pas cette disposition ? Pour M. Hafner, cet article devrait être mentionné dans le commentaire.

12. M. ECONOMIDES dit qu'après quelques observations générales, il axera essentiellement son intervention sur les articles 36, 36 *bis*, 37 *bis* et 38. Il souscrit pleinement à l'opinion exprimée par le Rapporteur spécial au paragraphe 3 de son rapport et pense qu'il devrait être possible de présenter le texte complet du projet d'articles à la Sixième Commission lors de la cinquante-cinquième session de l'Assemblée générale, en 2000, à condition que la Commission travaille dur.

13. Pour ce qui est du paragraphe 6 du rapport, la seule forme que le texte puisse prendre est celle d'une convention internationale, ce qui à l'évidence nécessitera un système général et complet de règlement des différends touchant l'interprétation et l'application du texte dans son ensemble. Toutefois, si l'introduction d'un tel système se révèle difficile, il sera nécessaire de revenir à l'idée d'instituer une procédure de règlement des différends au moins pour les différends concernant les contre-mesures.

14. M. Economides félicite le Rapporteur spécial pour les efforts qu'il a faits pour trouver une solution de compromis en ce qui concerne l'article 19. La définition figurant au paragraphe 2 de l'article 19 doit être reprise par le Rapporteur spécial, car elle constitue un élément essentiel d'un tel compromis. Cette définition, qui met en valeur la notion de communauté internationale, constitue un progrès immense dans le développement du droit international.

15. Comme le fait observer le Rapporteur spécial au paragraphe 17 de son rapport, le projet porte sur toutes les obligations internationales de l'État et pas seulement sur ses obligations *envers* d'autres États. Il pourrait donc constituer une base juridique pour d'autres sujets de droit international, comme les organisations internationales, lorsqu'ils engagent contre des États une action relevant de la responsabilité internationale. Cette question mérite d'être examinée attentivement. Personnellement, M. Economides n'a rien contre une extension de la responsabilité des États aux organisations internationales.

16. En ce qui concerne l'alinéa *a* du paragraphe 7 et le paragraphe 42 du rapport, si l'idée est que les circonstances excluant l'illicéité définies dans la première partie s'appliquent aussi aux obligations découlant de la deuxième partie, il faut l'indiquer expressément dans le projet. Il n'est pas suffisant de le dire dans le commentaire et, sur ce point, M. Economides est pleinement d'accord avec M. Pellet. Il ne pense pas quant à lui que cette ques-

tion doive être réglementée; elle devrait être laissée au droit international coutumier. D'autre part, il faut conserver le paragraphe 3 de l'article 42, qui stipule qu'en aucun cas la population ne doit être privée de ses moyens de subsistance. Comme l'article 4 ne semble pas couvrir les situations visées au paragraphe 4 de l'article 42, il est peut-être préférable de maintenir ce dernier, aux termes duquel un État ne peut invoquer son droit interne pour se soustraire à son obligation de réparer intégralement le dommage qu'il a causé, une disposition sur le modèle de l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969. À défaut, on pourrait élargir le champ d'application de l'article 4 afin qu'il prévienne expressément de telles situations.

17. Pour M. Economides, la deuxième partie devrait s'intituler « Conséquences juridiques de la responsabilité internationale ». En effet, sur le plan logique, le fait internationalement illicite vient en premier et engage la responsabilité internationale de l'État. Une fois celle-ci engagée, elle entraîne certaines conséquences, qui sont en fait définies dans la deuxième partie. Comme l'indique clairement l'article 36, les conséquences en question sont celles de la responsabilité internationale et non celles du fait illicite.

18. Quant à l'article 36, M. Economides n'est pas entièrement satisfait de son titre, que le Comité de rédaction devrait revoir. Les assurances et garanties de non-répétition mentionnées à l'article 36 *bis* devraient être exigées pour les violations les plus graves et en particulier pour celles visées à l'article 19. Pour les mêmes raisons que le titre de la deuxième partie devrait être modifié, le paragraphe 1 de l'article 37 *bis* devrait se lire comme suit : « Un État internationalement responsable est tenu à la réparation intégrale des conséquences du fait internationalement illicite qu'il a commis ». En son état actuel, le libellé laisse totalement de côté la responsabilité internationale, alors que celle-ci en est l'élément essentiel.

19. Enfin, M. Economides appuie la proposition de M. Kamto (2614^e séance) concernant le titre de l'article 38 et tendant à ce que cet article figure dans la quatrième partie. Il serait en outre souhaitable de réunir les articles 38 et 37 (*Lex specialis*) en une disposition unique.

20. M. LUKASHUK dit que la Commission doit relever les défis du nouveau millénaire et qu'aucun n'est plus important que l'achèvement de l'élaboration du projet d'articles sur la responsabilité des États. La Sixième Commission a souligné qu'il fallait le faire durant le quinquennat en cours, et le Rapporteur spécial a montré qu'il était résolu à s'acquiescer de cette obligation. M. Lukashuk appuie les propositions présentées dans le rapport très détaillé et se félicite en particulier que les notes de bas de page indiquent, outre le nom des auteurs et le titre des ouvrages, la date de publication et la maison d'édition.

21. Dans l'élaboration du projet, la Commission doit tenir compte non seulement des obligations juridiques mais aussi d'autres types d'obligations internationales et de la responsabilité correspondante. L'expression « accords non contraignants » est souvent utilisée par la doctrine, non pour désigner des accords qui sont non contraignants au sens juridique mais, souvent, des obligations découlant des instruments de l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe, clairement définis

comme étant de nature politique. C'est pour cette raison que M. Lukashuk juge l'article 16, qui concerne une obligation internationale « quel que soit l'origine ou le caractère de celle-ci »⁴, si insatisfaisant. Chaque article pris individuellement devrait viser clairement la responsabilité internationale au sens juridique.

22. Le Rapporteur spécial s'est longuement penché sur la structure du projet d'articles et sa proposition peut être adoptée moyennant une révision mineure lorsque tous les projets d'articles auront pris leur forme finale. Les articles ne sont pas censés codifier l'ensemble du droit de la responsabilité internationale, qui est encore trop nouveau pour justifier un tel traitement. L'objectif est plutôt de poser les fondements d'une nouvelle branche du droit – le droit de la responsabilité internationale. Il est donc particulièrement important que le Rapporteur spécial mette l'accent sur l'élaboration de dispositions générales : les détails et les nuances seront apportés à l'avenir au fur et à mesure que la pratique se développera.

23. Le rapport met en lumière un point important, à savoir que la réparation ne doit pas aboutir à priver la population d'un État de ses moyens de subsistance. Cela peut être d'une importance critique pour les pays en développement, car l'adoption de contre-mesures peut avoir de graves conséquences pour leurs économies instables. Il convient donc de conserver une disposition sur cette question. Les assurances et les garanties de non-répétition font partie intégrante de la responsabilité. Lorsqu'on punit un enfant lorsqu'il s'est mal conduit, il s'exclame : « Je ne le ferai plus ! », reconnaissant ainsi qu'il a mal agi et promettant de bien se tenir à l'avenir. C'est la même chose dans les relations interétatiques.

24. Comme l'a déjà fait observer M. Economides, le projet d'articles assimile les notions similaires mais différentes de conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite et de responsabilité internationale, occultant ainsi leur véritable relation de cause à effet. Le titre proposé par le Rapporteur spécial pour la deuxième partie vise les conséquences juridiques des faits internationalement illicites, mais ces conséquences constituent la responsabilité, bien que le mot ne soit pas utilisé. De même, l'article 37 *bis* dispose qu'un État qui a commis un fait internationalement illicite est tenu d'une obligation, mais il est muet sur la responsabilité. D'autre part, la nouvelle version qui est proposée pour l'article 36 est correctement libellée en ce qu'elle vise la responsabilité internationale qui entraîne des conséquences juridiques.

25. De nombreux membres de la Commission sont favorables au maintien de l'article 38, mais M. Lukashuk pense avec le Rapporteur spécial qu'il n'y a aucune raison de le conserver. Une telle disposition est typique d'une convention, comme en témoignent les Conventions de Vienne. Mais il est très douteux que le projet d'articles revête finalement la forme d'une convention. Dans le domaine nouveau du droit international dont il traite, une disposition très générale comme celle qui figure à l'article 38 pourrait susciter beaucoup de questions et de doutes.

⁴ Pour les projets d'articles adoptés par le Comité de rédaction à la cinquante et unième session, voir *Annuaire... 1999*, vol. I, 2605^e séance, par. 4, p. 291.

26. M. PELLET dit que MM. Economides et Lukashuk ont soulevé une question extrêmement importante : il n'est pas logique dans la deuxième partie de parler des conséquences d'un fait internationalement illicite, car la responsabilité est engagée par le fait internationalement illicite et c'est de la responsabilité que découlent les conséquences. Cette approche, il faut le dire, va plus loin que n'était allé l'ancien rapporteur spécial Ago, pour qui la responsabilité constituait l'ensemble des conséquences d'un fait internationalement illicite. Si l'on adopte cette nouvelle approche, et M. Pellet pense qu'il le faudrait, l'article 37 *bis* devrait être reformulé, par exemple comme suit : « Un État responsable d'un fait internationalement illicite est tenu à la réparation intégrale des conséquences de ce fait ». Le Comité de rédaction pourrait s'occuper de cette question.

27. M. Pellet n'est toutefois pas convaincu par la proposition faite par M. Economides en ce qui concerne le titre de la deuxième partie. Si ce titre doit être « Conséquences juridiques de la responsabilité des États », le problème soulevé par M. Pellet lors de la 2613^e séance en ce qui concerne la relation entre la deuxième partie et la deuxième partie *bis* reste sans solution, puisque la deuxième partie *bis* traite aussi des conséquences de la responsabilité des États, y compris, probablement, la possibilité d'un recours à des contre-mesures.

28. M. HAFNER, évoquant l'argument de M. Lukashuk selon lequel l'article 38 n'a pas sa place dans un accord non contraignant parce qu'il est typique des instruments conventionnels, fait observer que la Convention de Vienne de 1969, entre autres, contient une disposition équivalente dans son préambule, qui n'a pas force obligatoire.

29. M. LUKASHUK dit que le fait qu'une disposition figure dans le préambule ne la prive pas de son importance. Selon l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969, le contexte des termes d'un traité comprend le texte lui-même, y compris son préambule et ses annexes. Le fait qu'un libellé aussi imprécis risque de susciter de nombreuses questions et de créer des complications est plus important que le fait de savoir si l'article 38 est typique d'une convention ou d'un autre instrument, et c'est pourquoi M. Lukashuk pense qu'il ne faut pas conserver cet article.

30. M. ECONOMIDES remercie M. Pellet pour ses observations constructives et dit que la proposition qu'il a faite en ce qui concerne le titre de la deuxième partie est purement préliminaire, puisque ce titre sera revu une fois que toutes les dispositions de cette partie auront pris leur forme définitive. Il fait siennes les observations que vient de faire M. Lukashuk : le préambule est un élément essentiel de tout traité et dans certains cas contient des engagements extrêmement sérieux. En tant qu'il reflète la volonté des parties, le préambule crée des obligations juridiques tout aussi contraignantes que celles qui figurent dans les autres parties du traité.

31. M. HE félicite le Rapporteur spécial pour son excellent rapport, qui fournit une bonne base pour la poursuite des travaux comme prévu au début du quinquennat en cours. D'une manière générale, il approuve la structure proposée pour le projet d'articles à partir de la deuxième

partie et se félicite que les projets d'articles du chapitre premier de la deuxième partie aient été reformulés non du point de vue des droits de l'État, comme dans la version adoptée en première lecture, mais du point de vue de ses obligations. Cela permettra de résoudre certaines questions épineuses.

32. La première partie traite des faits internationalement illicites, en d'autres termes l'accent est mis sur l'État responsable du comportement en question. La deuxième partie traite des droits de l'État lésé, mais le lien entre obligations et droits est abrupt. La notion d'obligation *erga omnes* qui était implicite au paragraphe 3 de l'article 40 tel qu'adopté en première lecture et qui apparaît maintenant à l'article 40 *bis* n'est pas aisément traduisible en termes de droits. Avec la reformulation des articles de la deuxième partie du point de vue des obligations, l'État lésé peut maintenant être classé selon que l'obligation violée était due à cet État individuellement ou à la communauté internationale dans son ensemble (en d'autres termes, *erga omnes*), et la notion d'obligation *erga omnes* pourrait être introduite dans le nouvel article 40 *bis*.

33. L'obligation de réparer, principale conséquence juridique du fait internationalement illicite de l'État, ne s'étend pas aux effets indirects ou éloignés d'une violation, par opposition aux effets directs ou immédiats. L'exigence de droit coutumier d'un lien de causalité suffisant entre la conduite et le dommage devrait s'appliquer à l'indemnisation ainsi qu'au principe de la réparation. L'article de caractère général qui est proposé sur la réparation devrait être formulé du point de vue des obligations de l'État qui a commis le fait internationalement illicite, et le commentaire devrait faire ressortir ce point.

34. La cessation et les assurances ou garanties de non-répétition sont deux notions différentes. Même si la violation a cessé, des assurances ou garanties demeurent nécessaires, car elles concernent l'exécution future de l'obligation. Si la cessation de la continuation du fait illicite est l'aspect négatif de l'exécution future, les assurances ou garanties de non-répétition peuvent être décrites comme son aspect positif et elles ont une fonction distincte et autonome. À la différence de la cessation de la violation, elles concernent l'avenir et jouent un rôle préventif et non correctif, présupposant le risque que le fait illicite se répète. Certains États sont donc favorables au renforcement du régime des assurances et garanties de non-répétition. C'est pourquoi le titre du nouvel article 36 *bis* qui est proposé semble inadéquat : au lieu de « Cessation », il devrait s'intituler « Cessation et non-répétition ».

35. Pour ce qui est de l'article 38, relatif aux autres conséquences d'un fait internationalement illicite, bien qu'il semble difficile d'indiquer les règles coutumières précises applicables dans ce domaine, il est possible que le principe juridique entraîne de nouvelles conséquences dans des situations particulières. Il serait donc préférable de laisser une marge de manœuvre. Le champ d'application ne devrait pas être limité aux règles du droit international coutumier : les règles ayant d'autres origines peuvent aussi être pertinentes. M. He pense avec d'autres membres de la Commission qu'il faut conserver l'article 38 moyennant les modifications nécessaires.

36. M. GALICKI dit qu'il admire les efforts accomplis par le Rapporteur spécial pour simplifier le matériel hérité de ses prédécesseurs. Il appuie pleinement cette approche et approuve la nouvelle formulation proposée au paragraphe 119 de son rapport pour les articles 36 à 38 sur le fond comme sur la forme.

37. Plus précisément, M. Galicki appuie la réunion dans l'article 36 *bis* de toutes les dispositions existantes sur la cessation. Certains problèmes de rédaction pourront se poser, en particulier en ce qui concerne l'offre d'assurances et garanties de non-répétition appropriées, mais une disposition en ce sens est nécessaire. Il ne suffit pas de dire qu'un État qui a commis un fait internationalement illicite est totalement responsable de faire cesser ce fait. Il faut adopter une attitude plus agressive, et demander des assurances et garanties de non-répétition appropriées. Il semble à la lecture du rapport que la pratique des États offre un fondement raisonnable pour inclure une disposition de ce type à l'article 36 *bis*.

38. M. Galicki dit que dans l'ensemble il approuve l'article 37 *bis* mais pense qu'il pose certains problèmes précis. Le paragraphe 2 énumère les modes de réparation intégrale, lesquels n'ont pas été inventés par le Rapporteur spécial mais sont repris de la formule appliquée avant la seconde guerre mondiale par la CPIJ dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów (compétence)*. La Cour s'était référée à la restitution en nature ou, si celle-ci n'était pas possible, au versement d'une indemnisation, donnant ainsi la priorité à la restitution. Or le projet place la restitution en nature exactement sur le même plan que l'indemnisation et la satisfaction. Pour M. Galicki, et comme l'a indiqué la Cour, la restitution est le meilleur mode de réparation, en ce qu'elle rétablit dans la mesure du possible la situation qui existait avant la violation du droit international.

39. Comme l'a fait observer le Royaume-Uni⁵, le projet prive l'État lésé de la possibilité de choisir entre les modes de réparation et de demander une réparation d'un niveau ou d'un type particulier. S'il n'y a pas de hiérarchie entre les modes de réparation, le choix du mode de réparation est laissé à l'État qui a commis le fait internationalement illicite, ce au détriment de l'État lésé. La Commission devrait se demander si cette approche est justifiée.

40. Le Rapporteur spécial a exprimé des doutes quant au maintien de l'article 38, mais M. Galicki pense quant à lui que cet article doit trouver sa place dans le projet pour les raisons déjà exposées par d'autres membres de la Commission.

41. Le PRÉSIDENT, parlant en qualité de membre de la Commission, dit qu'il approuve pleinement la nouvelle structure proposée par le Rapporteur spécial au paragraphe 10 de son rapport. Il est tout à fait justifié de séparer la question de l'obligation de l'État auteur du fait illicite de celle de savoir comment un État lésé peut invoquer la responsabilité de l'État auteur. Le nouveau titre de la deuxième partie est bien meilleur que le précédent. Le seul problème est que la deuxième partie *bis*, « Mise en œuvre de la responsabilité des États », relève peut-être

⁵ Voir *Annuaire...* 1998, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/488 et Add.1 à 3.

aussi de la catégorie plus large des conséquences juridiques, mais cette question peut facilement être réglée par le Comité de rédaction.

42. M. Yamada indique qu'il n'a que quelques questions marginales à poser. Est-il nécessaire de conserver l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 36 *bis* relatif aux assurances et garanties de non-répétition appropriées ? Certes, dans la pratique quotidienne de la diplomatie, il est fréquent que les gouvernements fournissent de telles assurances. Comme le Rapporteur spécial l'a indiqué précédemment, en cas de violation de locaux diplomatiques, l'État d'accueil présente des excuses, promet de renforcer la protection policière des locaux et assure à l'État d'envoi que ça ne se reproduira pas. Mais ce type de déclaration constitue un engagement politique ou moral; doit-elle être considérée comme une conséquence juridique ? M. Yamada souscrit à l'analyse que fait le Rapporteur spécial au paragraphe 58 de son rapport, à savoir qu'il semble peu probable qu'un État qui a offert de réparer pleinement les conséquences d'une violation puisse être passible de contre-mesures parce qu'il n'a pas donné d'assurances et de garanties de non-répétition qui satisfassent l'État lésé. Néanmoins, si tel est le cas, la disposition n'a aucune importance juridique et peut aussi bien être supprimée.

43. L'article 37 *bis* ne comporte plus la disposition du paragraphe 3 de l'article 42 qui stipule que la réparation ne doit pas priver la population d'un État de ses moyens de subsistance. Cette disposition était impopulaire, et de nombreux gouvernements, notamment celui du Japon⁶, avaient formulé des objections à son encontre, au motif que les États pourraient en abuser pour se soustraire à leurs obligations juridiques et qu'elle portait atteinte au principe de la réparation intégrale, principe auquel M. Yamada souscrit. Dans le même temps, M. Yamada fait sienne l'observation de l'Allemagne selon laquelle le paragraphe 3 est valide en droit international⁷. Le Rapporteur spécial a évoqué les réparations de guerre exigées de l'Allemagne après la première guerre mondiale. Lorsqu'elles ont négocié la paix avec le Japon en 1951, les puissances alliées avaient l'Allemagne très présente à l'esprit. Le traité de paix avec le Japon a reconnu que le Japon devait payer des réparations aux puissances alliées pour les dommages et les souffrances qu'il avait causés pendant la guerre, mais aussi que les ressources du Japon n'étaient pas suffisantes, si l'on voulait que son économie demeure viable, pour qu'il puisse réparer intégralement tous ces dommages, y compris les souffrances, et faire face simultanément à ses autres obligations. C'est pourquoi des pays comme l'Indonésie, les Philippines et un certain nombre d'autres pays d'Asie qui avaient été occupés par le Japon ont reçu des réparations sous la forme de services, par exemple sous la forme d'une assistance pour la construction d'usines ou autres installations au lieu d'une indemnisation pécuniaire. Toutes les autres puissances alliées ont renoncé à demander des réparations au Japon. On pourrait dire qu'il s'agit là d'une *lex specialis*, mais le Rapporteur spécial a cité des dispositions pertinentes tirées de traités relatifs aux droits de l'homme.

44. M. Yamada songe également à la règle de la procédure civile japonaise relative aux voies d'exécution. Certains articles, par exemple les vêtements, les draps et couvertures, les meubles et les ustensiles de cuisine, qui sont nécessaires pour vivre, s'alimenter et se chauffer sont insaisissables. Ces règles ont été adoptées d'après un modèle allemand vieux de plus de 100 ans. Cette notion juridique est nécessaire, en particulier pour les pays du tiers monde. La question sera résolue en ayant recours aux circonstances excluant l'illicéité, comme il est suggéré au paragraphe 41 du rapport. De toutes manières, il faut espérer que le commentaire de l'article 37 *bis* indiquera que la Commission a soigneusement examiné cette notion.

45. M. Yamada interprète les mots *flowing from that act* qui figurent au paragraphe 1 du texte anglais de l'article 37 *bis* comme visant à introduire un lien de causalité entre le fait et le dommage ou préjudice sans mentionner effectivement ce dernier. Le mot *flowing* n'est pas très clair, et M. Yamada préférerait que l'on dise *reparation for all the consequences of that wrongful act*.

46. M. SIMMA dit qu'il n'est pas d'accord avec l'observation faite par M. Yamada au sujet des assurances et garanties de non-répétition appropriées. En son état actuel, le texte est certes peut-être trop vague et trop indulgent, mais il y a des cas dans lesquels un danger réel de répétition existe. M. Hafner a évoqué deux cas dans lesquels des dispositions de conventions multilatérales ont été violées par un certain nombre de pays. Certains pays se sont simplement excusés à chaque fois, puis ont continué à violer tranquillement leurs obligations. On pourrait répondre à cette préoccupation en adoptant la formule proposée à la Sixième Commission par la République tchèque et consistant à remplacer les mots « le cas échéant » par « si les circonstances l'exigent », car il est indéniable que, dans certaines circonstances, l'État auteur doit faire plus que simplement s'excuser.

47. M. HAFNER dit que le Traité d'État portant rétablissement d'une Autriche indépendante et démocratique, de 1955, contient une disposition comparable sur la protection des moyens de subsistance. En supposant que le projet d'articles sur la responsabilité s'applique aussi aux obligations assurant une solide responsabilité de l'État, il demande si la situation évoquée par M. Yamada ne serait pas couverte par l'article 33 (État de nécessité).

48. Le PRÉSIDENT, parlant en qualité de membre de la Commission, dit qu'il peut accepter que la question soit traitée de cette manière. Une disposition comme celle en question est dangereuse parce qu'elle peut faire l'objet d'abus. Néanmoins, il faut indiquer d'une manière ou d'une autre que la Commission a pris ce point en considération.

49. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que la déclaration faite par le Président au sujet du paragraphe 3 de l'article 42 mérite qu'on s'y arrête. Il n'estime pas que la situation soit couverte par l'état de nécessité ni par la détresse, parce qu'il s'est lui-même penché sur l'invocation de ces dispositions simplement pour ajourner le paiement de l'indemnisation. Il ne s'agit pas de motifs d'annulation d'obligations. Ce qui s'est passé lors du Traité de paix conclu en 1951 avec le Japon et en diverses

⁶ Voir *Annuaire... 1999*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/492.

⁷ Voir *supra* note 5.

autres occasions à la fin de la seconde guerre mondiale est que les puissances alliées, pour diverses raisons, y compris le souvenir des terribles erreurs qu'elles avaient faites à la fin de la première guerre mondiale, ont décidé de ne pas insister pour que des réparations soient versées. Dans un certain sens, il s'agissait d'un acte de générosité et ce qu'elles ont donné leur a été rendu au centuple depuis lors. Mais elles ont aussi pensé qu'il était inutile d'insister pour obtenir des réparations si cela devait réduire l'État qui devait les payer à la mendicité. Des situations aussi extrêmes posent un problème qui n'est pas envisagé par les circonstances excluant l'illicéité. Le problème auquel est confrontée la Commission est que le libellé du paragraphe 3 de l'article 42, repris de traités relatifs aux droits de l'homme, est là pour exprimer cette préoccupation dans les cas extrêmes. D'autre part, un certain nombre de gouvernements de diverses régions du monde ont critiqué cette disposition comme se prêtant à des abus. La Commission admet, spécialement en ce qui concerne les contre-mesures mais aussi l'ampleur de la réparation, que des problèmes puissent se poser et qu'exiger que le préjudice soit direct ne suffit pas à cet égard. Les réparations que l'Allemagne devait en théorie payer à la fin de la première guerre mondiale comprenaient par exemple les pensions des soldats des forces armées des puissances victorieuses, bien qu'à l'évidence ces forces armées aient existé avant l'éclatement de la guerre, et aucune théorie de causalité n'obligeait l'Allemagne à procéder à ces paiements en droit international. La situation a été à certains égards différente après la seconde guerre mondiale, tout comme l'a été l'approche adoptée. Le Comité de rédaction devra examiner s'il est possible de refléter cette préoccupation d'une manière ou d'une autre.

50. M. GALICKI dit que c'est précisément le problème que pose le paragraphe 3 de l'article 42. Le Rapporteur spécial a lui-même reconnu qu'il fallait rendre compte de l'importance croissante des préoccupations humanitaires en droit international. L'article 33 relatif à l'état de nécessité est insuffisant. Il concerne un problème différent, à savoir l'exclusion de l'illicéité de l'acte, alors que le paragraphe 3 de l'article 42 ne concerne pas l'illicéité, mais l'aspect humanitaire de la situation. Cela n'a rien à voir avec l'article 33, et M. Galicki souhaite donc que ce problème soit porté à l'attention du Comité de rédaction afin qu'il puisse être mentionné quelque part comme constituant une difficulté distincte.

51. M. GOCO dit qu'il y a deux obligations différentes : l'obligation de mettre fin au fait illicite, et l'obligation, postérieure, d'offrir des assurances et garanties de non-répétition appropriées. La cessation peut n'être pas suffisante aux fins de l'article 36 *bis*. D'où la nécessité pour l'État auteur d'offrir de telles assurances et garanties, car il s'agit de faire face à l'aspect cessation.

52. Pour M. Goco, il est implicite à l'article 37 que la réparation doit être intégrale. Le mot « intégrale » est superflu et peut être supprimé.

53. M. Sreenivasa RAO note, en ce qui concerne le libellé actuel du paragraphe 1 de l'article 36, que le Rapporteur spécial explique que cette disposition couvre toutes les obligations internationales, y compris les violations des droits de l'homme. En ce sens, elle englobe le cas des entités, individus et organisations internationales, même

lorsque le premier bénéficiaire de l'obligation n'est pas un État. Cela est justifié, mais dans le même temps, comme l'a noté M. Gaja, ce point peut être laissé à l'obligation primaire lorsqu'il s'agit de ces autres entités et, même lorsque la question relève de la responsabilité des États, uniquement dans la mesure où l'obligation primaire le spécifie. Il faut contraster cela avec la manière dont les obligations relatives aux droits de l'homme doivent être exécutées par le biais de l'établissement de rapports, dans le cadre d'instances juridiques internes ou de diverses autres manières. Cette structure ne peut être remplacée par un système guère apprécié d'intervention de l'État, mais une telle intervention est probablement possible lorsque les violations sont massives, continues et de nature à affecter la paix et la sécurité internationales.

54. La tendance est bien reconnue et, dans le cadre de ces paramètres, la Commission peut faire en sorte que la responsabilité des États joue également un rôle. Regrouper toutes ces obligations et les mettre au même niveau que les obligations entre États, en l'absence de qualification appropriée, risque de donner une mauvaise impression, et M. Sreenivasa Rao espère qu'on pourra l'éviter. On pourrait l'indiquer de manière plus claire dans le commentaire des articles.

55. Deuxièmement, une observation s'impose en ce qui concerne le paragraphe 1 de l'article 37 *bis*, relatif à la réparation intégrale. On peut présumer que l'objectif n'est pas la réparation intégrale, mais une réparation aussi étendue que possible, car il semble que dans un certain nombre de situations la réparation ne pourra être intégrale. Le Rapporteur spécial a noté à juste titre que la population ne doit pas être privée de ses moyens de subsistance, que la capacité de payer de l'État responsable doit être prise en considération et que cet État ne doit pas être réduit à la mendicité. Les États ont tendance à être pragmatiques en la matière. Comme M. Goco, M. Sreenivasa Rao se demande si le mot « intégrale » est réellement nécessaire, et il pense avec M. Brownlie qu'en dernière analyse la réparation devra toujours être envisagée en rapport avec les faits de l'espèce; l'intention et d'autres facteurs seront alors pris en considération pour déterminer le type de réparation exigé. L'essentiel est que la réparation doit être aussi complète que possible afin de remédier aux conséquences du fait illicite.

56. On dit que la réparation est un droit de l'État lésé, et il est indiqué dans le commentaire de l'article 42 que c'est par une décision de l'État lésé que le processus de réalisation de ce droit sous ses différentes formes est mis en œuvre⁸. M. Sreenivasa Rao est d'accord. Toutefois, affirmer que l'obligation de réparer naît automatiquement, sans faire le lien avec la question de savoir qui peut déclencher le processus de réparation, pourrait soulever des difficultés. Plus particulièrement, si la notion d'États différemment lésés intervient, il y aura certaines complications si les États ont des préjudices différents et l'État le plus directement affecté décide de ne pas mettre en branle le processus, alors que les autres États souhaiteraient le faire. Le Comité de rédaction doit se pencher sur cette question.

⁸ Voir le paragraphe 4 du commentaire de l'ancien article 6 *bis*, *Annuaire... 1993*, vol. II (2^e partie), p. 61.

57. Pour ce qui est du caractère non immédiat du dommage, il est dit au paragraphe 29 du rapport qu'il existe un élément ou une série d'éléments, au-delà de la causalité naturelle, qui devraient être reflétés dans l'exposé du principe général de réparation. Mais il est également dit que le caractère non immédiat du dommage n'est pas juridiquement sanctionné. Il faut concilier les deux situations sans faire violence à l'économie du projet.

58. En ce qui concerne l'obligation d'atténuer le dommage, comme exception à une réparation adéquate, un point qui est bien expliqué dans le rapport, la question se pose de savoir si la réparation intégrale est dans tous les cas le seul critère. L'obligation de réparer peut continuellement être modifiée par les circonstances de l'espèce ou par la carence de la partie lésée qui ne prend pas les mesures voulues qu'elle pouvait raisonnablement prendre et qu'on attendait qu'elle prenne, comme l'illustre l'affaire *Zafiro*.

59. Quant au problème des causes concomitantes, M. Sreenivasa Rao convient que dans une situation où, bien que le fait illicite soit substantiellement imputable à une partie, plus d'une cause intervient pour produire un effet cumulé, l'étendue de la réparation sera affectée. D'où sa conclusion selon laquelle la réparation « intégrale » n'est jamais intégrale, une observation déjà faite par le Président et par d'autres, qui ont fait observer que les moyens de subsistance de l'État lésé doivent être mis en balance avec ceux de l'État responsable.

60. Cela ressort encore plus clairement relativement à l'indication initiale du montant du préjudice. La réparation intégrale n'est possible que dans le cas des contrats commerciaux, lorsque le préjudice est quantifiable. Dans le cadre plus large des relations interétatiques, où des questions comme celles de l'agression ou des violations des droits de l'homme se posent, la notion n'est pas appropriée. À l'approche défendue par le Rapporteur spécial et qui consiste à imputer une réparation intégrale pour introduire ensuite une série secondaire de facteurs d'atténuation, il préfère une approche plus humanitaire au stade initial de l'allocation de la responsabilité et des conséquences de celle-ci, en tenant compte de facteurs importants comme la capacité de payer de l'État.

61. M. Sreenivasa Rao pense, comme le Rapporteur spécial, qu'il faudra envisager la question de la cessation de la violation et de la poursuite de l'exécution d'une obligation internationale mais il doute qu'il soit sage de lier les deux notions. Le paragraphe 2 de la nouvelle version de l'article 36 proposée par la France⁹ semble être reflété au paragraphe 1 du nouvel article 36 *bis* proposé par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport. Mais il manque toujours dans le texte proposé par celui-ci quelque chose qui figure dans la proposition française. Cette dernière met l'accent sur le lien avec les obligations primaires, alors que dans le texte du Rapporteur spécial l'accent est davantage mis sur la continuation des conséquences de l'illicéité. Le Rapporteur spécial et le Comité de rédaction doivent se pencher de nouveau sur cette question.

62. Pour ce qui est des assurances et des garanties de non-répétition, M. Sreenivasa Rao souscrit à l'opinion exprimée par le Rapporteur spécial au paragraphe 59 de

son rapport, à savoir que beaucoup doit dépendre des circonstances propres à l'espèce, y compris la nature de l'obligation et de la violation. On peut se demander si une disposition spécifique formulée sous la forme d'une obligation juridique et non morale est nécessaire dans le projet d'articles. Assurément, la question ne doit pas être traitée sur le même plan que celle des conséquences comme la réparation. MM. Brownlie et Pellet estiment que la pratique des États ne justifie guère que l'on consacre cette idée dans une formulation juridique concrète. MM. Hafner et Simma semblent par contre estimer qu'elle doit être reflétée dans le projet d'articles. Ils s'inquiètent à juste titre de ce qu'un État ne donne pas d'assurances de non-répétition d'un fait illicite, ce qui en certains cas oblige à modifier la législation nationale pour mettre en œuvre des normes internationales acceptées par cet État ou qui lui sont applicables. Mais c'est un problème qui dépasse le modeste champ d'application de la disposition à l'examen et qui doit être traité à un différent niveau. Au stade actuel, la solution la plus appropriée est peut-être une formulation souple et modérée comme celle que propose le Rapporteur spécial.

63. Enfin, M. Sreenivasa Rao note que le Rapporteur spécial préfère omettre l'article 38, et que c'est aussi la solution qu'il préfère. Néanmoins, il respecte la position des membres qui considèrent que la Commission doit s'efforcer de traiter le problème faisant l'objet de cet article. Il n'a pas d'opinion bien arrêtée quant à la manière de le faire, et pense qu'il faut laisser au Comité de rédaction le soin de produire un texte approprié.

64. M. ROSENSTOCK dit que, dans l'intérêt d'une utilisation efficiente du temps de la Commission, les problèmes soulevés devraient être examinés au sein du Comité de rédaction. Il tient toutefois à faire observer que, logiquement, si des mesures ne sont pas prises pour atténuer le dommage, le montant de la réparation doit décroître. En fait, l'atténuation réduit le dommage pour lequel la réparation est versée. Un emploi rigoureux des termes contribuerait à définir un cadre permettant aux gouvernements de régler leurs différends avec le temps.

65. M. HAFNER dit que lorsqu'une loi oblige des organes de l'État à agir à l'encontre du droit international, c'est l'application de cette loi, non la loi elle-même, qui constitue une violation du droit international. Les assurances et garanties de non-répétition sont un moyen d'obliger un État à mettre ses lois en conformité avec le droit international. Comment peut-on obliger un État à modifier sa législation si la notion d'assurances et de garanties de non-répétition n'est pas consacrée dans le projet d'articles ?

66. M. PELLET dit qu'il y a des arguments juridiques de part et d'autre, mais il lui semble que M. Hafner va un peu vite en besogne lorsqu'il affirme que l'adoption d'une loi n'engage pas la responsabilité de l'État. Par exemple, une loi organisant un acte de génocide qui est adoptée mais non appliquée constituerait à coup sûr un fait internationalement illicite.

67. Quant à la question précise posée par M. Hafner, M. Pellet n'est toujours pas convaincu que la question relève des garanties de non-répétition. Certes, l'abrogation de la loi en question constituerait une telle garantie.

⁹ Voir *supra* note 5.

Il se demande néanmoins s'il est nécessaire de faire des assurances et garanties de non-répétition une notion autonome. Tous les exemples cités pourraient en fait être liés soit à la satisfaction soit à l'exécution soit à la cessation. Personne n'a encore donné d'exemple concret de situation différente dans laquelle une garantie est effectivement due en vertu du droit international, comme le prévoit l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 36 *bis* proposé par le Rapporteur spécial.

68. M. Sreenivasa RAO dit qu'il a des notions à l'examen la même conception que M. Pellet. Il est clair qu'aucun État ne peut invoquer son droit interne pour se soustraire à ses obligations internationales. Une fois qu'un État a contracté une obligation, il doit l'exécuter effectivement par le biais de sa législation interne. Pour M. Sreenivasa Rao, il n'y a pas de désaccord entre M. Hafner et lui-même à cet égard. Les choses ne sont toutefois pas si simples. Adopter une nouvelle loi sur des normes en évolution, encore mal définies, ne veut rien dire si l'État n'a pas la capacité de lui donner effet. La situation est encore plus complexe lorsque le droit international coutumier, ou des normes internationales qui ne sont pas universellement acceptées, sont en jeu.

69. M. HAFNER dit que M. Pellet avait raison lorsqu'il l'a accusé de précipitation : il avait délibérément compressé ses arguments pour simplifier les choses. Bien entendu, certaines normes primaires obligent les États à adopter certaines dispositions législatives. D'autre part, d'autres normes primaires obligent les États à avoir un certain comportement. Dans de tels cas, il y a délit uniquement si la loi interne est appliquée et donc cette loi ne constitue pas elle-même, jusqu'à ce moment, une violation d'une obligation internationale. M. Hafner peut accepter qu'un article sur la satisfaction comprenne le droit de demander des assurances ou garanties de non-répétition, dès lors que cela est dit expressément dans le texte ou, à tout le moins, dans le commentaire. Il ne peut par contre accepter que l'État ne soit pas tenu de modifier sa législation, car si tel était le cas, le droit interne aurait pour cet État une force supérieure au droit international.

70. M. ROSENSTOCK dit que le fait qu'il soit difficile de fixer le montant des réparations dans un cas donné ne signifie pas que les règles soient invalides. Le projet d'article demande une « réparation intégrale » tout en reconnaissant que la réparation ne sera jamais vraiment intégrale dans un monde imparfait.

71. M. Sreenivasa RAO dit que M. Rosenstock et lui-même sont d'accord, bien qu'ils envisagent le problème sous des angles différents. Le verre est à moitié plein, mais il est aussi à moitié vide.

72. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) fait observer que les mots « réparation intégrale » figuraient dans le projet d'article 42 adopté en première lecture et qu'ils n'ont pas été critiqués par les gouvernements.

La séance est levée à 13 heures.

2616^e SÉANCE

Vendredi 5 mai 2000, à 10 h 5

Président : M. Chusei YAMADA

puis : M. Maurice KAMTO

Présents : M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Illueca, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukas-huk, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka.

Responsabilité des États¹ (suite) [A/CN.4/504, sect. A, A/CN.4/507 et Add.1 à 4², A/CN.4/L.600]

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen des articles 36, 36 *bis*, 37 *bis* et 38 figurant au paragraphe 119 du troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/507 et Add.1 à 4).
2. M. TOMKA juge le rapport à l'étude éminemment intéressant et utile dans la perspective de l'examen en deuxième lecture de la deuxième partie du projet d'articles.
3. En particulier, M. Tomka souscrit à la nouvelle structure proposée par le Rapporteur spécial, notamment à la nouvelle deuxième partie *bis*, intitulée « Mise en œuvre de la responsabilité des États ». Cette démarche correspond en tous points à l'intention initiale de la Commission, et du rapporteur spécial d'alors, Roberto Ago, d'incorporer, éventuellement, après une première partie consacrée à l'origine de la responsabilité internationale et une deuxième partie consacrée au contenu, formes et degrés de la responsabilité internationale, une troisième partie traitant du règlement des différends et de la mise en œuvre de la responsabilité internationale³.
4. M. Tomka se plaint à noter que le Rapporteur spécial entend déplacer les dispositions relatives aux contre-mesures incorporées actuellement dans la deuxième partie bien qu'elles n'aient aucun rapport ni avec le contenu

¹ Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire...* 1996, vol. II (2^e partie), chap. III, sect. D, p. 62.

² Reproduit dans *Annuaire...* 2000, vol. II (1^{re} partie).

³ *Annuaire...* 1975, vol. II, doc. A/10010/Rev.1, par. 38 à 51, p. 60 à 64.

ni avec les formes de la responsabilité internationale : en effet, les contre-mesures constituent un instrument destiné à amener l'État qui a violé une obligation internationale à s'acquitter de sa nouvelle obligation de réparation, qui est au cœur même de la responsabilité. Les dispositions sur les contre-mesures relèvent donc de la partie traitant de la mise en œuvre de la responsabilité.

5. Quant à la proposition du Rapporteur spécial tendant à ajouter au projet d'articles une quatrième partie intitulée « Dispositions générales », qui reprendrait la teneur des articles actuels 37 (*Lex specialis*) et 39 (Relation avec la Charte des Nations Unies) adoptés en première lecture, elle appelle une analyse plus approfondie.

6. M. Tomka se dit convaincu par l'argument du Rapporteur spécial selon lequel les dispositions de la première partie s'appliquent à toutes les obligations internationales de l'État, c'est-à-dire y compris aux obligations nées en tant que conséquences d'un fait illicite antérieur. Aussi convient-il qu'il faut éviter de reprendre au paragraphe 4 de l'article 42 la teneur de l'article 4. Il rappelle à ce propos que, dans son commentaire sur le titre du chapitre premier (Principes généraux) de la première partie, la Commission a expressément déclaré que « le chapitre premier du projet, qui comporte quatre articles (art. 1 à 4), est consacré à certains principes de droit s'appliquant à l'ensemble du projet »⁴. C'est pourquoi il n'est pas favorable à la proposition faite par M. Pellet à la 2613^e séance d'insérer dans la deuxième partie une disposition prévoyant que le chapitre V de la première partie s'applique aussi à la deuxième partie. Pareille insertion créerait inutilement des problèmes d'interprétation s'appuyant sur des arguments *a contrario*.

7. Passant au titre proposé par le Rapporteur spécial pour la deuxième partie (Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État), M. Tomka déclare qu'effectivement la responsabilité est une conséquence juridique d'un fait internationalement illicite. Dans ce sens, le titre légèrement différent suggéré par un membre de la Commission, à savoir « Conséquences juridiques de la responsabilité internationale », ne conviendrait pas.

8. En ce qui concerne l'article 36, M. Tomka considère que son intitulé « Contenu de la responsabilité internationale » ne correspond pas à la teneur de la disposition elle-même, peut-être parce que le Rapporteur spécial a proposé pour l'intitulé de la deuxième partie un libellé différent. Il appartiendra au Comité de rédaction de se pencher sur ce point. À propos de l'article 36 *bis*, M. Tomka souscrit à l'intention du Rapporteur spécial d'établir un lien plus étroit entre la validité continue de l'obligation violée, la cessation du fait internationalement illicite et les assurances et garanties de non-répétition. Il note cependant que ces trois notions, bien que proches dans une certaine mesure, sont distinctes, et il préférerait donc qu'elles soient développées dans des articles distincts. En tout état de cause, l'intitulé de l'article 36 *bis* (Cessation) ne recouvre pas ces trois notions. Il y a lieu de réaffirmer au paragraphe 1 que l'obligation internationale primaire, quoique transgressée, subsiste et doit être exécutée

par l'État considéré. Le libellé de l'alinéa *b* du paragraphe 2 proposé donne à penser que des assurances et garanties de non-répétition doivent être fournies dans tous les cas, mais il ressort du débat qu'elles ne sont importantes que dans certaines circonstances. Le Comité de rédaction devrait dûment tenir compte de ce point.

9. En ce qui concerne l'article 37 *bis* (Réparation), M. Tomka note que l'ancien texte correspondant (l'article 42 intitulé lui aussi « Réparation ») prévoit la réparation intégrale et qu'il n'a pas suscité de critiques de la part des gouvernements. Il ne serait donc pas judicieux d'abandonner cette notion. À cet égard, la Commission devrait se polariser moins sur la situation de l'État auteur que sur le préjudice subi par un État en raison d'un fait internationalement illicite d'un autre État. Enfin, en ce qui concerne l'article 38 (Conséquences diverses d'un fait internationalement illicite), M. Tomka est enclin à penser, comme le Rapporteur spécial, qu'il n'est nul besoin d'article spécifique dans ce sens. Généralement, les dispositions relatives à l'application des règles du droit international coutumier non énumérées dans un instrument figurent au préambule de cet instrument. C'est donc cette démarche qu'il faudra adopter si le projet d'articles revêt la forme d'une convention.

10. M. ADDO fait siennes la plupart des propositions formulées par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport. Il en est ainsi, notamment, de la proposition concernant l'insertion dans le projet d'articles d'une deuxième partie *bis* sur la mise en œuvre de la responsabilité d'un État et d'une quatrième partie consacrée aux dispositions générales, et la mise de côté, dans l'immédiat, de la troisième partie.

11. M. Addo souscrit sans difficulté aux articles 36 *bis* et 37 *bis*. Il existe différentes formes de réparation, et le choix qui sera opéré entre elles dépendra des faits de l'espèce. Il est à souligner à ce propos que la responsabilité d'un État peut être invoquée dès l'instant où l'État lésé montre qu'il y a eu commission d'un fait illicite, ou omission; il n'a pas à apporter la preuve du préjudice effectif. Il est indéniable qu'un État s'acquitte de la responsabilité qui lui incombe du fait de la violation d'une obligation internationale en réparant le préjudice causé. Le mot « réparation » est un mot générique qui rend compte des divers moyens dont un État dispose pour s'acquitter ou se dégager de cette responsabilité. Il englobe le droit à la cessation de la violation, le droit à la restitution en nature, le droit à indemnisation lorsque la restitution en nature n'est pas possible et le droit de recevoir satisfaction. Les articles 36 *bis* et 37 *bis*, reformulés par le Rapporteur spécial, visent toutes ces formes de réparation. De même que l'article 36, ils devraient être renvoyés au Comité de rédaction. En ce qui concerne l'article 38, M. Addo préfère le nouveau texte proposé par le Rapporteur spécial, mais il ne tient pas particulièrement à ce qu'il soit maintenu. Comme M. Lukashuk l'a fait observer à la séance précédente, cet article n'apporte rien quant au fond et pourrait être supprimé sans peine. S'il devait être maintenu, M. Addo ne l'appuierait que *ex abundanti cautela* et à condition qu'il soit placé dans la quatrième partie. M. Addo se réserve le droit d'intervenir ultérieurement sur l'article 40 *bis*.

⁴ Pour le commentaire, voir *Annuaire... 1973*, vol. II, doc. A/9010/Rev.1, par. 58, p. 175.

12. M. ILLUECA relève que le troisième rapport est digne d'éloges et qu'il enrichit, outre les travaux de la Commission, le droit international en général. Il considère que les articles 36, 36 *bis*, 37 *bis* et 38 ont leur place dans le projet d'articles et qu'ils pourront être peaufinés par le Rapporteur spécial et le Comité de rédaction compte tenu des observations formulées à leur sujet.

13. Se référant brièvement au programme de travail ambitieux présenté par le Rapporteur spécial concernant les étapes de l'achèvement de l'examen en deuxième lecture du projet d'articles, M. Illueca note qu'il part du principe que la Commission a achevé à sa cinquante et unième session l'examen en deuxième lecture des projets d'articles de la première partie, dont la notion fondamentale n'a pour l'essentiel pas été remise en question, encore que la Commission ait réservé, pour y réfléchir davantage, un certain nombre de questions se rapportant à la première partie, comme celles de la responsabilité de l'État pour violation d'obligations *erga omnes* et la relation de la disposition correspondante avec l'article 19 tel qu'adopté en première lecture.

14. À propos précisément de l'article 19, intitulé « Crimes et délits internationaux », M. Illueca juge qu'il est la pièce maîtresse du projet d'articles, dont il commande la cohésion. La notion de crime international, née de la seconde guerre mondiale, renvoie à la responsabilité des États pour les faits internationalement illicites les plus graves. Et il existe un régime unique de responsabilité pour les faits internationalement illicites les plus graves, et un régime unique pour les autres faits illicites. Faute de tenir compte de cette réalité, la Commission ne pourra mener à terme l'exercice louable dans lequel elle s'est engagée en abordant le sujet.

15. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), résumant le débat sur les articles 36, 36 *bis*, 37 *bis* et 38, se plaît à noter que la Commission et le groupe de travail ont bien progressé dans leurs travaux – y compris sur le point que M. Illueca vient d'évoquer – même si un certain nombre de questions demeurent, qui seront tranchées en définitive lors de l'examen d'autres aspects du rapport.

16. Le Rapporteur spécial note avec satisfaction qu'il y a accord général aussi bien sur la stratégie consistant à formuler la deuxième partie, ou du moins les conséquences qui y sont énoncées, en termes d'obligations de l'État responsable, que sur la nécessité de traiter de ces obligations et de leur invocation par d'autres États, sinon dans des parties différentes, à tout le moins dans des chapitres différents d'une même partie. Il ressort aussi des travaux que les dispositions existantes, même si elles sont réorganisées, seront en substance maintenues, complétées par certains éléments, notamment un article sur les intérêts, envisagé par le rapporteur spécial précédent, M. Arangio-Ruiz, dans son deuxième rapport⁵.

17. S'agissant de la possibilité pour des entités autres que les États d'invoquer la responsabilité d'un État, sur laquelle M. Gaja s'est interrogé, le Rapporteur spécial souligne que la notion ouverte de responsabilité, énoncée dans la première partie, l'autorise. Il est évident que la respon-

sabilité d'un État vis-à-vis d'entités autres qu'un État s'inscrit dans le cadre de la responsabilité des États. Cela ne signifie pas pour autant que la Commission doive se pencher sur cette question : elle n'a pas à le faire, pour un certain nombre de raisons qui sont étrangères au domaine de la responsabilité des États en tant que tel, mais elle doit l'évoquer afin de garantir une cohésion entre la teneur de la première partie et celle des autres parties. Tel est l'objet de la clause de sauvegarde du paragraphe 3 de l'article 40 *bis* proposé. Il n'est pas souhaitable d'aller plus loin.

18. En ce qui concerne la difficulté d'établir une distinction entre les règles primaires et les règles secondaires que plusieurs membres de la Commission ont mise en avant, le Rapporteur spécial considère que la Commission n'a pas d'autre choix que de s'en tenir à la décision initiale qu'elle a prise et de maintenir cette distinction.

19. Passant aux différents articles qu'il a proposés, le Rapporteur spécial note que le débat qui s'est tenu sur le libellé du titre aussi bien de la deuxième partie que des différents articles a été utile. Il appartient maintenant au Comité de rédaction d'examiner toutes les propositions de forme qui ont été formulées à ce propos. Il semble généralement admis que les quatre articles en question peuvent être renvoyés au Comité de rédaction, qu'ils doivent être maintenus, quelque part dans le projet d'articles. À ce propos, le Rapporteur spécial dit avoir été persuadé de la nécessité de maintenir l'article 38, soit dans la quatrième partie, soit dans le préambule, selon les propositions que le Comité de rédaction fera sur ce point.

20. De même, il est généralement admis que l'article 36 *bis* devrait énoncer le principe général de la cessation, et l'article 37 *bis* celui de la réparation, de manière à assurer un équilibre au sein du chapitre premier. D'intéressantes observations de forme ont été faites, notamment par M. Brownlie, qui a souligné à propos de l'article 36 *bis* que le problème de la cessation, et surtout celui des assurances et garanties de non-répétition, se pose non seulement dans le cadre d'un fait illicite continu mais aussi dans celui d'une série de faits dont on pense qu'ils auront probablement un caractère de continuité, même si chacun d'entre eux est appréhendé individuellement. Il appartiendra au Comité de rédaction de voir si la référence, faite à l'alinéa *a* du paragraphe 2, à la poursuite du comportement illicite s'impose. L'alinéa *b* visant les assurances et garanties de non-répétition, il conviendrait peut-être de modifier en conséquence le titre actuel de l'article, soit « Cessation ». Quant au maintien de cet alinéa lui-même, des vues divergentes ont été exprimées; il ressort cependant du débat que la majorité des membres de la Commission y sont favorables. Et de fait, aucun gouvernement n'a proposé la suppression de l'article 46 (Assurances et garanties de non-répétition) tel qu'adopté en première lecture, même s'il a été suggéré de le déplacer. Répondant à l'observation de M. Pellet selon laquelle il n'existerait pour ainsi dire pas d'exemple de garanties de non-répétition données devant un tribunal, le Rapporteur spécial admet qu'il existe très peu d'exemples dans ce sens. Il fait observer cependant que la sentence arbitrale rendue par le Secrétaire général dans l'affaire du *Rainbow Warrior* renferme certains éléments qui peuvent être perçus comme entrant dans la catégorie d'assurances et garanties de non-répétition. Il est vrai que les assurances et garanties de non-répétition relèvent essentiellement des relations entre

⁵ *Annuaire... 1989*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/425 et Add.1, p. 24 à 33 et 60.

États, mais il n'en est pas moins vrai que les tribunaux doivent veiller à leur application. En tout état de cause, fréquentes sont les assurances et garanties de non-répétition données par des gouvernements en réponse à une violation d'une obligation, même si le fait internationalement illicite n'est pas continu. Le Comité de rédaction pourrait remanier le libellé de l'alinéa, compte tenu de la proposition de la République tchèque⁶ concernant le chapitre III visée au paragraphe 56 du troisième rapport et en faisant mention de la gravité du comportement illicite et de la probabilité de sa répétition, en s'inspirant de l'article correspondant adopté en première lecture.

21. L'article 37 *bis* a soulevé quelques difficultés, notamment en ce qui concerne l'expression « réparation intégrale ». M. Sreenivasa Rao s'est demandé si elle devait être conservée (2614^e séance). Dans la mesure où celle-ci figurait dans le texte original de l'article et qu'elle n'a pas fait l'objet de critiques particulières de la part des gouvernements, il serait préférable de la conserver. Le Rapporteur spécial reconnaît toutefois que cela pose un problème d'équilibre. En effet, M. Sreenivasa Rao s'est surtout placé du point de vue de l'État responsable; mais il ne faut pas pour autant négliger, comme l'a rappelé M. Tomka, la position de l'État victime de l'acte internationalement illicite. Il est vrai que, dans des cas extrêmes, l'État responsable peut être effectivement réduit à la misère du fait de l'obligation de réparation intégrale. Des mesures de sauvegarde doivent donc être prévues pour faire face à ce genre de situation, sans que cela remette en cause le principe de la réparation intégrale. Par ailleurs, à propos des mots « élimine les conséquences », qui figurent au paragraphe 2 de l'article 37 *bis*, M. Kamto a fait observer à juste titre (*ibid.*) qu'on ne peut pas éliminer complètement les conséquences d'un fait internationalement illicite. D'ailleurs, la CPJI, dans son arrêt concernant l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, a indiqué que la réparation devait « autant que possible » effacer toutes les conséquences de l'acte illicite. Il appartiendra donc au Comité de rédaction de déterminer si cette expression peut être incluse pour qualifier le terme « intégrale » ou bien si la question doit être traitée dans le commentaire.

22. Le Rapporteur spécial note qu'un accord général s'est dégagé sur la notion de causalité qu'implique le concept de réparation et la nécessité par conséquent de l'exprimer. Là encore, il appartiendra au Comité de rédaction de décider si cette notion est correctement formulée au paragraphe 1 de l'article 37 *bis*.

23. S'agissant de l'article 38, les membres du Comité se prononcent très majoritairement en faveur de son maintien; toutefois, on observe certaines divergences quant à l'endroit du texte où il convient de le situer. Le Comité de rédaction verra s'il convient de l'intégrer dans la quatrième partie proposée.

24. En ce qui concerne l'article 40 *bis*, le Rapporteur spécial tient à préciser que l'objectif sous-jacent était de donner effet à la distinction entre les obligations en matière de cessation et de réparation de l'État responsable d'une part, et le droit des autres États d'invoquer cette res-

ponsabilité d'autre part. Il se félicite que l'on ait au moins déjà accepté cette distinction.

M. Kamto prend la présidence.

25. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que la Commission souhaite renvoyer les articles 36 à 38 au Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

26. Il invite les membres de la Commission à examiner l'article 40 *bis*.

27. M. SIMMA estime que le titre actuel de l'article 40 *bis*, « Droit pour un État d'invoquer la responsabilité d'un autre État » ne tient pas ses promesses, car il n'apporte pas de réponses claires à la question de savoir si un tel droit existe. Il semblerait plutôt que cet article introduise deux notions différentes : celle d'État lésé au paragraphe 1, et celle d'intérêt juridique au paragraphe 2. Ces deux concepts sont bien sûr liés d'une certaine manière, mais ils ne se correspondent pas vraiment comme ils le devraient dans le contexte de l'article 40 *bis*. En outre, les divergences d'interprétations de l'arrêt de la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction* laissent entrevoir d'épineux problèmes théoriques. L'interprétation que fait M. Simma de cet arrêt est différente de celle qu'en fait le Rapporteur spécial. M. Simma propose donc d'éviter de recourir à la notion de préjudice pour invoquer la responsabilité de l'État, dans la mesure où, selon lui, il est pratiquement impossible de « calibrer » ce préjudice en fonction du critère de proximité de la violation. Il suffit à cet égard de considérer les traités relatifs aux droits de l'homme; soit on considère, comme M. Arangio-Ruiz, que tous les États sont lésés, soit on considère qu'aucun ne l'est, ce qui enlèverait tout effet à ces traités. M. Simma suggère aussi d'éviter la notion d'intérêt juridique, et de parler directement, conformément au titre, du « droit d'invoquer » certaines conséquences juridiques. Il observe que la nouvelle rédaction de l'article proposée par le Rapporteur spécial est très proche de la sienne. Par ailleurs, il n'est pas opposé à des changements rédactionnels tels que ceux proposés par M. Economides, à savoir remplacer les mots « conséquences juridiques de la responsabilité d'un autre État » par « conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un autre État ». Son souci principal étant en effet de trouver à l'article 40 *bis* une structure opérationnelle acceptable.

28. M. BROWNLIE dit qu'il est globalement d'accord avec M. Simma sur le fond de l'article 40 *bis*. Il est essentiellement préoccupé par des problèmes connexes, notamment des questions de politique législative, que la Commission doit prendre en compte.

29. Tout d'abord, il considère que, quelle que soit la qualité rédactionnelle du projet d'articles proposé par la Commission, celui-ci suscitera toujours une opposition et la confusion, car il s'agit d'une question technique extrêmement complexe, qui ne peut pas reposer uniquement sur le droit coutumier. D'ailleurs, le résumé thématique des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa cinquante-quatrième session (A/CN.4/504 et Add.1) donne une idée de l'opposition que soulèvera l'article 40 *bis* ou une version analogue de ce texte. Dans les paragraphes de ce document consacrés à la ver-

⁶ Voir 2613^e séance, note 3.

sion initiale de l'article 40, un certain nombre de questions sont soulevées en ce qui concerne les obligations *erga omnes*. La réaction de la Sixième Commission est symptomatique et non pas excentrique.

30. D'autre part, la Commission doit également tenir compte des utilisateurs des documents, même provisoires, qu'elle produit. Ces derniers sont exploités non seulement par les tribunaux, mais aussi par des conseillers juridiques, qui ont rarement du temps à perdre et ne sont pas toujours des experts en droit international, ainsi que par des non-juristes. Il faut donc éviter d'accroître les risques de confusion en approfondissant exagérément la question.

31. Enfin, M. Brownlie pense qu'une définition raisonnable de l'État lésé est possible, mais que l'élaboration d'une définition exhaustive de cette notion soulève d'importantes difficultés techniques. Le Rapporteur spécial a établi à un moment donné une distinction entre obligations bilatérales et obligations multilatérales, observant cependant qu'en droit international général les obligations ont toujours un caractère bilatéral. Cette observation est fondée et doit donc être acceptée. Il a ensuite laissé entendre que la situation était différente dans le cas des obligations multilatérales. M. Brownlie n'est pas de cet avis. Il considère en effet que la différence résidera dans la difficulté à identifier les principes du droit international général, il est quelque peu tenté par le type de solution préconisée dans la Convention de Vienne de 1969 au sujet des obligations *erga omnes*, en ce sens qu'on pourrait faire un renvoi à l'évolution du droit coutumier.

32. M. Brownlie évoque, pour conclure, une préoccupation connexe, à savoir la nécessité de mener à bien la tâche entreprise. Citant la note relative à l'article 40 *bis* figurant au paragraphe 119 du rapport, il dit prendre ces mots très au sérieux et partager les préoccupations du Rapporteur spécial, mais la Commission peut certainement approfondir, dans un nouveau chapitre, les principes énoncés à l'article 40 *bis* mais cela risque de la tenir occupée pendant très longtemps.

33. M. GAJA dit que l'article 40 *bis* est fondé sur une distinction essentielle entre les obligations bilatérales ou multilatérales qui, dans un contexte spécifique, peuvent donner naissance à des relations bilatérales, d'une part, et les obligations *erga omnes*, d'autre part. Cette distinction est maintenant formulée de manière bien plus claire et cohérente qu'elle ne l'était dans la version initiale de l'article 40 adopté en première lecture. Elle est effectivement nécessaire, et doit apparaître quelque part dans le texte du projet d'articles. Des clarifications et des développements supplémentaires, qui pourraient être envisagés dans le cadre des dispositions générales, sont d'ailleurs possibles.

34. Certaines propositions intéressantes ont déjà été faites. Pour sa part, M. Gaja propose de diviser l'article 40 *bis* en fonction du type d'obligation dont il s'agit. Ainsi, dans une première partie, il serait question des violations d'obligations bilatérales ou multilatérales qui, dans un contexte précis, donnent naissance à des relations bilatérales. Un exemple classique est celui d'une violation de l'obligation qui découle de la liberté de navigation en haute mer. Il s'agit d'une obligation multilatérale, qu'elle figure dans un traité ou dans le droit international général. Mais, dans la circonstance particulière où un navire étranger serait

arrêté par un bâtiment de guerre d'un autre État, la violation n'affecterait qu'un seul État. Les autres États peuvent certes être concernés par le problème, mais un seul État est effectivement lésé.

35. Dans une seconde partie, on traiterait des obligations *erga omnes*. La violation de telles obligations affecte tous les États, mais, dans certaines circonstances, la violation affecte spécialement un ou plusieurs États.

36. La première partie de l'article 40 *bis*, soit l'actuel alinéa *a* du paragraphe 1, pourrait traiter du premier type de situation, tandis que la deuxième partie de l'article, qui comprendrait alors l'alinéa *b* du paragraphe 1 et le paragraphe 2 concernerait les obligations *erga omnes*, et il y serait dit d'emblée qu'en cas de violation de ces obligations, tous les États sont habilités à demander la cessation et à exiger des garanties et assurances de non-répétition.

37. Selon M. Gaja, il serait également possible d'envisager que tous les États demandent aussi réparation, sous réserve qu'une indemnisation soit éventuellement accordée au bénéficiaire final, qui peut être un autre État, un individu, voire la communauté internationale dans son ensemble. La Commission n'a pas à déterminer quel serait le bénéficiaire en question; comme l'a rappelé M. Sreenivasa Rao à la 2614^e séance, c'est une question qui relève des règles primaires. S'agissant d'obligations *erga omnes*, il peut y avoir un bénéficiaire spécial, et seul ce bénéficiaire peut prétendre à une indemnisation. Si on suit le raisonnement du Rapporteur spécial, on ne devrait pas examiner en détail la situation des bénéficiaires autres que des États. Ainsi, lorsqu'un État a été agressé, l'ensemble de la communauté internationale est concerné. Tous les États peuvent exiger la cessation de l'agression ainsi que des assurances et garanties de non-répétition et peuvent également demander réparation, mais seul l'État agressé peut prétendre à une indemnisation. On pourrait dire que celui-ci a des droits supplémentaires. Cet État aurait aussi un rôle en ce qui concerne la mise en œuvre de la responsabilité. Quant au choix entre la restitution et l'indemnisation, il appartiendrait à l'État directement concerné. Cette question devrait être traitée dans la deuxième partie *bis* du projet d'articles relative à la mise en œuvre de la responsabilité. Dans les chapitres I et II de la deuxième partie, on ne peut que se référer aux obligations du point de vue de l'État responsable.

38. Selon la théorie des « trois cercles concentriques », selon l'expression d'Abi-Saab, le cercle le plus large est celui des normes qui imposent des obligations *erga omnes*. Le cercle médian concerne le *jus cogens*, c'est-à-dire les règles destinées à invalider ou à annuler un traité, si celui-ci comporte des dispositions violant des obligations *erga omnes*. Enfin, le dernier cercle, le plus étroit, comprend les normes qui imposent des obligations dont la violation constitue ce qu'on avait coutume d'appeler des « crimes d'État », c'est-à-dire des violations extrêmement graves de certaines obligations *erga omnes*. Quelle que soit la justesse de cette théorie, M. Gaja y fait allusion pour indiquer que, contrairement à ce que suggère le Rapporteur spécial, il ne pense pas que la Commission doive s'attarder sur le *jus cogens*. La différence fondamentale est celle qui apparaît dans les dispositions de l'article 40 *bis* entre obligations bilatérales et obligations *erga omnes*, que celles-ci soient ou non imposées par des normes

impératives. L'État qui est directement affecté par la violation d'une obligation *erga omnes* ne peut pas annuler cette obligation par voie d'accord, ou de consentement unilatéral. Il ne peut même pas supprimer les conséquences d'une violation par une clause de renonciation. Comme leur nom l'indique, les obligations *erga omnes* s'imposent à l'égard de tous les États, quelle que soit la situation. De l'avis de M. Gaja, la notion d'obligation *erga omnes* suffit aux fins de la Commission. Il reste à déterminer si, en cas de violation grave de certaines obligations *erga omnes*, des dispositions supplémentaires doivent être prévues dans la deuxième partie du projet ou ailleurs.

39. M. GOCO dit que ses observations sur l'article 40 *bis*, notamment sur la question de l'État lésé, constituent un commentaire provisoire sur lequel il se réserve le droit de revenir, notamment lors de la rédaction. Il félicite le Rapporteur spécial, qui présente très clairement cette question dans son rapport.

40. Ainsi qu'il ressort du résumé thématique, la Sixième Commission a formulé un certain nombre d'observations générales sur le sens de l'expression « État lésé ». Il a été notamment proposé que la disposition relative à l'« État lésé » comporte une définition claire de l'atteinte délictuelle au droit d'un État lésé, et mentionne explicitement le préjudice moral ou matériel subi par l'État en question. Pour d'autres délégations, il n'était pas nécessaire de mentionner le préjudice causé, dans la mesure où l'atteinte à un droit pouvait se traduire par un préjudice potentiel sans causer de préjudice effectif. On a appuyé la proposition de faire une distinction entre l'État ou les États lésés par un fait internationalement illicite et les autres États ayant un intérêt juridique dans l'exécution des obligations en question mais n'ayant pas subi de dommages quantifiables. Seul l'État spécifiquement lésé devait avoir le droit d'exiger réparation et d'être indemnisé, mais il ne pourrait exiger de réparation en l'absence de préjudice effectif. On a également fait observer que la liste des situations visées au paragraphe 2 de l'article 40 n'était pas exhaustive étant donné qu'elle ne mentionnait pas expressément la coutume bilatérale ou la violation des obligations découlant d'un fait unilatéral. Enfin, les violations de dispositions conventionnelles devaient d'abord être régies par les dispositions du traité lui-même; ce cas relevait donc du droit des traités, et non de la responsabilité des États.

41. M. Goco considère que les références faites au paragraphe 67 de son rapport par le Rapporteur spécial aux débats qui ont conduit à la formulation de la version initiale de l'article 40⁷ sont très utiles. Quelques membres de la Commission avaient alors proposé une formule « assez souple pour couvrir toutes les situations »⁸. M. Goco approuve pleinement le Rapporteur spécial lorsque celui-ci indique que l'article 40 fonctionne comme une charnière pour l'ensemble du projet, comme le lien entre le régime des obligations, examiné dans la première partie, et celui des droits, qui fait l'objet de la deuxième partie.

42. Le paragraphe 1 de l'article 40 est très clair : il donne une définition générale de l'État lésé comme étant l'État

dont les droits sont violés par le fait internationalement illicite d'un autre État. On ne peut à cet égard manquer de faire un parallèle avec les dispositions du droit interne : que l'on se situe dans le domaine pénal ou simplement dans celui de l'atteinte – y compris non intentionnelle – aux droits d'autrui, la partie lésée est celle dont les droits ont été violés ou transgressés par une action ou une omission d'une autre partie. Cette action ou cette omission donne à la partie lésée le droit de recourir contre l'auteur de la violation ou de lui demander réparation. Les concepts sont toujours les mêmes : existence d'une action ou d'une omission portant atteinte aux droits d'une partie, responsabilité de l'auteur de cette action ou de cette omission et octroi d'une forme quelconque de réparation à la victime. On retrouve du reste les mots « action ou omission » dans l'article 3 de la première partie. Il n'était donc peut-être pas nécessaire de dresser une liste des différentes situations pouvant se présenter comme cela avait été fait dans le paragraphe 2 de la première version de l'article 40. Après tout, c'est à l'État lésé qu'il appartient de soulever la question de la violation de ses droits.

43. Cela explique d'ailleurs que les gouvernements se soient inquiétés, à propos de l'article 40, des chevauchements ou de l'incompatibilité possibles avec le droit des traités. Un pays a notamment fait valoir – à juste raison selon M. Goco – que la condition première à remplir pour pouvoir invoquer la responsabilité en droit international coutumier était qu'il existe un lien suffisant entre la violation et l'État revendiquant le statut d'« État lésé ».

44. La première version de l'article 40 était beaucoup trop dense et complexe. Fort heureusement, le Rapporteur spécial en a proposé, au paragraphe 119 de son rapport, une nouvelle version « allégée », beaucoup plus simple et beaucoup plus facile à comprendre et à appliquer. L'article 40 *bis*, intitulé « Droit pour un État d'invoquer la responsabilité d'un autre État », met l'accent sur l'obligation qui a été transgressée, obligation qui existe à l'égard de l'État lésé individuellement ou à l'égard de l'ensemble de la communauté internationale ou d'un groupe d'États dont l'État lésé fait partie. Dans cette nouvelle version, on envisage aussi – au paragraphe 2 – le cas d'un État qui a un intérêt juridique dans l'exécution d'une obligation internationale à laquelle il est tenu si le bénéficiaire de l'obligation est la communauté internationale dans son ensemble ou si l'obligation est établie aux fins de la protection d'intérêts collectifs. Enfin, le paragraphe 3 traite de la question des droits qui s'attachent directement à une personne ou à une entité autre qu'un État. Cette question devrait, incidemment, faire l'objet d'une disposition distincte.

45. La nouvelle formulation de l'article 40 constitue indéniablement une amélioration par rapport à l'ancienne version, avec tout le respect dû aux premiers rédacteurs. Il appartient maintenant au Comité de rédaction de l'améliorer encore, en veillant notamment à tenir compte des commentaires de la Sixième Commission et en s'attachant à trouver une formule suffisamment souple pour couvrir tous les cas de figure.

46. Les dispositions qui seront rédigées sur la question combien importante de la responsabilité des États doivent être claires et compréhensibles non seulement pour les juristes et les professeurs, mais aussi pour l'ensemble des

⁷ Pour l'ancien article 5 proposé par le Rapporteur spécial Willem Riphagen dans son cinquième rapport, voir *Annuaire...* 1984, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/380, p. 2 et 3, et vol. II (2^e partie), par. 355, p. 104.

⁸ *Ibid.*, par. 367, p. 106.

lecteurs et en particulier les étudiants. M. Goco a été très frappé par la remarque d'un de ses étudiants à Manille qui lui a demandé si la complexité extrême des règles du droit international n'était pas en réalité voulue par les États qui avaient ainsi des excuses pour ne pas les appliquer. Cela doit être pour la Commission un sujet de réflexion.

47. M. HAFNER dit que la Commission peut aborder les problèmes posés par l'article 40 et 40 *bis* de deux manières : elle peut ou bien tenter de remonter jusqu'aux racines du droit international et des relations entre États ou bien se contenter d'essayer de trouver une formulation acceptable. Compte tenu des difficultés inhérentes aux deux exercices, il faudrait peut-être envisager une autre solution intermédiaire.

48. En dépit des progrès du multilatéralisme, on est encore aujourd'hui dans le système dit « westphalien » où il appartient à chaque État et non à un organe central de faire appliquer la loi. Si l'on s'en tient à cette conception, il n'est pas très difficile de rédiger un article prévoyant que c'est l'État lésé qui a le droit d'invoquer les conséquences du fait internationalement illicite. Mais encore faut-il définir ce que l'on entend par « État lésé ». Ainsi, par exemple, un État sans littoral peut-il s'estimer lésé si un État côtier étend sa zone économique exclusive ou ses droits sur le plateau continental au-delà de la distance admissible ? Saisie de cette question, la CIJ avait estimé, pour sa part, qu'en raison de sa situation géographique, un État sans littoral ne pouvait pas se considérer comme lésé par un tel comportement. M. Hafner ne partage pas cet avis : à son sens, l'intérêt d'un État ne saurait être apprécié sur la base de sa seule situation géographique. De surcroît, on assiste actuellement à une nouvelle évolution du droit international, découlant de l'apparition du droit des droits de l'homme et de la notion d'obligations non seulement à l'égard de tel ou tel État mais à l'égard de tous les États ou en général de l'humanité tout entière. L'époque n'est plus aux relations synallagmatiques entre des États individuellement identifiables mais au multilatéralisme. C'est pour tenter de répondre à ces nouvelles tendances que la CIJ fait désormais référence à des obligations *erga omnes*.

49. Dans sa tentative de définition des États habilités à invoquer la responsabilité internationale, la Commission doit elle aussi tenir compte de cette évolution et prévoir que les États qui ne sont pas directement lésés (ou qui ne le sont pas au sens propre) doivent néanmoins avoir le droit de réagir face à la violation de certaines normes du droit international. Trois cas de figure peuvent en effet se présenter : *a*) ou bien il n'y a pas, à proprement parler, d'État lésé (par exemple s'il s'agit d'une violation des droits de l'homme); *b*) ou bien tous les États peuvent s'estimer lésés (par exemple s'il y a eu atteinte à l'environnement ou violation d'une convention sur la protection de l'environnement); *c*) ou bien encore on a affaire à une violation fondamentale du droit international face à laquelle tout État doit pouvoir réagir, par exemple en cas d'agression. Le développement du multilatéralisme amène aussi à distinguer un quatrième cas de figure *d* dans lequel les obligations sont dues à plusieurs États à la fois mais ne sont « réalisées » que vis-à-vis d'un seul État (comme en matière de protection diplomatique). Dans l'hypothèse *b* susmentionnée, tout État qui est partie à une convention relative à la protection de l'environnement est normalement habilité à agir et à invoquer la responsabilité interna-

tionale si un autre État viole, par exemple, l'interdiction de produire des CFC (chlorofluorocarbones). Mais, dans l'hypothèse *d*, la question se pose de savoir si des États autres que l'État directement touché doivent être considérés comme juridiquement habilités à réclamer « dans l'abstrait » l'observation de la norme pertinente – en d'autres termes si leur intérêt juridique est suffisant pour leur donner le droit d'invoquer les conséquences de la responsabilité. On en trouve un écho dans l'Article 63 du Statut de la CIJ, qui traite du droit des États d'intervenir dans les procès concernant l'interprétation d'une convention à laquelle ils sont parties. On peut donc se demander si cela s'applique au droit d'invoquer la responsabilité. D'une manière générale, on peut dire qu'il existe actuellement une tendance à élargir le droit d'invoquer les conséquences de la responsabilité internationale, mais cela ne va pas jusqu'à conférer un tel droit à n'importe quel État et dans n'importe quelles circonstances.

50. Le problème étant ainsi posé, M. Hafner se propose d'examiner comment le Rapporteur spécial a tenté de le résoudre dans son article 40 *bis*. Ce nouveau texte, à la différence notable de l'ancienne version, ne fait plus de distinction entre les normes bilatérales et les normes multilatérales mais entre les obligations bilatérales et les obligations *erga omnes*, ce qui a des conséquences majeures sur la définition de l'État habilité à invoquer la responsabilité.

51. Le cas des obligations bilatérales est analysé aux paragraphes 99 à 105 du rapport, où le Rapporteur spécial indique qu'un État tiers peut avoir un intérêt à faire remarquer une violation donnée mais « qu'il n'y a pas lieu de réglementer cette démarche dans les projets d'articles ». M. Hafner est d'un avis contraire : si l'on veut donner à un État tiers la possibilité d'intervenir en cas de violation d'une obligation internationale due à un État particulier mais découlant d'un instrument multilatéral, il faut une norme positive (ce qui peut être utile dans l'hypothèse où, par exemple, la partie directement lésée n'est pas décidée à agir), créant une exception à la règle de la non-ingérence qui est celle de la doctrine classique.

52. Pour ce qui est de la violation des obligations *erga omnes*, dans le projet d'article 40 *bis*, le droit d'invoquer les conséquences de la responsabilité internationale n'appartient – a priori – qu'à deux catégories d'États : l'État directement affecté par la transgression de l'obligation et les États parties à une convention de portée mondiale. Si l'on s'en tient à cette définition, aucun État ne pourrait invoquer la responsabilité d'un autre État en cas de violation des droits de l'homme et, en cas d'atteinte à l'environnement qui ne porterait pas préjudice à un autre État, ce droit ne serait pas non plus systématique. Aussi le Rapporteur spécial a-t-il prévu, au paragraphe 2 de son projet d'article, que pourrait également être habilité à agir un État qui a un intérêt juridique dans l'exécution d'une obligation internationale (par laquelle il est lié) si le bénéficiaire de l'obligation est la communauté internationale dans son ensemble (*erga omnes*) ou si l'obligation est établie aux fins de la protection d'intérêts collectifs. Comme il n'est pas aisé de saisir le sens exact d'une obligation *erga omnes*, il faudra la définir dans le commentaire.

53. Il serait intéressant de savoir quelles sont les conséquences de la distinction faite entre ces deux groupes

d'États, ce qui ne ressort pas du libellé du projet d'article. Dans son rapport, le Rapporteur spécial explique que les États « intéressés » pourraient intervenir ou bien au nom de la victime (ce qui ne pose pas de problème) ou bien aux termes d'un accord entre les États parties par analogie avec l'article 60 (par. 2) de la Convention de Vienne de 1969. M. Hafner pense, comme M. Simma, que l'exigence d'un « accord préalable » risque de poser un problème. Si l'État « intéressé » est uniquement habilité à réclamer la cessation ou la restitution, l'existence de cet accord préalable ne s'impose pas, pourvu, cependant, que l'État victime ne considère pas qu'il y a eu empiètement sur ses propres prérogatives. Il en va différemment lorsqu'il s'agit de réclamer réparation ou satisfaction ou de prendre des contre-mesures. Dans ce cas, à moins que l'État « intéressé » agisse au nom de la victime, un accord semble indispensable pour éviter le désordre. À l'évidence, il n'a pas encore été possible de trouver une formulation répondant de manière satisfaisante à ces problèmes qui demandent impérativement à être réglés de façon claire.

54. En résumé, il est impossible de se prononcer de manière définitive sur l'article 40 *bis* tant qu'on ne connaîtra pas les conséquences de la distinction entre les deux catégories d'États envisagées. Enfin, comme l'a souligné M. Simma, qui a suggéré un nouveau libellé, le titre de l'article 40 *bis* proposé par le Rapporteur spécial ne correspond pas au contenu de cet article, et il faudrait établir un lien entre les deux. M. Hafner partage aussi l'opinion de M. Goco sur l'opportunité de faire du paragraphe 3 une disposition distincte.

55. M. PELLET dit que l'article 40 *bis*, tel que le conçoit le Rapporteur spécial, a pour fonction de déterminer quels sont les États qui peuvent mettre en mouvement la responsabilité internationale d'un État auquel un fait internationalement illicite peut être imputé. Cette approche a l'avantage d'être plus pragmatique que les théories générales des obligations en droit international développées par MM. Gaja et Hafner et répond, somme toute, aux questions posées par le Rapporteur spécial aux paragraphes 117 et 118 de son rapport. Cela étant, l'article 40 *bis* ainsi libellé devrait plutôt figurer en tête de la deuxième partie *bis* puisque celle-ci doit être consacrée à la mise en œuvre de la responsabilité d'un État et qu'il s'agit ici de savoir qui peut déclencher cette mise en œuvre. C'est du reste la solution qui a été préconisée par le Rapporteur spécial. Celui-ci a certainement eu raison de modifier à la fois le titre et la philosophie de l'article 40 adopté en première lecture qui était effectivement critiquable à de nombreux égards, mais il est dommage qu'il ne soit pas allé jusqu'au bout de sa démarche et n'ait pas pleinement tiré les conséquences logiques de son analyse critique. En fait, il semble être resté prisonnier de l'approche doctrinale du Rapporteur spécial Riphagen, dont M. Brownlie a dénoncé la trop grande complexité. La formulation proposée par M. Simma est meilleure, du moins au départ : il commence par définir au paragraphe 1 les cas dans lesquels un État peut invoquer la responsabilité d'un autre État pour un fait internationalement illicite. Malheureusement, il en revient ensuite à la question de savoir quel est le type d'obligation qui a été lésée. Or, le problème est en fait de déterminer quand un État a le droit de tirer les conséquences de la responsabilité internationale. La nature de l'obligation enfreinte n'a guère d'intérêt : ce qui importe, c'est la position de l'État qui veut agir par rapport à la violation.

56. Si, comme c'est logique, l'article 40 *bis* est placé en tête de la deuxième partie *bis*, les conséquences immédiates de la responsabilité auront été énumérées et définies dans la deuxième partie. En renvoyant les articles 36, 36 *bis* et 37 *bis* au Comité de rédaction, la Commission a dessiné les grandes lignes de ce que sera cette deuxième partie, même si l'on doit y rajouter – le Rapporteur spécial en est d'accord – des dispositions sur les intérêts en matière de réparation. M. Pellet continue de penser en effet qu'il faudra compliquer un peu les articles sur la réparation. Il faudra aussi, dans cette deuxième partie, faire figurer l'article 45 *bis* que le Rapporteur spécial a en tête sur la pluralité des auteurs de violations qui, de l'avis de M. Pellet, a beaucoup plus sa place dans la deuxième partie que dans la deuxième partie *bis*. Les conséquences de la responsabilité ne sont finalement pas très compliquées. Comme on l'a dit, ce sont l'exécution de l'obligation internationale violée (art. 36 *bis*, par. 1), la cessation du fait internationalement illicite (art. 36 *bis*, par. 2, al. a), peut-être aussi, si l'on y tient – mais le Rapporteur spécial n'en a toujours pas donné de véritables exemples –, les assurances et garanties de non-répétition (art. 36 *bis*, par. 2, al. b) et, enfin, mais ce n'est pas la moindre, la réparation sous l'une de ses trois formes ou par la combinaison de ses trois formes. Tout cela figurera déjà dans la deuxième partie. Ensuite arrivera l'article 40 où, logiquement, il faudra dire qui a le droit de demander la cessation, les assurances, etc. Les quatre conséquences prévues peuvent être regroupées très facilement. Il y a, d'une part, la réparation et, d'autre part, tout le reste : la demande de cessation, l'exécution et, peut-être, les garanties de non-répétition. Quant aux contre-mesures, mieux vaut attendre que le Rapporteur spécial ait établi son rapport pour en traiter.

57. Si l'on admet de raisonner de cette manière, donc de partir de ce qu'il y aura avant l'article 40, le seul problème que ce dernier doit régler est de savoir laquelle (ou lesquelles) de ces conséquences de la responsabilité peut (ou peuvent) être déclenchée(s) par un État selon sa position par rapport à l'obligation violée. C'est ce que le Rapporteur spécial s'efforce de faire au tableau 2 qui figure à la fin de son rapport. C'est aussi ce que l'article 40 *bis* prétend traduire en mots. Mais il le fait d'une manière qui semble très compliquée sans être très précise car on peut le lire dans tous les sens. On voit bien qu'il y a des différences, mais on ne voit pas ce qui peut être déclenché selon la situation indiquée. Le Rapporteur spécial s'intéresse encore une fois beaucoup plus à la théorie des obligations qu'au déclenchement du processus de la responsabilité. Il le fait d'une manière presque aussi compliquée que l'article de Riphagen, proposé en tant qu'article 5 dans son sixième rapport⁹, qui relevait d'un esprit en principe différent. Pour M. Pellet, il suffirait d'opérer une distinction simple, qui se dégage assez nettement à la lecture du rapport, entre, d'une part, les États lésés au sens propre du terme, ceux qui ont subi directement un dommage ou un préjudice et, d'autre part, les autres États que l'on peut appeler indirectement lésés ou qui, en tout cas, sont définis par l'arrêt rendu dans l'affaire de la *Barcelona Traction* comme ayant un intérêt juridique, donc les autres États intéressés.

⁹ Voir *Annuaire... 1985*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/389, p. 3.

58. Sur ce point, M. Pellet est d'accord avec le Rapporteur spécial. Ce sont plutôt les conséquences que ce dernier tire de ses raisonnements qui paraissent bizarres. Les choses sont claires : il y a d'une part les États qui ont le droit de tirer toutes les conséquences découlant de la responsabilité, les États lésés ou directement lésés, et puis il y a d'autres États qui ont le droit de tirer toutes les conséquences de la responsabilité, sauf la réparation. Aucun État ne peut demander pour lui-même une réparation pécuniaire pour un génocide qui se commet dans un autre État et qui concerne la population de cet État. Par contre, il est tout à fait évident – et c'est une grande vertu de la notion de crime – que tous les autres États ont certainement le droit et probablement l'obligation de réagir. Au minimum, ils ont le droit de demander la cessation, l'exécution de l'obligation violée et, le cas échéant, des garanties de non-répétition. En somme, l'État directement lésé – lui-même ou par le biais de ses ressortissants – a le droit de demander réparation. Les autres États ont le droit de déclencher les conséquences de la responsabilité, mais pas de demander réparation.

59. Il n'y a rien là de très compliqué, et c'est ce que M. Pellet essaie d'exprimer dans ses propositions d'articles 40-1 et 40-2 [ILC/(LII)/WG/SR/CRD.2]. La rédaction du texte qu'il propose, simple et plus fonctionnel à son avis que les textes soumis par le Rapporteur spécial et par M. Simma [ILC/(LII)/WG/SR/CRD.1], est améliorable et doit être complétée. Il faudrait sans doute définir quelque part ce qu'est un dommage ou un préjudice. Personnellement, M. Pellet préférerait que ce soit dans un projet d'article plutôt que dans le commentaire. Il faudrait aussi définir l'intérêt juridique. Cela pourrait être fait sans difficulté dans un projet d'article, car, à son avis, il suffirait de reprendre le paragraphe 2 proposé par le Rapporteur spécial et repris par M. Simma, quitte à lui apporter des modifications de forme. Pour sa part, M. Pellet a tout simplement reproduit le paragraphe 2 de l'article 40 *bis* à l'alinéa *b* de l'article 40-2 de sa propre proposition, avec une légère modification rédactionnelle. Il faudrait enfin conserver le paragraphe 3 que l'on trouve dans les projets du Rapporteur spécial et de M. Simma, et que M. Pellet reprend à l'article 40-X de sa propre proposition. M. Pellet convient cependant avec M. Hafner que le paragraphe 3 n'est pas à sa place dans l'article 40 *bis*. Il devrait en être détaché. Peut-être aussi pourrait-on en modifier la rédaction : « sans préjudice des conséquences découlant de la commission d'un fait internationalement illicite » serait préférable à « sans préjudice d'aucun droit découlant... ». En effet, les conséquences de la responsabilité ne sont pas seulement des droits mais aussi des obligations. Ainsi, dans le cas d'un crime comme le génocide, il paraît évident que les États intéressés, c'est-à-dire tous les États de la communauté internationale, ont non seulement le droit mais encore l'obligation de réagir, et il faut que cela apparaisse dans le paragraphe 3.

60. Pour récapituler, la proposition que fait M. Pellet consiste donc d'abord à scinder en trois articles l'article 40 *bis* qui, de toute façon, paraît vraiment trop copieux compte tenu du style des autres articles du projet, mais c'est là une modification de pure forme qu'il faudrait effectuer même si l'on retenait la proposition du Rapporteur spécial ou celle de M. Simma.

61. En deuxième lieu, M. Pellet propose de modifier profondément la rédaction du paragraphe 1 pour donner corps à la distinction – que fait le Rapporteur spécial lui-même – entre États lésés et États ayant un intérêt juridique. Ce serait à son avis une clarification utile permettant à cet article de remplir son office, à savoir déterminer qui peut déclencher les conséquences de la responsabilité, ce qui n'apparaît ni dans la proposition du Rapporteur spécial ni dans celle de M. Simma.

62. En troisième lieu, la proposition de M. Pellet revient aussi à faire réapparaître la notion de dommage ou de préjudice. L'existence d'un dommage est en effet indispensable pour justifier l'obligation de réparer, sinon le droit international deviendrait complètement immoral. Mais si ce qui autorise à exiger réparation est que l'on a subi un dommage, par contre, ce qui autorise et parfois oblige à réagir autrement qu'en demandant réparation peut être qu'une obligation *erga omnes* a été violée.

63. En quatrième lieu, enfin, la proposition de M. Pellet consiste également à demander au Rapporteur spécial, si possible, de définir cette notion de dommage, de préférence dans le projet. Cela étant, si le Rapporteur spécial le fait dans le commentaire, M. Pellet s'y résignera.

64. Cette proposition n'est pas fondamentalement différente de l'analyse du Rapporteur spécial, sauf dans le cas du paragraphe 1 de l'article 40 *bis* où le Rapporteur spécial dit tirer les conséquences de son rapport. M. Pellet s'est inspiré du rapport du Rapporteur spécial pour proposer un texte qu'il croit plus clair. Il tient cependant à réaffirmer son accord avec la philosophie générale sous-jacente aux paragraphes 66 à 118 de ce rapport, sans préjudice de ses réactions futures à ce que le Rapporteur spécial proposera en ce qui concerne les violations graves d'obligations essentielles pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale des États dans son ensemble, alias les crimes visés à l'article 19 du projet d'articles. Le Rapporteur spécial a cependant tout à fait raison de dire que, pour ce qui est de savoir qui peut déclencher les conséquences de la responsabilité, peu importe qu'un crime ait été commis ou non dès lors qu'une obligation à l'égard de la communauté internationale est violée. C'est pourquoi il n'est guère besoin, selon M. Pellet, de réintroduire la notion de crime dans cet article.

65. M. SIMMA, se réservant de revenir ultérieurement plus en détail sur la proposition de M. Pellet, pense que l'on aurait tort de voir dans celle-ci une approche beaucoup plus simple et élégante du sujet. Il lui semble que l'article 40-1 *bis*, qui, certes, n'occupe pas beaucoup de place dans cette proposition, présente le risque d'ouvrir la boîte de Pandore. Si l'on s'attelait réellement à une définition de termes « dommage » ou « préjudice », sans doute l'élégance et la simplicité de la démarche de M. Pellet s'en ressentiraient. Sans aller jusqu'à évacuer la notion de dommage de l'ensemble du projet, peut-être serait-ce une bonne idée que d'éviter de faire du dommage un élément constitutif du fait internationalement illicite. Il serait beaucoup plus facile de traiter de cette notion dans le cadre de la réparation, puisque la réparation présuppose le dommage, que dans celui de la qualité pour agir.

66. Pour M. Simma, l'article 40-2 (Protection d'un intérêt juridique) de la proposition de M. Pellet procède de la même lecture erronée de l'arrêt rendu dans l'affaire de la *Barcelona Traction* que celle qu'en a faite le Rapporteur spécial, c'est-à-dire d'une interprétation trop étroite de la notion d'intérêt juridique. Tant de la proposition de M. Pellet que de celle du Rapporteur spécial, on retire l'impression que le fait d'avoir « un intérêt juridique » a quelque chose d'inférieur au fait d'être directement lésé. Or, ce n'est pas ainsi que M. Simma lit l'arrêt en question. Pour lui, les États ayant un intérêt juridique ont des droits qui ne sont pas inférieurs à ceux des États lésés, lesquels, selon les propositions de M. Pellet et du Rapporteur spécial, seraient seuls à avoir pleine qualité pour agir.

67. En ce qui concerne le paragraphe 2 de l'article 40-1 de la proposition de M. Pellet, accorder aux États ayant un intérêt juridique mais n'ayant pas subi de dommage les droits prévus à l'article 36 *bis* de la proposition du Rapporteur spécial est insuffisant. Il faudrait ajouter d'autres éléments que le Rapporteur spécial esquisse au tableau 2 figurant à la fin de son rapport, par exemple le droit d'agir au nom de la victime ou par accord avec les États parties, même si l'on doit reconnaître qu'il serait difficile d'arriver à des définitions précises de ces notions.

68. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) remercie les membres qui ont proposé de nouvelles versions de l'article 40 *bis*, où il discerne des traits communs à partir desquels le Comité de rédaction pourra commencer ses travaux. Sans malice de sa part, il fait observer à M. Pellet que seuls manquent dans sa proposition les trois éléments de la définition du dommage qu'il avait regroupés en un seul article. Il convient avec lui qu'on pourrait scinder cet article. Il a pourtant adopté une stratégie de désagrégation pour tenter de résoudre les problèmes de l'article 40 qui, lui, se caractérise par une stratégie d'agrégation. Peut-être n'est-il pas allé assez loin.

69. Si on lui demandait de définir le mot « dommage », le Rapporteur spécial dirait que c'est d'abord par définition ce que subit l'État partie à une obligation bilatérale qui est violée. C'est ensuite ce que subit l'État qui est spécialement atteint dans tout autre cas. C'est enfin ce que subit l'État atteint du seul fait qu'il est partie à une obligation intégrale et que ce type d'obligation est conçu pour toucher tous les États. Ainsi, M. Pellet et lui se retrouvent sur le fond.

70. Sans vouloir jouer les professeurs de troisième cycle, force est de constater que ces notions reposent sur des fondements théoriques. Ce que le Rapporteur spécial a tenté de faire en développant la notion de préjudice a été de se saisir du cas de l'obligation bilatérale et du cas prévu au paragraphe 2 de l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969. Il faut dire que la Commission a conçu ce paragraphe à un stade assez tardif de l'élaboration de cette convention. Elle l'a fabriqué de toutes pièces. Il n'y avait guère à ce sujet de textes sur lesquels s'appuyer. Le commentaire¹⁰ ne donne pas beaucoup d'arguments en faveur de cette disposition, et pourtant elle a été largement acceptée. Il semble que l'on puisse s'inspirer de cet exemple. En tout état de cause, la théorie générale des obligations

occupe dans tout ceci une place bien plus importante que M. Pellet ne veut bien l'admettre.

71. Le Rapporteur spécial note que M. Simma a lui aussi offert d'utiles suggestions pour faire avancer la question; l'un des avantages de la solution qu'il propose, solution radicale, est qu'elle évite tout débat sur des notions telles que celles de préjudice et d'intérêt. Il a pour sa part tenté de rédiger l'article 40 *bis* dans la perspective de l'intérêt plutôt que dans celle du préjudice, mais il est arrivé à la conclusion que cela ne constituait pas une amélioration.

72. Il n'est pas impossible que tous les éléments de toutes les solutions proposées puissent être adoptés. Il y a un point essentiel sur lequel le Rapporteur spécial pense que tous les membres sont d'accord – et ce point ressort de l'arrêt de la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction* –, c'est qu'il y a une distinction à faire entre la situation, par exemple, des peuples du Sud-Ouest africain et de l'Éthiopie ou du Libéria. Une fois que l'on s'est mis d'accord là-dessus, on a fait beaucoup de chemin pour démêler les problèmes que l'article 40 avait embrouillés.

73. Le Rapporteur spécial se félicite de ces apports qu'il considère comme constructifs. Comme M. Brownlie, il pense que la CDI devra présenter à la Sixième Commission une proposition claire et suffisamment fondée sur les textes préexistants pour gagner quelque approbation. Jusqu'à présent, le bilan de la CDI elle-même n'a pas été si mauvais à cet égard et, grâce aux efforts des membres du Comité de rédaction, le problème pourrait être résolu. S'il ne l'est pas, et si l'on ne revient pas à l'article 40 original, il faudra se contenter d'une formulation beaucoup plus simple, ce qui serait regrettable. De même que la Commission a estimé qu'elle devait aller plus loin que le paragraphe 1 de l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969 pour ce qui est des traités multilatéraux, de même devrait-elle aller plus loin dans le domaine du droit de la responsabilité pour ce qui est des obligations multilatérales. Il est possible, dans le cadre du débat actuel, de faire cet important pas en avant.

74. M. HAFNER, dans la ligne de pensée de M. Simma et du Rapporteur spécial, demande à M. Pellet s'il ne faut pas tirer de l'interprétation du membre de phrase « un État qui a subi un dommage [matériel ou moral] » figurant au paragraphe 1 de l'article 40-1 qu'il a proposé une double conséquence. Premièrement, une violation d'une obligation internationale ne constitue pas en elle-même un dommage moral. Deuxièmement, dans une situation où il y a violation d'un accord bilatéral sur la protection d'une minorité, l'État protecteur de la minorité, même s'il ne peut être considéré comme ayant subi un dommage, doit être autorisé à prendre toutes les mesures qui découlent de la responsabilité de l'autre. Autrement dit, l'interprétation de cet article dépend pour beaucoup de la définition du dommage.

75. M. Sreenivasa RAO, se réservant de revenir ultérieurement sur le sujet, donne acte à M. Pellet de vouloir proposer une manière gérable de traiter les très difficiles notions qui sous-tendent la responsabilité. Mais si la réparation n'est pas ce qui est prévu à l'article 40 pour les États indirectement lésés qui ne disposent que d'un *locus standi* à demander le respect de l'obligation enfreinte,

¹⁰ Voir le commentaire de l'article 57, *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 276 à 278.

qu'apporte-t-on de plus qui n'existe pas déjà dans les instances actuelles des Nations Unies ? L'État non directement lésé ne peut s'adresser qu'à une instance multilatérale pour obtenir satisfaction. Il peut certes se livrer à un échange de notes diplomatiques, mais s'il veut obtenir des résultats, c'est vers les résolutions de l'ONU, le système de règlement des différends de l'OMC ou d'autres mécanismes qui n'ont pas d'autre objet qu'il se tourne. Si ces mécanismes ne sont pas utilisés, il faut inventer un nouveau rouage à cette fin. Sinon, on en sera réduit à voir un ensemble de réactions unilatérales, fortement désorientées, sélectives, se substituer à la défense de l'intérêt collectif. C'est là la difficulté fondamentale, et elle n'a pas été abordée.

Organisation des travaux de la session (suite*)

[Point 2 de l'ordre du jour]

76. Le PRÉSIDENT annonce la création d'un groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses), composé comme suit : M. Sreenivasa Rao (Président et Rapporteur spécial), M. Baena Soares, M. Galicki, M. Hafner, M. Kateka, M. Lukashuk, M. Rosenstock et M. Rodríguez Cedeño (membre de droit).

La séance est levée à 13 heures.

* Reprise des débats de la 2613^e séance.

2617^e SÉANCE

Mardi 9 mai 2000, à 10 h 5

Président : M. Maurice KAMTO

Présents : M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Idris, M. Illueca, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Operti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka.

Protection diplomatique (A/CN.4/506 et Add.1¹)

[Point 6 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

1. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à présenter son premier rapport sur la protection diplomatique (A/CN.4/506 et Add.1), dans lequel il propose les projets d'articles 1 à 9, libellés comme suit :

Article premier. – Champ d'application

1. Aux fins des présents articles, on entend par protection diplomatique toute action engagée par un État contre un autre État à raison du préjudice causé à la personne ou aux biens de l'un des nationaux du premier État par un fait ou une omission internationalement illicite imputable au deuxième État.

2. Dans les circonstances exceptionnelles visées à l'article 8, la protection diplomatique peut s'étendre à des non-nationaux.

Article 2

Il est interdit de recourir à la menace ou à l'emploi de la force comme moyen de protection diplomatique, sauf pour sauver des nationaux lorsque :

a) L'État de protection n'a pas pu assurer la sécurité de ses nationaux par des moyens pacifiques;

b) L'État auteur du préjudice ne veut pas ou ne peut pas assurer la sécurité des nationaux de l'État de protection;

c) Les nationaux de l'État de protection sont exposés à un danger immédiat;

d) L'emploi de la force est proportionné aux circonstances;

e) L'emploi de la force est limité dans le temps et l'État de protection retire ses forces dès que les nationaux sont sauvés.

Article 3

L'État de nationalité a le droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'un de ses nationaux lésé par un autre État. Sous réserve de l'article 4, l'État de nationalité exerce ce droit à sa discrétion.

Article 4

1. À moins que la personne lésée ne puisse présenter une réclamation pour le préjudice subi devant une cour ou un tribunal international compétent, l'État dont elle a la nationalité a l'obligation juridique d'exercer, à la demande, la protection diplomatique à l'égard de cette personne si celle-ci en fait la demande si le préjudice est le résultat d'une violation grave d'une norme de *jus cogens* imputable à un autre État.

2. L'État de nationalité est déchargé de cette obligation lorsque :

a) L'exercice de la protection diplomatique mettrait sérieusement en danger ses intérêts supérieurs et/ou ceux de ses citoyens;

b) Un autre État exerce la protection diplomatique à l'égard de la personne lésée;

¹ Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

c) La personne lésée n'a pas pour nationalité effective et dominante la nationalité de cet État.

3. Les États ont l'obligation de prévoir dans leur droit interne l'exercice de ce droit devant un tribunal national compétent ou d'autres autorités nationales indépendantes.

Article 5

Aux fins de la protection diplomatique des personnes physiques, l'État de nationalité est l'État dont l'individu objet de la protection a acquis la nationalité par sa naissance, son ascendance ou par une naturalisation de bonne foi.

Article 6

Sous réserve des dispositions du paragraphe 4 de l'article 9, l'État de nationalité peut exercer sa protection diplomatique à l'égard d'un national qui a subi un préjudice à l'encontre d'un État dont la victime du préjudice est également un national lorsque la nationalité [dominante] [effective] de celui-ci est celle du premier État en question.

Article 7

1. Tout État dont une personne ayant une double ou multiple nationalité a la nationalité, selon les critères énoncés à l'article 5, peut exercer sa protection diplomatique à l'égard de cette personne à l'encontre d'un État dont elle n'a pas la nationalité.

2. Deux ou plusieurs États de nationalité au sens de l'article 5 peuvent exercer conjointement leur protection diplomatique à l'égard d'une personne ayant une double ou multiple nationalité.

Article 8

Un État peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'un apatride ou d'un réfugié si l'intéressé réside habituellement et légalement sur le territoire de l'État requérant [et a un lien effectif avec cet État ?], à condition que le dommage ait eu lieu après que l'intéressé est devenu résident légal de l'État requérant.

Article 9

1. Si une personne lésée a changé de nationalité de bonne foi après avoir subi un dommage, le nouvel État de nationalité peut exercer la protection diplomatique à l'égard de cette personne pour ce dommage, à condition que l'État de nationalité d'origine n'ait pas exercé ou ne soit pas en train d'exercer la protection diplomatique à l'égard de cette personne à la date du changement de nationalité.

2. Cette règle s'applique dans le cas où la réclamation a été cédée de bonne foi à une personne ou à des personnes possédant la nationalité d'un autre État.

3. Ni le changement de nationalité de la personne lésée ni la cession de la réclamation au national d'un autre État n'affectent le droit qu'a l'État de nationalité d'origine de présenter une réclamation en son nom propre pour le préjudice qu'il a subi dans ses intérêts généraux du fait du dommage causé à la personne lésée quand cette personne avait encore sa nationalité.

4. Le nouvel État de nationalité ne peut exercer sa protection diplomatique contre un État de nationalité antérieur à raison d'un dommage subi par une personne qui possédait alors la nationalité de ce dernier État.

2. M. DUGARD (Rapporteur spécial) tient à rendre hommage à Mme Zsuzsanna Deen-Racsmany, assistante de recherche dont les services ont été financés par la Cornelis van Vollenhoven Stichting de l'Université de

Leyde, à laquelle il est infiniment redevable de sa précieuse contribution à l'établissement du premier rapport.

3. Le premier rapport comprend une introduction, où est indiqué comment l'exercice de la protection diplomatique peut servir à faire avancer la cause de la protection des droits de l'homme (chap. I). Elle est suivie du texte d'un certain nombre de projets d'articles, accompagnés de commentaires (chap. II). Ces projets d'articles soulèvent diverses questions controversées à propos desquelles le Rapporteur spécial sollicite un avis et des orientations de la part de la Commission – questions qui auraient pu être posées dans un rapport préliminaire conçu sur le modèle de celui établi par le rapporteur spécial précédent, M. Bennouna², sans nécessairement l'être sous forme de projets d'articles. Néanmoins, le Rapporteur spécial pense qu'énoncer une règle controversée sous forme de projet d'article permet de mieux l'éclairer, en suscitant un débat contradictoire qui s'impose à ce stade de l'examen du sujet. Dans le rapport sont également tracées les grandes lignes des autres articles qui seront présentés dans les rapports à venir.

4. Les projets d'articles peuvent être rangés sous deux catégories. Dans la première catégorie (art. 1 à 4), les articles 1 et 3 énoncent pour l'essentiel des considérations de base, tandis que les articles 2 et 4 sont particulièrement sujets à controverse. Les articles 5 à 8, qui relèvent de la deuxième catégorie, sont tout autant controversés mais traitent tous de questions liées à la nationalité. C'est pourquoi le Rapporteur spécial se propose à ce stade de limiter sa présentation à l'introduction du sujet et aux quatre premiers articles.

5. Se référant à l'introduction du chapitre premier, le Rapporteur spécial dit s'être attaqué au sujet en ayant, à tort, l'impression que nombre des aspects de la protection diplomatique étaient déjà réglés, comme en témoigne l'abondance de la pratique et des précédents. Or, il a constaté, à son grand étonnement, que le sujet est âprement controversé. Avant la seconde guerre mondiale et l'avènement des instruments relatifs aux droits de l'homme, rares étaient les recours dont un particulier disposait en droit international pour faire valoir ses droits vis-à-vis de son État national. En revanche, lorsque ses droits inhérents à la personne humaine étaient violés à l'étranger par un État étranger, l'État de nationalité pouvait intervenir pour le protéger. Dans la pratique, ce sont avant tout les nationaux des États occidentaux puissants qui ont bénéficié de ce privilège, car c'était ces États qui étaient toujours prêts à intervenir pour protéger leurs nationaux. Circonstances aggravantes dont pâtissaient les États non occidentaux, la protection diplomatique était érigée en action politique par le jeu de la fiction selon laquelle le préjudice causé à un national constitue un préjudice causé à l'État lui-même. Il était dans ces conditions inévitable que les pays en développement, en particulier en Amérique latine, en soient venus à percevoir la protection diplomatique comme un exercice discriminatoire du pouvoir davantage que comme un moyen de protéger les droits fondamentaux des étrangers.

² *Annuaire...* 1998, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/484.

6. Les choses ont beaucoup changé ces dernières années. Les règles en matière de justice applicables aux individus dans leur pays et aux ressortissants étrangers ont subi de profondes mutations. Environ 150 États sont désormais parties au Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou aux instruments analogues de portée régionale couvrant l'Europe, le continent américain et l'Afrique, qui fixent les normes de justice à observer aussi bien pour les nationaux que pour les ressortissants étrangers dans les États signataires. De plus, quiconque exerce une activité à l'étranger dispose désormais, fréquemment, de recours, soit au titre d'accords bilatéraux, soit au titre d'instruments multilatéraux comme la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États portant création du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements.

7. Cette évolution a amené d'aucuns à prétendre que la protection diplomatique est obsolète. En substance, ils font valoir que le principe de l'égalité de traitement entre nationaux et ressortissants étrangers, préconisé par les pays en développement, et les règles internationales minima relatives au traitement des étrangers, essentiellement préconisées, elles, par les pays occidentaux, ont été remplacés par des normes internationales en matière de droits de l'homme qui reconnaissent aux nationaux et aux ressortissants étrangers l'égalité de traitement en reprenant les dispositions clefs de la Déclaration universelle des droits de l'homme³. L'individu est désormais un sujet du droit international qui a qualité pour faire valoir ses droits fondamentaux dans la sphère internationale. Le droit d'un État d'endosser la réclamation de son national doit être en principe limité aux cas où le ressortissant étranger et l'État auteur du préjudice n'ont pu convenir d'un autre moyen de règlement. Et c'est uniquement dans ces cas que l'État de nationalité peut intervenir, et encore en tant qu'agent de l'individu et non en son nom propre. Il découle de cet argument que le droit d'un État de faire valoir son droit propre lorsqu'il agit au nom de son national est une fiction révoquée qui devrait être abandonnée, sauf peut-être dans le cas où l'intérêt national véritable de l'État est en cause.

8. Pour le Rapporteur spécial, cette argumentation est entachée de deux vices. Premièrement, elle dénote pour le rôle des fictions en droit un mépris qui n'a pas lieu d'être; et deuxièmement elle exagère l'état actuel de la protection internationale des droits de l'homme.

9. Il est vrai que la violation des droits fondamentaux d'un étranger met en jeu, dans certains cas, les intérêts de l'État national – par exemple lorsqu'elle est systématique et qu'elle témoigne d'une politique discriminatoire pratiquée par l'État auteur à l'encontre de tous les ressortissants de l'État considéré. Mais lorsqu'il s'agit d'un dommage isolé infligé à un étranger, l'État protecteur agit en fait en tant qu'agent de l'individu en endossant sa réclamation. Dans ce cas, la notion de dommage causé à l'État est effectivement une fiction. Un certain nombre de règles l'attestent : la règle de l'épuisement des recours internes et celle de la continuité de la nationalité, et le fait que les tribunaux, en évaluant les dommages subis par l'État, tien-

ent compte en général des dommages subis par le particulier lui-même.

10. Il apparaît donc à l'évidence que la protection diplomatique repose sur une fiction, fiction qui a particulièrement préoccupé le rapporteur spécial précédent. Le Rapporteur spécial ne partage pas le mépris affiché par son prédécesseur pour les fictions juridiques. Le droit romain a fait largement usage des fictions de procédure pour réaliser l'équité, et la plupart des systèmes juridiques ont hérité de cette tradition. La Commission ne devrait pas rejeter une institution qui a une utilité réelle au simple motif qu'elle repose sur une fiction et qu'elle ne résiste pas à l'analyse.

11. Deuxièmement, l'idée que l'évolution intervenue dans le domaine du droit international relatif aux droits de l'homme a rendu la protection diplomatique désuète appelle un examen plus attentif. García Amador, qui a été le premier rapporteur spécial sur le sujet de la responsabilité des États, a soutenu que la notion traditionnelle de protection diplomatique en vertu de laquelle un État pouvait engager une réclamation au nom de ses nationaux lésés appartient à une époque où les droits de la personne et les droits de l'État étaient inséparables. Cette situation a changé du tout au tout, et les ressortissants étrangers, à l'instar des nationaux, jouissent de droits tout simplement en tant qu'êtres humains et non du fait de leur nationalité – ce qui signifie, selon García Amador, que l'étranger est reconnu sur le plan international comme ayant la personnalité juridique, indépendamment de son État, et qu'il est un véritable sujet doté de droits internationaux. Ce raisonnement oblige à conclure que l'individu, doté de droits et d'obligations de droit international, doit, sauf exception, se défendre lui-même lorsqu'il s'aventure à l'étranger.

12. Le Rapporteur spécial ne souhaite pas entrer dans un débat stérile sur la question de savoir si l'individu est un « sujet » ou un « objet » du droit international. Mieux vaut envisager l'être humain comme participant à l'ordre juridique international. À ce titre, il peut intervenir dans l'ordre juridique international à travers l'exercice des droits que lui confèrent les traités relatifs aux droits de l'homme ou les accords bilatéraux. Mais il faut admettre parallèlement que, même si un particulier peut avoir des droits en droit international, ses recours restent limités, fait que García Amador a eu tendance à ignorer.

13. Alors que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) offre de véritables voies de recours à des millions d'Européens, il est difficile d'en dire autant de la Convention américaine relative aux droits de l'homme : « Pacte de San José de Costa Rica » ou de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples. En outre, la majorité de la population mondiale, qui se trouve en Asie, n'est couverte par aucune convention régionale en matière de droits de l'homme. Dans ces circonstances, prétendre que les instruments universels ou régionaux relatifs aux droits de l'homme offrent aux particuliers des recours utiles pour faire respecter leurs droits fondamentaux relève dans la plupart des cas de l'imagination. La triste vérité est qu'une poignée d'individus seulement, dans les quelques États qui admettent les recours individuels auprès des organes de suivi compétents, ont

³ Résolution 217 A (III) de l'Assemblée générale, en date du 10 décembre 1948.

pu ou pourront disposer de voies de recours satisfaisantes sur la base de ces instruments.

14. La situation de l'étranger n'est pas meilleure. Les conventions universelles et régionales relatives aux droits de l'homme accordent leur protection à toute personne – national et ressortissant étranger – se trouvant sur le territoire des États parties. Mais il n'existe aucune convention multilatérale ayant pour objet d'offrir au ressortissant étranger le moyen de faire respecter ses droits si ce n'est dans le cas d'investissements à l'étranger. Tant que l'individu n'aura pas acquis, en vertu du droit international, des droits procéduraux et des recours effectifs complets, l'abandon de l'institution de la protection diplomatique marquerait une régression dans la protection des droits de l'homme. Importante de ce point de vue, cette institution mérite d'être renforcée et encouragée, au lieu d'être purement et simplement écartée pour appartenir à une époque révolue.

15. Le droit international relatif aux droits de l'homme ne se réduit pas aux traités multilatéraux. Il existe un corpus de règles de droit international coutumier dans ce domaine, dont l'institution de la protection diplomatique. Les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme sont importants, notamment en ce qu'ils étendent leur protection tant aux étrangers qu'aux nationaux résidant sur le territoire des États parties. Mais les recours qu'ils offrent sont peu efficaces. La protection diplomatique n'a pour objet que de protéger les particuliers contre un gouvernement étranger, mais elle est une règle coutumière de droit international d'application universelle, susceptible d'offrir un recours plus utile. La plupart des États prendront plus au sérieux une réclamation au titre de l'exercice de la protection diplomatique émanant d'un autre État qu'une plainte déposée contre eux auprès d'un organe de contrôle des droits de l'homme. Tel est le constat réaliste, bien que triste, de l'état de la vie internationale.

16. Le Rapporteur spécial considère en conséquence que la protection diplomatique demeure une arme de choix pour la défense des droits de l'homme. Tant que l'État reste l'acteur principal des relations internationales, le fait qu'il prenne fait et cause pour ses nationaux en cas de violation de leurs droits est le moyen le plus efficace de protéger les droits de l'homme. Au lieu de chercher à affaiblir l'institution en l'écartant comme une fiction dépassée, il faudrait au contraire tout faire pour renforcer les règles qui composent le droit de la protection diplomatique. Telle est la philosophie sur laquelle repose le rapport à l'examen.

17. En ce qui concerne les projets d'articles, il y a lieu de dire d'emblée que l'expression « protection diplomatique » prête à confusion et qu'elle est probablement inexacte. Elle concerne assurément la protection par un État de ses nationaux à l'étranger, mais elle n'a pas grand-chose à voir avec la diplomatie ou l'action diplomatique. Il est évident, par exemple, que la procédure judiciaire intentée au nom d'un particulier lésé va au-delà de l'action diplomatique. Il ne saurait donc être reproché aux gouvernements de croire que la Commission traite non pas de la protection des étrangers mais de la protection des diplomates. Et de fait, en réponse à la demande d'informations sur la pratique en la matière, la majorité des gouvernements ont tout simplement communiqué copie de leur législation sur les privilèges et immunités diplomatiques. Cela se con-

çoit fort bien, car l'expression « protection diplomatique », plus qu'elle ne reflète fidèlement le contenu du sujet, est une expression technique.

18. L'article premier vise non pas tant à définir le sujet qu'à le décrire. Il ne vise pas non plus la protection fonctionnelle exercée par une organisation internationale, sujet évoqué brièvement au paragraphe 38 du rapport et qui n'a sans doute pas sa place dans l'étude, dès lors qu'il soulève effectivement nombre de problèmes de principe très différents. La doctrine de la protection diplomatique est à l'évidence liée à la théorie de la responsabilité des États en cas de préjudice causé à un étranger. De fait, au début de ses travaux sur la responsabilité des États, la Commission a bien essayé de traiter à la fois des principes de la responsabilité des États tels qu'ils sont formulés actuellement et de la protection diplomatique. L'idée qu'un fait ou une omission internationalement illicite qui lèse un étranger engage la responsabilité de l'État à qui ce fait ou cette omission est imputable avait gagné du terrain dans la communauté internationale dans les années 20. Il était généralement admis qu'un État n'était pas obligé d'accueillir des étrangers, mais que, s'il le faisait, il était obligé à l'égard de l'État de nationalité de fournir à leur personne et à leurs biens un certain niveau de protection conforme aux règles internationales minima relatives au traitement des étrangers.

19. Il a été tenté à plusieurs reprises de codifier ce principe, la plupart du temps en liant le sujet de la protection diplomatique à celui de la responsabilité des États. Les auteurs ont également abondamment défini la protection diplomatique dans ce contexte. Plus tard, pendant la période de la décolonisation, alors que d'aucuns percevaient cette institution comme un instrument de l'impérialisme occidental, cet argument semble avoir été rejeté et il est désormais généralement accepté que la protection diplomatique est une règle de droit international coutumier.

20. La série de projets d'articles à l'étude est faite essentiellement de règles secondaires, et le Rapporteur spécial n'a pas cherché à y incorporer une disposition énonçant une règle primaire définissant les circonstances dans lesquelles la responsabilité d'un État se trouve engagée par un fait ou une omission illicite qui cause un préjudice à un ressortissant étranger. Il n'a pas cherché non plus à formuler une disposition sur la réparation, cette question devant être réglée intégralement dans le cadre du projet d'articles sur la responsabilité des États.

21. La question de savoir si le droit d'exercer la protection diplomatique appartient à l'État ou à l'individu fait l'objet de l'article 3. À ce stade, il suffit de dire qu'il est traditionnellement dévolu à l'État dont la personne lésée a la nationalité. La fiction selon laquelle le dommage causé équivaut à un dommage causé à l'État de nationalité remonte au XVIII^e siècle et à Vattel⁴, et a été reprise par la CPJI dans l'affaire *Mavrommatis* et dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, ainsi que par la CIJ dans l'affaire *Nottebohm*.

⁴ E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Leyde, 1758.

22. Le mot « action » employé à l'article premier soulève quelques difficultés. Dans la plupart des cas, les définitions de la protection diplomatique n'expliquent pas de manière satisfaisante la nature des moyens dont dispose l'État pour l'exercer. Dans les affaires susmentionnées, la CPJI semble avoir établi une distinction entre « l'action diplomatique » et « l'action judiciaire », distinction reprise par la CIJ dans l'affaire *Nottebohm* et par le Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran dans l'affaire n° A/18. À l'opposé, les publicistes ne font pas cette distinction et estiment que la « protection diplomatique » couvre l'action consulaire, la négociation, la médiation, l'action judiciaire ou arbitrale, les représailles, les mesures de rétorsion, la rupture des relations diplomatiques, les pressions économiques et, en dernier ressort, le recours à la force. C'est là une question particulièrement controversée, à propos de laquelle le Rapporteur spécial s'est beaucoup inspiré de l'ouvrage de Borchard qui fait autorité en la matière et où tous ces moyens sont énumérés⁵. Dunn aussi, dans son étude de 1932⁶, a souligné avoir employé cette expression dans une acception générale couvrant l'ensemble du sujet de la protection des citoyens à l'étranger, y compris les cas dans lesquels des moyens autres que diplomatiques peuvent être mis en mouvement pour faire respecter une obligation.

23. La question de savoir quel moyen l'État lésé peut mettre en mouvement sera régie dans une large mesure par les dispositions du projet sur la responsabilité des États concernant les contre-mesures. Dans le présent contexte, le problème épineux de l'emploi de la force fait l'objet de l'article 2, lequel soulève deux questions éminemment controversées : premièrement, l'éternelle question de savoir si le droit international autorise l'intervention par la force pour protéger des nationaux; et, deuxièmement, celle de savoir si cette question relève bien de la sphère de la protection diplomatique. Le Rapporteur spécial a hésité à trop s'étendre sur ce point dans ses commentaires, étant donné en particulier qu'il est probable que la Commission rejette l'article 2. Son rapport contient néanmoins suffisamment de données pour alimenter un débat à partir duquel une décision pourra être prise sur la question de savoir si une disposition de cette nature devrait être incluse dans le projet d'articles.

24. L'emploi de la force en tant que moyen ultime de protection diplomatique est souvent considéré comme faisant partie du sujet à l'étude. L'histoire fourmille d'exemples de cas dans lesquels la protection des nationaux a servi de prétexte pour justifier une intervention militaire. C'est à l'issue d'une intervention de ce genre menée par les puissances impériales au Venezuela que la Convention II de la Conférence de la paix de La Haye, dite « Convention Porter », a été adoptée en 1907, qui interdisait le recours à la force armée aux fins du recouvrement auprès du gouvernement d'un pays de dettes contractuelles réclamées par le gouvernement d'un autre pays comme étant dues à ses nationaux. Cette interdiction n'était pas absolue, puisqu'il était stipulé qu'en cas de refus par l'État

débiteur de soumettre le différend à l'arbitrage ou de se conformer à la sentence rendue, les États pourraient toujours recourir à l'emploi de la force. Les précédents rapporteurs spéciaux de la Commission se sont penchés sur cette question et ont généralement émis l'avis que le recours à la force en tant que moyen de protection diplomatique est interdit. À la huitième session de la Commission, en 1956, García Amador a présenté un premier rapport, intitulé « Responsabilité internationale »⁷, contenant plusieurs « bases de discussion », dans lesquelles il soulignait que l'exercice direct de la protection diplomatique n'impliquerait en aucun cas la menace ou l'emploi effectif de la force ou d'une autre forme quelconque d'intervention dans les affaires intérieures ou extérieures de l'État défendeur⁸. Il ne ressort pas des débats de la Commission que ces dispositions aient suscité des objections, mais les seules opinions favorables qui aient été exprimées à leur endroit sont celles de MM. Krylov et Spiropoulos qui les ont brièvement mentionnées pour les approuver⁹. Il reste que, pour des raisons que le Rapporteur spécial ignore, ces dispositions n'ont jamais été reprises dans aucun des rapports ultérieurs.

25. Dans son rapport préliminaire, le précédent rapporteur spécial a déclaré, sans y apporter de réserve, que l'État ne peut recourir à la menace et à l'emploi de la force dans l'exercice de la protection diplomatique. Personnellement, le Rapporteur spécial pense que vouloir interdire la menace ou l'emploi de la force dans l'exercice de la protection diplomatique est louable, mais que c'est faire peu cas du droit international contemporain, tel qu'il ressort des interprétations de la Charte des Nations Unies et de la pratique des États. Nguyen Quoc Dinh rend bien compte du dilemme devant lequel se trouve actuellement le droit international, lorsqu'il déclare tout d'abord qu'il est interdit d'employer la force dans le cas de la protection diplomatique et considère ensuite comme délicate la question de la légalité des interventions militaires menées par les États pour protéger leurs nationaux¹⁰. La question est à n'en pas douter délicate. Cependant, dans son rapport, le Rapporteur spécial n'a pas éludé la question de savoir si le droit international, tel qu'il se présente actuellement, autorise l'emploi de la force pour protéger les nationaux et si cette question relève bien du domaine de la protection diplomatique.

26. Le paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies porte interdiction du recours à l'emploi de la force. La seule exception qui autorise les États à recourir unilatéralement à la force est prévue à l'Article 51, qui traite du droit de légitime défense. Il est clair que le recours à la force aux fins du recouvrement de dettes contractuelles est interdit par le paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte, tout comme la menace de l'emploi de la force sous forme de représailles. Il s'ensuit que le recours à la menace ou à l'emploi de la force dans l'exercice de la protection diplomatique ne peut être justifié qu'en cas de légitime défense.

⁵ E. M. Borchard, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*, New York, Banks Law Publishing, 1919.

⁶ F. S. Dunn, *The Protection of Nationals: A Study in the Application of International Law*, Baltimore, Johns Hopkins University Press, 1932.

⁷ *Annuaire... 1956*, vol. II, doc. A/CN.4/96, p. 175.

⁸ *Ibid.*, base de discussion n° VII, par. 3, p. 221.

⁹ *Ibid.*, vol. I, 371^e séance, p. 252 et 253.

¹⁰ P. Daillier, Nguyen Quoc Dinh et A. Pellet, *Droit international public*, 6^e éd., Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1999.

27. Le droit de légitime défense tel que le reconnaît le droit international a été formulé bien avant 1945. Il était généralement admis que, de portée large, il comprenait aussi bien les mesures prises par anticipation que les interventions conduites pour protéger des ressortissants. L'Article 51 de la Charte des Nations Unies ne prévoit pas son exercice dans ces cas : il ne l'envisage que dans celui où il y a eu agression armée. Un long débat s'est instauré, au cours duquel certains auteurs, dont MM. Brownlie et Simma, ont soutenu que l'Article 51 donne une définition complète et exclusive du droit de légitime défense, dont il limite l'exercice aux cas dans lesquels un État a fait l'objet d'une agression armée. D'autres, comme M. Bowett, ont maintenu que l'expression « droit naturel » utilisée à l'Article 51 sauvegarde le droit coutumier antérieur à la Charte qui permet à un État d'intervenir pour protéger ses nationaux.

28. Les décisions des tribunaux internationaux et des organes politiques des Nations Unies n'offrent guère d'orientations sur ce point. Les tribunaux ont généralement évité d'aborder le sujet. La CIJ l'a écarté lorsqu'elle a examiné l'opération menée par les États-Unis pour venir au secours de ressortissants en République islamique d'Iran. Dans la plupart des cas où le problème s'est posé au sein des organes politiques de l'Organisation des Nations Unies, l'exercice du droit de veto a empêché l'adoption de toute décision non ambiguë. Il est à noter qu'Oppenheim a relevé que les États ne se sont guère montrés enclins à considérer que l'intervention dûment limitée à la protection des nationaux dans des situations de crise n'était pas justifiée¹¹.

29. Il est évident qu'il a été fait dans le passé un usage abusif du droit de recourir à la force pour protéger des ressortissants, et que tel est encore le cas. Il faut donc, si ce droit est retenu, le formuler de façon limitative. En essayant de le faire à l'article 2, le Rapporteur spécial a été influencé par l'opération de sauvetage menée par Israël à l'aéroport d'Entebbe en 1976. Il est légitime de se demander si l'État sur le territoire duquel les otages se trouvaient avait les moyens ou la volonté de les libérer. Si, par exemple, il est admis que l'Ouganda était dans l'incapacité de lancer une opération de sauvetage, il faut alors admettre que l'opération israélienne n'était pas une opération qui visait à déstabiliser politiquement ce pays. C'est pourquoi le Rapporteur spécial a fondé son argumentation sur ce précédent, plutôt que sur de nombreux autres où la preuve est administrée que l'État qui est intervenu nourrissait des ambitions territoriales ou politiques.

30. Le Rapporteur spécial considère que l'article 2 reflète mieux la pratique des États qu'une interdiction absolue du recours à la force : pareille interdiction est difficilement conciliable avec la pratique effective des États. Par ailleurs, un droit général d'intervenir n'est pas conciliable avec les protestations que des interventions menées pour protéger des nationaux ont soulevées de la part de l'État lésé ou d'États tiers. La solution la plus sage consisterait à reconnaître l'existence d'un tel droit, tout en encadrant strictement son exercice.

31. Il est précisé au paragraphe 60 du rapport que l'intervention humanitaire n'entre pas dans le cadre de l'étude. Un certain nombre d'auteurs n'établissent pas de distinction entre, d'une part, l'intervention humanitaire destinée à protéger l'ensemble de l'humanité ou les ressortissants d'un État et, d'autre part, la protection diplomatique en tant que moyen d'intervention destiné à protéger uniquement des nationaux, ou en majorité des nationaux, de l'État qui intervient. Le Rapporteur spécial se dit persuadé que l'article 2 suscitera un long débat. Deux options s'offrent à la Commission : incorporer dans le projet d'articles l'article 2 ou un article fondé sur le principe qui y est énoncé; ou supprimer cet article au motif que le paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies interdit les interventions de ce type ou que la menace ou l'emploi de la force, s'ils sont peut-être licites en vertu du droit international coutumier, et peut-être en vertu de la Charte, ne devraient plus être considérés comme faisant partie de la doctrine de la protection diplomatique. Le Rapporteur spécial souhaiterait que la Commission se prononce à ce sujet d'emblée afin d'éviter que le problème ne se pose de nouveau en plein débat sur le sujet.

32. L'article 3 est peut-être moins controversé. Il pose la question de savoir à qui appartiennent les droits qui sont revendiqués lorsque l'État de nationalité invoque la responsabilité d'un autre État pour préjudice causé à un de ses nationaux. La conception classique, selon laquelle le dommage a été causé à l'État lui-même, a été contestée pour être traversée de contradictions. Comme le Rapporteur spécial a déjà eu l'occasion de le souligner, cette doctrine a été acceptée des siècles durant et entérinée par la CPIJ dans l'affaire *Mavrommatis* et dans celle du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*. La Cour a déclaré qu'en prenant fait et cause pour l'un des siens, en mettant en mouvement, en sa faveur, l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, un État fait à vrai dire valoir son droit propre, le droit qu'il a de faire respecter en la personne de ses ressortissants le droit international. Ce principe a été réaffirmé par la CIJ dans l'affaire *Nottebohm* et affirmé par l'Institut de droit international à l'article 3 de sa résolution sur « le caractère national d'une réclamation internationale présentée par un État en raison d'un dommage subi par un individu », adoptée en 1965 à sa session de Varsovie¹².

33. Un certain nombre d'avis ont été émis quant au fondement de cette doctrine. Certains auteurs ont avancé l'idée qu'elle repose sur la souveraineté de l'État et son droit de légitime défense, ainsi que sur le droit à l'égalité de traitement. Brierly a proposé une explication satisfaisante, citée au paragraphe 63 du rapport, à savoir : lorsqu'un État intervient pour protéger un de ses ressortissants, ou lorsqu'il met en mouvement une action suite à un dommage subi par ce ressortissant, il ne se préoccupe pas nécessairement de ce ressortissant en particulier, il se soucie en général davantage de préserver les principes du droit international¹³. C'est l'intérêt de l'État pris dans son

¹² Institut de droit international, *Tableau des résolutions adoptées (1957-1991)*, Paris, Pedone, 1992, p. 58.

¹³ J. L. Brierly, "The theory of implied State complicity in international claims", *The British Year Book of International Law*, 1928, vol. 9, p. 48.

¹¹ R. Jennings et A. Watts (dir. pub.), *Oppenheim's International Law*, 9^e éd., vol. I, *Peace*, Londres, Longman, 1992, p. 440.

ensemble qui est donc en jeu, et non uniquement celui de l'individu. D'un autre côté, force est de reconnaître que les tribunaux internationaux diffèrent dans leur perception de ce principe. Souvent, ils se réfèrent à l'individu comme étant le « plaideur », alors même que l'action est intentée par l'État au nom de l'individu lésé. Cela suppose que l'État agit tout simplement au nom de ce dernier, et plusieurs auteurs soutiennent qu'il fait valoir le droit de l'individu plutôt que son droit propre. Ils en veulent pour preuve l'existence d'institutions comme l'épuisement des recours internes, la condition de la continuité de la nationalité et l'évaluation du quantum des dommages et intérêts en fonction du dommage subi par l'individu.

34. L'évolution intervenue dans le domaine des droits de l'homme étant ce qu'elle est, si un individu est en mesure d'intenter une action devant un tribunal international ou un organe de suivi pour faire valoir ses droits fondamentaux, il est difficile de prétendre que l'État fait valoir un droit qui lui est propre. Le Rapporteur spécial est donc prêt à admettre que la protection diplomatique est une fiction. D'un autre côté, il y a lieu de s'intéresser davantage à la question de savoir si la conception traditionnelle de la protection diplomatique est utile qu'à celle de savoir si elle repose sur des bases logiques. La protection diplomatique, même si elle est fondée sur une fiction, est une institution acceptée en droit international coutumier et elle sert encore à protéger les droits de l'homme. Elle offre un recours potentiel permettant de protéger des millions d'étrangers qui n'ont pas accès aux organes internationaux, et elle constitue un recours utile pour ceux qui ont accès aux recours souvent peu efficaces que prévoient les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme.

35. Le débat sur l'identité du titulaire du droit d'invoquer la protection a des répercussions importantes sur la portée de la protection diplomatique. Si c'est l'État qui détient ce droit, il pourra alors le faire valoir, que l'individu lui-même ait ou non accès à une instance internationale. En revanche, si c'est l'individu qui possède ce droit, il est alors possible de prétendre que le droit de l'État est un droit purement supplétif et procédural – c'est-à-dire un droit qui ne peut être exercé que si l'individu n'a pas accès à un recours. C'est cette argumentation qu'a défendue M. Orrego Vicuña dans le rapport qu'il a présenté à l'Association de droit international¹⁴, dont le Rapporteur spécial s'est inspiré pour établir le rapport à l'examen.

36. L'article 3 tend à codifier le principe de la protection diplomatique dans sa conception traditionnelle. Il y est reconnu que la protection diplomatique est un droit attaché à l'État, que celui-ci est libre d'exercer à sa discrétion, sous réserve de l'article 4, chaque fois qu'un de ses nationaux est lésé par un autre État. L'exercice du droit d'intervention diplomatique par l'État de nationalité n'est pas limité aux cas de violations massives et systématiques des droits de l'homme. D'autre part, l'État de nationalité n'est pas tenu de s'abstenir d'exercer ce droit lorsque l'intéressé peut se prévaloir d'un recours en vertu d'un traité relatif aux droits de l'homme ou aux investissements étrangers. Dans la pratique, un État s'abstiendra certainement de le faire lorsque la personne concernée dispose d'un recours; il peut aussi s'associer à celle-ci pour faire valoir le droit

qui lui est reconnu en vertu du traité considéré. En principe, selon l'article 3, un État n'est pas tenu de s'abstenir d'exercer son droit dans ces circonstances dès lors qu'un droit qui lui est propre est violé lorsqu'un de ses nationaux est lésé.

37. L'article 4 porte sur une autre question controversée : il s'inscrit dans une perspective *de lege ferenda* et relève de ce fait du développement progressif du droit international et non de sa codification. La doctrine traditionnelle veut qu'un État dispose du droit absolu de décider d'exercer ou non sa protection diplomatique au nom d'un de ses nationaux. Il n'est pas tenu de le faire. Il s'ensuit qu'en droit international le national d'un État qui subit un préjudice à l'étranger ne peut revendiquer aucun droit à la protection diplomatique. Borchard l'a déclaré sans équivoque. Cette position a été reprise par la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. De même, elle est appuyée par plusieurs auteurs. Mais selon d'autres, elle est un aspect regrettable du droit international, et l'évolution dans le domaine du droit international relatif aux droits de l'homme veut qu'un État soit tenu d'accorder une protection diplomatique à une personne lésée. Cette question a été débattue à la Sixième Commission, au sein de laquelle la plupart des orateurs ont émis l'avis que l'État dispose en matière d'exercice de la protection diplomatique d'un pouvoir discrétionnaire absolu. Mais d'autres orateurs ont soutenu le contraire.

38. La pratique des États en la matière ne manque pas d'intérêt. La constitution de nombreux États consacre le droit de la personne à la protection diplomatique. Certaines d'entre elles, en particulier celles des pays d'Europe orientale, disposent que l'État doit protéger les droits légitimes de ses ressortissants à l'étranger, ou que ses ressortissants à l'étranger jouissent de la protection. Néanmoins, le Rapporteur spécial ne sait pas si ces droits peuvent être invoqués, en vertu du droit interne, devant un tribunal, ou s'ils visent simplement à faire en sorte qu'un national lésé à l'étranger ait le droit d'accéder aux autorités consulaires de son État. Il souhaiterait que les membres de la Commission originaires de pays dont la constitution contient des dispositions dans ce sens lui disent s'il existe un recours interne permettant de faire valoir ce droit.

39. Il est rendu compte aux paragraphes 84 à 86 du rapport de la pratique de certains États, dont il ressort que, dans certaines circonstances, les États sont tenus juridiquement d'octroyer leur protection diplomatique à une personne lésée. Le paragraphe 84 fait état d'une théorie intéressante en droit britannique : la doctrine suivie en droit administratif consistant à prendre en considération l'espoir légitime d'un particulier pourrait être étendue au domaine de la protection diplomatique. Si tel est le cas, une personne lésée pourrait prétendre que, si elle satisfait aux conditions énoncées dans les règles du Royaume-Uni applicables aux réclamations internationales, elle a l'espoir légitime d'être protégée.

40. Au paragraphe 85, le Rapporteur spécial appelle l'attention sur une loi des États-Unis d'Amérique de 1868 qui prévoit que le Président est tenu d'accorder sa protection aux nationaux dans certaines circonstances. Il fait toutefois observer, dans la dernière note de bas relative à ce paragraphe, que, dans l'affaire *Redpath v. Kissinger*, la Cour a déclaré que le droit à la protection diplomatique ne

¹⁴ F. Orrego Vicuña, "The changing law of nationality of claims", 1999. (Inédit)

peut pas faire l'objet d'un contrôle juridictionnel¹⁵. L'incertitude en la matière a donné lieu à un certain nombre d'affaires dans lesquelles des particuliers ont fait valoir leur droit à la protection diplomatique et mis en avant le devoir qu'a l'État d'octroyer cette protection.

41. Étant donné que la constitution de certains pays semble imposer un devoir aux États, que la Sixième Commission a appuyé dans une certaine mesure cette proposition et comme les affaires en la matière sont nombreuses, la Commission devrait se pencher sur cette question et décider si elle se prête à un développement progressif. Cette idée ne peut être rejetée sommairement, parce qu'elle s'inscrit dans le droit fil de la promotion des droits de la personne humaine. Ainsi que le Rapporteur spécial l'a fait observer, la protection diplomatique concerne essentiellement la promotion des droits fondamentaux de la personne humaine.

42. Il est intéressant de noter qu'Orrego Vicuña a émis l'avis que le pouvoir discrétionnaire de l'État d'accorder la protection diplomatique n'est pas absolu et qu'il devrait être soumis à un contrôle juridictionnel¹⁶. À l'article 4, le Rapporteur spécial a cherché à donner effet aux opinions allant dans ce sens, en proposant que, dans des cas strictement limités, un État peut être tenu d'accorder sa protection diplomatique à un de ses nationaux.

43. Les paragraphes 89 à 93 traitent des limitations qui pourraient être imposées à ce droit. Premièrement, ce droit devrait être limité aux cas de violation de règles de *jus cogens*. Deuxièmement, l'État national devrait disposer d'une large marge d'appréciation et ne devrait pas être soumis à l'obligation de protéger un national si ses intérêts internationaux commandent qu'il n'en fasse rien. Troisièmement, un État devrait être dégagé de cette obligation si le particulier dispose d'un recours devant un tribunal international. Quatrièmement, un État n'est pas tenu à cette obligation si un autre État peut protéger un particulier possédant deux ou plusieurs nationalités. Enfin, le Rapporteur spécial propose qu'un État ne soit pas tenu de protéger un national qui n'a pas de lien effectif avec l'État de nationalité, car dans ce cas ce serait le principe énoncé dans l'affaire *Nottebohm* qui pourrait s'appliquer. Le Rapporteur spécial soumet donc l'article 4 à l'examen de la Commission en étant pleinement conscient du fait qu'il s'agit d'un exercice de développement progressif du droit international. Dans ce cas aussi, la Commission devrait déterminer sans trop de retard si cette proposition est ou non par trop radicale.

44. M. BROWNLIE dit que le premier rapport est exhaustif et qu'il dépasse peut-être même le mandat confié au Rapporteur spécial. Il est bien documenté et utile, en ce qu'il cerne avec précision les problèmes en jeu. S'agissant de l'interaction entre l'élaboration de nouvelles normes en matière de droits de l'homme et cette institution ancienne qu'est la protection diplomatique, M. Brownlie souhaite rendre hommage aux travaux de pionnier de M. Richard Lillich, avocat international américain décédé récemment et dont les ouvrages ont souvent été sous-estimés. Mais il

se trouve en l'occurrence que le Rapporteur spécial s'en est inspiré.

45. M. Brownlie souscrit à plusieurs des conclusions du Rapporteur spécial qui, en substance, est parti du postulat que la protection diplomatique n'est pas une institution désuète, mais qu'elle fait partie de la pratique des États. Pour sa part, il pense que, même si elle n'est pas entourée de beaucoup de publicité, la protection diplomatique n'en existe pas moins. L'action menée en la matière par les gouvernements n'est pas toujours rendue publique et nombre de cas ne sont pas rapportés dans les ouvrages publiés.

46. Le Rapporteur spécial semble néanmoins tendre à exagérer quelque peu les controverses qui émaillent le sujet. Au paragraphe 10, il indique que celui-ci demeure l'un des plus controversés du droit international. Cela n'est pas forcément vrai, bien que certaines questions importantes soient en cause. Le sujet a tout à fait sa place dans le programme de travail de la Commission.

47. À propos du rapport effectif entre une personne physique ou morale et l'État, M. Brownlie accepte la conception de Brierly exposée au paragraphe 63 et convient avec le Rapporteur spécial que le qualifier de fiction ne fait guère avancer les choses. Tout bien considéré, il ne saurait être réduit à un élément unique, et même dans le domaine des droits de l'homme, il est complexe, comme en témoigne l'histoire de la procédure en l'affaire *Loizidou*, introduite en vertu de la Convention européenne des droits de l'homme.

48. Le rapport, en particulier aux paragraphes 25 et 29, renferme quelques appréciations lucides et réalistes sur le lien entre le sujet à l'étude et la protection des droits de l'homme. Dans le monde contemporain, qui est assez rude, il serait irresponsable d'écarter un quelconque des mécanismes de protection disponibles. Une panoplie d'instruments est nécessaire, et la protection diplomatique, malgré les défauts qu'elle présente et les difficultés qu'il y a à l'appliquer, en demeure un élément. L'institution peut être réaménagée, mais elle ne devrait pas être cassée. Tel est l'avis, nettement exprimé, du Rapporteur spécial, et M. Brownlie le partage.

49. L'économie de l'article premier ne pose aucun problème particulier à M. Brownlie. En revanche, l'article 2 le surprend fort, pour un certain nombre de raisons. Il est indiqué au paragraphe 43 du rapport que, pour les publicistes, l'expression « protection diplomatique » recouvre toute une gamme de moyens et, « en dernier ressort, le recours à la force ». Au paragraphe 47, il est déclaré que l'emploi de la force en tant que moyen ultime de protection diplomatique est fréquemment considéré comme faisant partie du sujet de la protection diplomatique. Il s'agit là de deux appréciations surprenantes de l'état actuel de la doctrine. M. Brownlie pense que l'emploi de la force ne fait pas partie du sujet et que la question ne relève pas du mandat de la Commission. La protection diplomatique concerne essentiellement la question de la recevabilité des réclamations, et il est surprenant qu'il n'en soit pas fait plus souvent état dans le rapport. L'article 2 traite en quelque sorte du problème de l'autoprotection. La Commission ne peut certainement pas embrasser l'ensemble des mécanismes, dont certains sont très importants en soi,

¹⁵ 415 F Supp. 566 (W.D.Tex.1976), confirmé à 545 F.2nd 167 (5th Cir. 1976).

¹⁶ Voir *supra* note 14.

par lesquels une protection peut être accordée à des particuliers qui portent plainte contre un État. Ces mécanismes englobent un large éventail de moyens, dont les activités de maintien de la paix, les activités consulaires et, par exemple, les mesures prises récemment par l'Association du personnel de la Banque mondiale. De plus, la question de l'emploi de la force aux fins de protéger des nationaux à l'étranger ne saurait être dissociée de l'ensemble de la question de l'emploi de la force et de l'application de la Charte des Nations Unies.

50. Le fait d'identifier apparemment le droit coutumier à celui de 1842, et non à celui de 1945 ou de 1999, et l'utilisation des sources du droit soulèvent certains problèmes. Appelant l'attention sur le paragraphe 58 du rapport, M. Brownlie dit que voir dans la non-condamnation d'une action par les organes politiques une preuve de la position du droit coutumier n'est guère une assertion plausible. Si cette assertion vise l'inaction du Conseil de sécurité, cela ne signifie pas pour autant que l'Assemblée générale ne s'est pas prononcée sur l'incident évoqué ou que le Mouvement des non-alignés ou le Commonwealth n'ont pas adopté de résolutions pertinentes. La pratique de certains États l'infirmes d'ailleurs : le fait que le raid d'Entebbe et d'autres incidents impliquant une prétendue protection de nationaux ou une prétendue intervention humanitaire n'aient, pour ainsi dire, pas fait l'objet d'une dénonciation pour illégalité de la part de la communauté internationale ne signifie nullement qu'ils aient été approuvés en tant qu'opérations licites. Le raid d'Entebbe n'est pas en soi un précédent pertinent. Le débat qui a eu lieu au sein du Conseil montre que les États membres africains étaient loin d'être satisfaits. Vu les circonstances, les États ont tardé à condamner l'action israélienne, même si certains l'ont fait. De nombreuses personnes ont été tuées, il ne faut pas l'oublier, dont des otages et des Ougandais.

51. À première vue, l'article 3 ne pose pas de problème. Le Rapporteur spécial a indiqué avec une grande franchise que l'article 4 s'inscrit dans une perspective *de lege ferenda*, tout comme du reste l'article 7. M. Brownlie accueille avec admiration l'article 4, en ce qu'il constitue une initiative inédite tentée pour régler un problème épineux. Il est cependant paradoxal de donner à penser qu'il s'appuie sur la pratique des États. Les dispositions constitutionnelles énoncées aux paragraphes 80 et 81 du rapport ne prouvent absolument pas l'existence d'une *opinio juris*, sauf dans le cas de l'Allemagne, où il est précisé sans ambiguïté que les dispositions en question reposent sur le droit international général. L'exemple d'États ayant présenté en faveur de non-nationaux des réclamations contre d'autres États auxquelles ceux-ci auraient fait droit aurait pu prouver l'existence d'une pratique dans ce sens, mais aucun exemple n'est donné. La position de Borchard¹⁷ citée au paragraphe 75 reflète un point de vue qui avait cours en 1915, mais il n'existe pas beaucoup d'auteurs modernes qui pensent que la protection diplomatique est un devoir de l'État. La conclusion énoncée au paragraphe 87 selon laquelle il existe dans la pratique récente des États des « signes » qui militent en faveur de cette position est une appréciation optimiste des données effectivement disponibles.

52. M. BAENA SOARES dit que le rapport est clair et sans détours et qu'il témoigne d'un souci de la protection des droits de l'homme que tous les membres de la Commission partagent sans aucun doute. Les commentaires et les propositions qu'il concerne vont dans le sens d'un développement progressif du droit international, et les voies de droit en vigueur y sont analysées dans la perspective d'aller de l'avant et de mieux les adapter aux circonstances présentes.

53. La matière est controversée et complexe. Sa longue histoire est émaillée d'événements tragiques et d'actes menés par la force que résume éloquemment l'expression : « diplomatie de la canonnière ». Sous prétexte de protéger des nationaux, des actes regrettables et tout à fait injustifiables ont été commis. Il ne faut pas laisser ce dévoiement miner la procédure judiciaire en matière internationale. Il faut plutôt s'appliquer à mettre au point des normes propres à améliorer le respect de cette dernière. À cette fin, la Commission se doit de donner aux États les éléments qui leur permettront de parvenir à une décision, et des projets d'articles accompagnés de commentaires offrent le moyen le mieux indiqué pour ce faire.

54. Pour ce qui est de l'introduction du rapport, il est vain de débattre de la question de savoir si la protection diplomatique est ou non une fiction juridique. L'important est de déterminer si elle sert un objectif, si elle est utile et si elle vaut la peine d'être maintenue, ou si elle devrait être rejetée pour appartenir au passé. M. Baena Soares pense que la protection diplomatique a sa place et qu'elle n'est pas désuète. Se référant au paragraphe 11 du rapport, il fait observer que le temps est révolu où la protection des citoyens qui ne recevaient pas un traitement conforme aux normes courantes de la civilisation était le privilège des États puissants. Il reste que l'emploi de la force sous des prétextes divers fait encore bel et bien partie des relations internationales. M. Baena Soares n'est pas convaincu par l'idée que la fin de la guerre froide et la mondialisation de l'information, des échanges et de la finance ont apporté une plus grande sécurité à la personne et aux biens des nationaux ou des étrangers. De même, les avancées considérables enregistrées dans la protection des droits de l'homme dans le droit international contemporain ne se sont pas traduites par des améliorations efficaces suffisantes pour pouvoir se passer de mécanismes internationaux comme celui de la protection diplomatique.

55. Le Rapporteur spécial a cité deux instruments récents qui attestent l'actualité de l'institution de la protection diplomatique : la Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent¹⁸ et la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille. Ces instruments octroient aux travailleurs migrants et aux étrangers le droit de faire appel aux autorités consulaires ou diplomatiques de leur État d'origine lorsqu'il est porté atteinte à leurs droits. Un des inconvénients majeurs de la mondialisation réside dans l'intensification de la circulation d'un pays à l'autre de personnes en quête de meilleures conditions de vie et de travail, qu'il est alors nécessaire de protéger lorsqu'elles sont lésées dans leurs droits.

¹⁷ Op. cit. (*supra* note 5), p. 29.

¹⁸ Résolution 40/144 de l'Assemblée générale en date du 13 décembre 1985, annexe.

56. M. Baena Soares souscrit à l'observation du Rapporteur spécial figurant au paragraphe 32 du rapport selon laquelle, au lieu de chercher à affaiblir l'institution en l'écartant comme une fiction dépassée, il faudrait au contraire tout faire pour renforcer les règles qui composent le droit de la protection diplomatique. Il importe donc absolument, dans cette perspective, de réguler la procédure plus strictement, premièrement en prévenant le recours à l'emploi de la force sous prétexte de protection et deuxièmement en améliorant l'accès des personnes au recours.

57. Il est fait état au paragraphe 25 du rapport de la Convention américaine relative aux droits de l'homme : « Pacte de San José de Costa Rica », dont l'application, dans le contexte de la Commission interaméricaine des droits de l'homme et de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, a été, par rapport à celle d'autres instruments internationaux analogues, couronnée de succès.

58. À titre d'observation préliminaire sur les projets d'articles, M. Baena Soares considère que l'article 2 pose des difficultés quasi insurmontables : d'élargir les exceptions à l'interdiction du recours à la menace ou à l'emploi de la force au-delà de ce que prévoit la Charte des Nations Unies est extrêmement dangereux. Il n'est pas convaincu par l'interprétation très large donnée du droit de légitime défense. Au contraire, il partage l'avis que le précédent rapporteur spécial a exprimé dans son rapport préliminaire, selon lequel un État ne peut recourir à la menace et à l'emploi de la force dans l'exercice de la protection diplomatique.

59. M. Baena Soares tient à souligner en conclusion que l'examen du sujet offre une occasion unique de changer la perception de la protection diplomatique en tant qu'instrument au service exclusif des puissants contre les faibles et de faire en sorte qu'elle fonctionne de façon équilibrée au profit des individus.

60. M. GAJA dit que le rapport sur la protection diplomatique à l'étude, qui offre ample matière à réflexion, a trait aux questions les plus controversées auxquelles la Commission devra s'attaquer en l'occurrence. Le Rapporteur spécial a accordé dans son rapport une grande importance à la protection diplomatique en tant qu'instrument permettant de veiller à ce qu'il ne soit pas porté atteinte aux droits de l'homme. Il n'apparaît pas immédiatement à l'évidence qu'un État qui soulève un problème en matière de droits de l'homme qui touche ses ressortissants exerce la protection diplomatique. En droit international, les obligations dans le domaine des droits de l'homme sont des obligations *erga omnes* types. Tout État peut demander la cessation de la violation, que les personnes concernées soient ses nationaux, des nationaux de l'État auteur de la violation ou des nationaux d'un État tiers. C'est ainsi que le critère de la nationalité des réclamations semble ne pas avoir sa place lorsque les droits de l'homme sont en jeu. Quoi qu'il en soit, les États, essentiellement, se préoccupent de protéger les droits fondamentaux de leurs ressortissants, et s'il est vrai que les règles du droit international général relatives aux droits de l'homme n'établissent pas en général de distinction entre les personnes protégées en fonction de leur nationalité, il n'en est pas moins vrai que leur application tend à être plus efficace lorsque des étrangers sont en cause. M. Gaja est donc enclin à convenir avec le Rapporteur spécial que la notion de protection diploma-

tique s'étend à la protection par un État des droits fondamentaux de ses nationaux, mais pense qu'il est difficile d'élargir à tous ses autres aspects ce qui vaut pour cet aspect précis de la protection diplomatique doté de caractéristiques particulières.

61. La première de ces caractéristiques est que, comme la CIJ l'a indiqué dans son arrêt célèbre sur l'affaire de la *Barcelona Traction*, seul un État, l'État de nationalité, peut intervenir et exercer la protection diplomatique; mais lorsque des droits de l'homme sont en jeu, n'importe quel État peut intervenir. Il s'ensuit que l'État de nationalité n'est pas en mesure de renoncer à faire valoir toutes les réclamations portant sur la protection des droits fondamentaux de ses nationaux. La deuxième caractéristique ressort d'une comparaison avec le sujet de la responsabilité des États : lorsque des droits inhérents à la personne humaine sont en jeu, le droit international offre à l'individu une protection accrue. Il semble raisonnable de soutenir que, s'agissant de la responsabilité des États pour atteinte aux droits de l'homme, l'individu est habilité à choisir entre la restitution et l'indemnisation, assertion qu'il est beaucoup plus difficile de soutenir dans d'autres cas de protection diplomatique. Par exemple, est-il possible de dire que, lorsque l'État de nationalité conclut avec l'État auteur du dommage un accord d'indemnisation globale, l'accord n'est pas légal en droit international si la société dont les biens ont été affectés préfère la restitution à l'indemnisation ? Il est peut-être vrai que le rôle de l'individu dans le contexte du traitement des ressortissants étrangers en général occupe une place plus grande, mais la spécificité de la protection des droits de l'homme ne permet pas de ranger tous les cas de protection diplomatique dans la même catégorie.

62. Les projets d'articles 2 et 4 visent des cas dans lesquels les droits de l'homme ont un statut différent. M. Gaja convient sans réserve avec M. Brownlie que l'article 2 n'a pas sa place dans le projet et que la Commission devait faire porter ses efforts sur la protection diplomatique proprement dite. Il croit que l'article 4 va trop loin en posant une obligation d'exercer la protection diplomatique. Il souhaiterait des éclaircissements sur un point. Le Rapporteur spécial propose de faire de l'exercice de la protection diplomatique un devoir dans certaines circonstances, sans toutefois préciser à l'égard de qui ce devoir existe. Il pourrait s'agir du particulier, mais comme le Rapporteur spécial évoque aussi des normes impératives, la question se pose de savoir si, à son avis, il existerait aussi un devoir dans ce sens envers la communauté internationale dans son ensemble.

63. M. ECONOMIDES, formulant des observations préliminaires, dit que le rapport à l'étude permettra à la Commission d'examiner la question de la protection diplomatique de façon aussi complète que possible. Le mot « action » qui figure à l'article premier soulève certains problèmes. La protection diplomatique est un processus long et complexe qui a un commencement et, souvent mais pas toujours, une fin. Normalement, lorsqu'un État reçoit une plainte émanant d'un particulier, il l'examine pour en apprécier l'importance et la légalité. Cette première phase préparatoire se situe en dehors de la protection diplomatique au sens strict. L'ambassade, le consulat, voire le ministère peuvent fort bien engager des contacts mais la protection diplomatique n'est pas en jeu.

Elle n'entre en jeu qu'à partir du moment où le gouvernement décide de présenter la réclamation de son national au gouvernement qui aurait failli à certaines règles de droit international.

64. La protection diplomatique comporte généralement deux stades. Le premier est diplomatique : l'État de nationalité négocie avec l'autre État pour essayer de trouver une solution. Si une solution est trouvée, la protection diplomatique a porté ses fruits et l'affaire est close; dans le cas contraire, soit l'État peut renoncer à son initiative, ce qui est souvent le cas, soit un différend surgit entre les deux États. Le règlement du différend marque la fin de la procédure de la protection diplomatique. L'article premier est quelque peu vague quant à toutes ces possibilités.

65. L'alinéa *a* de l'article 2 est surprenant car il crée des difficultés insurmontables et va à l'encontre de la Charte des Nations Unies, en ce qui concerne notamment le principe du non-recours à l'emploi de la force dans les relations internationales. La seule exception à ce principe est le cas de légitime défense, notion que la Charte définit de façon très restrictive. Le droit de légitime défense présuppose dans tous les cas l'existence d'un acte d'agression armée et son exercice est limité dans le temps, à savoir jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales. Le droit international réglementant aussi strictement le droit de légitime défense, il est inconcevable d'assortir aussi facilement le principe de non-recours à l'emploi de la force, qui, sur le plan juridique, est la règle de droit international la plus importante du siècle, d'autres exceptions, en particulier des exceptions aussi lourdes de dangers que celles proposées par le Rapporteur spécial à propos des ressortissants étrangers.

66. La proposition du Rapporteur spécial est aussi contraire à un autre principe capital du droit international, à savoir celui de la non-ingérence dans les affaires intérieures des États. Développé par voie coutumière, ce principe trouve son expression la plus complète actuellement 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 Unies¹⁹, déclaration qui stipule qu'aucun État ni groupe d'États n'a le droit d'intervenir, directement ou indirectement, pour quelque raison que ce soit – y compris par conséquent pour la protection des nationaux – dans les affaires intérieures ou extérieures d'un autre État et qu'en conséquence, non seulement l'intervention armée, mais aussi toute autre forme d'ingérence ou toute menace dirigées contre la personnalité d'un État ou contre ses éléments politiques, économiques et culturels sont contraires au droit international.

67. M. Economides rappelle à cet égard la condamnation catégorique prononcée par la CIJ dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, dans laquelle elle a considéré que le prétendu droit d'intervention ne peut être envisagé que comme une manifestation d'une politique de force, politique qui dans le passé a donné lieu aux abus les plus graves et qui ne saurait, quelles que soient les déficiences de l'organisation

internationale, trouver de place dans le droit international. La Cour a réaffirmé sa condamnation de ce prétendu droit dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. De même, la proposition du Rapporteur spécial est contraire au principe du respect de la souveraineté des États. En vertu de la Charte des Nations Unies et du droit international coutumier, les États ont la stricte obligation de respecter la souveraineté des autres États, en particulier leur souveraineté territoriale.

68. Enfin, les principes de non-recours à la force, de non-intervention et du respect de la souveraineté nationale sont si catégoriques et absolus qu'ils excluent toute possibilité d'utiliser la force comme moyen de protection diplomatique. C'est pourquoi M. Economides convient avec M. Baena Soares qu'il faut emboîter le pas aux précédents rapporteurs spéciaux chargés du sujet et exclure expressément le recours à la menace ou à l'emploi de la force dans l'exercice de la protection diplomatique. Une disposition claire et non équivoque dans ce sens est plus nécessaire que jamais. Pour toutes ces raisons, M. Economides ne peut accepter l'article 2, qui constitue une dangereuse régression pour le droit de la protection diplomatique en particulier et le droit international en général.

69. M. GOCO, se référant à un point soulevé par MM. Baena Soares et Economides quant à la possibilité de restreindre le champ d'application de la protection diplomatique, cite un exemple concret. Le Gouvernement philippin est intervenu, mais sans succès, au nom d'une ressortissante, une domestique incarcérée à Singapour, pour la soustraire à la peine de mort. La difficulté a été de trouver une faille dans la conduite de son procès. Cela signifie que l'État ne peut être accusé d'avoir commis un fait internationalement illicite à l'encontre de la personne détenue, parce que la détention est l'affaire des tribunaux.

70. M. TOMKA dit que le premier rapport du Rapporteur spécial soulève un certain nombre de questions controversées. Personnellement, il considère que la protection diplomatique est un sujet classique du droit international, avec des règles coutumières bien établies. Il existe de nombreuses décisions de la CPJI ou de la CIJ dans le domaine de la protection diplomatique, et il importe de s'en inspirer. Or le Rapporteur spécial donne l'impression d'avoir sous-estimé leur importance. La Commission doit appréhender avec prudence l'exercice de développement progressif auquel elle est invitée à se livrer. Elle doit en premier lieu s'attacher à codifier les règles du droit international coutumier et ensuite seulement combler, le cas échéant, les lacunes.

71. Pour M. Tomka, la protection diplomatique est liée à un différend initial entre un particulier et un État étranger; le différend devient une affaire entre États lorsque l'État dont est ressortissant le particulier qui prétend être lésé par un fait internationalement illicite endosse la réclamation de celui-ci et la présente en son nom propre ou au nom de son national. Il s'agit à ce moment là d'un différend entre États, avec toutes les conséquences juridiques qui en découlent, dont l'une est que le différend devrait être résolu par des moyens pacifiques et non par le recours à l'emploi de la force.

¹⁹ Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale en date du 24 octobre 1970, annexe.

72. Nonobstant sa dénégation, le Rapporteur spécial a bien donné à l'article premier une définition : cet article n'a rien à voir avec le champ d'application des articles qui suivent. Deuxièmement, comme M. Economides l'a déjà souligné, le Rapporteur spécial se réfère à toute action engagée par un État sans expliquer en quoi cette action peut consister, sans dire s'il s'agit d'une action diplomatique ou d'une action judiciaire – ce qui l'amène à penser que la force pourrait trouver sa place dans le cadre de l'exercice de la protection diplomatique, proposition que M. Tomka ne peut faire sienne. D'autre part, se référant au membre de phrase « préjudice causé ... par un fait ou une omission internationalement illicite imputable au deuxième État », qui figure au paragraphe 1, M. Tomka considère que la terminologie devrait être alignée sur celle du projet d'articles sur la responsabilité des États. Autant qu'il s'en souvienne, il est expliqué au paragraphe 14 du commentaire relatif à l'article premier du projet sur la responsabilité des États pourquoi l'expression « fait illicite » a été utilisée plutôt que l'expression « acte ou omission »²⁰. Comme le sujet à l'étude est étroitement lié à celui de la responsabilité des États, la Commission devrait s'efforcer d'employer la même terminologie.

73. M. Tomka est hostile à l'inclusion de l'article 2, parce qu'il n'a rien à voir avec le sujet de la protection diplomatique. Les actions visées par le Rapporteur spécial peuvent être justifiées ou excusées sur la base d'autres principes du droit international comme celui de l'état de nécessité, mais, tout comme l'intervention humanitaire, elles suscitent des controverses.

74. Comme l'article 4 lui pose des problèmes, M. Tomka ne juge pas bon d'y renvoyer à l'article 3, où il faudrait indiquer clairement que le national est lésé par le fait internationalement illicite d'un autre État. Le Rapporteur spécial a indiqué que l'article 4 relève du développement progressif et qu'en cherchant à expliquer dans quelles circonstances un État est juridiquement tenu d'exercer la protection diplomatique, une des questions qui s'est posée est celle de savoir envers qui cette obligation existe : envers les autres États qui, il est à espérer, deviendraient parties à l'instrument en cours d'élaboration, ou au national lésé ? La Commission élabore-t-elle un instrument sur les droits de l'homme énonçant des obligations à la charge des États à l'égard de leurs nationaux, et dans certains cas de non-nationaux, ou bien des règles régissant les relations entre États ? Qui plus est, ces devoirs doivent être rattachés à la question de *jus cogens*, bien que la nature des règles de *jus cogens* continuent d'alimenter la controverse. Et d'autres difficultés surgiront à ce sujet lorsque le projet d'articles sera soumis à la Sixième Commission. Le Rapporteur spécial propose de prévoir que cette obligation peut être invoquée devant un tribunal national compétent ou d'autres autorités nationales indépendantes (par. 3), mais il est difficile de voir comment un tribunal tranchera au regard de l'exception visée à l'alinéa a du paragraphe 2. Jugera-t-il qu'il est de l'intérêt supérieur de l'État de ne pas accorder sa protection diplomatique en cas de violation grave d'une norme de *jus cogens* ? Cette conception est loin de faire l'unanimité.

75. Certains États voient dans l'exercice de leur protection diplomatique un acte de gouvernement, et le Rapporteur spécial s'est référé à cet égard à la pratique du Gouvernement français. Un certain nombre de représentants à la Sixième Commission, que le Rapporteur spécial a cités dans une note de bas de page relative au paragraphe 78 de son rapport, ont soutenu que la protection diplomatique relève du pouvoir discrétionnaire des États : si la Commission soumet l'article 4 dans sa forme actuelle, il se pourrait fort bien que les États le rejettent.

76. Les articles 1 et 3 peuvent être renvoyés au Comité de rédaction. Quant à l'article 4, il n'est pas encore mûr pour l'être; l'article 2 devrait être supprimé.

77. M. Sreenivasa RAO dit qu'il ressort du débat que la protection diplomatique a un lien direct non pas avec le déni des garanties prévues par la loi, mais bien avec un fait internationalement illicite imputable à un État, ce qui conduit directement au sujet de la responsabilité des États. Il y a un problème de nuance que M. Goco a relevé. Si le sujet à l'étude est abordé sous le seul angle de la responsabilité des États – en tant qu'une des conséquences de la demande de satisfaction et de certaines formes de cessation, par exemple –, alors c'est l'ensemble du droit de la protection diplomatique qui parfois s'effondre. Est-ce l'optique que la Commission souhaite véritablement adopter, ou est-ce la meilleure démarche à suivre à l'heure actuelle au regard de la pratique des États ?

78. M. TOMKA dit que la démarche de la Commission devrait reposer sur la pratique établie, selon laquelle l'exercice de la protection diplomatique est subordonné à la violation par un État de l'obligation internationale qui lui incombe en matière de traitement des étrangers et au principe de l'épuisement des recours internes par le ressortissant étranger. L'État national peut alors endosser la réclamation de son ressortissant, faisant du différend surgi entre un étranger et un État un différend entre deux États.

79. M. GOCO se demande si cette question devrait être réellement liée au fait internationalement illicite. Le membre de phrase « à raison du préjudice causé à la personne ou aux biens de l'un des nationaux » à l'article premier fait intervenir tout le sujet de la responsabilité des États.

80. M. SIMMA dit qu'à son avis le Rapporteur spécial s'est appuyé à juste titre sur l'issue des discussions qui ont eu lieu au sein du Groupe de travail aux quarante-neuvième²¹ et cinquantième²² sessions, à savoir : la Commission doit appréhender le sujet de la protection diplomatique au sens classique d'action engagée par un État à partir du moment où le traitement réservé à l'un de ses nationaux donne naissance à un fait internationalement illicite, c'est-à-dire à une violation du droit international, et ne devrait pas inclure dans le sujet ce que d'aucuns désignent vaguement sous le nom de protection diplomatique et qui n'est en réalité qu'une assistance consulaire et diplomatique apportée au quotidien. Le problème alors est de décider du sort du principe de l'épuisement des recours internes, question que la Commission élude et sur laquelle elle devra se prononcer à un stade ou à un autre. Ce principe

²⁰ *Annuaire... 1973*, vol. II, doc. A/9010/Rev.1, p. 179.

²¹ *Annuaire... 1997*, vol. II (2^e partie), par. 189, p. 63.

²² *Annuaire... 1998*, vol. II (2^e partie), par. 108, p. 50.

pourrait entrer en jeu au stade qui précède la protection diplomatique, c'est-à-dire, conformément à la théorie positive de la protection diplomatique, en tant que condition préalable à la constatation du fait internationalement illicite, et ne relèverait alors que du sujet. Si, d'un autre côté, la Commission choisit de voir dans l'épuisement des recours internes une question de procédure qui devra trouver sa place dans le processus de présentation de la réclamation, le Rapporteur spécial pourra difficilement aborder la question dans le contexte de la protection diplomatique.

81. M. HAFNER dit que, selon M. Simma, la protection diplomatique entre en jeu lorsqu'un fait internationalement illicite a été commis. Le problème est que l'exercice de la protection diplomatique ne conduit qu'à déterminer s'il y a eu ou non fait internationalement illicite. On peut se demander si la protection diplomatique entre déjà en jeu lorsqu'un fait internationalement illicite a tout simplement été allégué.

82. M. SIMMA dit que la protection diplomatique entrera naturellement en jeu lorsqu'un État considérera en droit qu'un de ses nationaux a été lésé par la violation d'une règle de droit international. L'autre État peut rejeter cette opinion et faire valoir que le national doit tout d'abord épuiser les recours internes. Mais il s'agit là d'un point de fait, ce qui n'infirme en rien le point de droit que M. Simma vient de soulever.

83. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que la Commission aborde là le problème inhérent à la séparation des règles primaires des règles secondaires. M. Goco a en quelque sorte suggéré qu'il serait utile d'inclure une disposition sur le déni de justice. Mais comme le Rapporteur spécial considère qu'il s'agit là d'une règle primaire, il s'est soigneusement gardé de le faire. M. Simma a appelé l'attention sur les difficultés que pose le principe de l'épuisement des recours internes. Personnellement, le Rapporteur spécial cherche à s'en tenir aux règles secondaires.

La séance est levée à 13 heures.

2618^e SÉANCE

Mercredi 10 mai 2000, à 10 heures

Président : M. Maurice KAMTO

Présents : M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Idris, M. Illueca, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka.

Protection diplomatique (*suite*) [A/CN.4/506 et Add.1¹]

[Point 6 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à poursuivre l'examen des projets d'articles 1 à 4 du premier rapport sur la protection diplomatique (A/CN.4/506 et Add.1), mais, auparavant, il souhaite la bienvenue à M. Momtaz, membre nouvellement élu de la Commission, qui prend ses fonctions au sein de celle-ci.

2. M. MOMTAZ remercie la Commission de la confiance qu'elle a placée en lui en l'élisant pour siéger en son sein et l'assure de son entière coopération.

3. M. ILLUECA relève que le premier rapport du Rapporteur spécial est un chef-d'œuvre d'équilibre politique, diplomatique et juridique. Le Rapporteur spécial y souligne à juste titre que, nonobstant l'abondance de la pratique et des précédents, la protection diplomatique demeure un des sujets du droit international les plus controversés. Le droit à la protection diplomatique est bien un moyen de promouvoir la protection des droits de l'homme, conformément aux valeurs de l'ordre juridique contemporain. Avant de passer à l'examen du rapport quant au fond, M. Illueca appelle l'attention sur une discordance entre le texte original anglais et la version espagnole. Le mot anglais *action* a été rendu en espagnol, dans le projet d'article premier et aux paragraphes 41 et suivants du rapport, par le mot *medidas*, lequel ne convient pas en l'occurrence et devrait être remplacé par le mot *acción*, d'ailleurs utilisé à l'Article 48 de la Charte des Nations Unies pour traduire le mot anglais *action*. M. Illueca espère que les corrections correspondantes seront apportées dans le rapport.

4. Au paragraphe 14 de son rapport, le Rapporteur spécial évoque fort à propos les énormes abus auxquels la protection diplomatique a donné lieu, signalant à cet égard que l'intervention militaire des États-Unis, sous prétexte de défendre des ressortissants américains en Amérique latine, s'est poursuivie jusqu'à une époque récente et citant expressément l'intervention à la Grenade en 1983² et l'intervention au Panama en 1989³. Ces exemples étayaient sa thèse selon laquelle la protection diplomatique, au sens d'action entreprise par un État contre un autre État pour réparer un dommage causé à ses ressortissants, est toujours d'actualité. Il y a lieu cependant de noter, afin de dissiper tout malentendu, que l'intervention au Panama ne peut se justifier en tant que cas d'intervention destinée à défendre les ressortissants américains dans ce pays. Le fait est que, le 20 décembre 1989, les États-Unis ont envahi le pays avec quelque 24 000 hommes et que leur action a fait de nombreuses victimes parmi les militaires et les civils, se terminant par l'arrestation du général Noriega, chef de facto du Gouvernement pana-

¹ Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

² Voir M. N. Leich, "Contemporary practice of the United States relating to international law", *American Journal of International Law* (Washington), vol. 78, n° 1, janvier 1984, p. 200.

³ *Ibid.*, vol. 84, n° 2, avril 1990, p. 545.

méen, et son transfert aux États-Unis, où il a été jugé et condamné pour délits liés au trafic illicite de stupéfiants. Il est vrai que la situation au Panama a changé depuis et que, le 31 décembre 1999, les États-Unis, conformément au Traité concernant la neutralité permanente et le fonctionnement du canal de Panama⁴ et au Traité du canal de Panama⁵, connus sous le nom d'accords Torrijos-Carter, ont transféré à la souveraineté panaméenne le canal de Panama et ont démantelé leurs bases militaires, ouvrant ainsi une nouvelle ère de relations harmonieuses avec le Panama et les pays d'Amérique latine et des Caraïbes.

5. Dans le projet d'article 2 proposé, le Rapporteur spécial envisage la possibilité de légitimer le recours à la menace ou à l'emploi de la force par un État dans le cas où il s'agit de sauver ses nationaux. Il est évident que cette idée est en contradiction avec le paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies. Dans l'affaire de l'invasion du Panama, par exemple, on s'est interrogé sur le recours à l'emploi de la force. Les défenseurs de l'action militaire ont voulu réinterpréter l'Article 2 de la Charte, soutenant que le droit de légitime défense est un droit « naturel » et que les États ont couramment recouru à la force pour défendre non seulement leur territoire, mais aussi leurs ressortissants et leurs biens. Exposant succinctement les arguments avancés pour et contre l'action militaire des États-Unis au Panama afin d'apporter sa pierre à la réflexion sur le sujet et à la formulation des projets d'articles, M. Illueca indique que Sofaer, à l'époque conseiller juridique au Département d'État des États-Unis, a publié un article pour soutenir la légalité de l'emploi de la force armée par les États-Unis⁶. Mais d'autres juristes de renom ont contesté cette légalité. Par exemple, Henkin a fait observer que les explications de Sofaer ne permettent pas de justifier l'emploi de la force par les États-Unis et que l'invasion du Panama a constitué une violation flagrante du droit international⁷. Il a réfuté point par point toutes les raisons exposées par les États-Unis pour justifier leur action. Son argumentation conduit aux conclusions suivantes.

6. À propos de la défense de la vie des citoyens américains, rien ne prouve que les forces américaines et les autres ressortissants américains au Panama n'auraient pas pu être évacués en toute sécurité vers les États-Unis ou vers la zone du canal, ou encore que les forces américaines dans la zone du canal, bien armées, n'étaient pas en mesure de se défendre et de défendre leurs familles et les autres ressortissants américains. Même si, par hypothèse, une menace avait pesé sur la vie des citoyens américains, elle n'aurait pas justifié l'invasion, celle-ci constituant une violation du paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies. Selon Henkin, l'emploi de la force dans l'« intervention humanitaire » est désormais admise en tant qu'exception à l'interdiction de l'emploi de la force visée au paragraphe 4 de l'Article 2, uniquement en vertu du principe d'Entebbe. Celui-ci prévoit qu'un État peut entrer par la force dans un autre pays, dans la mesure stric-

tement nécessaire pour défendre et libérer des individus dont la vie est en danger, s'il se trouve que le gouvernement du pays en question n'a pas la volonté de protéger ces vies ou est incapable de le faire. Le paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte ne souffre cependant aucune exception qui autorise une invasion armée destinée à sauver des personnes qui auraient pu l'être en étant évacuées du territoire dans lequel leur vie était en danger. Il n'existe aucune exception à cette disposition de la Charte qui permette d'employer la force pour renverser un régime parce qu'il a menacé des vies, voire est responsable de la mort d'un très grand nombre d'innocents.

7. S'agissant de la justification de l'invasion au nom de la défense de la démocratie mise à mal au Panama à l'époque, elle ne tient pas au regard du droit international. Celui-ci a rejeté la « doctrine Reagan », qui défend le droit de recourir à l'emploi de la force pour asseoir la démocratie, tout comme il avait rejeté plus tôt la « doctrine Brejnev », qui défendait le droit d'employer la force pour asseoir le socialisme. Pour ce qui est de l'argument de la déclaration de guerre du Panama, les États-Unis n'auraient pas été fondés à envahir le Panama même si celui-ci leur avait déclaré la guerre. La Charte des Nations Unies n'autorise ni la guerre, ni les déclarations de guerre, ni les contre-déclarations de guerre. Elle autoriserait l'emploi de la force au motif d'une déclaration de guerre uniquement dans le cas où l'État auteur de la déclaration de guerre aurait aussi lancé une agression armée.

8. Quant à l'argument de la défense du canal de Panama, l'emploi de la force contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique du Panama pour garantir la poursuite du fonctionnement, dans des conditions de sécurité, du canal de Panama n'est autorisé ni par la Charte des Nations Unies ni par les accords Torrijos-Carter. La thèse selon laquelle la préservation de l'intégrité des accords permet une invasion militaire ne peut qu'être réfutée un demi-siècle après la création de l'ONU et la promulgation de la Charte des Nations Unies. En ce qui concerne le motif touchant l'arrestation du général Noriega afin de le juger aux États-Unis pour menace contre la vie de ressortissants américains, il y a lieu de se demander si, au regard du droit international, les États-Unis avaient le droit d'envahir le Panama pour arriver à leurs fins. Peut-être le président des États-Unis de l'époque avait-il inscrit cette arrestation dans le cadre de sa référence générale au droit de légitime défense. Il reste qu'en droit international la définition du droit de légitime défense n'inclut nullement le droit d'envahir un autre pays pour procéder à l'arrestation d'un trafiquant de drogues présumé.

9. Le principal argument avancé pour justifier l'invasion du Panama a consisté à présenter celle-ci comme l'exercice légitime du droit de légitime défense reconnu par l'Article 51 de la Charte des Nations Unies, afin de répondre à des actes d'hostilité, notamment une ou deux attaques contre le personnel militaire américain au Panama, et à une déclaration de guerre. En invoquant le droit de légitime défense, le Gouvernement américain ne s'est aucunement référé à l'idée-force de l'Article 51 de la Charte : l'emploi de la force à titre de légitime défense n'est autorisé que s'il s'agit de répondre à une agression armée. Il n'a, semble-t-il, pas été prétendu que l'acte ou

⁴ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1161, n° 18342.

⁵ *Ibid.*, vol. 1280, n° 21086.

⁶ A. D. Sofaer, "The legality of the United States action in Panama", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 29, n° 2, 1991, p. 281.

⁷ L. Henkin, "The invasion of Panama under international law: a dangerous precedent", *ibid.*, p. 293.

les actes d'hostilité du régime de Noriega constituaient une agression armée contre les États-Unis au sens de l'Article 51. En effet, le gouvernement des États-Unis d'alors a soutenu que l'Article 51 autorise l'emploi de la force dans l'exercice du droit naturel de légitime défense même dans le cas où il n'y aurait pas eu agression armée. Ce point particulier a été longuement débattu, mais l'idée dominante qui s'est dégagée de la réflexion est que l'emploi de la force dans l'exercice du droit de légitime défense est légitime uniquement en réponse à une agression armée.

10. Il est à noter que la communauté internationale n'a trouvé aucune justification à l'invasion du Panama, ni en tant qu'action menée pour protéger des ressortissants à l'étranger ni à un autre titre, et qu'elle a considéré cette invasion comme une violation flagrante du droit international. Dans une résolution adoptée le 21 décembre 1989 par 20 voix contre une, avec 5 abstentions, l'Organisation des États américains a déploré l'intervention au Panama et demandé le retrait des troupes américaines. Le 23 décembre, le Conseil de sécurité a été saisi du projet de résolution S/21048 dans le même sens, qui a recueilli 10 voix pour, 4 voix contre, avec une abstention, mais qui n'a pas été adopté en raison de l'exercice du droit de veto⁸. Mais la déclaration la plus frappante à cet égard est celle de l'Assemblée générale, qui dans sa résolution 44/240 du 29 décembre 1989 a déploré vivement l'intervention des forces armées des États-Unis au Panama, qui constituait une violation flagrante du droit international, et exigé la cessation immédiate de l'intervention et le retrait du Panama des forces armées d'invasion des États-Unis.

11. M. Illueca se réserve le droit d'intervenir ultérieurement sur les projets d'articles 4 à 8 proposés par le Rapporteur spécial.

12. M. KABATSI félicite le Rapporteur spécial d'avoir présenté un rapport détaillé, très bien structuré, lucide et sans ambiguïté, où il ne craint pas d'aborder de front des questions controversées et place clairement l'institution de la protection diplomatique dans la perspective du renforcement des droits de l'homme.

13. Pour M. Kabatsi, la question de savoir si, en recourant à la protection diplomatique, un État affirme son propre droit ou celui de ses ressortissants, ou encore une combinaison des deux, n'a guère d'importance. Ce qui importe, comme le souligne le Rapporteur spécial au paragraphe 10 de son rapport, c'est que la pratique et les précédents abondent en la matière. La place de la protection diplomatique dans le droit international coutumier est bien établie. Pour sa part, M. Kabatsi pense qu'en y recourant l'État exerce son propre droit, à l'avantage des ressortissants qu'il défend. Il ne s'agit pas seulement, comme dans le cas de la prestation de services consulaires, d'une situation où l'État se fait l'agent de son sujet qui n'aurait pas qualité pour agir contre un autre État ou devant une instance judiciaire internationale.

14. La protection diplomatique n'est donc pas obsolète. Elle est même encore très utile comme le souligne de façon convaincante le Rapporteur spécial au paragraphe

32 de son rapport. M. Kabatsi félicite ce dernier du sens de la mesure dont il fait preuve dans le vocabulaire utilisé aux paragraphes 23, 24 et 26.

15. En ce qui concerne les projets d'articles, M. Kabatsi n'a aucune difficulté à accepter les articles 1 et 3, qui peuvent être renvoyés au Comité de rédaction pour y être peaufinés, comme c'est l'usage.

16. L'article 4 s'appuie sur une pratique limitée, ce que reconnaît le Rapporteur spécial aux paragraphes 80 et 81 de son rapport. Ainsi qu'en conviennent la plupart des membres qui se sont exprimés à ce sujet, la protection diplomatique est la prérogative souveraine de l'État, qu'il exerce à sa discrétion. Les législations nationales peuvent au mieux énoncer des objectifs ou politiques fixés au plan national pour offrir une protection aux nationaux à l'étranger, mais pas des dispositions juridiques contraignantes. À l'évidence, la protection diplomatique n'est pas reconnue comme un droit de l'homme et ne peut être appliquée à ce titre. On se demande donc quel type de droit la Commission développerait progressivement en droit international. Ce prétendu droit de l'individu ou devoir de l'État ne saurait en aucune façon être interprété comme un droit ou devoir de la communauté internationale dans son ensemble. M. Kabatsi n'est donc pas convaincu de son existence. En conséquence, la proposition qui fait l'objet du projet d'article 4 devrait être abandonnée à ce stade.

17. Quant à l'article 2, outre qu'il n'entre pas vraiment dans le sujet, c'est une proposition dangereuse. Le Rapporteur spécial lui-même est conscient des dangers qu'il renferme. Aux paragraphes 48 et 59 de son rapport, il montre bien que l'histoire, tant ancienne que contemporaine, regorge d'exemples de cas dans lesquels la protection de nationaux a servi de prétexte pour justifier une intervention militaire. Au paragraphe 4 de l'Article 2, la Charte des Nations Unies interdit le recours à la force. La seule exception à cette disposition est prévue à l'Article 51, qui énonce le droit de légitime défense. Mais le droit de légitime défense ne peut englober celui d'intervenir militairement sous le prétexte d'exercer la protection diplomatique. Même dans de soi-disant situations d'urgence ou opérations de sauvetage effectuées dans d'autres États par l'État attaquant pour le compte de ses nationaux, il serait dangereux de donner aux États toute latitude de décider par eux-mêmes, unilatéralement, de l'existence d'une situation de crise ou de la nécessité d'une opération de sauvetage.

18. L'opération d'Entebbe a été saluée comme un succès, non seulement hors de l'Ouganda mais aussi par de nombreux Ougandais, essentiellement en raison de l'impopularité du régime ougandais de l'époque et du caractère audacieux de l'entreprise. On ne peut guère dire cependant qu'elle ait été légale. Dans ce raid sont morts de nombreux Ougandais innocents qui n'avaient rien à voir avec l'acte de piraterie aérienne ni avec l'opération de sauvetage des otages. Des biens ont été détruits. Ce raid ne peut donc constituer un précédent établissant un droit de recours à la force primant l'interdiction qui en est faite par le droit international, tout particulièrement la Charte des Nations Unies. Toute tentative d'aborder la question dans le cadre du développement progressif du droit international devrait tendre à l'instauration d'un

⁸ Voir S/PV.2902. Pour le texte définitif, voir *Documents officiels du Conseil de sécurité, quarante-quatrième année, 2902^e séance.*

ordre mondial fondé sur la légalité, au multilatéralisme, au règlement pacifique des différends entre États et, bien entendu, à la défense des droits de l'homme, mais certainement pas à l'autorisation du recours à la force entre États, surtout par décision unilatérale de ceux-ci. S'il existe bien des cas où le recours à la force est légitime, l'institution de la protection diplomatique n'en fait pas partie. C'est pourquoi M. Kabatsi se déclare résolument en faveur de l'abandon du projet d'article 2.

19. M. PELLET dit que la protection des droits de l'homme est sûrement une des plus grandes avancées du droit international au xx^e siècle, mais que cela n'est pas une raison pour transformer systématiquement un sujet assez précisément technique, celui de la protection diplomatique, en un autre sujet, totalement différent et beaucoup plus vaste qui serait celui de la protection des nationaux ou même, encore plus largement, celui des moyens d'assurer la protection des droits de l'homme dans le monde contemporain. Or, telle est la démarche que le Rapporteur spécial semble avoir suivie dans le rapport à l'étude.

20. Faisant l'historique de l'inscription de cette matière à l'ordre du jour du programme de travail à long terme de la Commission, M. Pellet souligne que l'idée était essentiellement, et à vrai dire uniquement, de combler une lacune du projet d'articles sur la responsabilité des États – projet dans lequel il était question, à l'origine, de traiter de la protection diplomatique dans la troisième partie relative à la mise en œuvre de la responsabilité. Cette intention ne s'est pas concrétisée, bien que la protection diplomatique, comme l'a indiqué M. Kabatsi, soit un outil qui permet la mise en œuvre de la responsabilité internationale des États. Lorsqu'un État est à l'origine d'un fait internationalement illicite, c'est-à-dire lorsqu'il engage sa responsabilité internationale, conformément aux dispositions des articles 1 et 3 du projet d'articles sur la responsabilité des États, il peut causer un dommage soit à un État étranger – dommage « immédiat » –, soit à un ressortissant étranger – dommage « médiat ». C'est là, et là seulement, qu'intervient la protection diplomatique. Il s'agit d'une institution ancienne, dont les contours ne se sont vraiment dessinés qu'à la fin du xix^e siècle et au début du xx^e siècle. Comme le montre d'ailleurs le Rapporteur spécial, les États européens et les États-Unis d'Amérique ont alors été placés devant un dilemme : d'un côté, ils voulaient assurer la protection de leurs nationaux, et surtout de leurs biens dans le « tiers monde » de l'époque, l'Amérique latine; d'un autre côté, ils entendaient bien ne pas remettre en cause le postulat fondamental selon lequel le droit international est le droit entre des États souverains, et seulement entre eux – ainsi que l'illustre caricaturalement l'affaire du *Lotus*. Il n'était donc pas question de reconnaître aux personnes privées, qu'elles soient physiques ou morales, une quelconque mesure de personnalité juridique internationale. C'est pour sortir de ce dilemme qu'a été forgée la fiction de la protection diplomatique, admirablement exprimée par la CPJI dans l'affaire *Mavrommatis* et constamment reprise depuis lors, selon laquelle, lorsqu'un État prend fait et cause pour l'un des siens et met en mouvement en sa faveur l'action diplomatique ou l'action judiciaire internationale, cet État fait à vrai dire valoir son droit propre. La protection diplomatique, c'est cela, et uniquement cela. Et ce n'est pas, comme le Rapporteur spécial le conçoit, l'ensemble des moyens par lesquels l'État peut assumer la

protection de ses nationaux ni, moins encore, les moyens par lesquels les personnes privées peuvent assurer la protection de leurs propres droits. Certes, si les droits fondamentaux d'un individu sont violés du fait de la transgression par un État autre que celui dont il a la nationalité de règles de droit international, la protection diplomatique peut constituer un des moyens de faire respecter ces droits. Mais ce point n'est pas l'objet de cette institution qu'est la protection diplomatique et qui est d'ailleurs bien plus ancienne que l'idée même de la protection internationale des droits de l'homme. Il ne s'agit ni de protéger les droits de l'homme ni même, de façon générale, les ressortissants, contrairement à ce que le Rapporteur spécial indique par exemple au paragraphe 54 de son rapport. Il s'agit d'un moyen procédural d'obtenir réparation pour des dommages fictivement causés à l'État.

21. La question se pose de savoir si cette fiction doit être conservée. Faute de mieux, elle doit l'être. Et sur ce point, M. Pellet partage les vues exprimées par le Rapporteur spécial aux paragraphes 17 à 30 de son rapport. Il est de ceux qui pensent qu'à l'aube du xxi^e siècle, l'individu doit d'ores et déjà être tenu comme étant un sujet du droit international, comme le montre par exemple l'expansion remarquable du droit international pénal, qui en fait un sujet du *jus gentium*, ou encore l'expansion de la protection internationale des droits de l'homme, voire des investissements internationaux, qui permet aux personnes privées, dans certaines conditions, de déclencher elles-mêmes l'action judiciaire ou quasi judiciaire internationale. Et sur ce point, M. Pellet irait plus loin que le Rapporteur spécial ne l'a été au paragraphe 24 de son rapport. L'individu est d'ores et déjà un sujet du droit international, avec des caractères spéciaux très différents de ceux d'un État. Il faut cependant admettre que le mouvement n'est pas suffisamment généralisé pour que l'on puisse se passer de la protection diplomatique.

22. Mais si cette fiction est conservée, et il semble que ce soit nécessaire, le projet doit impérativement répondre à une condition essentielle. Comme le Groupe de travail établi à la cinquantième session l'a indiqué et comme le Rapporteur spécial le rappelle au paragraphe 4 (al. a) de son rapport, la Commission doit s'en tenir au traitement de la protection diplomatique telle qu'elle est conçue dans le droit coutumier⁹. En d'autres termes, il faut partir de la notion traditionnelle de la protection diplomatique, ne pas s'en écarter au lieu de vouloir à toute force faire avancer le droit international dans des directions imprévisibles et imprévues. D'ailleurs, M. Pellet pense que l'institution de la protection diplomatique, qu'il juge foncièrement conservatrice, ne se prête certainement pas à de telles avancées, qui ne peuvent lui être que très artificiellement rattachées.

23. C'est à la lumière de ces considérations que M. Pellet formule quelques observations sur les quatre premiers projets d'articles proposés par le Rapporteur spécial. À propos de l'article premier, il dit tout d'abord que le paragraphe 2 lui semble superflu car l'article 8 qui y est visé se suffit à lui-même et qu'il peut tout simplement en être fait état dans le commentaire relatif au paragraphe 1. Le paragraphe 1 de l'article premier appelle es-

⁹ Voir 2617^e séance, note 22.

sentielle deux remarques, d'inégale importance. La première, la moins importante, est qu'il serait bon d'aligner la terminologie utilisée sur celle retenue dans le projet d'articles sur la responsabilité des États. En particulier, comme l'a fait observer M. Tomka à la séance précédente, il serait préférable de supprimer la mention de l'« omission », puisqu'il est acquis, selon le projet d'articles sur la responsabilité des États, que le fait internationalement illicite inclut aussi bien les actions que les omissions. De même, il serait préférable de parler d'attribution du fait internationalement illicite que d'imputation, puisque telle est la terminologie soigneusement réfléchie retenue dans le projet d'articles sur la responsabilité des États. Il appartiendra au Comité de rédaction de se prononcer sur ce point si la Commission décide de lui renvoyer ce projet d'article. Deuxièmement, fait plus important, M. Pellet ne croit pas du tout que la protection diplomatique soit une action, comme l'a bien montré M. Economides (ibid.) : elle peut déboucher sur une action mais elle n'est pas l'action. Elle consiste simplement dans l'endossement de la réclamation de la personne privée ayant subi un dommage. Elle n'est pas l'action diplomatique ou l'action judiciaire elle-même : elle est la mise en mouvement de cette action, ce qui est tout différent. Le mot « action » est trompeur et d'autant plus regrettable qu'il débouche sur le funeste projet d'article 2, dénoncé par d'autres membres de la Commission.

24. À ce propos, M. Pellet invite instamment le Rapporteur spécial à supprimer toute référence à l'emploi de la force. Certes, il n'y a pas de sujet tabou et, contrairement à M. Tomka, M. Pellet n'est pas de ceux qui pensent que la Commission doit systématiquement devancer les désirs de la Sixième Commission. Encore faut-il qu'il y ait de bonnes raisons de susciter ses réactions, comme le fait l'article 2 proposé. Mais, en l'espèce, M. Pellet ne voit aucune raison scientifique de le faire et croit au contraire que l'article 2 est complètement hors sujet. D'une part, il s'agit du droit de la Charte, qui n'est pas du ressort de la Commission, et non du droit de la responsabilité internationale, dont la Commission a à s'occuper. D'autre part, il s'agit d'actions qui ne concernent pas la Commission et non de l'endossement des réclamations, qui, lui, concerne la Commission. Citant à l'appui de son argumentation un exemple, évoqué au paragraphe 59 du rapport, et sans vouloir porter de jugement de valeur sur l'action israélienne, M. Pellet considère que le raid d'Entebbe n'a strictement aucun rapport avec la question de la protection diplomatique : il ne s'agissait nullement d'obtenir réparation de dommages de la part de l'Ouganda pour un fait internationalement illicite qui ne lui était évidemment pas imputable, mais d'obtenir la libération d'otages au mépris de la souveraineté territoriale d'un État qui n'y pouvait rien. Quant à la triste affaire du Panama, évoquée par M. Illueca, elle ne se rapporte ni de près ni de loin à la protection diplomatique.

25. Faisant une dernière observation sur ce point et se référant à la note relative à l'ouvrage *Droit international public*¹⁰ du rapport pour rétablir les faits, M. Pellet, en tant que coauteur, tient à préciser que la page 777 de l'ouvrage cité est consacrée à la « mise en œuvre de la protection diplomatique » et qu'on y lit ce qui suit : « La protection

diplomatique ne peut constituer un prétexte pour l'emploi de moyens non licites en droit international : le recours à la force ne peut plus, depuis qu'il est prohibé par le droit international, trouver ici une justification ». Quant à la page 905 de l'ouvrage, elle aussi mentionnée, elle ouvre un très long développement qui porte sur l'intervention et les représailles armées mais où jamais il n'est fait référence à la protection diplomatique. Il s'agit au contraire d'un vigoureux plaidoyer contre le recours aux représailles et interventions armées. Après avoir rappelé certaines interventions armées passées, les auteurs indiquent plus loin que, dès lors qu'il y a usage de la force armée, le recours aux représailles tombe sous le coup de la prohibition de tout recours à la force armée énoncée au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies. Quant aux interventions armées conduites par des États pour la défense d'un droit, les auteurs précisent que « la condamnation exprimée par la CIJ dans l'affaire du *Détroit de Corfou* est trop générale pour ne pas s'appliquer également à cette hypothèse » et concluent que, tout au plus, il serait possible peut-être d'admettre la position extrêmement raisonnable et limitée de la CIJ dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci* selon laquelle, « pour ne pas avoir le caractère d'une intervention condamnable dans les affaires intérieures d'un autre État, non seulement l'« assistance humanitaire » doit se limiter aux fins consacrées par la pratique de la Croix-Rouge, à savoir « prévenir et alléger les souffrances de l'homme » et « protéger la vie et la santé (et) faire respecter la personne humaine » ; elle doit aussi, et surtout, être prodiguée sans discrimination à toute personne dans le besoin... De toute manière, si les États-Unis peuvent certes porter leur propre appréciation sur la situation des droits de l'homme au Nicaragua, l'emploi de la force ne saurait être la méthode appropriée pour vérifier et assurer le respect de ces droits » [voir p. 125 et 134, par. 243 et 268, respectivement]. C'est dire que M. Pellet est loin d'être convaincu par le projet d'article 2 proposé.

26. Passant à l'article 3, M. Pellet constate qu'il n'a guère retenu l'attention des orateurs précédents, alors qu'il revêt à son avis une très grande importance. Bien que cet article soit nettement plus proche du sujet que l'article 2, il ne l'approuve pas pour autant. S'il a bien compris le Rapporteur spécial, il s'agit d'adhérer à la doctrine classique de la protection diplomatique. Bien qu'il n'« aime » pas cette doctrine, M. Pellet estime qu'il faut néanmoins s'y tenir. Or, ce n'est pas ce que fait cet article qui, par ailleurs, exprime trop de choses à la fois. Le nœud du problème tient, selon lui, à l'expression « à l'égard d'un de ses nationaux lésé par un autre État ». Tout d'abord, il faudrait plutôt dire, comme l'a fait remarquer M. Tomka (2617^e séance), « lésé par le fait internationalement illicite d'un autre État », ce qui aurait l'avantage de recentrer le sujet sur le domaine dont il ne devrait pas sortir, à savoir celui de la responsabilité internationale. Ensuite, et surtout, dans la théorie traditionnelle précisément, ce n'est pas le particulier qui est lésé, c'est l'État qui subit un préjudice en la personne de son ressortissant. C'est là que réside la fiction traditionnelle; on peut l'approuver ou vouloir s'en débarrasser, mais si, comme le Rapporteur spécial, que M. Pellet rejoint sur ce point, on se résigne à la conserver, on ne peut pas, après l'avoir introduite par la grande porte, la faire sortir ainsi par la porte de service.

¹⁰ Ibid., note 10.

27. Contrairement à ce qu'écrit le Rapporteur spécial au paragraphe 66 de son rapport, on ne peut pas dire que la progression, très heureuse, de la reconnaissance de droits directement aux individus, soit dans le cadre de la protection des droits de l'homme, soit dans le contexte de la protection des investissements, « affaiblisse la doctrine classique ». Sur le plan juridique, le seul problème sérieux que pose cette reconnaissance est celui de savoir si elle laisse ou non subsister parallèlement la protection diplomatique traditionnelle ou si elle la remplace. En revanche, M. Pellet est d'accord avec le Rapporteur spécial pour considérer, d'une part, que la protection diplomatique relève de la compétence discrétionnaire de l'État dans le droit international positif actuel – et peut-être faudrait-il le dire plus nettement –, d'autre part, que la question se pose de savoir si le temps n'est pas venu d'encadrer plus étroitement ce pouvoir discrétionnaire de l'État.

28. En ce qui concerne l'article 4, M. Pellet est un peu moins sévère que la plupart des orateurs qui l'ont précédé. Il en approuve, en effet, la philosophie sous-jacente. Cet article revient à dire qu'en cas de violation grave d'une obligation essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble, un État ne peut pas rester inerte. En clair, si un génocide se commet quelque part, ou si un État recourt systématiquement à la torture ou à la discrimination raciale comme moyen de gouvernement, les autres États ne peuvent pas rester sans rien faire. Mais, encore une fois, cette question ne relève pas de la protection diplomatique. Il s'agit là d'un problème beaucoup plus général, que les membres de la Commission connaissent bien puisque c'est celui des crimes internationaux de l'État. Dans cette hypothèse, les États ont non seulement le droit, mais aussi le devoir d'agir, sans que le recours à la force soit justifié pour autant. Mais cela ne veut pas dire que la protection diplomatique soit le moyen de cette action, d'abord parce que la protection diplomatique n'est pas une action, ensuite, et surtout, parce que ce ne sont pas les droits et les intérêts des seuls nationaux qu'il s'agit d'endosser, mais ceux de la communauté internationale dans son ensemble. Cette question relève non pas du sujet à l'examen, mais de celui, beaucoup plus vaste, de la responsabilité des États, et plus précisément de l'article 51 du projet d'articles sur la responsabilité des États.

29. La facilité serait pour M. Pellet de se rallier à l'idée de renvoyer les articles 1 et 3 au Comité de rédaction et d'envoyer les articles 2 et 4 aux oubliettes. Toutefois, compte tenu des problèmes fondamentaux d'approche globale qui se posent, il se demande s'il ne serait pas préférable de suggérer au Rapporteur spécial de revoir l'ensemble du projet d'articles à la lumière des débats de la Commission, et il laisse au Rapporteur spécial le soin d'en juger.

30. M. IDRIS félicite le Rapporteur spécial pour la qualité et la profondeur de son rapport. Il constate que le Rapporteur spécial fait preuve de souplesse, dans la mesure où il reconnaît que certaines parties de son rapport doivent être davantage circonscrites. La Commission ne devrait donc retenir que les aspects pertinents du rapport, et laisser de côté ce qu'elle juge inutile.

31. Le régime de la protection diplomatique est bien établi, tant en théorie que dans la pratique des États, et a permis à des ressortissants d'un État dont les droits ont été

violés par un autre État d'obtenir réparation. Cette hypothèse de base est très bien reflétée dans le rapport. Malgré l'adoption d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, y compris au niveau régional, le droit international en la matière n'est pas aussi développé qu'il devrait l'être. Ne serait-ce que pour cette raison, la protection diplomatique est un mécanisme utile, car elle permet de sauvegarder les droits lésés des étrangers, qui, sans l'intervention de leur État de nationalité, ne pourraient obtenir aucune réparation. Comme l'a indiqué le Rapporteur spécial, au lieu de chercher à affaiblir l'institution de la protection diplomatique, la Commission devrait au contraire tout faire pour la renforcer. La question de savoir si la protection diplomatique est une fiction ne présente pas un grand intérêt. Selon M. Idris, la Commission devrait plutôt se concentrer sur le renforcement du régime de la protection diplomatique dans son utilité pratique, afin de sauvegarder les droits des nationaux d'un État résidant dans un autre État. Dans cette optique, la Commission devrait donc privilégier la codification des règles de droit coutumier, plutôt que le développement progressif de nouvelles normes.

32. Tout en approuvant les principes énoncés dans le projet d'article premier, M. Idris estime que celui-ci ne devrait traiter que des règles secondaires, et laisser de côté les règles primaires; celles-ci pourraient être examinées dans le cadre plus vaste de la responsabilité des États. En ce qui concerne la question du recours à la menace ou à l'emploi de la force, envisagée à l'article 2, M. Idris considère, comme beaucoup d'autres membres de la Commission, qu'elle n'est pas pertinente dans le contexte de la protection diplomatique, et risque de donner lieu à des confusions avec le régime des contre-mesures prévues dans le cadre de la responsabilité des États. En outre, un grand nombre d'États trouveraient cette idée inacceptable dans la mesure où la protection diplomatique pourrait servir de prétexte pour violer l'intégrité territoriale d'un autre État. Les principes relatifs à l'emploi de la force sont clairement définis dans la Charte des Nations Unies, qui prévoit le recours à la force uniquement en cas de légitime défense. Il faudrait donc exclure cette question du champ du projet d'article 2.

33. S'agissant de l'article 3, relatif au détenteur du droit de protection diplomatique, M. Idris se pose la question suivante : si le détenteur est l'État, celui-ci peut-il intervenir à tout moment, avant l'épuisement des recours internes ? En revanche, si ce droit appartient au ressortissant étranger concerné, l'État ne peut-il l'exercer que lorsque son ressortissant a épuisé tous les recours internes locaux ? Le Rapporteur spécial indique que, traditionnellement, le droit de protection diplomatique appartient à l'État; mais cette question étant très controversée, la Commission devrait l'approfondir.

34. L'article 4 est également sujet à controverse. La question a en effet été posée de savoir qui était le bénéficiaire de l'obligation juridique d'exercer la protection diplomatique; était-ce d'autres États parties ou la personne lésée ? Constatant qu'au sein de la Commission on considère dans l'ensemble que les individus sont aussi des sujets du droit international, M. Idris invite le Rapporteur spécial à examiner plus avant cette question.

35. Enfin, M. Idris est d'avis que le titre actuel du rapport prête à confusion. Il donne l'impression qu'il s'agit en fait d'assurer la protection des diplomates. Afin d'éviter tout malentendu, il serait donc souhaitable de le revoir.

36. M. PELLET, répondant à la dernière observation de M. Idris, dit qu'il est bien sûr possible d'appeler n'importe quoi n'importe comment. Cependant, selon lui les mots ont un sens, et les institutions une dénomination. Il est regrettable que les diplomates ne connaissent pas le droit international, mais cette méconnaissance ne doit pas amener la Commission à débaptiser une institution qui remonte à Vattel. Il convient donc de conserver le titre « protection diplomatique ».

37. M. KATEKA considère au contraire que l'observation de M. Idris est justifiée. La veille, le Rapporteur spécial n'a-t-il pas indiqué que les gouvernements eux-mêmes, dans leurs réponses, confondent la protection diplomatique et les privilèges et immunités des diplomates ? Il serait donc souhaitable que le Rapporteur spécial modifie le titre de son rapport, ou bien qu'il en précise le sens dans les observations générales.

38. M. SIMMA estime quant à lui que le problème posé est lié à l'information et à l'éducation. Si les diplomates, et d'autres utilisateurs du droit international tels que les conseillers juridiques, ne comprennent pas bien le sens de la protection diplomatique, la Commission devrait s'efforcer de leur expliquer clairement ce dont il s'agit.

39. M. ECONOMIDES partage l'avis de M. Pellet. Il ne faut pas modifier le titre, mais il serait possible de l'améliorer en ajoutant quelques mots supplémentaires qui permettraient de mieux cerner cette notion.

40. M. BAENA SOARES partage également l'opinion de M. Pellet. Le titre adopté n'est pas erroné, ce sont les interprétations qui en sont faites qui le sont.

41. M. BROWNLIE est aussi de l'avis de M. Pellet. Toutefois, pour éviter de compliquer la question, la notion de protection diplomatique pourrait être clarifiée dans l'introduction du rapport.

42. M. LUKASHUK estime qu'il ne faut pas accorder trop de temps à cette question, mais qu'il est lui aussi opposé à une modification du titre, car l'institution de la protection diplomatique est trop profondément ancrée dans le droit international.

43. M. HE considère pour sa part qu'il serait utile de distinguer, dès l'introduction, la protection diplomatique de la protection prévue dans le cadre de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques.

44. M. OPERTTI BADAN suggère non pas de modifier le titre mais de le préciser en parlant de « protection diplomatique des personnes et des biens ». En tout état de cause, cette question ne devrait être examinée qu'à la fin du débat.

45. M. CANDIOTI estime qu'il est injustifié de modifier le titre, et qu'il serait plus opportun d'en donner une définition claire et précise dans l'article premier.

46. M. DUGARD (Rapporteur spécial) indique, à titre d'information, que l'ouvrage de Borchard, qui constitue la

bible en la matière, s'intitule : *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad or the Law of International Claims*¹¹.

47. M. ADDO dit que l'expression « nationalité des réclamations » est fréquemment utilisée dans des ouvrages de droit international comme synonyme de la protection diplomatique. On pourrait donc la faire figurer entre parenthèses à côté ou bien expliquer dans le commentaire qu'on peut aussi l'employer.

48. Le PRÉSIDENT croit comprendre que l'on pourrait conserver l'intitulé actuel du sujet à l'examen, à savoir « protection diplomatique », quitte à en préciser le sens dans l'introduction ou le commentaire. En ce qui concerne le renvoi des projets d'articles au Comité de rédaction, il est préférable que la Commission se prononce sur cette question à la fin du débat.

49. M. LUKASHUK félicite le Rapporteur spécial de son rapport, qui constitue une étude sérieuse de l'un des problèmes de droit international les plus complexes. C'est à juste titre que le Rapporteur spécial part du principe qu'il faut accorder une attention particulière au droit coutumier, ou plus exactement au droit positif. L'institution de la protection diplomatique a en effet connu une évolution sensible, liée à celle du droit international relatif aux droits de l'homme. On ne peut que souscrire à l'idée que donner droit aux prétentions des États concernant les violations des droits de leurs citoyens reste l'un des moyens les plus efficaces de protection juridique en ce qui concerne les violations des droits de l'homme. C'est en cela que réside l'essence même de la protection diplomatique.

50. M. Lukashuk a constaté avec satisfaction que le Rapporteur spécial avait consulté des sources russes. Cela n'est pas si fréquent dans les travaux de la Commission. Il se félicite aussi que le Rapporteur spécial ait exprimé la ferme intention d'achever la première lecture pendant le quinquennat en cours.

51. Le Rapporteur spécial parle beaucoup des fictions juridiques, alors que son rapport est tout à fait réaliste. On ne peut cependant partager l'attention qu'il porte à la fiction de la dichotomie entre les droits de l'État et ceux du citoyen. Beaucoup de membres, notamment MM. Idris, Kabatsi et Pellet, en ont déjà traité. La défense des droits de ses citoyens constitue pour l'État non seulement un droit, mais aussi une obligation. C'est l'une de ses fonctions principales : un État qui ne serait pas en mesure de défendre ses ressortissants ne leur servirait à rien. Ce principe trouve sa concrétisation en droit international dans l'institution de la protection diplomatique. Violer les droits du citoyen, c'est violer les droits de l'État. Au paragraphe 1 du projet d'article premier, il est question du préjudice causé par un État aux nationaux d'un autre État par un fait internationalement illicite. Or, le fait internationalement illicite entraîne la responsabilité de l'État. Alors que cela est confirmé dans le rapport par l'évocation d'une multitude de faits, le Rapporteur spécial pense que, dans certains cas, l'État agit malgré tout en tant que représentant du citoyen et non pas pour défendre et protéger ses propres droits. Il ne semble pas nécessaire de souligner constamment le caractère discrétionnaire du pouvoir de

¹¹ Ibid., note 5.

l'État. Il suffit de dire que ce pouvoir appartient à l'État et que c'est lui qui l'exerce.

52. C'est avec justesse que le Rapporteur spécial constate la tendance du droit interne à considérer comme une obligation de l'État l'octroi de la protection diplomatique. D'une manière générale, le développement tant du droit interne que du droit international mène à la reconnaissance du droit du citoyen à la protection diplomatique. La Fédération de Russie est l'un des États qui incorpore dans son droit interne des dispositions allant dans ce sens. Le principe même de l'obligation qu'a l'État de défendre ses citoyens à l'étranger est inscrit à l'article 61 de la Constitution et trouve son application dans un certain nombre de textes législatifs, comme le décret sur le Ministère des affaires étrangères et le décret sur les ambassades de la Fédération de Russie, dans lesquels on accorde une large place à la protection des nationaux russes à l'étranger.

53. Le projet d'article premier prévoit à juste titre que la protection diplomatique ne peut être accordée que dans le cas de la commission d'un fait internationalement illicite, mais pas d'une infraction au droit interne. C'est pourquoi le terme *unlawfully* figurant dans la version anglaise du projet d'article 3 devrait être modifié en conséquence.

54. Ainsi qu'il ressort des débats, c'est le projet d'article 2 qui suscite le plus de controverses. Il mérite une attention particulière dans la mesure où il y est question du recours à la force. M. Lukashuk souscrit en principe à l'affirmation selon laquelle le recours à la menace ou à l'emploi de la force dans l'exercice de la protection diplomatique ne peut être justifié qu'en cas de légitime défense. Pour affirmer cela, le Rapporteur spécial s'appuie sur le droit coutumier traditionnel dont il s'inspire pour interpréter l'Article 51 de la Charte des Nations Unies. Pour M. Lukashuk, une interprétation quelque peu différente de l'Article 51 s'impose. Il est question dans cet article du cas où « un Membre des Nations Unies est l'objet d'une agression armée », c'est-à-dire du cas d'une agression armée contre un État. Or, la notion d'État englobe non seulement celle de territoire, mais également celle de population.

55. M. Lukashuk convient avec le Rapporteur spécial qu'il est indispensable de refléter la pratique des États et qu'une interdiction absolue du recours à la force resterait lettre morte. Si une chaîne de télévision française ou d'un autre État démocratique passait à l'antenne des actes de cruauté commis contre des Français à l'étranger et si le Gouvernement français ne prenait pas immédiatement toutes les mesures qui s'imposent, on peut se demander combien de temps ce gouvernement resterait au pouvoir. On se souvient de l'épisode où une chaîne de télévision américaine avait montré des soldats de la paix américains traînés dans les rues de Mogadishu. Quelques jours après, le Gouvernement américain annonçait le retrait de ses troupes de Somalie. C'est pourquoi il semble à M. Lukashuk que la tâche de la Commission n'est pas de fermer les yeux sur la réalité mais d'adopter des dispositions concrètes. Elle doit limiter la possibilité d'abus de ce droit en ne le rendant légitime que dans des cas extrêmes. MM. Illueca et Kabatsi, ainsi que d'autres membres, ont présenté des arguments convaincants en ce sens. Si l'on admet le cas de la légitime défense, il semble nécessaire d'incorporer dans le projet d'article 2 un renvoi à l'Article 51 de la Charte des Nations Unies, et plus précisément d'indiquer que le

Conseil de sécurité doit être informé sans délai des mesures prises par les Membres de l'Organisation dans l'exercice de ce droit de légitime défense. On pourrait d'ailleurs intituler cet article « Les cas de légitime défense ».

56. Le projet d'article 4 est le moins réussi de tous les projets proposés. Le Rapporteur spécial déclare que l'État a l'obligation juridique d'accorder la protection diplomatique en cas de violation grave des normes du *jus cogens*. On peut se demander si l'on est fondé à consacrer une telle obligation en droit international. Si celle-ci existe, elle relève plutôt du droit interne. Quant à l'affirmation figurant à la fin du paragraphe 80 du rapport selon laquelle « certains États jugent l'institution de la protection diplomatique souhaitable pour leurs citoyens à l'étranger », elle paraît étrange car on ne voit pas quels États pourraient ne pas considérer comme souhaitable la protection de leurs citoyens. La conclusion du Rapporteur spécial selon laquelle l'État a non seulement le droit mais aussi l'obligation juridique de protéger ses citoyens à l'étranger est parfaitement juste et conforme à l'objectif principal du droit international contemporain, qui est de renforcer les droits de l'individu et non pas ceux des États souverains. Mais, en préconisant de reconnaître à l'État une grande marge de discrétion dans l'accomplissement de cette obligation, le Rapporteur spécial en atténue beaucoup la portée. Enfin, au paragraphe 3 du projet d'article 4, on lit : « Les États ont l'obligation de prévoir dans leur droit interne l'exercice de ce droit ». On se demande ce qui est visé par le mot « droit », étant donné qu'il n'est question dans cet article que d'obligations. D'une manière générale, il y a tout lieu de penser que le projet d'article 4, qui semble susciter beaucoup plus d'interrogations qu'il ne donne de réponses, devrait être abandonné. En revanche, il conviendrait de renvoyer les autres projets d'articles au Comité de rédaction.

57. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO félicite le Rapporteur spécial pour la qualité de son travail. La protection diplomatique étant une question importante, le travail doit se poursuivre en vue de rédiger des conclusions qui seront reflétées dans les projets d'articles. S'il est prématuré de se prononcer sur la forme définitive que ceux-ci prendront, on peut néanmoins affirmer qu'ils devront être réalistes pour être acceptés. Il faut donc avancer avec prudence, car, si la codification du droit international est un processus acceptable, en revanche, son développement progressif ne l'est pas toujours. On ne peut pas contraindre le droit international à se développer dans des directions imprévues, voire, parfois, incertaines.

58. La protection diplomatique est liée à deux questions importantes, celle des droits de l'homme et celle de la responsabilité des États. S'agissant des droits de l'homme, la protection diplomatique est un mécanisme (et non pas une « action » ou une « mesure » comme il est dit dans le rapport) visant à protéger les droits d'un ressortissant d'un État sur le territoire d'un autre État au cas où ces droits seraient violés. On ne peut pas dire que tous les droits éventuellement lésés sont des droits de l'homme, même si beaucoup d'entre eux le sont effectivement, par exemple en cas de déni de justice, de privation illicite de liberté, d'absence de procédure judiciaire régulière, voire de violation des droits des travailleurs migrants, ou de discrimination à l'égard des étrangers.

59. Par ailleurs, les mécanismes de la protection diplomatique et ceux relatifs à la protection des droits de l'homme, bien que complémentaires, sont différents. Les instruments relatifs aux droits de l'homme sont en développement constant depuis 1945. Il existe à la fois des mécanismes universels et des mécanismes régionaux, comme la Commission interaméricaine des droits de l'homme ou la Convention américaine relative aux droits de l'homme : « Pacte de San José de Costa Rica ». Ces mécanismes régionaux fonctionnent en général assez bien. Cependant, il ne faut pas réduire les règles relatives à la protection diplomatique à la question des droits de l'homme, car leur portée en serait limitée. La protection diplomatique doit bénéficier d'une autonomie propre. Néanmoins, comme M. Economides l'a rappelé, il s'agit d'un sujet qui touche de très près à la responsabilité internationale des États.

60. Ce lien est reflété partiellement dans le projet d'article premier. À cet égard, le Rapporteur spécial devrait développer l'idée qui a été avancée la veille, à savoir qu'un État agit lorsqu'il estime qu'un autre État a commis un fait internationalement illicite à l'encontre de l'un de ses ressortissants, ou bien qu'il exerce ce droit pour constater qu'un tel fait a été commis par l'État du territoire. C'est une question. Pour sa part, M. Rodríguez Cedeño ne pense pas, en dépit de la doctrine, qu'un État puisse constater unilatéralement la violation d'une norme de droit international par un autre État. Le projet d'article premier évoque le « préjudice causé à la personne ou aux biens de l'un des nationaux du premier État par un fait ou une omission internationalement illicite imputable au deuxième État ». Cette formulation laisse supposer que l'État de nationalité de la personne lésée considère que l'État du territoire a commis un fait illicite, ce qui, de l'avis de M. Rodríguez Cedeño, préjuge de la nature de l'acte commis. En outre, il n'est peut-être pas nécessaire de séparer le fait de l'omission internationalement illicite. L'article premier rappelle, sous le titre « Champ d'application », les éléments fondamentaux de la définition de la protection diplomatique, qui consiste en fait davantage en un mécanisme qu'en une action. Il convient de signaler à ce propos que, dans la version française, l'insertion du mot « toute » – qui n'a pas son équivalent dans l'original anglais – devant le mot « action » aboutit à amplifier indûment ce champ d'application, ce qui ne semble pas correspondre à l'idée visée dans le texte original anglais.

61. En ce qui concerne l'article 2, M. Rodríguez Cedeño partage les doutes exprimés par les précédents orateurs, car il estime que la question du recours à l'emploi de la force n'a pas sa place dans un projet d'articles sur la protection diplomatique. La seule exception à l'interdiction générale de recourir à la force prévue par la Charte des Nations Unies est celle de la légitime défense (Art. 51). En créant d'autres exceptions, la Commission risquerait, au lieu de faire progresser le droit international, de le faire dangereusement régresser en transformant la protection diplomatique en droit d'intervention.

62. M. Rodríguez Cedeño note au passage que le Rapporteur spécial a délibérément choisi de ne pas traiter de la « protection fonctionnelle » pouvant être exercée par une organisation internationale au profit de ses agents. Même si cette question peut être laissée de côté dans l'immédiat, il faudra obligatoirement l'aborder un jour ou l'autre, du

moins dans le commentaire. Elle a du reste un lien avec celle de « l'intervention humanitaire » évoquée aux paragraphes 55 et suivants du rapport. M. Rodríguez Cedeño estime à ce propos que l'expression « intervention humanitaire », à laquelle il préfère d'ailleurs celle « d'action humanitaire », ne peut être utilisée que pour désigner l'action exercée par la communauté internationale, ou plutôt par les organismes internationaux compétents, par le biais des mécanismes prévus à cet effet, pour protéger des personnes ou des populations en danger.

63. L'article 3, qui prévoit que l'État de nationalité a le droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'un de ses ressortissants lésé par un autre État, énonce un principe généralement accepté et ne pose apparemment pas de problème.

64. Dans l'article 4, il est envisagé au paragraphe 1 que le « droit » d'exercer la protection diplomatique, prévu à l'article 3, devienne une « obligation juridique » en cas de violation grave d'une norme de *ius cogens*, sauf dans les cas énumérés au paragraphe 2. M. Rodríguez Cedeño souscrit entièrement sur ce point aux arguments que le Rapporteur spécial a développés aux paragraphes 88 à 93 de son rapport. Il lui semble effectivement normal qu'un État ait le devoir de protéger ses propres nationaux lorsque leurs droits les plus fondamentaux sont gravement violés à l'étranger.

65. Tels sont, pour l'essentiel, ses commentaires préliminaires sur les projets d'articles à l'examen.

66. M. KATEKA dit que le rapport présenté par le Rapporteur spécial a en tout cas un grand mérite : celui de donner à réfléchir sur une question controversée, dont la complexité tient en partie à ses liens avec celles de la responsabilité des États et des droits de l'homme. Il suffit, pour prendre la mesure de cette complexité, de se reporter à l'énumération qui figure au paragraphe 43 du rapport. M. Kateka espère que les travaux de la Commission contribueront à rendre ces questions plus claires pour la communauté internationale. Quels que soient les abus auxquels la protection diplomatique peut donner lieu, ses avantages l'emportent à l'évidence sur ses inconvénients et ce principe n'a pas été rendu caduc par le développement du droit des droits de l'homme, d'autant plus que, comme l'a souligné fort justement le Rapporteur spécial, il n'existe pas d'instruments internationaux protégeant les droits des individus à l'étranger, excepté en matière d'investissements. Il se peut aussi que les États prennent la protection diplomatique plus au sérieux que les plaintes déposées individuellement par des particuliers devant des organismes de défense des droits de l'homme.

67. Commentant les projets d'articles eux-mêmes, M. Kateka dit qu'il approuve d'une manière générale le contenu de l'article premier, même s'il estime que le paragraphe 2 insiste trop sur la protection des non-nationaux. Cette question n'a, à son avis, pas sa place dans un premier article et devrait être traitée à un stade ultérieur. Par contre, il partage plutôt l'avis de M. Rodríguez Cedeño en ce qui concerne la « protection fonctionnelle » : si cette question n'est pas abordée dans l'article premier qui définit la portée du sujet, il pourrait être difficile d'y revenir par la suite.

68. L'article 2 est celui qui donne le plus matière à critique. Ainsi que le rappelle le Rapporteur spécial au paragraphe 48 du rapport, les cas dans lesquels la protection des nationaux a servi de prétexte pour justifier un recours abusif à la force sont hélas trop nombreux. L'exemple le plus choquant est sans doute celui des mesures prises en 1902 par l'Italie, l'Allemagne et la Grande-Bretagne contre le Venezuela, qui n'avait pas payé des dettes contractuelles dues à des ressortissants de ces pays¹². Certes, le Rapporteur spécial a essayé de restreindre la portée de l'article en prévoyant que l'on ne pourrait recourir à la force que pour « sauver des nationaux exposés à un danger immédiat ». Mais, comme chacun sait, l'emploi de la force est interdit par la Charte des Nations Unies excepté dans le cas de la légitime défense prévu à l'Article 51 et il serait dangereux pour la Commission de le « légaliser » de quelque manière que ce soit pour les besoins de la protection diplomatique. Au total, il semblerait préférable de supprimer cet article qui n'a pas sa place dans un tel projet.

69. En ce qui concerne l'article 3, M. Kateka est lui aussi d'avis que le droit d'exercer la protection diplomatique devrait être laissé à la discrétion des États. Cet article lui semble donc acceptable.

70. Son sentiment est plus mitigé à l'égard de l'article 4 : il est assez naturel qu'en cas de violation grave du *jus cogens* le droit visé à l'article 3 se transforme en devoir et il faudrait à tout le moins expliquer dans le commentaire ce que l'on entend, à l'alinéa a du paragraphe 2, par la mise en danger des intérêts supérieurs des citoyens.

71. En conclusion, M. Kateka considère que seuls les projets d'articles 1 et 3, qui ont été jugés généralement acceptables, devraient être renvoyés au Comité de rédaction et qu'il vaudrait mieux oublier les articles 2 et 4, qui n'ont pas leur place dans le projet.

72. M. HAFNER juge inutile de revenir sur la théorie de la protection diplomatique, qui a déjà donné lieu à un abondant débat lors de la présentation du rapport préliminaire du précédent rapporteur spécial sur le sujet à la cinquantième session¹³. Il se concentrera donc uniquement sur le rapport à l'examen, dans lequel l'actuel rapporteur spécial adopte fort heureusement une approche à la fois plus pragmatique et plus empirique que son prédécesseur, en se fondant sur toute une série de documents et de données factuelles.

73. L'idée de base exprimée à l'article premier est très claire : un État a le droit de présenter une réclamation à un autre État pour un fait illicite commis par ce dernier, même si ce n'est pas lui-même mais son ressortissant qui a subi le préjudice entraîné par ce fait illicite. À l'évidence, cette notion découle de la présomption selon laquelle l'État est une entité, un tout qui englobe également les nationaux de cet État. Le lien avec la responsabilité des États est très clair, ce qui permet certains emprunts terminologiques ou nécessite en tout cas d'harmoniser les terminologies employées dans ces deux domaines, comme l'ont fait observer MM. Pellet et Tomka.

74. En ce qui concerne l'article premier, ou plus exactement les commentaires du Rapporteur spécial, M. Hafner se demande s'il n'y a pas une certaine contradiction entre le paragraphe 36 du rapport, qui fait référence à la protection des intérêts des nationaux prévue dans l'article 5 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, et le paragraphe 43, qui reprend la définition de Dunn selon laquelle les gouvernements ne devraient pouvoir engager une action au nom de leurs ressortissants que s'ils invoquent une obligation internationale et que cette action relève de la protection au sens technique du terme¹⁴. À l'évidence, la définition de Dunn est plus étroite que celle de la Convention de Vienne. M. Hafner souhaiterait avoir des éclaircissements sur ce point.

75. Comme l'ont souligné plusieurs autres orateurs, l'article 2 pose un certain nombre de problèmes majeurs que la Commission ne pourra pas indéfiniment éluder. Le Rapporteur spécial a eu le grand mérite de les aborder de front. Toutefois, il n'est pas concevable que, dans le cadre de la protection diplomatique, on donne aux États des bases juridiques qui leur permettent de recourir à l'emploi de la force en dehors du seul cas de la légitime défense prévu par la Charte des Nations Unies en son Article 51. La notion de légitime défense ne saurait être étirée au point de couvrir aussi la protection des nationaux d'un État à l'étranger. Chacun connaît la situation déplorable des otages actuellement détenus aux Philippines. Mais peut-on raisonnablement penser qu'en donnant aux États dont ils sont ressortissants le droit d'intervenir par la force pour obtenir leur libération on améliorerait la situation ? Cela reviendrait à autoriser l'État de la nationalité à agir contre la volonté de l'État territorial au risque d'entraîner un conflit entre États avec une escalade de la violence. C'est pourquoi M. Hafner ne peut partager l'opinion exprimée à la fin du paragraphe 59 du rapport selon laquelle « [d]u point de vue stratégique, il vaut mieux reconnaître l'existence d'un tel droit, quitte à le limiter strictement, que de feindre d'en ignorer l'existence, laissant ainsi les États libres d'invoquer les arguments traditionnels à l'appui d'un droit d'intervention étendu, ce qui entraînera de nouveaux usages abusifs ». Il doute du reste que de telles activités entrent dans le cadre des actes de protection diplomatique, du moins tels qu'ils sont définis par Dunn; en résumé, il partage l'opinion des précédents orateurs et des précédents rapporteurs spéciaux sur le fait que la protection diplomatique ne peut en aucun cas impliquer le recours ou la menace du recours à la force. L'article 2 n'a donc pas sa place dans le projet.

76. S'agissant de l'article 3, M. Hafner aimerait que le sens de l'expression *unlawfully injured* utilisée dans l'original anglais (l'adverbe *unlawfully* a disparu dans le texte français) soit explicité, même si, d'après le commentaire, elle fait apparemment référence à un préjudice causé par un fait illicite au regard du droit international. Il n'est peut-être pas opportun de conserver la seconde phrase, où il est précisé que le droit d'exercer la protection diplomatique a un caractère discrétionnaire, car d'aucuns pourraient arguer qu'une telle formule prive les États de la possibilité d'adopter, sur le plan interne, une législation faisant de ce droit une obligation dans certains cas. De fait, c'est plutôt l'État mis en cause qui a l'obligation

¹² Voir *Annuaire... 1956*, vol. II, par. 228, p. 217.

¹³ Voir 2617^e séance, note 2.

¹⁴ Voir Dunn, op. cit. (2617^e séance, note 6), p. 18 à 20.

d'accepter que, par le biais de la protection diplomatique, un autre État lui présente une réclamation pour le préjudice subi par ses ressortissants. Il n'est pas nécessaire de s'attarder sur le lien existant entre l'État de nationalité et ses nationaux; ce qui est important, c'est de préciser dans quelles conditions l'État demandeur peut invoquer la protection diplomatique.

77. M. Hafner a des doutes concernant l'utilité de l'article 4. Comme l'ont souligné de précédents orateurs, il faut faire une distinction entre droits de l'homme et protection diplomatique car, en mélangeant les deux, on risque de soulever davantage de problèmes que l'on n'en résout. M. Tomka a déjà demandé ce que l'on entend par *jus cogens* dans ce contexte, mais lui-même aimerait que l'on précise aussi le sens des mots « ne puisse présenter » utilisés au début du paragraphe 1. S'agit-il d'une possibilité juridique ou d'une possibilité matérielle ? Et, si les violations commises sont vraiment graves, la protection diplomatique ne pourrait-elle pas être mise en œuvre même s'il existe des possibilités de recours devant une cour ou un tribunal international compétent ? Certes, cela pourrait peut-être avoir une incidence sur la question de l'épuisement des recours internes, mais en cas de violations graves, l'important est bien évidemment de pouvoir réagir rapidement. En dehors de cet aspect qui mériterait plus ample réflexion, l'article 4 ne semble pas apporter d'éléments très intéressants.

78. Aussi M. Hafner partage-t-il l'avis des précédents orateurs qui ont préconisé que seuls les articles 1 et 3 soient renvoyés au Comité de rédaction.

La séance est levée à 13 heures.

2619^e SÉANCE

Jeudi 11 mai 2000, à 10 heures

Président : M. Maurice KAMTO

Présents : M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Illueca, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Operti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Tomka.

Protection diplomatique (*suite*) [A/CN.4/506 et Add.1]¹

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. M. GALICKI dit que le premier problème que pose le projet d'articles proposé par le Rapporteur spécial dans son premier rapport (A/CN.4/506 et Add.1) est celui de son champ d'application tel qu'il est défini à l'article premier. Il y a trois approches possibles de la protection diplomatique. La première, que M. Simma décrit (2617^e séance) comme la « protection quotidienne » accordée par les missions diplomatiques et les bureaux consulaires, est trop étroite aux fins de la Commission. Elle mérite toutefois d'être mentionnée en raison des observations que le Rapporteur spécial a faites au sujet des constitutions de certains pays d'Europe centrale et orientale, dont la Pologne, qui consacrent le droit des nationaux à être protégés par l'État de leur nationalité lorsqu'ils sont à l'étranger. Étant donné l'absence d'autres dispositions de droit interne concernant d'éventuels « recours internes », et étant donné la pratique préconstitutionnelle existante, il est à craindre que cette disposition constitutionnelle ne soit interprétée étroitement, c'est-à-dire comme ayant seulement trait à la « protection quotidienne ».

2. La deuxième approche de la protection diplomatique est celle consacrée à l'article premier, dans le cadre de laquelle la protection diplomatique peut être associée, comme l'a recommandé M. Brownlie (*ibid.*), à une notion plus large, celle de la recevabilité des revendications. Il faudra interpréter le mot « action » de manière appropriée dans un tel cas. On pourrait améliorer le libellé de l'article en s'inspirant de la formule utilisée dans le projet d'articles sur la responsabilité des États; l'expression « fait ou omission internationalement illicite » a déjà été proposée dans ce contexte².

3. À l'article 2, le Rapporteur spécial propose une définition et un champ d'application des projets d'articles beaucoup plus larges et risqués, puisque « l'action » englobe « la menace ou l'emploi de la force ». Dans l'affaire *Mavrommatis*, la CPJI a jugé que, pour exercer la protection diplomatique, un État devait uniquement recourir à l'action diplomatique ou à la justice internationale. Au paragraphe 55 de son rapport, le Rapporteur spécial reconnaît que le recours à la menace ou à l'emploi de la force dans l'exercice de la protection diplomatique ne peut être justifié qu'en cas de légitime défense. Mais comme l'a fait observer M. Economides (*ibid.*), le droit de légitime défense et le droit d'user de la force dans l'exercice de la légitime défense sont formulés de manière très précise et restrictive dans la Charte des Nations Unies. Étant donné la suprématie du principe de l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force en droit international contemporain, aucune dérogation supplémentaire ne devrait être envisagée. La question de la menace ou de l'emploi de la force dans les situations prévues à l'article 2 relève en fait d'un autre sujet complexe, celui du droit de l'intervention humanitaire. À cet égard, M. Galicki se

¹ Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

² Voir le projet d'article 3 proposé par le Comité de rédaction en deuxième lecture, *Annuaire... 1998*, vol. I, 2562^e séance, par. 72 et 74, p. 305 et 306.

félicite de la tentative faite par le Rapporteur spécial pour s'engager sur la voie du développement progressif du droit.

4. Toutefois, M. Tomka a raison de dire que la Commission doit d'abord s'efforcer de codifier le droit international positif et laisser les questions touchant l'intervention humanitaire, y compris l'éventuel emploi de la force, hors du champ de la protection diplomatique. La notion d'intervention humanitaire demeure contestée dans la doctrine et en pratique, et le Rapporteur spécial a lui-même déclaré au paragraphe 60 que la question de savoir si le droit international reconnaissait un droit d'intervenir par la force à des fins humanitaires n'entre pas dans le cadre de l'étude en cours.

5. Pour ce qui est de l'article 3, il est trop tôt pour parvenir à des conclusions définitives sur la portée et la nature du droit d'exercer la protection diplomatique. La formule retenue en ce qui concerne le pouvoir discrétionnaire dont jouit l'État dans l'exercice de la protection diplomatique pourrait être étendue au-delà des limites fixées à l'article 4, dans lequel il est exclusivement associé à une violation grave d'une norme du *jus cogens*. C'est bien là qu'il faut rendre compte du phénomène en train de se faire jour et que M. Pellet a appelé la montée en puissance du « droit international des droits de l'homme ». La question de la protection diplomatique étant étroitement liée à celle de la nationalité des personnes physiques, il convient d'avoir à l'esprit que la nature juridique de la nationalité a considérablement évolué durant les dernières décennies, passant d'une prérogative de l'État à un droit inhérent à la personne humaine. Cette évolution a été dûment reflétée dans les projets d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États adoptés par la Commission en deuxième lecture à sa cinquante et unième session³. C'est pourquoi la question d'un droit des nationaux d'un État donné à la protection diplomatique de cet État doit être réexaminée en vue, le cas échéant, de limiter davantage le pouvoir discrétionnaire de l'État dans l'exercice de ce droit. Enfin, M. Galicki pense avec M. Hafner que le titre doit demeurer tel quel.

6. M. ROSENSTOCK se félicite de l'accent mis par le Rapporteur spécial sur le renforcement de la protection des droits de l'homme et l'importance croissante de l'individu au niveau international. Le Rapporteur spécial reconnaît que, bien qu'il y ait eu des améliorations marquées dans le domaine des droits de l'homme et en ce qui concerne le statut international de l'individu, l'aide de la protection diplomatique demeure nécessaire. Bien entendu, le sujet inclut également les personnes morales. En outre, et la question risque de devenir plus délicate lorsque la Commission examinera l'article 4, l'État en position d'exercer la protection diplomatique peut n'être pas le seul État pouvant agir.

7. La question de savoir si on doit garder le deuxième paragraphe de l'article premier et si le mot « omission » doit y figurer devra être réglée par le Comité de rédaction. Pour M. Rosenstock, le mot « action » ne devrait pas susciter de préoccupations métaphysiques.

8. Deux questions se posent au sujet de l'article 2. La première est de savoir s'il couvre la matière que la Commission doit englober dans son étude sur la protection diplomatique et la seconde concerne les mérites du projet d'articles tel qu'il est présenté. Sur ce dernier point, M. Rosenstock pense que le Rapporteur spécial a raison en droit et quant à l'attitude que les États doivent prendre si la vie de leurs nationaux est en jeu. Les références à des missions de sauvetage paradigmatiques, qui relèveraient d'une vague notion de renonciation, ne sont pas convaincantes. La défense des dictateurs qui s'adonnent au trafic de drogue et harcèlent le personnel militaire légitimement présent dans le pays ne constitue pas un argument convaincant contre l'article 2. Un point sur lequel il pourrait être plus facile de se mettre d'accord est qu'il n'est peut-être pas utile ni nécessaire que la Commission détermine l'étendue du droit d'utiliser la force dans le contexte du sujet à l'examen. M. Rosenstock se joint à ceux qui souhaitent que l'article 2 soit supprimé parce qu'il ne relève pas du champ de l'étude de la Commission.

9. L'article 3 ne pose pas de problème de fond. M. Rosenstock comprend ce que le Rapporteur spécial essaie de faire à l'article 4, à savoir exercer sur les États une pression afin qu'ils protègent plus énergiquement les droits de leurs nationaux. Mais lorsqu'on ajoute tous les qualificatifs qui, honnêtement, semblent tous nécessaires, on arrive à une approximation grossière d'une formule telle que « les États devraient faire ceci ou cela ». Peut-être un préambule et une déclaration ou un traité faisant avancer les États dans la bonne direction sans créer davantage de difficultés et de confusion seraient-ils le meilleur moyen de traiter le problème et de répondre à l'effort admirable visant à encourager les États à faire plus. Les problèmes que poserait l'élaboration d'une définition utile d'une violation grave d'une norme du *jus cogens* sont parmi les raisons d'hésiter à aller au-delà de cette modeste approche. M. Rosenstock ne s'oppose pas à ce que l'on renvoie l'article 4 au Comité de rédaction ou à un groupe de travail officieux, mais il n'insiste pas non plus pour qu'on le fasse.

10. M. ADDO dit que le gros de la *lex lata* dans le domaine du droit à l'examen est à l'évidence hérité de la communauté internationale du passé, qui était beaucoup plus réduite qu'aujourd'hui. La plus grande partie du droit international de la protection diplomatique a vu le jour lorsque les idées économiques, sociales et politiques d'Europe et d'Amérique du Nord se sont disséminées dans d'autres régions du monde.

11. Le Rapporteur spécial est allé trop loin aux articles 2 et 4 : ils contiennent des dispositions qui ne relèvent pas du mandat de la Commission, et M. Addo ne regretterait pas leur suppression.

12. Il est nécessaire d'élaborer des règles en ce qui concerne la protection diplomatique, un sujet qui conserve toute son actualité. Il est étroitement lié à celui de la responsabilité des États et la Commission est toujours en train d'étudier la notion d'État lésé dans le cadre de ce dernier sujet. L'État lésé est aussi présent dans le cadre du sujet à l'examen. La nationalité est aussi un aspect très important de la protection diplomatique; de fait, on appelle aussi la protection diplomatique la « nationalité des revendications ».

³ *Annuaire... 1999*, vol. II (2^e partie), par. 47, p. 21.

13. Lorsqu'un fait illicite est dirigé contre l'État, la question de la nationalité ne se pose pas. Par contre, lorsqu'un tel fait est commis contre un national de l'État lésé, cet État a le droit d'exercer la protection diplomatique au profit de tous ses nationaux. C'est pourquoi, lorsque le national d'un État est maltraité à l'étranger, en violation du droit international, l'État concerné peut saisir l'État auteur de la violation de l'affaire. Il s'agit d'un pouvoir totalement discrétionnaire. Le droit international ne l'oblige pas à le faire. C'est pourquoi M. Addo est opposé à l'article 4. Sur ce point, il est aussi en désaccord avec les vues exprimées par le Rapporteur spécial au paragraphe 87 de son rapport et celles d'Orrego Vicuña rapportées au paragraphe 90⁴. Il est inacceptable d'essayer de libeller l'article 4 sur la base de ces positions.

14. Une fois que l'État lésé prend fait et cause pour son national, la réclamation devient la sienne propre; la raison en est qu'en dépit de la tendance à accorder un accès limité aux individus qui se fait jour en droit international, en particulier dans le domaine des droits de l'homme, le principe général voulant que les individus ne peuvent formuler ni maintenir une réclamation internationale est toujours valide.

15. Le droit de l'État d'exercer la protection diplomatique est en droit international limité à ses propres nationaux. M. Addo hésite donc face au paragraphe 2 de l'article premier. Étendre la protection diplomatique à des non-nationaux va à l'encontre de ce principe fondamental. Aux termes du paragraphe 2 de l'article premier, cela se produirait dans les circonstances exceptionnelles prévues à l'article 8, une disposition qui va être vivement débattue. Puisque le paragraphe 2 de l'article premier est subordonné à l'article 8, M. Addo s'oppose à ce qu'on le renvoie au Comité de rédaction tant qu'on n'aura pas examiné ce dernier article. Si l'article 8 est supprimé, il faudra aussi supprimer le paragraphe 2 de l'article premier. Le paragraphe 1 de cet article peut toutefois être renvoyé au Comité de rédaction.

16. Comme l'apatridie est la négation de la nationalité et que la nationalité est le fondement de la protection diplomatique, on voit mal comment le projet peut contenir une disposition sur les réfugiés ou apatrides. Un État peut-il exercer la protection diplomatique pour prendre fait et cause pour un apatride ou un réfugié ? Un tribunal international reconnaîtrait-il à l'État un intérêt pour agir dans un tel cas ? La résidence légale et un lien effectif peuvent-ils pour cela remplacer la nationalité ? Le droit à la protection diplomatique étant limité aux nationaux de l'État, la question se pose de savoir ce qui définit la nationalité. C'est une question qui relève du droit interne et le droit international n'est pas pertinent à cet égard.

17. M. Addo ne pense pas comme M. Pellet que rien ne doit être envoyé au Comité de rédaction, ni que l'ensemble du rapport doit être révisé.

18. M. HE dit qu'indéniablement la protection diplomatique a souvent fait l'objet d'abus et que les États les plus puissants sont en meilleure position pour l'exercer. Mais tant qu'il n'y a rien de mieux pour la remplacer, il faut la

conserver, car elle est extrêmement nécessaire. Quoi qu'il en soit, ses avantages dépassent ses inconvénients.

19. Plusieurs points méritent d'être clarifiés dans l'introduction du chapitre premier du rapport. Premièrement, on a dit que les étrangers, comme les nationaux, jouissaient de droits pour la seule raison que ce sont des êtres humains et non en vertu de la nationalité. Cela est vrai lorsque l'étranger est traité comme un sujet ayant des droits internationaux. Le statut de l'individu en droit international n'étant pas défini, les recours dont il dispose sont limités. D'autre part, l'État étant le facteur dominant dans les relations internationales, le recours qu'il procure doit être le plus efficace.

20. Une deuxième question, connexe, est celle de savoir si l'étranger, qui jouit de certains droits en vertu du droit international, peut se défendre lui-même lorsqu'il est à l'étranger. On peut répondre à cela que si ses recours sont limités, c'est à l'État de sa nationalité d'exercer son droit et de prendre fait et cause pour l'individu concerné.

21. Troisièmement, le cas des conventions citées aux paragraphes 27 et 28 (Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille et Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent⁵) montrent très crûment que les États ne veulent pas étendre les droits aux travailleurs migrants. Pour ce qui est des étrangers, bien qu'ils puissent avoir des droits en vertu du droit international en leur qualité d'êtres humains, ils n'ont pas de recours efficace en droit international. La seule voie qui leur est ouverte est de demander à leur État d'intervenir. Pour toutes ces raisons, la protection diplomatique demeure pour l'État un outil important s'agissant de protéger ses nationaux à l'étranger.

22. En ce qui concerne l'article premier et le sens du mot « action », il est surprenant de lire au paragraphe 43 que la protection diplomatique comprend l'« emploi de la force ». À l'opposé, le rapporteur spécial précédent avait souligné au paragraphe 11 de son rapport préliminaire⁶ que les États ne pouvaient recourir à la menace ou à l'emploi de la force dans l'exercice de la protection diplomatique.

23. S'agissant de l'article 2, M. He pense avec d'autres membres de la Commission que légitimer l'emploi de la force dans l'exercice de la protection diplomatique va à l'encontre des principes fondamentaux de la Charte des Nations Unies. Cette question ne relève pas du mandat de la Commission pour ce sujet. Pour ce qui est de l'article 4, compte tenu des incertitudes et de l'absence de pratique des États, il serait préférable de ne pas envisager le problème, qui n'est pas étroitement lié au sujet à l'examen.

24. M. He pense lui aussi que les articles 1 et 3 peuvent être renvoyés au Comité de rédaction. L'expression « protection diplomatique » est attestée depuis longtemps et le titre ne doit donc pas être modifié. Toutefois, il semble nécessaire d'expliquer la différence existant entre la protection diplomatique et certaines formes de protection

⁴ Voir 2617^e séance, note 14.

⁵ Ibid., note 18.

⁶ Ibid., note 2.

des agents diplomatiques et consulaires prévues dans la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et la Convention de Vienne sur les relations consulaires, soit dans l'introduction, soit dans une note de bas de page.

25. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit que le premier rapport du Rapporteur spécial est impressionnant par ses dimensions, mais que l'on peut légitimement se demander s'il réussit à marier la quantité et la qualité. Pour ce qui est de la structure, il est surprenant de voir que le rapport commence par deux introductions. Le gros du rapport est consacré à huit projets d'articles et à de longs commentaires y relatifs, qui visent à traiter le sujet quant au fond, mais ne font souvent que le diluer. L'alinéa *a* du paragraphe 9 du rapport promet une introduction qui doit retracer l'évolution historique du sujet et en définir la portée. Or, l'histoire se limite à la période séparant les deux guerres mondiales. L'idée est que le sujet est familier à tous – une hypothèse très contestable étant donné les difficultés que connaissent certains États pour distinguer entre protection diplomatique et protection du personnel diplomatique. On peut se demander si ce rapport aidera la Sixième Commission en rendant le sujet plus accessible.

26. À la différence de son prédécesseur, l'actuel rapporteur spécial essaie de donner un aperçu de la protection diplomatique dont est exclue la protection fonctionnelle, tout comme l'abondante jurisprudence concernant les agents et fonctionnaires des organisations internationales, qui relèvent pourtant de la protection diplomatique. Cet aperçu n'indique pas non plus ce qui justifie de traiter de la même manière les régimes dans lesquels la victime initiale est une personne physique et ceux dans lesquels elle est une personne morale.

27. Une autre difficulté tient au fait qu'à la différence de son prédécesseur et à l'encontre de la conception classique, le Rapporteur spécial propose un nouveau fondement pour la notion, qui serait une institution de protection des droits de l'homme. La violation d'un droit de l'homme ou d'une liberté fondamentale peut effectivement constituer une des situations dans lesquelles un État prend fait et cause pour un individu, mais la violation doit aussi constituer un fait internationalement illicite imputable à un autre État. Il semble quelque peu hasardeux d'assimiler deux catégories, celle de sujet de droit international – qui constitue un statut – et celle des droits de l'homme – qui évoque plutôt un régime ou un ensemble de régimes.

28. Enfin, le sujet de la protection diplomatique demeurera insaisissable parce que, ainsi qu'on l'a déjà vu, l'histoire qui en est donné se limite à l'entre-deux-guerres. L'absence de tout examen des événements survenus après la seconde guerre mondiale implique qu'après 1945 la protection diplomatique est devenue une chose du passé. En fait, la jurisprudence postérieure à cette date est considérable : affaires *Nottebohm*, de l'*Interhandel*, de la *Barcelona Traction* et *ELSI*, pour n'en nommer que quelques-unes, sans compter l'affaire *Diallo*, actuellement pendante devant la CIJ. Pourquoi le rapport ne mentionne-t-il pas ces affaires, qui ont substantiellement contribué à la consolidation de la notion traditionnelle de protection diplomatique ? Étant donné l'actualité de la protection diplomatique, il convient de clarifier la phénoménologie du sujet de deux points de vue, d'abord comme un système, puis comme un régime.

29. Vue comme un système, la protection diplomatique fait intervenir trois grandes catégories d'acteurs : les États et les organisations internationales, les individus et les agents économiques, et les juges et les arbitres internationaux. Cette dernière catégorie met en lumière le rôle traditionnel de la protection diplomatique comme mécanisme de règlement pacifique des différends entre nations. Il y a de ce fait conflit entre la protection diplomatique et l'emploi de la force, deux notions incompatibles. Un instrument diamétralement opposé à la paix pourrait difficilement être mis au service de la paix. L'article 2 doit donc être écarté. M. Pambou-Tchivounda dit qu'il reviendra sur ce point.

30. Comme scénario, la protection diplomatique est aussi fortement influencée par l'existence d'intérêts économiques qui donnent à la réclamation son contenu et permettent d'évaluer le dommage dont se prévaut l'État. À cet égard, la protection diplomatique est consubstantielle de la responsabilité internationale des États.

31. Vue comme un régime, la protection diplomatique est universellement reconnue comme un outil précieux régi par des règles qui sont déjà établies et doivent donc être codifiées, des règles qui régissent le processus par lequel un problème interne est élevé au statut de différend international. Ces règles concernent aussi l'objet de la protection diplomatique, à savoir le rétablissement de l'état de droit dans l'ordre juridique international. Les deux catégories de règles concernent les procédures visant à atteindre ce but. S'agit-il seulement de règles secondaires, procédurales ? La question se pose ici de la pertinence de la distinction entre règles primaires et règles secondaires faite par le Rapporteur spécial dans ses projets d'articles.

32. D'une manière générale, les projets d'articles 1 à 4 pèchent par trois vices. Premièrement, il s'agit d'un mélange de genres. L'article premier porte un titre qui ne reflète pas son contenu, les articles 2 à 4 mélangent diverses catégories dans le désordre et créent la confusion chez le lecteur. Deuxièmement, au niveau de la structure, les notions de champ d'application et de définition ne coïncident pas. Les articles 2 à 4 reposent sur la notion non définie d'action, ce qui explique en partie qu'ils soient incompatibles avec le droit international général et avec la nature et l'esprit de la protection diplomatique.

33. Troisièmement, les projets d'articles souffrent de la volonté d'innovation, louable mais mal orientée, de leur auteur. La Commission a pour mandat d'œuvrer au développement progressif du droit international. Elle n'a pas pour mandat de développer excessivement le droit international, ce qui constituerait une régression, et emmènerait l'ordre juridique international sur un terrain incertain. L'article 2 illustre parfaitement ce danger, et, pour des raisons déjà exposées par d'autres membres de la Commission, est totalement inacceptable. Plus précisément, l'article premier, outre qu'il confond définition et champ d'application, est lui aussi difficilement acceptable parce qu'il traite de la même manière les dommages causés aux personnes et les dommages causés aux biens. En termes de mobilisation de la protection diplomatique, l'une peut aller sans l'autre, donc faire perdre dans certains cas le caractère diplomatique à la protection engagée. Les projets d'articles 3 et 4 sont fondamentalement incompatibles.

bles en ce que si la protection diplomatique est un droit de l'État, ou de l'individu, elle ne peut être un droit de la communauté internationale, ni être mise au service de cette communauté.

34. Pour toutes ces raisons, M. Pambou-Tchivounda estime qu'aucun des quatre premiers projets d'articles n'est prêt à être renvoyé au Comité de rédaction. Il était prématuré pour le Rapporteur spécial de présenter des projets d'articles sur un sujet supposé connu mais dont les paramètres n'ont pas été définis. Des consultations officieuses sont nécessaires pour circonscrire le sujet. Ce n'est qu'après que l'on pourra établir un rapport préliminaire.

35. M. CANDIOTI dit que le premier rapport du Rapporteur spécial et les projets d'articles qu'il propose constituent une base de discussion stimulante. En matière de protection diplomatique, la Commission doit tenir compte de certaines prémisses déjà établies lors des discussions plénières et au sein des groupes de travail, à savoir : il faut conserver une approche fondée sur le droit coutumier, codifier des règles secondaires du droit international relatives à la protection diplomatique sans éluder l'examen des règles primaires dans la mesure où cela est utile pour élucider certains aspects du sujet, considérer la protection diplomatique comme étant essentiellement un droit discrétionnaire de l'État et, enfin, tenir compte de la reconnaissance et de la protection croissantes des droits de l'individu dans l'ordre juridique international contemporain.

36. Pour ce qui est de l'introduction du chapitre premier du rapport, M. Candiotti pense comme le Rapporteur spécial que la fiction sur laquelle le droit de l'État d'exercer la protection diplomatique repose, et selon laquelle le préjudice causé à un de ses nationaux constitue pour lui aussi un préjudice lui permettant de formuler une réclamation au nom de ce national, une fiction consacrée par la CPJI dans l'affaire *Mavrommatis*, est un outil juridique utile qui ne mérite pas les critiques qui lui ont été adressées.

37. Il pense aussi comme le Rapporteur spécial que, si le droit international contemporain a permis la création d'institutions régionales ou autres de protection des droits et des intérêts de l'individu, la protection diplomatique est loin d'être obsolète. Au contraire, elle continue d'être pour les États un moyen général commode de préserver les droits et les intérêts de leurs nationaux à l'étranger.

38. Il est essentiel que l'article premier commence par décrire et, de fait, définir, l'institution de la protection diplomatique de manière à la distinguer d'autres institutions comme la protection du personnel diplomatique ou l'aide consulaire aux nationaux se trouvant à l'étranger, afin d'éviter toute confusion dès le départ.

39. Dans son sens purement technique, la protection diplomatique est l'un des moyens d'engager la responsabilité internationale des États. L'article premier contient déjà une définition des éléments du sujet, même si son libellé peut-être être amélioré. Il s'agit d'un recours procédural d'un État contre un autre, par lequel la réclamation d'une personne physique ou morale est transformée en relation juridique internationale. S'agissant de l'extension de la protection diplomatique aux non-nationaux, M. Addo a fait certaines observations intéressantes dont il faudra tenir compte lorsqu'on examinera le projet d'article 8.

40. Souscrivant aux objections de plusieurs membres à l'encontre du libellé de l'article 2 proposé par le Rapporteur spécial, M. Candiotti dit que l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force dans l'exercice de la protection diplomatique devrait être claire et catégorique. Le projet d'articles ne doit prévoir aucune dérogation qui jetterait un doute sur cette interdiction. Les circonstances exonérant un État de toute responsabilité pour l'emploi de la force pourraient peut-être comprendre le danger imminent ou l'état de nécessité, des questions qui devraient être régies par le projet sur la responsabilité des États. Néanmoins, dans le contexte de la protection diplomatique, toute règle permettant, justifiant ou légitimant l'emploi de la force est dangereuse et inacceptable.

41. Comme le Rapporteur spécial l'a fait observer, depuis l'énoncé de la doctrine de Drago⁷ de 1902 et la Convention Porter concernant la limitation de l'emploi de la force pour le recouvrement de dettes contractuelles, l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force a été l'un des aspects les plus remarquables du développement du droit de la protection diplomatique, qui a certainement servi le développement du droit international général. Cette interdiction a été consacrée au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies.

42. Pour ces raisons, M. Candiotti n'est pas favorable à une suppression totale de l'article 2. La notion exprimée dans le chapeau devrait être maintenue quelque part dans le projet, car il s'agit d'un élément important dans le développement du droit international coutumier de la protection diplomatique. Le reste du texte proposé par le Rapporteur spécial, à partir des mots « sauf pour sauver... », devrait par contre être supprimé, comme l'ont dit la majorité des membres de la Commission. Il faut se souvenir que, dans le projet d'articles sur la responsabilité des États, l'alinéa *a* de l'article 50, relatif aux contre-mesures, interdit expressément à un État d'utiliser la menace ou l'emploi de la force comme définis dans la Charte des Nations Unies à titre de contre-mesures. Toutefois, tenter de supprimer la première partie de la première phrase de l'article 2 proposé par le Rapporteur spécial risque d'être mal interprété à une époque où une tendance croissante à employer la force dans les cas limites se fait jour.

43. La qualification de droit de l'État attribuée à la protection diplomatique à l'article 3 reflète une règle du droit international coutumier reconnue par la doctrine et la jurisprudence, même si le libellé de cet article peut être amélioré en tenant compte des suggestions de MM. Hafner, Pellet et Tomka (2617^e et 2618^e séances).

44. D'autre part, il faut être prudent en ce qui concerne l'article 4, dans lequel le Rapporteur spécial propose qu'un droit dont l'exercice est discrétionnaire devienne une obligation si le préjudice résulte d'une violation grave d'une norme du *jus cogens*. Le Rapporteur spécial affirme qu'instituer cette obligation constituerait un développement progressif du droit reflétant la tendance récente à reconnaître le droit des nationaux à la protection diplomatique. Bien que ce souci de promouvoir la défense et la protection des droits de l'homme soit louable, il semble peu souhaitable de mettre une telle obligation à la charge des États, car pour beaucoup la notion de *jus cogens* et le

⁷ Voir 2618^e séance, note 12.

champ d'application de celui-ci demeurent controversés et imprécis, et qu'une telle obligation n'est guère reconnue dans la doctrine ni par la jurisprudence internationale.

45. De toute manière, comme d'autres membres l'ont indiqué, la Commission doit, lorsqu'elle codifie le sujet, se limiter à la notion strictement technique de l'institution. L'ambiguïté des termes « protection » et « diplomatique » ne doit pas l'amener à confondre les notions et à outrepasser son mandat. L'article 4 devrait donc être supprimé.

46. M. GOCO demande si M. Candioti propose de conserver la première partie de l'article 2, c'est-à-dire de supprimer les exceptions.

47. M. CANDIOTI répond par l'affirmative. Le principe établi dans la première phrase doit être réaffirmé. Il est aussi consacré à l'alinéa *a* de l'article 50 du projet sur la responsabilité des États. Il est donc important de faire figurer ce principe dans le projet sur la protection diplomatique.

48. M. PELLET dit que le principe en question est beaucoup plus général et concerne non seulement la protection diplomatique en particulier, mais aussi les contre-mesures. Il se demande s'il est judicieux d'alourdir le projet sur la protection diplomatique en y faisant figurer des règles générales sur la responsabilité.

49. Bien qu'il approuve dans l'ensemble le libellé du chapeau de l'article 2, M. Pellet craint qu'en conservant une telle règle la Commission n'entre dans un domaine problématique, différent de celui que le Rapporteur spécial semble avoir à l'esprit. Cela reviendrait à dire qu'il est interdit de recourir à certaines méthodes pour exercer la protection diplomatique; si l'on s'exprime en termes négatifs, il serait logique, pour faire contrepois, d'indiquer quels sont les moyens dont l'utilisation est autorisée dans l'exercice de la protection diplomatique.

50. Si la proposition de M. Candioti est acceptée, le projet d'articles risque d'être déséquilibré. Personnellement, M. Pellet appuie le texte quant au fond, mais il se demande s'il est bien nécessaire de faire figurer des règles générales sur la responsabilité internationale dans le projet d'articles sur la protection diplomatique. Si on le fait, il sera nécessaire d'indiquer les moyens licites d'exercice de la protection diplomatique, en d'autres termes de dire qu'elle doit être exercée par les voies diplomatiques ou judiciaires ou par tous les moyens utilisés pour le règlement des différends.

51. M. BROWNLIE dit qu'il a d'abord trouvé attrayante la proposition apparemment logique de M. Candioti mais qu'après réflexion il est contre le maintien de la première proposition de l'article 2 sous quelque forme que ce soit. La Commission devrait énoncer de manière catégorique la règle selon laquelle l'emploi de la force n'entre pas dans le domaine de la protection diplomatique. Accepter la proposition simple de M. Candioti n'en créerait pas moins toute une série de confusions et de difficultés que l'on passera beaucoup de temps à essayer vainement de résoudre. M. Brownlie souscrit donc à l'opinion de M. Pellet.

52. En outre, dire que la menace ou l'emploi de la force est interdit dans l'exercice de la protection diplomatique

est source de confusion parce que, d'un point de vue descriptif ou opérationnel, l'emploi de la force pour protéger des nationaux ou faire valoir des revendications est une forme d'autoassistance et non une forme de protection diplomatique, à aucun niveau, que ce soit en droit ou en fait. Pour cette raison, même une version tronquée de l'article 2 créerait des difficultés.

53. M. ECONOMIDES n'est pas d'accord avec MM. Brownlie et Pellet en ce qui concerne la proposition de M. Candioti. Il ne voit quant à lui aucune confusion possible si la disposition indique en termes clairs que l'emploi de la force aux fins de la protection diplomatique est totalement interdit. En l'absence d'une telle disposition, une ambiguïté potentiellement dangereuse risque de subsister sur ce point. Une petite minorité d'auteurs maintient que la force peut être autorisée pour sauver des nationaux en danger. Il est temps de donner un coup d'arrêt à cette tendance. Une disposition comme celle que M. Candioti propose est de fait nécessaire dans le projet. Peut-être doit-elle être remaniée dans le sens de la clarté. Elle ne doit pas nécessairement prendre la forme de l'article 2, mais peut être incorporée dans le préambule ou être placée ailleurs dans le texte. En outre, le premier rapporteur spécial sur la responsabilité des États, García Amador⁸, et le précédent rapporteur spécial, M. Bennouna, dans son rapport préliminaire⁹ ont tous deux proposé une disposition de même effet. M. Economides appuie donc vigoureusement la proposition de M. Candioti.

54. Comme l'a dit M. Pambou-Tchivounda avec force, la notion de protection diplomatique est incompatible avec l'emploi de la force. La protection diplomatique est une institution pacifique et a été créée pour éviter les conflits. Il est donc essentiel de le dire sans ambiguïté.

55. M. GALICKI dit que la proposition de M. Candioti lui pose un problème. Pour ce qui est du fond, il en approuve pleinement le libellé. Toutefois, étant donné les vues exprimées par certains membres, il peut n'être pas sage de faire figurer une proposition aussi catégorique dans le projet d'articles, parce que, ce faisant, la Commission outrepasserait son mandat. Peut-être peut-on s'inspirer du précédent de l'affaire *Mavrommatis* en indiquant, lorsque l'on définit la notion de protection diplomatique et sa portée, que l'« action » visée à l'article premier s'entend des initiatives diplomatiques ou du recours à la justice internationale. Le Comité de rédaction pourrait envisager cette possibilité. Pour éviter les difficultés mentionnées par certains membres, il faut exclure l'emploi de la force en indiquant par quels moyens la protection diplomatique peut être exercée.

56. M. LUKASHUK dit que, s'il comprend les sentiments qui motivent M. Candioti, des sentiments qu'il partage pleinement, il estime que la construction juridique qui résulterait de l'adoption de sa proposition serait très étrange. La protection diplomatique, comme tout acte international d'un État, doit être conforme aux règles du droit international. L'article 2 ne traite que d'un principe. Pourquoi n'est-il pas possible de dire que la protection diplomatique ne doit pas violer le principe de la non-ingérence dans les affaires intérieures ? Ce libellé tiendrait

⁸ Voir 2617^e séance, note 7.

⁹ *Annuaire... 1998*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/484, par. 11.

compte du principe en question. La proposition de M. Pellet semble parfaitement logique. Si l'on indique les moyens inacceptables, il faut aussi indiquer les moyens acceptables. Peut-être sera-t-il possible de revenir sur cette question par la suite. Comme les vues divergent sur l'article 2, il devrait être totalement supprimé.

57. M. GOCO, faisant observer que des événements passés ont probablement motivé l'inclusion d'une clause interdisant la menace ou l'emploi de la force, dit qu'un texte concernant la protection diplomatique devrait effectivement contenir un énoncé clair de ce principe.

58. M. DUGARD (Rapporteur spécial) explique que l'article 2 a été inséré en raison des difficultés que posait le terme « action » à l'article premier. Les auteurs classiques considéraient que ce terme englobait tous les moyens, y compris l'emploi de la force, mais bien entendu les vues de Borchard sont antérieures au Traité général de renonciation à la guerre comme instrument de politique (Pacte Kellogg-Briand) et à l'interdiction figurant au paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies.

59. Le Rapporteur spécial est troublé par la position de ceux pour qui le droit de légitime défense englobe la défense des nationaux. Au cours du débat, on n'a guère accordé d'attention à cette école de pensée, qui comprend deux anciens membres de la Commission. Il semble ressortir du débat que l'expression « protection diplomatique » n'englobe l'emploi de la force dans aucune circonstance et ne relève pas du mandat de la Commission. Peut-être le Rapporteur spécial doit-il préciser dans le commentaire que l'expression « action diplomatique » n'englobe pas l'emploi de la force. La Commission s'est prononcée avec une certaine autorité sur le sujet. L'opinion générale semble évidente, à savoir qu'il est impossible de considérer l'emploi de la force comme une forme de protection diplomatique des nationaux.

60. M. LUKASHUK dit qu'il approuve la proposition très constructive du Rapporteur spécial.

61. Le PRÉSIDENT dit que plusieurs propositions ont été faites en ce qui concerne l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force. Selon la première, l'objet même de la protection diplomatique est d'éviter l'emploi de la force, même si des moyens coercitifs ont souvent été employés avant l'adoption de la Charte des Nations Unies. Le lien entre la protection diplomatique et la responsabilité des États semble être dans la mise en œuvre de la responsabilité des États. La protection diplomatique fait logiquement partie de la responsabilité des États. Cela étant, on a admis que, au moins en ce qui concerne les contre-mesures, l'emploi de la force est interdit. La suggestion de M. Candioti semble donc pertinente.

62. Lorsqu'on considère une institution traditionnelle comme la protection diplomatique, il faut se souvenir que l'hostilité à son encontre est le résultat de l'emploi abusif de la force par le passé. La solution consisterait peut-être à adopter l'approche proposée par M. Galicki et d'indiquer clairement que la protection diplomatique est l'engagement d'une procédure de règlement pacifique d'un différend visant à protéger les droits ou les biens d'un national qui a été menacé d'un préjudice ou a subi un tel préjudice dans un autre État. De cette manière, on exclut la force sans utiliser la formule de la première phrase du projet

d'article 2. On peut débattre longuement du point de savoir si l'emploi de la force pour protéger un national relève de la légitime défense. Une solution constructive qui mérite d'être examinée pourrait consister à supprimer le mot « action » à l'article premier et à dire que la protection diplomatique s'entend de l'engagement d'une procédure de règlement pacifique d'un différend.

63. M. Sreenivasa RAO dit qu'en plaçant la question de la protection diplomatique dans le contexte des droits de l'homme, le Rapporteur spécial a élargi la perspective de la Commission en ce qui concerne le domaine qu'elle doit étudier. Le Rapporteur spécial a montré qu'il était conscient des abus passés. Toutefois, pour M. Sreenivasa Rao, bien que la consolidation des droits de l'homme ait progressivement renforcé la protection de l'individu, les lacunes subsistant dans ce domaine signifient que l'institution de la protection diplomatique a son utilité et doit être renforcée. Il s'agit d'une opinion qui mérite d'être soigneusement pesée. C'est à juste titre que M. Baena Soares considère qu'un instrument équilibré de protection diplomatique est nécessaire.

64. Le sujet dont est saisie la Commission a été soigneusement examiné par le Groupe de travail établi à la cinquantième session qui est parvenu à certaines conclusions¹⁰. Le Rapporteur spécial ne doit-il pas poursuivre son étude de la question dans le cadre de ces conclusions ? Ne doit-il pas se limiter au droit international coutumier ? Il y a dans ce domaine très traditionnel de nombreuses zones grises qui sont autant d'apports possibles pour la Commission.

65. La seconde conclusion à laquelle est parvenu le Groupe de travail, à savoir que la Commission ne doit envisager que les règles secondaires, est très intéressante, et la question s'est aussi posée en ce qui concerne la responsabilité des États. Quelle est la règle secondaire en cause lorsque l'on parle de limites à l'exercice de la protection diplomatique ? Il est impossible de qualifier ces limites de règles secondaires. On ne peut donc faire une distinction stricte entre règles primaires et règles secondaires. Une telle distinction n'est parfois qu'un prétexte pour ne pas répondre à des questions difficiles. Il faut néanmoins envisager les questions épineuses et la Commission dispose assurément d'une marge de manœuvre.

66. Il n'est pas réaliste d'essayer d'achever l'examen du sujet au cours du présent quinquennat, car les questions en cause doivent être examinées plus soigneusement par le Rapporteur spécial lui-même et par tous les membres de la Commission. Les débats qui ont eu lieu à la Sixième Commission sur le sujet indiquent qu'il serait insidieux d'essayer d'élaborer à la hâte un projet d'articles sur la protection diplomatique. Il faut non renforcer le mécanisme de la protection diplomatique mais structurer avec soin un instrument équilibré.

67. Au paragraphe 25 de son rapport, le Rapporteur spécial écrit : « Affirmer que les conventions universelles relatives aux droits de l'homme, notamment le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, offrent aux particuliers des recours efficaces pour faire respecter leurs droits fondamentaux relève de la fantaisie, laquelle,

¹⁰ Voir 2617^e séance, note 22.

contrairement à la fiction, n'a pas sa place dans le raisonnement juridique ». Le Rapporteur spécial dit qu'en matière de droits de l'homme le droit est encore en évolution, que de nombreuses lacunes subsistent et que l'individu n'est pas protégé comme il le devrait. C'est tout à fait exact, mais la question devrait être envisagée dans le cadre de la protection des droits de l'homme, et non dans la perspective limitée de la protection diplomatique, qui n'est autre qu'un instrument destiné à défendre des droits établis. Comme l'ont dit d'autres membres de la Commission, celle-ci a bien assez à faire dans le domaine de la protection diplomatique sans essayer de résoudre les problèmes qui se posent dans le domaine des droits de l'homme. Ces problèmes sont beaucoup plus complexes et fondamentaux, et mieux vaut laisser à des instances créées pour cela le soin de s'en occuper. Il en va différemment lorsque, en l'absence de garanties d'une procédure régulière et de recours effectifs, la protection diplomatique est nécessaire.

68. Aux termes de l'article premier, « on entend par protection diplomatique toute action ... ». Pour M. Sreenivasa Rao, la protection diplomatique est avant tout un droit et, de fait, elle est désignée comme tel à l'article 3. L'action étant une conséquence du droit, le droit devrait être mentionné en premier. La protection diplomatique doit être interprétée comme un droit, non comme une obligation, parce que l'exercice d'un droit est discrétionnaire, alors que les obligations doivent être exécutées et aucun pouvoir discrétionnaire n'intervient.

69. On a dit qu'un préjudice causé par un fait illicite au niveau interne n'engageait pas la responsabilité internationale. S'il y a effectivement dichotomie entre les faits illicites au niveau interne et au niveau international, limiter la protection diplomatique aux préjudices causés au seul niveau international revient à limiter le jeu du mécanisme de réparation. Les garanties d'une procédure régulière constituent-elles un problème de responsabilité internationale ou relèvent-elles de l'application du droit interne ? M. Sreenivasa Rao attend des réponses à ces questions. Il faut aussi se demander si le préjudice lui-même peut être qualifié de licite ou d'illicite.

70. L'article 4 dispose que l'État a l'« obligation juridique » d'exercer sa protection diplomatique et que pour cela la personne lésée doit en faire la demande. Il y a là une contradiction : si l'État a une obligation, il doit s'en acquitter – à défaut il commettrait un fait illicite. Le rapport cite Orrego Vicuña¹¹ pour indiquer qu'un recours interne doit être disponible pour la personne concernée lorsque l'État de nationalité choisit de ne pas exercer la protection diplomatique. Mais s'il s'agit d'un problème de responsabilité des États, la non-exécution constitue-t-elle aussi un fait illicite et, partant, un problème international ? C'est pourquoi il faut envisager la protection diplomatique comme un droit devant être exercé de manière discrétionnaire et dont la violation peut faire l'objet d'une action par l'individu contre son État devant les tribunaux internes. Aller plus loin que cela nécessiterait que l'on examine les conditions qui pourraient déclencher une action internationale si l'État ne défend pas les droits de ses propres nationaux.

71. À l'article 4, la « demande » de la personne lésée est liée exclusivement à une violation grave d'une norme du *jus cogens*, mais cette formulation réduit radicalement la portée du droit à la protection diplomatique. Il implique qu'un État ne peut intervenir que lorsque le *jus cogens* est concerné. L'idée est peut-être que lorsqu'une règle du *jus cogens* est violée, les États doivent intervenir quelles que soient les circonstances et, de fait, plus efficacement, scrupuleusement et volontairement que dans d'autres situations. Cette formulation est aussi à mettre en regard des principes de la responsabilité des États selon lesquels, si le *jus cogens* est affecté, non seulement l'État de la nationalité mais tous les États ont le droit et le devoir de protéger l'individu.

72. Le paragraphe 3 de l'article 4 dispose que « les États ont l'obligation de prévoir dans leur droit interne l'exercice de ce droit » de l'individu. Là aussi, le Rapporteur spécial envisage la question dans le contexte des droits de l'homme, à savoir qu'il y a obligation de l'État et droit de l'individu. Il devrait néanmoins être envisagé du point de vue de la protection diplomatique : le droit de l'État, un droit discrétionnaire, de protéger ses nationaux en cas de préjudice.

73. Le rapport contient tellement d'idées intéressantes que M. Sreenivasa Rao ne peut pas se pencher sur toutes. La mention même du *jus cogens* dans le contexte de la protection diplomatique est si intrigante qu'il est frustrant que seul un bref passage y soit consacré (par. 89) et qu'aucune explication ne soit donnée quant aux types de droits relevant du *jus cogens* qui sont visés. Si l'on conserve l'article 4, il doit être considérablement explicité et étoffé.

74. Une autre question intéressante est la mesure dans laquelle l'individu peut formuler ses prétentions en même temps que le droit à la protection diplomatique est exercé. Le moment précis auquel l'État doit exercer la protection diplomatique et, s'il l'exerce, la mesure dans laquelle l'individu demeure un protagoniste dans l'affaire doivent assurément être examinés d'une manière plus approfondie. Selon le projet de convention de la faculté de droit de l'Université Harvard sur la responsabilité internationale pour les dommages causés aux étrangers¹², la réclamation de l'État doit avoir priorité. Cela signifie-t-il que la réclamation du national ne doit plus être prise en considération ou, si elle l'est, qu'elle ne sera plus au centre du règlement ? Là encore, la relation entre les deux réclamations susceptibles d'être formulées concurremment n'est pas claire – en particulier quand l'État qui doit instruire ces réclamations doit aussi les régler. Il faut élaborer des principes sur ces questions, qui font légitimement partie de l'exercice de la protection diplomatique.

75. Bien que tenté par la proposition de M. Candioti concernant l'article 2, M. Sreenivasa Rao partage le sentiment général, à savoir que cet article doit être supprimé, tout comme l'article 4. M. Sreenivasa Rao n'a pas d'idées bien arrêtées sur le point de savoir si les autres projets d'articles doivent être renvoyés au Comité de rédaction ou laissés en l'état en attendant la suite des travaux du

¹¹ Ibid., note 14.

¹² Reproduit dans L. B. Sohn et R. R. Baxter, "Responsibility of States for injuries to the economic interests of aliens", *American Journal of International Law* (Washington), vol. 55, juillet 1961, p. 548.

Rapporteur spécial. Il remercie celui-ci d'avoir donné à la Commission l'occasion de se pencher sur un problème dont il est souvent tacitement pris acte mais qui n'est jamais examiné en profondeur.

76. M. LUKASHUK dit qu'il n'y a qu'un point sur lequel il souhaite reprendre M. Sreenivasa Rao, bien que celui-ci ne se soit pas à cet égard exprimé catégoriquement mais ait posé une question. Selon le projet d'articles, seuls les faits internationalement illicites peuvent justifier l'exercice de la protection diplomatique, mais M. Sreenivasa Rao s'est demandé si les violations du droit interne pouvaient aussi le faire. Pour M. Lukashuk, si les règles du droit international ne sont pas violées, il ne peut y avoir exercice de la protection diplomatique. La solution contraire serait irréaliste et inacceptable : les gouvernements étrangers seraient alors en mesure de contrôler l'application des lois dans d'autres États. Par exemple, un gouvernement étranger pourrait intervenir si dans un pays donné la police imposait des amendes excessivement lourdes.

77. M. Sreenivasa Rao s'est aussi enquis de la distinction entre préjudice licite et préjudice illicite. Pour parler simplement, si M. Sreenivasa Rao se fait opérer de l'appendicite, il s'agit d'un préjudice licite, alors que s'il est poignardé, le préjudice sera illicite.

78. M. HAFNER dit qu'il va s'efforcer de répondre à M. Sreenivasa Rao, bien qu'il se voie lui-même comme quelqu'un qui pose des questions complexes et non qui y répond. S'agissant de la définition du préjudice, il semble que, de l'avis général, le libellé de l'article premier doive être amélioré, car ce sont assurément les préjudices au regard du droit international et non au regard du droit interne dont il est question. Quant à savoir si la violation du droit interne fait naître pour un État le droit d'exercer la protection diplomatique, M. Hafner est d'accord avec M. Lukashuk mais pense qu'on peut parvenir à un compromis, dans la mesure où une violation du droit interne peut entraîner le déni des garanties d'une procédure régulière. Si le droit interne est violé vis-à-vis d'un étranger, par exemple, et qu'aucune réparation n'est accordée par les tribunaux internes, cela devrait constituer un préjudice au regard du droit international. Toutefois, M. Hafner hésite à se lancer dans la définition du préjudice en droit international dans le contexte de la protection diplomatique, car l'on pourrait en discuter à l'infini.

79. M. Sreenivasa Rao a déclaré que la protection diplomatique doit être vue comme un droit à l'article premier, et il est d'accord. M. Sreenivasa Rao a toutefois aussi déclaré que l'élément discrétionnaire devait être présent. Or, si la protection diplomatique est vue comme un droit, l'existence d'un pouvoir discrétionnaire ne constitue-t-elle pas une conséquence automatique ? Il n'est nul besoin de souligner le caractère discrétionnaire d'un droit.

80. M. PELLET, se référant aux observations de M. Hafner, dit qu'en matière de protection diplomatique le problème général n'est pas le non-respect des garanties d'une procédure régulière, ce qui constitue à l'évidence un fait internationalement illicite susceptible de donner lieu à l'exercice de la protection diplomatique, mais l'épuisement des recours internes, qui constitue un problème plus large que le déni des garanties d'une procédure régulière. La protection diplomatique peut être exercée même en l'absence de non-respect des garanties d'une procédure

régulière et s'attacher au déni de justice ferait intervenir des règles primaires.

81. L'élément « discrétionnaire » dans le droit de la protection diplomatique risque de poser certains problèmes dans le contexte du droit français. Il ne s'agit pas d'un pouvoir arbitraire. « Pouvoir discrétionnaire » signifie normalement que l'on peut faire un choix entre un large éventail de possibilités, mais que ce choix doit être fait conformément au droit. Cela est à la base de la différence entre un État respectueux du droit et un État dictatorial. En droit français, pourtant, – il s'agit d'un des derniers vestiges de l'autorité absolue dont était investi le roi – l'État a des pouvoirs arbitraires, non discrétionnaires, dans toutes les décisions concernant l'exercice de la protection diplomatique. Ces décisions ne sont en aucune manière soumises au contrôle judiciaire, et l'État n'est limité par aucune règle quelle qu'elle soit. M. Pellet n'en est pas fier, car cela place la France à l'opposé des pays d'Europe orientale dans lesquels, apparemment, l'exercice de la protection diplomatique est plus ou moins obligatoire.

82. M. GAJA note que certains membres ont dit qu'il fallait établir un lien entre responsabilité internationale et protection diplomatique. Ce lien ne doit pas nécessairement être compris comme faisant de l'existence d'un fait illicite une condition de l'exercice de la protection diplomatique. La protection diplomatique a trait à un fait internationalement illicite et peut aussi être utilisée pour empêcher la commission d'un fait illicite. Si ses nationaux risquent d'être torturés dans un pays étranger, un État a tout intérêt à mener une action diplomatique et à présenter une réclamation pour éviter les tortures et la violation d'une obligation.

83. M. GOCO, se référant au terme « discrétionnaire », dit que dans l'affaire *Mavrommatis*, la CPIJ emploie le terme « habilité », ce qui implique qu'un droit est en jeu mais que l'on peut renoncer à ce droit ou qu'un État peut décider de ne pas l'invoquer. En d'autres termes, cette décision accorde à l'État un pouvoir discrétionnaire dans l'exercice du droit de protection diplomatique.

84. M. Sreenivasa RAO se félicite de la manière dont M. Hafner a répondu à la question posée par M. Lukashuk en ce qui concerne le préjudice. Assurément, les amendes de faible montant ne sont pas ce qu'on entend par préjudice au niveau interne. Certains droits sont accordés aux étrangers par le droit interne, et si ces droits ne peuvent être défendus dans le cadre du droit interne, alors il y a déni de justice. M. Gaja a complété le raisonnement de M. Sreenivasa Rao lorsqu'il a dit qu'il ne fallait pas lier l'exercice de la protection diplomatique si totalement et exclusivement à la responsabilité des États, parce que la protection diplomatique est un instrument que les États utilisent souvent pour prévenir des faits illicites. D'une manière générale, les États interagissent de diverses manières à un niveau officieux avant de présenter des réclamations officielles. La protection diplomatique est donc une chose au niveau officiel et autre chose au niveau officieux.

La séance est levée à 13 h 5.

2620^e SÉANCE

Vendredi 12 mai 2000, à 10 heures

Président : M. Maurice KAMTO

Présents : M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Illueca, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Operti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka.

Protection diplomatique (suite) [A/CN.4/506 et Add.1¹]

[Point 6 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. M. OPERTTI BADAN dit que le principe de la protection diplomatique est certes bien établi, mais que lorsqu'il s'agit de le développer ou de définir les conditions dans lesquelles cette protection peut s'exercer les choses sont plus délicates : pourtant, il faut établir des normes visant à prévenir ou à réduire au maximum les utilisations abusives de ce mécanisme.

2. Une question particulièrement épineuse est celle du recours à la force, dont on trouve malheureusement de trop nombreux exemples dans le monde contemporain, en dehors des cas prévus par l'Article 51 de la Charte des Nations Unies. Il ne s'agit pas de rouvrir le débat sur ce que l'on appelle les « interventions humanitaires » menées par l'Organisation des Nations Unies ou par des forces armées régionales dans le cadre de la défense des droits de l'homme, mais si l'on s'en tient au domaine de la protection diplomatique au sens strict, force est de constater qu'en la matière le recours à la force pourrait présenter de graves dangers pour les relations internationales. La protection diplomatique doit plutôt s'inscrire, de l'avis de M. Operti Badan, dans le cadre du règlement pacifique des différends et exclure catégoriquement toute possibilité de recours à la force. Cela ne veut cependant pas dire que la question ne doive pas être abordée sous prétexte que l'interdiction du recours à la force serait implicite ou irait de soi : ce silence risquerait, étant donné que cet aspect figurait dans le projet initial, d'être interprété comme une lacune sur un sujet combien important.

3. Une autre question que la Commission doit régler est celle de savoir quelle pourrait être la portée d'une conven-

tion sur la protection diplomatique : à la base de ce mécanisme, on trouve le principe de l'égalité souveraine des États et leur devoir de protection des droits et des biens de leurs nationaux. La question de la « protection fonctionnelle » exercée par les organisations internationales au profit de leurs agents est un sujet distinct qui n'a pas à être traité dans le cadre de cette convention.

4. La protection diplomatique en tant que moyen permettant d'éviter les abus commis à l'égard des biens ou des personnes est un mécanisme qui doit être préservé, car on ne peut la confondre avec les mécanismes de défense des droits de l'homme, même si la composante « droits des personnes » y occupe une place importante. Dans la protection des droits de l'homme, la procédure est directement au service de la personne, tandis que dans la protection diplomatique, le droit d'agir est celui de l'État de nationalité et est subordonné à la volonté de cet État. L'idée que la nationalité constitue « le point de rattachement » permettant l'exercice de ce droit est peut-être du reste un concept un peu dépassé à l'heure actuelle. Aujourd'hui, c'est plutôt le lieu de résidence qui importe. Un État peut se sentir tout aussi obligé vis-à-vis d'une personne ayant élu domicile sur son territoire que vis-à-vis de l'un de ses propres ressortissants. Dans le cas contraire, ne serait-il pas d'ailleurs accusé de discrimination ? Il est dommage que ce point n'ait pas été abordé dans le premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/506 et Add.1).

5. La Sixième Commission a appuyé en général l'idée que la décision d'exercer ou non la protection diplomatique constituait une prérogative de chaque État souverain. Pour M. Operti Badan, l'obligation de protection de l'État existe dès qu'une personne est rattachée à cet État, et ce, non seulement à l'intérieur du territoire national mais aussi à l'extérieur. Il souhaiterait qu'une clause très claire en ce sens soit incluse dans la future convention. Il reconnaît aussi la nécessité d'établir un équilibre conceptuel entre les fondements de l'exercice de la protection diplomatique et ceux de la protection des droits de l'homme.

6. Enfin, il pense qu'il vaudrait mieux ne pas préjuger, dans les projets d'articles, du caractère licite ou illicite du fait imputable à un État qui permet de déclencher le mécanisme de la protection diplomatique. On risque ce faisant de s'aventurer sur le terrain de la responsabilité des États et de la réparation ou de l'indemnisation, alors que l'objectif essentiel est d'assurer une protection effective des personnes et des biens. Il doit être clairement entendu que le libellé du paragraphe 1 de l'article premier, contenant une qualification du fait ou de l'omission imputable au « deuxième État », n'est que provisoire.

7. En résumé, M. Operti Badan pense que le sujet de la protection diplomatique n'a peut-être pas fait l'objet d'une discussion suffisamment approfondie au sein de la Commission pour que des projets d'articles puissent être d'ores et déjà renvoyés au Comité de rédaction. Cela supposerait du reste que le Comité soit investi d'un mandat clair et précis. Or, il est évident que tel n'est pas le cas et que la Commission est encore loin d'être parvenue à un consensus sur ces questions.

¹ Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

8. M. GOCO dit qu'il a lu attentivement les commentaires du Rapporteur spécial sur les projets d'articles et que ceux-ci sont très utiles. On peut les comparer au travail des organes de l'exécutif qui se chargent d'expliciter dans les décrets et règlements les textes élaborés par le législateur. Non seulement ces commentaires éclairent le sens des projets d'articles mais ils contribuent à faciliter les débats de la Commission.

9. À titre de remarque d'ordre général, M. Goco fait observer que, dans l'expression « protection diplomatique », on trouve le mot « diplomatique ». La question se pose donc de savoir si la protection diplomatique peut être invoquée en l'absence de relations diplomatiques entre les États concernés. Il rappelle que, dans le monde actuel, il y a encore un certain nombre d'États qui n'entretiennent pas de relations diplomatiques avec d'autres États.

10. Passant à l'examen des quatre premiers projets d'articles présentés par le Rapporteur spécial, il note qu'au paragraphe 1 de l'article premier, il est dit qu'une action au titre de la protection diplomatique peut être engagée par un État contre un autre État à raison d'un préjudice causé par un fait ou une omission internationalement illicite du deuxième État. Toutefois, le Rapporteur spécial n'indique pas si cela couvre également le préjudice causé par un vice ou un défaut de procédure ou par le non-respect des droits de la défense. Certes, au paragraphe 43 du rapport, il reprend la définition de Dunn selon laquelle l'action diplomatique « englobe d'une manière générale tous les cas de représentation officielle par un gouvernement de la personne ou des biens de ses nationaux ... »², ce qui laisse à penser que les dénis de justice dont le ressortissant d'un État serait victime à l'étranger seraient également visés. Mais il serait préférable que cela soit précisé dans l'article.

11. En ce qui concerne l'article 2 relatif à l'emploi de la force, il n'est pas inutile de revenir sur l'affaire des otages détenus aux Philippines dont d'autres orateurs ont déjà parlé. Dans cette affaire, les kidnappeurs sont des rebelles et les pays dont les otages sont des ressortissants ont pris des contacts avec le Gouvernement philippin au lieu de tenter eux-mêmes une opération de sauvetage. Cette démarche, qui constitue une forme de protection diplomatique, a déjà en soi des conséquences suffisamment gênantes pour le Gouvernement philippin et chacun comprend qu'en l'occurrence l'emploi de la force ne ferait qu'envenimer les choses. Le recours à la force doit donc être catégoriquement exclu et seul le début du texte de l'article 2 jusqu'aux mots « protection diplomatique » devrait être conservé.

12. Pour ce qui est de l'article 3 sur le droit de l'État de nationalité d'exercer la protection diplomatique, la Commission peut se référer utilement à l'arrêt rendu par la CPJI dans l'affaire *Mavrommatis* : il y est dit en substance que « c'est un principe élémentaire [en anglais *is entitled*] l'État à protéger ses nationaux ... » [voir p. 12]. Les mots *is entitled* impliquent un droit. L'article 3 doit bien entendu être lu conjointement avec l'article 4 puisque ces deux articles traitent du

droit de l'État, de son obligation juridique et de la discrétion qui lui est laissée pour agir.

13. Chacun se souvient du cas de cette jeune femme recrutée comme domestique à l'étranger qui avait été condamnée à mort après avoir poignardé son employeur qui tentait de la violer. L'État dont elle était ressortissante était intervenu en sa faveur par le biais de la protection diplomatique et lui avait évité la pendaison. Si cet État avait discrétionnairement refusé d'exercer ce droit, elle se serait assurément trouvée dans une situation difficile, bien qu'il lui soit encore loisible d'intenter un recours devant un organe international de protection des droits de l'homme puisqu'elle n'avait pas bénéficié d'une procédure équitable. Le problème en l'occurrence était que l'État de nationalité tenait à conserver d'excellentes relations commerciales avec l'État du for qui lui fournissait du pétrole. Or, dans sa formulation actuelle, l'article 4 prévoit que l'État de nationalité est déchargé de l'obligation d'exercer, à la demande d'une personne, la protection diplomatique à l'égard de cette personne si cela met « sérieusement en danger ses intérêts supérieurs et/ou ceux de ses citoyens ». Le Rapporteur spécial explique d'ailleurs dans ses commentaires que, selon la doctrine traditionnelle de la protection diplomatique, un État a le droit, mais non l'obligation, de protéger ses nationaux. Il s'agit donc d'un droit imparfait du point de vue de la personne lésée. Cette position a été réaffirmée par la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. De plus, comme le rappelle le Rapporteur spécial au paragraphe 64 de son rapport, « la notion qu'un préjudice causé à un individu équivaut à un préjudice causé à l'État n'est pas systématiquement invoquée devant la justice. Lorsqu'un État intente une action au nom de ses nationaux, il est rare qu'il fasse valoir un droit propre et le plus souvent il se réfère à l'individu lésé comme étant le "plaideur" ». Pour autant, la protection diplomatique offre d'autres possibilités que les mécanismes de défense des droits de l'homme – dont le Rapporteur spécial conteste un peu trop sévèrement l'efficacité au paragraphe 25 de son rapport – et elle n'est nullement rendue obsolète par le développement du droit des droits de l'homme. Cela amène M. Goco à réaffirmer la position qu'il avait exprimée lors de l'examen du rapport préliminaire du précédent rapporteur spécial³ en ce qui concerne la discrétion laissée à l'État pour exercer la protection diplomatique : à savoir que si l'on ne veut pas laisser la porte ouverte à l'arbitraire, des normes doivent être établies sur les conditions dans lesquelles un État peut refuser d'exercer le droit à la protection diplomatique au profit d'un de ses ressortissants lésés. La solution de compromis qui avait été préconisée à cet égard dans le projet de convention sur la responsabilité des États pour des préjudices causés à des ressortissants étrangers établi par la faculté de droit de l'Université Harvard⁴ lui paraît offrir une piste intéressante : tant l'individu lésé que l'État de nationalité pourraient se retourner contre l'État auteur du préjudice, la priorité étant donnée à la réclamation de l'État de nationalité.

14. En résumé, pour ce qui est de la suite à donner aux projets d'articles à l'examen, M. Goco recommande que les articles 1, 3 et 4 soient renvoyés au Comité de rédaction

² Voir Dunn, op. cit. (2617^e séance, note 6), p. 18.

³ Voir 2617^e séance, note 2.

⁴ Voir 2619^e séance, note 12.

tion en vue de leur reformulation. En ce qui concerne l'article 2, seule la première phrase jusqu'au mot « diplomatique » devrait être maintenue.

15. M. SIMMA constate que deux conceptions extrêmes de la protection diplomatique semblent s'affronter. D'un côté, ni le Rapporteur spécial dans son premier rapport ni certains membres dans leurs interventions n'excluent carrément de cette notion ce que l'on peut appeler la protection au jour le jour de nationaux par les agents consulaires de l'État de nationalité dans l'État de résidence. Sur ces activités, dont l'objet est d'aider un national à préserver ses droits et à se prémunir contre des violations, vient se greffer la question de la protection militaire vue comme un prolongement ou un aboutissement de la protection consulaire. Il y a là une confusion dont les paragraphes 36 et 43 du rapport ne sont pas exempts. Ce qu'entend l'article 5 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires par « protection diplomatique » n'entre pas vraiment dans le sujet. Il ne s'agit pas pour M. Simma de critiquer cette interprétation mais de clarifier ce sur quoi porteront les travaux futurs et ce à quoi il convient de se préparer. L'autre extrême consiste à dire que la protection diplomatique n'est pas réellement un processus autonome et que l'on ne peut y voir qu'un synonyme des expressions « recevabilité des réclamations » ou « nationalité des réclamations ». Cette interprétation semble trop étroite. En effet, si l'on emploie la notion de protection diplomatique dans son sens technique, celui qui avait été retenu par la CPJI dans l'affaire *Mavrommatis*, elle englobe des éléments liés à la présentation des réclamations et pas seulement à leur recevabilité. M. Simma concède néanmoins que la question de la nationalité des réclamations est au cœur du sujet.

16. Le Rapporteur spécial se réfère souvent à un ouvrage de Borchard écrit en 1915⁵ à propos des relations entre les droits de l'homme et la protection diplomatique. À cette date, le Marines Corps des États-Unis occupait Veracruz et, à la même époque, dans un certain pays d'Europe méridionale, entre 500 000 et 1 million et demi de personnes étaient massacrées sans que cela suscite beaucoup d'émotion parmi les autres États. On peut donc se demander si un livre écrit en 1915 peut encore être considéré comme une bible. Si tel est le cas, il faudrait l'appeler l'ancien testament et voir dans le rapport du Rapporteur spécial une sorte de nouveau testament.

17. Quant à savoir si la notion de protection diplomatique est fondée sur une fiction ou non, M. Simma pense comme M. Brownlie qu'on trouve un filigrane de bon sens dans les œuvres des juristes internationalistes anglosaxons, pour lesquels il n'y a rien de fictif dans cette notion prise au sens dégagé dans l'affaire *Mavrommatis*. À cet égard, on ne voit pas bien ce que le Rapporteur spécial a à l'esprit dans la dernière ligne du paragraphe 21 de son rapport. On ne sait si le Rapporteur spécial veut dire que la protection diplomatique, au sens défini dans l'affaire *Mavrommatis*, ne résiste pas à l'analyse logique. Pour M. Simma, tel n'est pas le cas.

18. Selon M. Pellet, la démarche du Rapporteur spécial est trop axée sur les droits de l'homme. M. Simma en convient, mais ne pense pas qu'elle le soit à l'excès, ni à tort. Tous les membres sont d'accord, semble-t-il, pour consi-

dérer que le projet d'articles sur la protection diplomatique est censé combler une lacune du droit de la responsabilité des États et doit lui être rattaché. Il est normal que le rapport du Rapporteur spécial se situe dans l'esprit de défense des droits de l'homme dont ont commencé à s'imprégner les travaux de la Commission sur la responsabilité des États.

19. Pour reprendre un point développé par M. Gaja à la séance précédente, il convient de bien être conscient que la tâche de la Commission consiste à mettre en forme, à confirmer et à établir une doctrine de la protection diplomatique au sens défini dans l'affaire *Mavrommatis*, c'est-à-dire à réaffirmer et à codifier des prescriptions et limites très strictes concernant la nationalité des réclamations. Se pose alors la question de la continuité de la nationalité. L'État n'est habilité à prendre fait et cause que pour un individu qui était un national de cet État au moment de l'infraction et est demeuré continûment un national dudit État jusqu'à ce que sa réclamation soit présentée. M. Simma n'est pas sûr que la Commission fasse sien ce principe mais se propose simplement en l'évoquant de montrer à quel point le sujet est technique. D'un côté, certains membres vont jusqu'à considérer le sujet comme identique à celui de la nationalité ou de la recevabilité des réclamations. De l'autre, la Commission, à la même session, s'apprête à reconnaître les droits de l'homme comme des obligations *erga omnes* dont la violation donne à tout État le droit d'exiger au moins la cessation. On reconnaît là le schéma proposé par le Rapporteur spécial sur la responsabilité des États, M. Crawford, dans lequel l'État de nationalité répond à la définition de l'État spécialement atteint, auquel s'attachent plus de droits qu'à tous les autres États en cas de violation d'une obligation *erga omnes*. Cela signifie que dans le cas d'une violation prenant la forme d'un préjudice causé à des étrangers qui est aussi une violation des droits de l'homme, l'État de nationalité a à sa disposition deux ensembles de règles : un ensemble très vénérable, traditionnel, très rigide et un ensemble de règles beaucoup plus moderne, rationalisé, « politiquement correct », où intervient la notion de protection des droits de l'homme. Les membres devraient prendre garde à ce qu'ils feront de la notion de protection diplomatique lorsqu'ils reviendront sur celle de la protection des droits de l'homme. Il ne faut pas perdre de vue que l'on assiste à une inflation de réclamations relatives aux droits de l'homme en droit international coutumier. Si dans l'avenir on en arrive à considérer le droit de propriété comme un droit de l'homme, il ne restera que peu de chose de la protection diplomatique, car l'invocation des droits de l'homme est plus efficace que celle des droits découlant d'une norme internationale minimale. Il faudra être attentif à ne pas créer des chevauchements et probablement des zones de confusion entre droits de l'homme et protection diplomatique, ce qui risque d'affaiblir le droit de la protection diplomatique qui existe déjà.

20. En ce qui concerne la forme définitive que prendront les travaux sur la protection diplomatique, elle dépendra vraisemblablement de celle que l'on donnera au projet d'articles sur la responsabilité des États. Il est difficile d'imaginer que, si l'on décidait de traiter de la responsabilité des États autrement que sous la forme d'une convention, il n'en irait pas de même pour la protection diplomatique.

⁵ Voir 2617^e séance, note 5.

21. Concernant le projet d'article premier, le mot « action » a été critiqué, mais dans le contexte où il se trouve, son sens est clair. Traiter de la protection diplomatique ne consiste pas simplement à dresser une liste des cas dans lesquels les réclamations sont recevables ou non. Cela comporte certains aspects de procédure, mais pas les aspects militaires, bien entendu. Comme de nombreux autres membres qui l'ont précédé, M. Simma pense que l'expression « action » ou « fait ou omission » devra être mise en conformité avec ce qui deviendra probablement l'article premier du projet d'articles sur la responsabilité des États.

22. S'agissant du projet d'article 2, M. Simma félicite le Rapporteur spécial d'avoir eu le courage de le présenter en sachant très bien à quelles controverses il donnerait naissance. On peut dire que ce projet d'article ne présente déjà plus aucun signe de vie et il devrait donc être abandonné. Contrairement à M. Economides, qui estime qu'il devrait être expressément déclaré que la force armée est exclue du champ de la protection diplomatique, M. Simma pense qu'il ne devrait pas en être fait mention, tout simplement parce que cela ne fait pas partie du mandat de la Commission. À propos de la note de bas de page du paragraphe 52 du rapport, qui renvoie à un ouvrage dont il est l'un des auteurs⁶, il précise que ce qu'il y déclare est qu'il existe dans la pratique des États une tendance à tolérer pour des raisons politiques les actions de protection militaire de nationaux lorsque de telles actions respectent le principe de proportionnalité et constituent véritablement une mesure de dernier recours. Sur ce point, M. Simma se démarque de M. Brownlie, qui a parlé à cet égard (2617^e séance) de renonciation à faire valoir l'illicéité. On ne peut pas dire que la notion d'illicéité soit abandonnée dans une situation où, par exemple, le Conseil de sécurité est paralysé par l'exercice du droit de veto et où les opinions exprimées à l'Assemblée générale divergent considérablement. Mais cela n'entre pas dans le cadre de ce dont s'occupe actuellement la Commission.

23. Pour ce qui est du projet d'article 3, les mots *a national unlawfully injured* dans la version anglaise ou en tout cas leur emploi dans le contexte de cet article peuvent être critiqués du point de vue de la logique, mais, en fait, ils sont tout à fait clairs dans ce contexte. C'est une expression légèrement inélégante du principe dégagé dans l'affaire *Mavrommatis*, dont on peut bien entendu améliorer la formulation au sein du Comité de rédaction.

24. Quant au projet d'article 4, on peut malheureusement craindre qu'il ne fonctionne pas. Il devrait donc être abandonné. On a déjà posé la question de savoir à qui l'obligation d'exercer la protection diplomatique est due, et si cette obligation est censée être un droit de l'homme. S'il s'agit d'une obligation *erga omnes*, elle s'étend à tous les autres États qui se voient ainsi donner le droit d'intervenir dans le processus de prise de décisions d'un État et « d'aider » cet État à décider de venir ou non en aide à l'un de ses nationaux. Cela créerait une trop grande confusion. Faire découler des obligations *erga omnes* une sorte de droit au respect de telle ou telle disposition est une chose. Tirer comme conséquence d'une obligation *erga omnes*

que d'autres États ont le devoir d'accomplir certains actes en est une autre. Par conséquent, s'il ne s'agit pas d'un droit de l'homme, ce ne peut être qu'un droit constitutionnel, fondé en droit interne, et la Commission n'a pas à s'en occuper. Le paragraphe 3 du projet d'article 4 rend le problème encore plus concret en donnant compétence aux tribunaux nationaux pour décider en la matière. On peut se demander si les juridictions nationales sont réellement qualifiées pour connaître de questions de *jus cogens*. Engager des poursuites au plan interne sur la base du paragraphe 3 conduirait inévitablement des particuliers demandant l'aide ou la protection de l'État dont ils sont ressortissants à présenter des réclamations exorbitantes ou futiles. D'un autre côté, on verrait tout aussi inévitablement des gouvernements refuser d'admettre qu'un certain droit revendiqué par un particulier puisse relever du *jus cogens*.

25. M. BROWNLIE se dit troublé par la tendance qu'il constate chez les membres à poser en principe qu'il existe un lien étroit entre la responsabilité des États et la protection diplomatique. Il est bien évident qu'un lien opérationnel existe, mais, quant au fond, le chevauchement n'est pas très important. Il y a des problèmes de délimitation et on peut se demander par exemple si la règle des « mains propres » relève de la recevabilité ou de la responsabilité. Elle est probablement à cheval sur les deux. D'une manière générale, la question de savoir si un État est habilité à exercer la protection diplomatique sous ses différentes formes et celle de savoir si une réclamation est fondée sont suffisamment distinctes. Il n'est pas bon que la Commission s'écarte de sa route pour créer plus de problèmes qu'elle n'en a déjà à son ordre du jour. Pour sa part, M. Brownlie pense que la recevabilité des réclamations devrait au moins avoir été mentionnée dans le rapport, car c'est une question pertinente. Cependant, les deux questions ne sont pas synonymes. Dans le scénario évoqué par M. Goco, à moins que l'État de nationalité de la femme jugée dans l'autre État présente effectivement une réclamation, ce qui se produit est précisément la partie opérationnelle de la protection diplomatique. L'État de nationalité de la femme jugée exerce la protection diplomatique au sens opérationnel, la question n'étant pas de caractériser le fait lui-même, c'est-à-dire le jugement et la peine, comme illicite. Cela peut en être une conséquence, mais il n'y a pas d'équivalence. Il demeure qu'au moins en partie la question à examiner est celle de la recevabilité des réclamations dans le contexte, soit des réclamations litigieuses faisant l'objet de négociations entre États, soit des réclamations soumises à l'arbitrage de la CIJ. Et cela, il convient de le reconnaître. Une bonne partie des sources invoquées à juste titre par le Rapporteur spécial consistent en décisions de la CPJI ou de la CIJ.

26. M. MOMTAZ félicite le Rapporteur spécial de son premier rapport, qui fournit des éléments de réflexion fort utiles. Proposant à son sujet quelques observations d'ordre général, il dit qu'il faudrait peut-être délimiter quelque part dans l'introduction le sujet traité et énoncer expressément ce que le Rapporteur spécial laisse de côté en un ou deux paragraphes. La première question à exclure est celle de la protection fonctionnelle, question abordée au paragraphe 38. Par la même occasion, on pourrait préciser qu'à l'instar des questions relatives à la protection des experts et des fonctionnaires des organisations internationales, la protection et plus précisément les

⁶ A. Verdross et B. Simma, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, 3^e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 1984.

immunités accordées aux diplomates par le droit international ne relèvent pas du sujet traité. De même, il serait bon que le Rapporteur spécial précise d'emblée que la question de savoir si le droit international reconnaît un droit d'intervention par la force à des fins humanitaires n'est pas dans le cadre de l'étude au lieu d'attendre le paragraphe 60 pour le faire. Pour sa part, M. Momtaz estime que le Rapporteur spécial ne fait pas toujours la distinction entre la protection diplomatique et ce genre d'intervention. Il en veut pour preuve le paragraphe 52 où la pratique mentionnée par le Rapporteur spécial relève plutôt de l'intervention dite « humanitaire » que de la protection diplomatique.

27. Pour ce qui est du fond de la question, tout en appréciant à leur juste valeur les nombreuses citations tirées de la doctrine et de la jurisprudence, M. Momtaz estime que le Rapporteur spécial devrait se pencher davantage sur la pratique des États, pratique abondante comme il ne manque pas de le souligner lui-même au paragraphe 10. On serait certainement mieux en mesure de présenter dans des articles à venir les procédures que les États pourraient engager pour exercer la protection diplomatique. C'est un travail de longue haleine, mais le rapport s'en trouverait incontestablement enrichi.

28. En ce qui concerne le projet d'article premier, M. Momtaz partage l'opinion des membres qui ont estimé que l'emploi du mot « action » n'était pas heureux. Le Rapporteur spécial a d'ailleurs lui-même précisé lors de son intervention que ce terme était de nature à créer des difficultés. Il conviendrait de l'éviter dans la mesure où il évoque le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies et les actions coercitives qui pourraient être entreprises par le Conseil de sécurité. D'autres solutions peuvent être envisagées. Au lieu de « action engagée », il serait préférable de retenir l'expression « procédure engagée ». On notera que toutes les définitions données par la doctrine en matière de protection diplomatique, et d'ailleurs citées par le Rapporteur spécial au paragraphe 37 de son rapport, utilisent cette expression. Une deuxième solution consisterait à reprendre l'expression utilisée par le Groupe de travail créé à la quarante-neuvième session⁷ pour examiner la question de la protection diplomatique à laquelle se réfère le Rapporteur spécial au paragraphe 40, à savoir le droit de prendre fait et cause pour son national.

29. Concernant le projet d'article 2, M. Momtaz est lui aussi, pour toutes les raisons pertinentes qui ont été évoquées, en faveur de sa suppression. Il se prononce également contre le maintien du chapeau de cet article. En effet, une interdiction expresse de la menace ou de l'emploi de la force ne ferait qu'affaiblir le principe même de l'interdiction du recours à la force et non le contraire. Il rejoint ici les idées exprimées tant par M. Pellet que par M. Brownlie, qui ne peut être rangé parmi les partisans d'une interprétation extensive du paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies. Cela étant, M. Momtaz se demande s'il ne serait pas bon de se pencher avec un peu plus d'attention sur le contenu de l'alinéa b du projet d'article 2, plus précisément le cas où un État se trouve dans l'incapacité d'assurer la protection diplomatique alors qu'il le voudrait. Il s'agit des situations, qui se ren-

contrent malheureusement de plus en plus à travers le monde, où la structure de l'État s'est effondrée. On parle alors d'« État désintégré ». Peut-être le Rapporteur spécial pourrait-il fournir à un stade ultérieur quelques éléments de réflexion à ce sujet. Il faut reconnaître que, dans ce genre de situation, le problème du recours à la force se pose dans des conditions tout à fait différentes.

30. Le projet d'article 3 n'appelle pas de commentaire particulier, sauf en ce qui concerne la référence qui y est faite au projet d'article 4, ce qui amène M. Momtaz à dire quelques mots de ce dernier. Bien qu'il soit en faveur du maintien de l'article 19 du projet d'articles sur la responsabilité des États⁸, et donc de la distinction qui y est faite entre la notion de crime et celle de délit, il estime que cette distinction ne saurait avoir de conséquence en matière de protection diplomatique. M. Momtaz est tout à fait d'accord avec le Rapporteur spécial quand celui-ci fait observer dans une note de bas de page relative au paragraphe 89 de son rapport que l'article 19 du projet d'articles sur la responsabilité des États ne fait pas mention de *jus cogens*, mais qu'il existe une corrélation claire entre les normes de *jus cogens* et les exemples cités. Dans tous les cas, les situations envisagées aboutissent à une violation non pas isolée, mais massive, des droits des individus, toutes catégories confondues, et on ne peut guère isoler les citoyens d'un État des nationaux de l'État qui voudrait engager la protection diplomatique. Pour sa part, M. Momtaz estime que toute intervention destinée à mettre un terme aux situations évoquées dans cette note de bas de page s'apparente à une intervention humanitaire, sans pour autant approuver l'emploi de la force à cette fin. Quoi qu'il en soit, l'intervention humanitaire n'est pas le sujet à l'étude. C'est surtout le cas du refus d'un État d'accorder à une minorité nationale le droit à l'autodétermination qui pose problème : on pourrait difficilement concevoir la mise en mouvement de la protection diplomatique dans ce type de situation.

31. M. HAFNER, se référant à l'hypothèse évoquée par M. Momtaz d'un État désintégré où des étrangers auraient besoin d'une protection diplomatique, éventuellement à travers le recours à l'emploi de la force, fait observer qu'elle n'est pas dans le cadre de la protection diplomatique définie à l'article premier proposé par le Rapporteur spécial comme étant « toute action engagée par un État contre un autre État ».

32. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA, tout en reconnaissant la pertinence du problème posé par M. Momtaz, est enclin à partager l'avis de M. Hafner. L'État désintégré dont il est question, c'est moins l'État-territoire ou l'État-population que le gouvernement, l'administration de l'État. Est-ce à ce niveau, au niveau où s'opère le pouvoir, où s'exerce la souveraineté, que se situe la désintégration ? Si tel est le cas, il y a lieu de se demander de quelle manière peut se déployer la protection diplomatique. Celle-ci suppose en effet que le gouvernement de l'État requérant, de l'État qui prend fait et cause pour son national, s'adresse à un homologue. C'est entre deux gouvernements que le dialogue, la négociation, en l'occurrence, doivent intervenir – faute de quoi il est tout à fait

⁷ *Annuaire...* 1997, vol. II (2^e partie), par. 182, p. 62.

⁸ Voir 2613^e séance, note 1.

légitime de se demander si la réclamation s'inscrit vraiment dans l'esprit de la protection diplomatique.

33. M. LUKASHUK juge la question soulevée par M. Momtaz fort importante et ne partage pas l'avis de M. Hafner selon lequel, en l'absence d'État, on ne peut parler de protection diplomatique. Mais qui va déterminer s'il existe ou non un État ? Il s'agit là d'un aspect politique subjectif. L'hypothèse envisagée par M. Momtaz n'est pas une vue de l'esprit ou une fiction : c'est une réalité quotidienne. Elle est juridiquement fondée et mérite l'attention et l'appui de la Commission.

34. M. MOMTAZ précise que sa proposition découle directement de l'alinéa *b* du projet d'article 2, qui prévoit le cas où l'État auteur du préjudice ne peut pas assurer la sécurité des nationaux de l'État de protection. Elle vise non pas l'absence de volonté, mais l'incapacité.

35. M. KABATSI croit comprendre que M. Momtaz se réfère au cas d'un État où un gouvernement est en place mais qui, pour des raisons exceptionnelles, est dans l'incapacité d'assurer la sécurité d'un étranger. Si l'État de nationalité souhaite prendre fait et cause pour son ressortissant, il faut qu'il trouve avec l'État interlocuteur un moyen de le faire.

36. M. MOMTAZ admet qu'il existe des degrés dans la désintégration d'un État. Il est des cas où sur le territoire d'un État, plusieurs autorités existent qui cherchent à s'affirmer, sans qu'aucune ne soit en mesure d'assurer la protection des ressortissants d'autres États.

37. M. CANDIOTI juge la proposition de M. Momtaz fort intéressante, mais retient surtout l'observation générale qu'il a faite au début de son intervention et qui concerne la nécessité de bien délimiter le sujet à l'étude – ce qui permettra d'éclairer bien des points.

38. Le PRÉSIDENT, intervenant en tant que membre de la Commission pour réagir à cet échange de vues, convient avec M. Candiotti qu'une fois la notion de protection diplomatique définie aux fins de l'étude, tout deviendra plus clair et le débat pourra avancer sans heurts. Quant au problème soulevé par M. Momtaz, il peut se poser aussi du point de vue de l'État de nationalité. Il se pourrait fort bien que ce dernier soit dans l'incapacité d'exercer sa protection diplomatique au profit de ses nationaux.

39. Faisant part de ses observations sur le rapport à l'examen, M. KAMTO en premier lieu félicite le Rapporteur spécial pour la position audacieuse et courageuse qu'il n'a pas craint de prendre sur la question des droits de l'homme et de l'intervention d'humanité, ou humanitaire. Lui-même porte un grand intérêt à tout effort de développement progressif du droit international, tout d'abord parce qu'il s'agit de l'un des deux volets de la mission principale de la Commission qu'il ne faut écarter ni par principe ni au nom d'un conservatisme de mauvais aloi, et aussi parce que cela peut ouvrir la voie à des avancées juridiques importantes. Ce qui le préoccupe plus précisément, c'est que le Rapporteur spécial ait voulu se lancer dans un exercice de développement progressif du droit international en la matière sans le dire très clairement, sans préciser à partir de quoi et pourquoi, et surtout sans prendre soin de ne pas bouleverser ce qui est raisonnablement réputé être un des acquis du droit international, voire un des piliers du

droit des rapports entre les États, à savoir l'interdiction du recours à la force. Premièrement, le recours à la force fait l'objet d'un régime juridique assez précis et ne saurait être envisagé en dehors du cadre juridique strict que lui donne la Charte des Nations Unies. Deuxièmement, la protection internationale des droits de l'homme fait, elle, l'objet d'un régime et de mécanismes juridiques et institutionnels particuliers auxquels la protection diplomatique ne saurait être rattachée sans être dénaturée, car la définition de son régime juridique deviendrait alors extrêmement difficile dans la mesure où l'on utiliserait dans cette hypothèse un même concept pour désigner des choses tout à fait différentes. Troisièmement, l'intervention d'humanité ne saurait entrer dans le champ de la protection diplomatique, même sous le masque des droits de l'homme, puisqu'il s'agit d'une institution inventée au XIX^e siècle pour développer des politiques de puissance à un moment où l'interdiction du recours à la force n'était pas encore énoncée comme un des principes du droit international.

40. De l'avis de M. Kamto, le Rapporteur spécial aurait dû partir de deux questions simples. La première concerne la définition de la protection diplomatique. Elle ne lui a assurément pas échappé, comme le montrent les paragraphes 10 à 21 du rapport, mais il n'y a pas répondu complètement, alors qu'il est indispensable de le faire non seulement en analysant cette institution à travers toute la jurisprudence internationale, mais aussi en distinguant, soit dans l'introduction, soit dans les développements suivants, la notion de protection diplomatique de notions voisines, voire connexes, telles que la protection des diplomates, la protection consulaire, ou encore la protection des fonctionnaires des organisations internationales. La seconde démarche aurait dû consister à se demander si la protection diplomatique peut être utilisée aujourd'hui à des fins autres que celles auxquelles elle sert dans le droit international classique. Les réponses à ces deux questions auraient certainement aidé à mieux circonscrire le sujet, en permettant de conclure qu'il ne touche ni à la protection des droits de l'homme ni, bien entendu, à l'intervention humanitaire. La notion de protection diplomatique doit être entendue strictement au sens qu'elle a dans le droit international classique, car, en cette matière, la coutume est suffisamment établie, la pratique des États relativement bien connue et la jurisprudence suffisamment abondante pour fournir des règles précises dont la codification ne prêterait pas à controverse.

41. Passant aux projets d'articles 1 à 4, M. Kamto relève que l'article premier est consacré à la définition de la protection diplomatique plutôt qu'à son champ d'application comme l'indique son intitulé. Il pose des problèmes juridiques de fond en son paragraphe 1 en ce qui concerne en particulier le mot « action » qui y figure. La protection diplomatique est en effet un droit, c'est le droit d'un État de mettre en mouvement contre un autre État les procédures de règlement pacifique des différends en vue de protéger les droits ou les biens de l'un de ses ressortissants à raison d'un préjudice subi par celui-ci dans l'État hôte. L'origine du préjudice n'a pas à être nécessairement un fait internationalement illicite. Par exemple, on peut imaginer le cas d'une personne dont les biens dans un État étranger sont confisqués et qui épuise sans succès toutes les voies de recours internes qui lui sont ouvertes pour obtenir réparation. Il n'y a pas déni de justice, mais la justice applique manifestement mal le droit, soit en raison de

la corruption de juges, soit en raison de pressions ou d'ins-tructions émanant de l'État en question. Dans ce cas, la protection diplomatique doit-elle ou non être exercée ? S'agit-il d'une violation du droit international, d'un fait internationalement illicite ? Ces questions méritent à tout le moins d'être posées. C'est le cas type où justement la protection diplomatique peut être exercée, parce qu'il y a atteinte aux droits ou aux biens d'un individu dans un État étranger, et la jurisprudence de la CPJI ou de la CIJ est riche à cet égard. Une autre question se pose, à laquelle il faudra répondre dans le commentaire : c'est celle de savoir s'il faut transformer la protection diplomatique en une procédure visant à accéder à un quatrième degré de juridiction dans les pays qui ont trois degrés de juridiction, quand l'instance juridictionnelle suprême d'un pays a rendu une décision portant atteinte aux intérêts d'un ressortissant étranger. La protection diplomatique serait alors un mécanisme d'introduction d'une procédure de cassation de la cassation.

42. Une autre question à laquelle il convient de répondre est celle de savoir si la protection diplomatique doit être envisagée uniquement comme une procédure contentieuse. M. Kamto est enclin à penser, comme d'autres membres de la Commission, qu'elle peut s'exercer à travers des négociations diplomatiques sans aller nécessairement au contentieux. Quant au paragraphe 2 de l'article premier, il peut être maintenu, sous réserve de la teneur de l'article 8 auquel il renvoie et qui pose à première vue de nombreux problèmes.

43. En ce qui concerne l'article 2, M. Kamto, souscrivant à toutes les observations faites à ce sujet, croit qu'il faudrait purement et simplement le supprimer, d'autant plus qu'il a été suggéré d'introduire dès l'article premier l'idée de règlement pacifique des différends – laquelle permettra effectivement de résoudre le problème sans avoir à évoquer le recours ou l'interdiction du recours à l'emploi de la force.

44. S'agissant de la controverse surgie à propos de l'article 3 sur l'exercice discrétionnaire ou obligatoire de la protection diplomatique, M. Kamto juge normal et logique de soutenir l'idée que la protection diplomatique doit être exercée de façon discrétionnaire. Cette idée non seulement est conforme à la jurisprudence bien établie en droit positif, mais encore elle correspond, du point de vue tant juridique que pratique, à la fiction initiale selon laquelle l'État se substitue à son ressortissant pour engager la procédure. Sur le plan juridique, cette fiction fait de la protection diplomatique le droit de l'État et, en l'occurrence, c'est le droit de l'État qui est en cause. Dans ce sens, la protection diplomatique devient un droit subjectif, et non une obligation. Dès lors que l'État se substitue à son ressortissant, ce n'est plus le ressortissant que le droit international, ou la juridiction internationale, vise, mais l'État et c'est ce dernier qui doit exercer ce droit subjectif. D'ailleurs, si la protection diplomatique est considérée comme une obligation, cela reviendrait à créer un droit à la protection diplomatique, lequel deviendrait alors un droit inhérent à la personne humaine – ce qui sort du cadre du sujet. D'autre part, sur le plan pratique, l'exercice de la protection diplomatique prise dans son sens classique et traditionnel implique un coût financier pour l'État, même si l'issue du procès est favorable et si réparation est accordée. Mais, au départ, l'État engage des frais de procédure.

Or, il se peut qu'il n'ait pas les moyens de le faire et que, tout bien considéré, il n'engage pas, pour cette raison même, de procédure. Et nul ne serait fondé à l'obliger à agir. Il faut compter aussi avec l'appréciation par l'État de l'opportunité d'engager ou non une telle procédure. Il semble donc que l'idée d'exercice discrétionnaire de la protection diplomatique doive être maintenue, quitte à exposer dans le commentaire les raisons de ce choix et à préciser la notion d'exercice discrétionnaire.

45. Enfin, en ce qui concerne le projet d'article 4, qui soulève de nombreuses difficultés déjà évoquées par d'autres membres de la Commission, M. Kamto se déclare favorable lui aussi à sa suppression.

46. M. HAFNER se demande si, à l'occasion de ses travaux futurs, le Rapporteur spécial ne devrait pas traiter aussi de la question des effets juridiques de l'exercice de la protection diplomatique sur la reconnaissance d'un État ou d'un gouvernement.

47. M. PELLET, se référant à deux points importants soulevés par le Président, déclare premièrement qu'il lui paraît absolument évident que la voie normale de l'exercice de la protection diplomatique, ce sont les négociations – toutes les autres voies, y compris et avant tout l'action judiciaire, étant plutôt exceptionnelles. Deuxièmement, s'agissant de la question de savoir si la protection diplomatique peut être exercée pour dommages subis à raison d'un fait licite, il note qu'elle a été bien posée, mais que l'exemple cité n'est pas pertinent parce qu'il concerne des faits illicites. Le problème est certainement complexe et mérite d'être posé non seulement en liaison avec le sujet de la responsabilité des États, mais aussi avec celui de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international.

48. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA, intervenant également sur les deux aspects de l'intervention du Président évoqués par M. Pellet, convient que, premièrement, s'agissant des voies de l'exercice de la protection diplomatique, l'action judiciaire ou arbitrale est quasiment l'exception. D'ailleurs, la pratique exposée à la séance précédente par M. Economides montre que la politique et la diplomatie sont réellement les auxiliaires, les moyens de la protection diplomatique. Par définition, la diplomatie est le mode par excellence de l'établissement des relations entre les États, et la protection diplomatique peut gagner à s'intégrer dans la mouvance des relations amicales et permet de faire l'économie d'une action judiciaire, souvent coûteuse et complexe. Deuxièmement, en ce qui concerne la question de l'exercice de la protection diplomatique dans le cadre d'un comportement licite, elle se situe dans le droit fil de la réflexion de M. Opertti Badan, selon lequel l'engagement du processus de protection diplomatique ne préjuge pas l'illicéité du fait à l'origine précisément de cet engagement.

49. Enfin, se référant à la question, posée par le Président, de savoir si la protection diplomatique ne devrait pas être considérée en quelque sorte comme un énième degré de juridiction, M. Pambou-Tchivounda la juge importante et essentielle sur le plan tant théorique que pratique. Sur le plan théorique, elle renvoie à la question de savoir s'il existe une frontière entre l'ordre juridique interne et

l'ordre juridique international et, dans l'affirmative, à la question de la clef qui permet son franchissement. Sur le plan pratique, saisir un juge international, ou un arbitre, d'une réclamation, c'est ouvrir le procès du fonctionnement de l'ordre juridique interne de l'État mis en cause : il s'agit de savoir si toutes les voies de recours internes ont été épuisées, si la justice a bien fonctionné, etc. Mais alors, on passe du terrain de la justice à celui du droit privé des parties.

50. M. BROWNLIE considère que la question soulevée par le Président concernant l'exercice de la protection diplomatique en cas d'activité non illicite de la part d'un État n'est pas particulièrement pertinente. En revanche, le principe de la protection diplomatique s'applique souvent à son avis, en cas de préjudice potentiel à un État, par exemple, lorsqu'un projet de loi a été élaboré et va être soumis à un parlement, et que des mesures particulières, susceptibles de causer un préjudice à un État au regard du droit international, vont être adoptées. Outre les exemples relatifs à l'expropriation ou à la confiscation de biens d'étrangers, on peut évoquer le traitement des missions diplomatiques, par exemple. Tel qu'il est actuellement rédigé, l'article premier ne concerne que les préjudices effectivement causés aux biens personnels d'un ressortissant, il n'aborde pas les cas de préjudice potentiel.

51. M. LUKASHUK, revenant sur le problème de principe évoqué par M. Sreenivasa Rao à la séance précédente et repris par d'autres membres, aimerait savoir si la protection diplomatique peut être exercée uniquement lorsqu'un fait internationalement illicite a été commis, autrement dit s'il suffit qu'il y ait eu manquement par un État au droit national pour la déclencher. La plupart des experts ont estimé qu'en droit international classique cela suffisait, mais même alors, selon la règle de l'épuisement des recours internes, il fallait que cela entraîne un certain niveau de responsabilités interétatiques définies par les normes internationales.

52. Aujourd'hui, la situation est différente; la violation d'une loi nationale n'est pas un motif suffisant pour exercer la protection diplomatique. Un État doit avoir violé une ou plusieurs normes internationales régissant les droits des étrangers, et sa responsabilité dans ces violations doit être engagée pour que la protection diplomatique soit justifiée. M. Gaja a demandé ce qu'il fallait faire si un ressortissant étranger était victime de torture ou d'un traitement dégradant. M. Lukashuk considère que la règle de l'épuisement des recours internes apporte une réponse à la question. En effet, si l'on sait au préalable que les droits des ressortissants étrangers ne sont pas vraiment garantis par les voies de recours internes, on peut alors directement recourir à la protection diplomatique. Si, par exemple, les passagers d'un navire italien étaient pris en otage et torturés, ou subissaient un traitement dégradant, quel type d'action M. Gaja proposerait-il à son gouvernement ?

53. La Commission doit également envisager le cas où un État, pour des raisons particulières, comme la Sierra Leone aujourd'hui, est incapable d'accorder une protection diplomatique à ses citoyens. Quel État pourrait accorder cette protection aux ressortissants de la Sierra Leone ?

54. M. GOCO a pris note des réflexions du Président concernant la protection diplomatique en tant qu'exercice

d'un pouvoir discrétionnaire de l'État. Concrètement, lorsqu'un droit existe, on peut l'exercer ou ne pas l'exercer, il en convient. Ce qui l'inquiète, c'est que lorsqu'on parle d'État, on parle du gouvernement, c'est-à-dire de ceux qui sont responsables. Mais ces responsables peuvent changer de politique dans certaines circonstances. On est alors en présence d'un acte de gouvernement qui ne pourrait pas être contrôlé par les tribunaux. Le concept de pouvoir discrétionnaire préoccupe M. Goco en ce qu'il risque de causer un préjudice à un ressortissant d'un État. S'agissant par exemple d'un individu déclaré *persona non grata* qui se trouve dans un autre État, et contre lequel un fait internationalement illicite aurait été commis, la protection diplomatique devrait de toute évidence s'exercer. Mais l'État concerné ne voudra peut-être pas l'exercer, pour telle ou telle raison. En d'autres termes, M. Goco craint que ce pouvoir discrétionnaire ne donne lieu à des abus.

55. Reprenant l'exemple donné par M. Brownlie, M. Goco dit se souvenir d'un projet de loi présenté au Congrès des États-Unis qui prévoyait des sanctions contre les compagnies étrangères installées aux États-Unis qui traiteraient avec des pays tels que Cuba, par exemple. Ce projet de loi constituait un préjudice potentiel pour un pays comme le Canada, qui entretient des relations commerciales non seulement avec les États-Unis, mais aussi avec Cuba et d'autres pays. M. Goco comprend que le pouvoir discrétionnaire soit pris en compte, mais, afin d'éviter les abus, des normes sont nécessaires pour sauvegarder l'exercice du droit de protection diplomatique.

56. M. OPERTTI BADAN note que, selon le paragraphe 2 de l'article premier, « dans les circonstances exceptionnelles visées à l'article 8, la protection diplomatique peut s'étendre à des non-nationaux ». Ces circonstances exceptionnelles sont effectivement prévues à l'article 8. Par ailleurs, l'article 5 définit l'État de nationalité comme « l'État dont l'individu objet de la protection a acquis la nationalité par sa naissance, son ascendance ou par une naturalisation de bonne foi ». Dans ce contexte, M. Operti Badan demande à la Commission de réfléchir à la question de la résidence habituelle, notion qui fonde le lien entre une personne et un État. En effet, cette notion a beaucoup évolué au cours des dernières années, surtout dans le cadre de la protection des personnes et de leur famille. Le Rapporteur spécial, dans son rapport suivant, pourrait examiner s'il est possible d'étendre la protection diplomatique à des personnes qui ont leur résidence habituelle dans un État donné.

57. M. ECONOMIDES pense comme le Président que la protection diplomatique est toujours une opération, un processus exclusivement pacifique. Cette idée doit ressortir nettement des travaux de la Commission; il faudrait peut-être l'inclure dans une disposition indiquant expressément que la protection diplomatique est incompatible avec le recours à l'emploi de la force.

58. Par ailleurs, la réponse à la question de savoir si la protection diplomatique peut s'exercer à raison d'un fait illicite non seulement en droit international mais aussi en droit interne est donnée par la pratique. En effet, s'il existe une illicéité sur le plan interne, c'est d'abord en recourant aux tribunaux internes qu'il faudra régler la question; si, une fois les recours internes épuisés, l'illicéité interne

subsiste, il y aura, dans la plupart des cas, coïncidence entre illicéité interne et illicéité internationale, sous la forme soit d'un déni de justice, soit d'une violation matérielle d'une règle de droit. En cas de doute persistant, une procédure de règlement des différends permettra de trancher la question de savoir si c'est une violation du droit interne ou du droit international. En tout état de cause, la protection diplomatique ne s'applique qu'en cas de violation du droit international.

59. M. GAJA, se référant à la question que lui a posée M. Lukashuk, prend l'exemple d'un projet de loi relatif à l'expulsion d'étrangers pour des motifs discriminatoires. Si on considère qu'il s'agit là d'un fait illicite, l'État de nationalité des étrangers visés pourrait faire des représentations à l'État concerné avant même que ceux-ci ne soient expulsés. L'État de nationalité ne peut pas dire que le fait illicite a déjà été commis puisqu'il se peut que le projet de loi ne soit pas approuvé, et même s'il était, que les expulsions n'aient pas lieu; mais il peut veiller à ce que le droit international soit respecté à l'égard de ses ressortissants. Dans les deux exemples donnés, celui de la torture et celui des expulsions, il n'y a pas de recours à épuiser. S'il y en a, se pose alors la question difficile de la nature de la règle de l'épuisement des recours internes. Mais ce n'est pas le moment de l'examiner. Pour revenir au type de situation évoqué par M. Lukashuk, l'État peut utiliser des moyens pacifiques pour essayer de régler le différend.

60. M. ADDO partage l'avis de M. Pellet selon lequel la voie normale de l'exercice de la protection diplomatique est la négociation. Mais cela ne suffit pas; les procédures judiciaires en font aussi partie. C'est en effet ce qui ressort de l'arrêt de la CPJI relatif à l'affaire *Mavrommatis*. Le point de départ est donc bel et bien la négociation, mais lorsque celle-ci ne donne aucun résultat, il faut engager une action contentieuse, procédure d'arbitrage ou procédure judiciaire devant la CIJ.

61. En ce qui concerne le cas de la Sierra Leone, M. Addo fait observer que, dans les limites prévues par le droit international, un État peut exercer la protection diplomatique dans la mesure où il le juge utile, car c'est son propre droit qu'il s'agit d'affirmer. L'État est seul juge pour décider d'accorder ou non sa protection diplomatique et dans quelle mesure il doit le faire. C'est pourquoi, si, actuellement, le Gouvernement sierra-léonais n'est pas capable d'exercer cette protection diplomatique, cela ne signifie pas qu'à l'avenir il ne pourra pas le faire.

62. M. TOMKA dit que le débat fait apparaître le risque de confondre des concepts qui, malgré quelques similitudes, sont différents sur le plan juridique. En effet, si l'on se réfère au droit coutumier, qui devrait être le fondement des travaux de la Commission, la condition préalable pour déclencher la protection diplomatique est qu'une violation du droit international ait été alléguée. C'est pourquoi la situation liée à un projet de loi ou aux mesures préventives prises par un État n'entre pas dans le champ de la protection diplomatique. Dans ces hypothèses, un État peut appeler l'attention d'un autre État sur la nécessité de respecter ses obligations, mais il ne peut pas invoquer sa responsabilité devant une juridiction internationale car il n'y a pas eu de violation. Il peut y avoir un différend entre ces deux États concernant l'interprétation d'une convention internationale, mais cela n'a rien à voir avec la protection

diplomatique. La situation est également différente en cas de dommage causé à un ressortissant étranger par une activité qui n'est pas illicite; quel serait en effet le motif du différend entre celui-ci et un État ? Le ressortissant ne peut pas prétendre que le droit international ou que le droit interne a été violé. L'État de nationalité peut certes exercer des pressions en sa faveur, mais il ne s'agit pas de protection diplomatique. Celle-ci s'applique lorsqu'il y a eu violation du droit international relatif au traitement des étrangers ou aux droits de l'homme, et que le ressortissant lésé n'a pu obtenir réparation après avoir épuisé les recours internes. Dans ce cas, l'État de nationalité peut porter le différend sur le plan international. Il faut distinguer clairement entre ces différentes situations pour éviter tout risque de confusion.

63. M. Sreenivasa RAO félicite le Rapporteur spécial pour la qualité de son travail. Dans son rapport suivant, celui-ci devrait cependant axer son attention sur les conditions d'exercice de la protection diplomatique : il faut en effet savoir quand elle est légitime ou illégitime, dans quelles conditions elle est légitime et à partir de quel moment on entre dans le champ de la responsabilité des États. Les confusions actuelles découlent de l'absence de directives précises de sa part. De même, la définition de la protection diplomatique qui est donnée à l'article premier pose un problème, car elle n'est liée qu'à la responsabilité de l'État. Dans ses rapports futurs, le Rapporteur spécial devrait donc fournir des orientations à la Commission dans ces domaines.

64. M. SIMMA pense qu'il faudrait aller encore plus loin. Avant de demander au Rapporteur spécial d'apporter des réponses nettes aux questions posées concernant les limites ou les conditions d'exercice de la protection diplomatique, il faudrait indiquer clairement ce qu'il faut entendre par protection diplomatique. M. Simma constate qu'il n'y a pas de consensus sur ce point.

65. M. CANDIOTI constate que la Commission n'a effectivement pas une idée précise de ce qu'est l'institution juridique qu'elle essaie de codifier. Il faut donc tout d'abord définir strictement la protection diplomatique sur le plan du droit international; la Commission ne doit pas inclure dans la protection diplomatique d'autres types d'actions diplomatiques qui n'ont rien à voir avec celle-ci.

66. Par ailleurs, comme l'a dit M. Hafner, il est essentiel de comprendre les effets de la protection diplomatique. Estimant que cette question pourrait être examinée en groupe de travail, avant que des normes écrites ne soient élaborées, M. Candiotti appuie la proposition de M. Pellet visant à créer un tel groupe. La protection diplomatique est bien définie dans un certain nombre d'arrêts, notamment l'arrêt de la CPJI dans l'affaire *Mavrommatis*, mais si on y ajoute des notions qui n'en relèvent pas, on court le risque d'ouvrir la boîte de Pandore en confondant des concepts fondamentalement différents. D'où l'intérêt de créer ce groupe de travail pour aider le Rapporteur spécial à délimiter le champ de la protection diplomatique.

67. M. OPERTTI BADAN appuie cette proposition et suggère que le groupe de travail soit mis en place dès la semaine suivante.

68. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit qu'il souhaiterait non seulement répondre à la suggestion de

M. Operti Badan, mais aussi résumer les observations qui ont été faites au sujet des articles 1 à 4, et ce, le plus tôt possible.

La séance est levée à 13 h 10.

2621^e SÉANCE

Mardi 16 mai 2000, à 10 h 5

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Idris, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Operti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka.

Responsabilité des États¹ (suite*) [A/CN.4/504, sect. A, A/CN.4/507 et Add.1 à 4², A/CN.4/L.600]

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite*)

1. Le PRÉSIDENT, souhaitant la bienvenue à M. Hans Corell, Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique, invite la Commission à poursuivre l'examen du troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/507 et Add.1 à 4), et plus précisément de l'article 40 *bis*.

2. M. GAJA, en réponse à la proposition de M. Pellet (2616^e séance), dit que les questions actuellement traitées dans l'article 40 *bis* devraient l'être dans une deuxième partie *bis* sur la mise en œuvre de la responsabilité des États. Le paragraphe 118 du rapport montre que le Rapporteur spécial partage cette opinion. Il fait sienne l'idée d'exprimer les dispositions de la deuxième partie en termes d'obligations de l'État auteur du fait illicite, mais pense que le bénéficiaire de ces obligations doit être soit un ou plusieurs États, soit un autre sujet du droit international. D'où la nécessité, au chapitre premier de la

deuxième partie, d'une disposition telle que l'article 40 *bis* à l'examen dont le texte, quel que soit l'intitulé retenu, tente de dégager les catégories de bénéficiaires d'obligations nées d'un fait illicite. En revanche, il n'est pas besoin de caractériser la situation juridique de tous (*omnes*) s'agissant des obligations nées d'une violation d'une obligation *erga omnes* en termes de droits, d'intérêts juridiques ou de toute autre manière.

3. M. Gaja croit comprendre que la majorité des membres de la Commission est d'avis que le projet d'articles ne devrait viser que les relations établies entre les États par suite d'un fait illicite. Si tel est le cas, lorsqu'il est dit dans le projet que l'État auteur du fait illicite a une obligation, cela implique nécessairement que le bénéficiaire en est un ou plusieurs États. Par conséquent, si un État qui a enfreint une obligation *erga omnes* est déclaré tenu de réparer, tous les autres États sont bénéficiaires de cette obligation, qu'ils soient ou non les bénéficiaires finals de la réparation et/ou de l'indemnisation.

4. Ce qu'il a dit sur la nécessité d'inclure dans la deuxième partie une référence aux États bénéficiaires de l'obligation ne signifie pas qu'il ne soit pas nécessaire de mentionner l'invocation de la responsabilité dans la deuxième partie *bis*, mais la question des réclamations concurrentes découlant d'une violation d'une obligation *erga omnes* pourra être résolue lorsque l'on en viendra à l'examen de la deuxième partie *bis*.

5. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO se félicite des efforts déployés par le Rapporteur spécial pour améliorer le texte des articles déjà adoptés en première lecture, notamment en ce qui concerne l'article 40. La version antérieure a de nombreux mérites, bien qu'elle soit certainement complexe et trop fournie. M. Rodríguez Cedeño souscrit d'une manière générale à ce qui est dit au paragraphe 96 du rapport, où sont énumérés un certain nombre de ses défauts.

6. L'article 40 *bis* soulève quatre questions, à savoir celles du sens de l'expression « État lésé », de la définition de l'intérêt juridique dans l'exécution d'une obligation internationale, du droit d'invoquer la responsabilité et du droit d'un État ayant un intérêt juridique. Aucune des versions proposées de l'article ne traite de l'ensemble de ces quatre questions, et le Comité de rédaction devrait se pencher sur ce problème. Ainsi, la proposition du Rapporteur spécial énoncée dans le rapport ne comprend pas de définition de l'expression « État lésé », alors que, semble-t-il, l'une des propositions présentées au Comité de rédaction en contient une. Le projet devrait comprendre un paragraphe – et même de préférence un article entier – consacré à la signification de ce terme. De nombreux gouvernements ont mentionné l'importance d'une telle disposition, qui contribuerait à équilibrer le texte, en plaçant « l'État lésé », « l'État auteur du fait illicite » et l'État ayant un « intérêt juridique » sur un pied d'égalité.

7. L'intitulé de l'article ne correspond pas tout à fait à sa teneur. Par contre, la proposition du Rapporteur spécial concernant le paragraphe 2 répond très bien à la nécessité de mentionner les États qui ont un intérêt juridique, c'est-à-dire les États qui ne sont pas spécialement atteints et qui, bien qu'ils ne puissent invoquer la responsabilité, sont habilités à demander la cessation d'une violation

* Reprise des débats de la 2616^e séance.

¹ Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), chap. III, sect. D, p. 62.

² Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

commise par un autre État. La proposition de M. Pellet l'énonce très clairement, renvoyant aux dispositions de l'article 36 *bis* sur le maintien du devoir de l'État concerné d'exécuter l'obligation, de mettre un terme au comportement illicite et d'offrir des assurances et des garanties de non-répétition.

8. Les alinéas *a* et *b* des paragraphes 1 et 2 de la proposition du Rapporteur spécial concernant l'article 40 *bis* mentionnent des obligations spécifiques dont la transgression motive l'invocation de la responsabilité internationale par l'État lésé. Les deux catégories d'obligations mentionnées couvrent toutes les obligations, y compris celles qui naissent d'actes unilatéraux et du droit international coutumier. M. Rodríguez Cedeño convient avec d'autres membres, cependant, qu'il vaudrait mieux ne pas dresser la liste des obligations afin d'éviter de se lancer dans une discussion complexe et de compliquer la rédaction.

9. Il ne voit pas l'intérêt du paragraphe 3 proposé par le Rapporteur spécial et se déclare particulièrement opposé à la référence à des droits « s'attachant directement à une personne ou à une entité quelconque autre qu'un État », notion très large et même dangereuse.

10. Toutes les propositions dont est actuellement saisie la Commission peuvent être renvoyées au Comité de rédaction, mais c'est la Commission qui devrait décider s'il convient d'examiner de manière approfondie les obligations et si le paragraphe 3, qui selon M. Rodríguez Cedeño n'a pas sa place dans le projet, doit être maintenu. Enfin, dans un souci de clarté, le Comité de rédaction devrait scinder l'article 40 *bis* en quatre dispositions distinctes.

11. M. SIMMA dit qu'il conviendrait de se souvenir que, dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire de la *Barcelona Traction*, la CIJ n'avait à l'esprit que les droits fondamentaux de l'homme, même si elle ne l'a pas dit exactement en ces termes. Il est donc difficile de dire que les obligations découlant des droits de l'homme sont des obligations *erga omnes* dans tous les cas. La catégorie des obligations *erga omnes* devrait être réservée aux droits fondamentaux de l'homme découlant du droit international général et non pas uniquement d'un régime conventionnel particulier, dans lequel elles peuvent être considérées comme des obligations *erga omnes partes*. Il conviendrait de tenir compte de cette distinction dans l'examen de l'article 40 *bis*.

12. Les régimes conventionnels régionaux imposent des obligations en matière de droits de l'homme de différentes sortes, dont certaines vont bien au-delà des obligations fondamentales au sens de l'arrêt rendu dans l'affaire de la *Barcelona Traction* et, par conséquent, ne sont pas des obligations *erga omnes*. Dans certaines situations, le régime général de la responsabilité des États peut s'appliquer à des obligations en vertu de traités de ce type, mais uniquement à titre subsidiaire. Dans l'interprétation des droits de l'homme consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme, on va jusqu'à disséquer les arcanes du droit administratif des États membres. C'est ainsi que l'Allemagne a constaté que certains arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme concernant le droit allemand en matière de délits correctionnels n'ont aucune raison d'être, les questions en cause n'ayant pas l'envergure nécessaire pour qu'un organe de défense des

droits de l'homme puisse en connaître. L'idée même de considérer chacune des obligations découlant de la Convention européenne des droits de l'homme ou du Pacte international relatif aux droits civils et politiques comme une obligation *erga omnes* est tout simplement absurde et conduit à des conclusions insoutenables.

13. Les notions de préjudice et de dommage devraient être tenues à l'écart du projet. L'examen des observations faites antérieurement indique que, si l'on retenait la notion de dommage comme élément constitutif, il faudrait tellement l'élargir qu'elle en perdrait toute signification. Le dommage ne devrait donc pas figurer dans la liste des éléments du fait internationalement illicite ni dans l'article 40 *bis*, mécanisme d'invocation de la responsabilité des États, et ne devrait être évoqué que dans la disposition relative à l'indemnisation, où une telle mention est parfaitement appropriée.

14. En désaccord total avec M. Rodríguez Cedeño quant au paragraphe 3 de l'article 40 *bis*, M. Simma pense que c'est un bon emplacement pour exprimer une sensibilité aux droits de l'homme. Il est dit dans ce paragraphe que, quoi qu'il ait été convenu en ce qui concerne le fonctionnement des obligations en matière de droits de l'homme entre les États, le fait que ces derniers aient le pouvoir de réparer les violations d'obligations en matière de droits de l'homme n'a aucune incidence sur les droits que peuvent avoir d'autres entités. Bien entendu, dans le contexte des droits de l'homme, il y a parmi ces entités des personnes. Le principe énoncé au paragraphe 3 est de la plus grande importance en ce qui concerne les obligations de l'Allemagne et de l'Autriche dans le débat actuel sur l'indemnisation du travail forcé. On pourrait affirmer que, si les réparations sont négociées d'État à État, les individus n'ont pas voix au chapitre. Pour M. Simma, cela est injustifiable, d'où la nécessité d'une clause prévoyant qu'il ne sera pas porté préjudice aux individus dans le contexte des droits de l'homme.

15. M. Simma a déjà expliqué que sa proposition d'article 40 *bis* était motivée par le souci d'harmoniser le texte et l'intitulé et que la teneur de l'alinéa *a* et des sous-alinéas i et ii de l'alinéa *b* du paragraphe 1 était négociable. Il estime à présent que l'alinéa *b* peut être entièrement supprimé, puisque tous les cas qui y sont envisagés ont trait aux obligations dont sont bénéficiaires des États pris individuellement ainsi que la communauté internationale dans son ensemble, et sont donc couverts par l'alinéa *a*.

16. En vertu du sous-alinéa i de l'alinéa *b* du paragraphe 1, une obligation *erga omnes* dont la transgression atteint spécialement un État est une obligation dont cet État pris individuellement est également bénéficiaire. Une obligation *erga omnes* peut se subdiviser en obligations d'un État à l'égard d'autres États pris individuellement : par exemple, l'Autriche a à l'égard du Liechtenstein l'obligation de ne pas l'occuper militairement. Il en va de même pour le sous-alinéa ii de l'alinéa *b* du paragraphe 1 : une obligation *erga omnes* dont la non-exécution affecte nécessairement la jouissance par un État de ses droits ou l'exécution de ses obligations est en même temps une obligation à l'égard de cet État, pris individuellement.

17. Si l'alinéa *b* du paragraphe 1 est entièrement supprimé, l'analogie avec la Convention de Vienne de 1969

proposée par le Rapporteur spécial pourrait être située dans le commentaire. M. Simma n'est pas convaincu que cette analogie soit valable, car le paragraphe 2 de l'article 60 de la Convention peut être critiqué à de nombreux égards, les distinctions qu'il contient prêtant à confusion et n'étant pas nécessaires.

18. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) convient avec M. Simma qu'il faut veiller à ne pas affirmer que tous les droits de l'homme sont nécessairement des obligations *erga omnes* : à l'évidence, les droits de l'homme énoncés dans les accords régionaux et même certaines dispositions des instruments universels relatifs aux droits de l'homme ne le sont pas. L'un des défauts de l'ancienne version de l'article 40 est qu'elle faisait des droits de l'homme une catégorie particulière d'obligations aux contours très imprécis. Tenter de la restreindre aurait aussi créé des problèmes. La Commission doit s'en tenir à la méthode de base. Bien que la distinction entre règles primaires et règles secondaires puisse ne pas être tranchée, la Commission, en rédigeant les articles sur la responsabilité des États, ne prend pas position sur le contenu de règles primaires particulières. Cela est vrai dans le domaine des droits de l'homme comme dans tout autre domaine. Les droits de l'homme constituent une partie importante du droit international, et le projet d'articles devrait leur ménager une place, mais il importe tout autant que les articles n'empiètent pas sur le domaine des droits fondamentaux de l'homme et que l'on ne procède pas en partant du principe que le droit international général relatif aux droits de l'homme répond à telle ou telle définition. Il suffit de savoir qu'il existe et qu'il peut produire certains effets; le reste relève de l'interprétation et de l'application des règles primaires.

19. Tirant les conséquences de ce qui précède, le Rapporteur spécial convient avec M. Simma qu'un paragraphe 3 est nécessaire, mais que les obligations en matière de droits de l'homme ne constituent pas la seule catégorie que cette disposition est censée préserver. Le paragraphe 3 est une clause de sauvegarde, même s'il ne dit rien du contenu ou du fonctionnement des règles qui y sont décrites. Il est nécessaire, parce que s'il n'existait pas, il y aurait une divergence entre la teneur de la première partie, qui traite de toutes les obligations des États, et celle de la deuxième partie, qui, conformément à ce que M. Gaja a décrit comme étant le sentiment majoritaire, ne toucherait que l'invocation de la responsabilité d'un État par un autre État. La responsabilité d'un État pouvant être invoquée par des entités autres que des États, il faut incorporer cette possibilité dans le projet. Quant à savoir si cela devrait être fait dans un article distinct ou dans le cadre de l'article 40 *bis*, c'est une question qui peut être posée au Comité de rédaction, mais le principe énoncé au paragraphe 3 est important.

20. Le Rapporteur spécial tient à défendre l'analogie qu'il a faite avec la Convention de Vienne de 1969. Il ne suffit pas d'insérer dans une disposition ou dans le commentaire l'assertion selon laquelle les États visés au paragraphe 3 de l'article 40 *bis* et au paragraphe 2 de l'article 60 de la Convention sont eux-mêmes les bénéficiaires des obligations en cause. Peut-être qu'ils le sont, mais peut-être bien aussi qu'ils ne le sont pas. De par sa structure, l'article 60 de la Convention fait une distinction entre traités bilatéraux et traités multilatéraux. Par analogie, la

Commission distingue entre obligations bilatérales et obligations multilatérales. S'il se produit une transgression d'une obligation bilatérale, l'État atteint a le droit d'invoquer l'obligation et l'affaire s'arrête là. Toutefois, lorsqu'un État est partie à un traité multilatéral ou à une obligation multilatérale, il peut ne pas être identifié comme l'État bénéficiaire de l'obligation, mais il est raisonnable qu'il puisse invoquer l'obligation dans les circonstances définies au paragraphe 2. On peut aussi raisonnablement dire par analogie que si l'État peut suspendre unilatéralement l'obligation, ce à quoi l'autorise l'article 60 de la Convention, il devrait pouvoir invoquer l'obligation de cessation.

21. Le droit international doit défendre la préservation, et non pas la suspension, des obligations et il serait incohérent de spécifier que la seule option s'offrant à un État confronté à une violation grave d'une obligation est de suspendre cette obligation. Il peut n'être dans l'intérêt de personne que l'obligation soit suspendue et être dans l'intérêt de tous que la violation cesse. Au moins lorsque l'on parle de la cessation et de la réparation elle-même, il est raisonnable d'élargir ainsi le champ d'application du projet d'articles. Il existe différentes façons de le faire au plan de la rédaction. Mais se contenter de faire entrer de force ces deux catégories dans la catégorie des obligations bilatérales est un procédé artificiel.

22. M. PELLET estime qu'il ressort des commentaires de M. Simma qu'il est impossible de séparer la protection diplomatique de la responsabilité des États. On ne peut affirmer qu'il n'existe aucun lien entre les deux projets; non seulement le problème est le même, mais encore la protection diplomatique n'est rien d'autre que le prolongement de la responsabilité des États.

23. M. Pellet est quelque peu troublé par l'interprétation que donne M. Simma de l'expression « *erga omnes* », qui signifie essentiellement « à l'égard de tous », et non « impératif » ni « fondamental ». Il ne comprend pas pourquoi la Commission devrait mutiler un terme sous le prétexte qu'elle interprète d'une certaine manière un *dictum* ésotérique prononcé par la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction* où la Cour avait conclu que, compte tenu de l'importance des droits en cause, tous les États pouvaient être considérés comme ayant un intérêt juridique à ce que ces droits soient préservés. Cela signifiait qu'il était question d'une obligation créant un intérêt juridique de la part de tous les États, mais pas automatiquement qu'une obligation fondamentale était en cause. Peut-être la Cour a-t-elle bien donné dans son énumération des exemples d'obligations fondamentales, mais l'idée d'*erga omnes* ne saurait se réduire à une telle obligation. Plusieurs distinctions doivent être faites.

24. Premièrement, il existe des obligations dont la Cour a estimé que la communauté internationale dans son ensemble est bénéficiaire. Ces obligations peuvent concerner, par exemple, les droits de l'homme, les questions d'environnement ou l'interdiction du recours à la force : ce sont des obligations ayant effet à l'égard de tous. Il pourrait être tentant pour l'Autriche d'envahir le Liechtenstein ou pour l'Allemagne d'envahir l'Autriche, mais la tentation n'est pas une notion juridique, quel que soit l'état d'esprit de l'Allemagne ou de l'Autriche à l'égard d'un de ses voisins. M. Pellet ne voit pas pourquoi cela

pourrait constituer un intérêt particulier. Les États, notamment chaque État pris individuellement, ont le devoir vis-à-vis de la communauté internationale dans son ensemble de ne pas recourir à la force; il s'agit d'une obligation *erga omnes* dont le respect concerne la communauté internationale tout entière. De telles obligations peuvent être fondamentales, comme le non-recours à la force, mais il peut aussi y avoir de « petites » obligations, telles que les obligations en matière de droits de l'homme assumées en vertu d'un traité à l'égard de tous les États parties, par exemple les obligations *erga omnes* particulières que le Rapporteur spécial a à l'esprit. Ce sont néanmoins des obligations valables à l'égard de tous, ou à l'égard de l'ensemble de la communauté liée par l'obligation en cause.

25. Deuxièmement, il existe des obligations qui ne sont pas valables à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble mais de chacun de ses membres, par exemple le droit de passage inoffensif : l'obligation de tout État, ayant effet à l'égard de chaque État de la communauté internationale, d'autoriser les navires à traverser ses eaux territoriales. Ce n'est pas une obligation valable à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble, mais c'est néanmoins une obligation *erga omnes* parce que tous les États en sont bénéficiaires. Le problème est que certaines de ces obligations que l'on a à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble relèvent du *jus cogens*, c'est-à-dire sont impératives, alors que d'autres ne le sont pas. C'est une distinction très importante. Mais il est inacceptable, comme M. Simma l'a fait, de mettre sur le même plan les obligations du *jus cogens* et les obligations *erga omnes*.

26. Un autre problème connexe est posé par la nature de la violation. Un État peut enfreindre une règle de *jus cogens*, *erga omnes* sans commettre un crime. Ainsi, dans l'affaire *Selmouni*, la France a été condamnée pour torture par la Cour européenne des droits de l'homme. Il semble indiscutable que l'interdiction de la torture est une règle impérative du droit international, tant *cogens* que *erga omnes*. L'acte de torture pour lequel la France a été condamnée ne relevait pas d'une politique systématique de torture : personne n'a affirmé que la France pratiquait de manière systématique et généralisée la torture en tant que principe de gouvernement. Cette différence doit avoir des conséquences dans le droit de la responsabilité. C'est là qu'intervient la notion de crime : si la France pratiquait la torture en tant que politique systématique, elle commettrait ce que l'article 19 appelle un crime. Dans l'exemple donné, elle a violé une règle de *jus cogens*, *erga omnes*, mais il ne s'agit pas d'un crime. Ainsi, la Commission devra traiter quelque part, vraisemblablement dans la deuxième partie *bis*, non seulement des obligations violées mais aussi de la nature de la violation. M. Pellet a eu l'impression que le Rapporteur spécial était en accord avec lui sur ce point, même s'il rejetait son vocabulaire « criminaliste ». Il doit être bien précisé que les obligations à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble ne sont pas toutes des obligations *erga omnes*; que les obligations *cogens* ne sont pas les mêmes que les obligations *erga omnes*; enfin, que la nature de la violation est importante dans le domaine de la responsabilité. Mais il n'appartient pas à la Commission de produire une théorie générale des obligations internationales dans le cadre du projet d'articles; il suffit qu'elle pèse les conséquences d'une telle théorie en ce qui concerne la responsabilité.

27. M. HAFNER, notant que, selon M. Pellet, l'obligation découlant du passage inoffensif ne peut être considérée comme une obligation *erga omnes*, cite l'exemple d'un État interdisant l'accès d'un détroit à l'aide de ses navires de guerre ou par un acte juridique, proclamé publiquement. S'agit-il d'une violation d'une obligation *erga omnes* qui donne à tout État le droit de réagir ou s'agit-il d'une violation d'une obligation valable uniquement à l'égard des États voisins ou des États usagers du détroit ?

28. M. Sreenivasa RAO dit que la question des droits de l'homme est de plus en plus fréquemment soulevée. Si certaines obligations fondamentales en matière de droits de l'homme peuvent être traitées comme *erga omnes*, une violation de ces obligations peut être un sujet de préoccupation commun et donner *locus standi* aux États en général pour exiger leur respect. Les États sont-ils aussi tenus, par devoir, de contribuer à ce que ces obligations en matière de droits de l'homme soient respectées ? Peut-être conviendrait-il de ne pas laisser à la seule discrétion des autorités concernées de s'acquitter ou non de ce devoir, en particulier quand elles voudraient s'en acquitter mais sont dans l'incapacité de le faire. Il devrait y avoir une discussion approfondie sur les droits de l'homme qui aille au-delà des généralités. M. Sreenivasa Rao remercie M. Simma et le Rapporteur spécial de leurs observations concernant les droits de l'homme.

29. M. PELLET, répondant à M. Hafner, dit que le droit de passage inoffensif est un droit de tous, et par conséquent une obligation dont tous sont bénéficiaires, et non pas une obligation *cogens*. Dans la deuxième partie *bis*, des conséquences spécifiques doivent être tirées de cette double nature des obligations. L'État auquel on barre le passage, qu'il soit riverain ou non, aurait donc le droit de recevoir réparation des dommages subis, et les autres États membres de la communauté internationale pourraient probablement exiger la cessation. M. Pellet espère vivement que le Rapporteur spécial apportera une réponse à cela dans la deuxième partie *bis*. Pour le moment, sa propre réponse consiste à dire que l'obligation est *erga omnes* mais pas *cogens*.

30. M. SIMMA pense que le mot *omnes* ne rend tout simplement pas toutes les incidences des obligations multilatérales que l'on relève dans la doctrine et la jurisprudence. Il n'est donc pas très utile d'accorder beaucoup d'importance à sa signification.

31. M. IDRIS dit que la notion d'État lésé est la raison d'être du sujet de la responsabilité des États. Ce sujet soulève un certain nombre de questions. Une violation *erga omnes*, par exemple un crime d'agression, peut-elle avoir pour conséquence un préjudice à tous les autres États ? Dans l'affirmative, tous les autres États ont-ils droit à réparation, et à quel degré ? Que devrait être la nature de la réaction de tous les autres États à un fait internationalement illicite ? La réponse devrait-elle être collective et, si tel est le cas, quels intérêts collectifs doivent être protégés ? Par ailleurs, la perte matérielle ou le dommage doivent-ils servir de base à la définition du préjudice subi et à l'exercice d'un recours, ou un simple intérêt juridique ou moral devrait-il suffire à justifier une demande de réparation ou d'indemnisation par suite de la commission d'un fait internationalement illicite ? Une distinction

devrait-elle être faite entre les États qui sont directement affectés par une violation d'une obligation internationale et ceux qui le sont indirectement ? L'agression devrait-elle être classée comme crime international ?

32. La façon dont le Rapporteur spécial aborde l'article 40 est différente en deux points de celle qu'avait adoptée le Rapporteur spécial Riphagen dans son sixième rapport³, puisqu'il estime que la version antérieure de cette disposition ne permettait pas de traiter comme il convenait les situations dans lesquelles plusieurs États sont lésés par le même fait illicite et qu'elle faisait glisser la perspective de la transgression des obligations par l'État auteur du fait illicite aux droits de l'État lésé.

33. Le Rapporteur spécial semble néanmoins penser que la version antérieure de l'article 40 mettait l'accent sur le préjudice et ses conséquences sur le plan bilatéral plutôt que sur une relation multilatérale dans laquelle tous les États sont lésés et ont le droit d'agir. C'est pourquoi il a exprimé des doutes quant au fait que l'article 40 fournisse une base appropriée à la codification et au développement progressif des conséquences juridiques de la responsabilité des États.

34. L'article 40 *bis* est différent en ce qu'il tente d'établir des distinctions entre les États affectés en les classant en groupes et en tirant différentes conséquences juridiques de différentes obligations transgressées, allant de la cessation, y compris les assurances et garanties, à la restitution, à l'indemnisation, à la satisfaction et aux contre-mesures.

35. En ce qui concerne le champ d'application de l'article 40 *bis*, M. Idris pense qu'il est justifié de faire une distinction entre les États qui sont directement lésés par un fait internationalement illicite et ceux qui ont simplement un intérêt juridique. Il souscrit aussi à l'opinion selon laquelle seuls les États dont les droits sont directement affectés par la violation devraient être habilités à exercer les voies de recours appropriées, et les États qui pourraient n'avoir qu'un simple intérêt juridique ne devraient pas demander à être indemnisés, encore qu'ils puissent exercer d'autres voies de recours pour demander réparation d'un fait illicite comportant une violation d'une obligation *erga omnes*, par exemple le crime d'agression, des violations massives des droits de l'homme et une destruction massive de l'environnement ou du patrimoine commun de l'humanité. Les recours susceptibles de s'appliquer prennent la forme de la cessation, de la restitution, de la satisfaction ou des contre-mesures. Cette distinction est bien étayée par l'affaire de la *Barcelona Traction*, dans laquelle la CIJ a distingué entre les droits naissant dans un contexte bilatéral et un simple intérêt juridique de la communauté internationale dans son ensemble, ce qui est un point bien mis en évidence par le Rapporteur spécial au paragraphe 97 de son rapport.

36. Il devrait y avoir en outre un dommage matériel ou une perte tangible pour que l'État affecté fasse valoir la responsabilité d'État. Une simple atteinte à l'intérêt juridique d'un État n'ayant provoqué aucun dommage matériel

ni aucune perte ne devrait pas pouvoir motiver automatiquement une demande en réparation ou indemnisation.

37. Le projet devrait aussi contenir une clause de sauvegarde en faveur de régimes juridiques spécifiques régis par un traité ou une convention dans un domaine donné, par exemple le patrimoine commun de l'humanité, qui est régi par les traités sur l'espace extra-atmosphérique et les conventions sur le droit de la mer.

38. La référence figurant à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 40 *bis* à « un groupe d'États dont il fait partie » complique encore la question et met en cause le fondement même du droit international. Est-ce la souveraineté de l'État qui justifie l'invocation de la responsabilité de l'État en cause ou est-ce le fait que l'État fait partie de ce groupe ? D'où découle ce droit ? M. Idris espère vivement que le Rapporteur spécial apportera des éclaircissements sur cette question au cours du débat général. Les mêmes questions peuvent être posées en ce qui concerne la mention de la communauté internationale dans son ensemble au paragraphe 2. On voit mal comment la règle de la responsabilité des États peut s'appliquer dans la pratique à une caractérisation aussi lâche et théorique du groupe affecté. Cette référence présenterait peut-être un certain attrait dans une déclaration politique, mais l'on doit se montrer prudent quant à l'utilité juridique concrète d'une telle notion.

39. Revenant brièvement à la question de l'agression, M. Idris répond par l'affirmative à la question du Rapporteur spécial. Le paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies est d'une clarté cristalline.

40. En ce qui concerne l'emplacement du projet d'article, si l'on penche pour une différenciation des deux groupes d'États lésés, il devrait être situé dans le chapitre relatif aux principes généraux.

41. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que M. Idris a mentionné plusieurs fois un « simple intérêt juridique », expression qui peut prêter à confusion. Bien évidemment, en cas de violation d'une obligation dont la communauté internationale dans son ensemble est bénéficiaire, une entité ou un État particulier peut très bien en être la victime primaire, par exemple d'une attaque armée, mais dans ce cas on admet que d'autres États ont un intérêt de nature juridique. La situation de ces États peut en un sens être qualifiée de secondaire. Mais la catégorie dont il est question au paragraphe 2 de l'article 40 *bis* qu'il propose et dans les autres versions présentées n'est d'aucune façon secondaire par rapport à la catégorie des obligations bilatérales : elle est simplement différente, de la même façon que les systèmes juridiques font une distinction entre le droit d'invoquer la responsabilité dans le cadre du droit privé et en droit public. Les critères de droit public sont évidemment différents en raison de la nature de la matière : on ne traite pas simplement de droits subjectifs, comme c'est le cas dans le domaine du droit privé, du droit des obligations et en matière délictuelle. Ainsi, ce n'est pas qu'une catégorie soit supérieure à l'autre, c'est tout simplement qu'il existe une distinction. La Commission est aux prises avec des projets d'articles qui traitent de l'ensemble du domaine des obligations internationales et non pas seulement de l'aspect du

³ Voir l'article 5 de la deuxième partie du projet d'articles, accompagnée d'un commentaire, *Annuaire... 1985*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/389, p. 5 à 9.

domaine des obligations internationales qui est analogue au droit privé des systèmes juridiques nationaux.

42. M. LUKASHUK dit que l'article 40 *bis* occupe une place déterminante dans le projet d'articles. Avec la mondialisation, les intérêts de la communauté internationale dans son ensemble prennent une importance croissante et l'une des principales tâches du droit international est de protéger les intérêts de cette communauté. Cette tâche ne peut être accomplie que sur un plan universel, aucun État ni groupe particulier d'États n'étant habilité à se considérer comme le représentant de la communauté internationale tout entière.

43. À l'appui de cette affirmation, M. Lukashuk se réfère aux discussions qu'ont actuellement les experts sur les questions de l'intervention au Kosovo et de l'unilatéralisme. M. Simma a lancé le premier débat en publiant un article dans lequel il a démontré de manière convaincante que les actions de l'OTAN constituaient une violation du droit international⁴. Tout aurait été pour le mieux si M. Simma s'en était tenu là, au lieu de conclure que l'action de l'OTAN était à l'extrême limite de la licéité. On peut voir la même tendance à l'œuvre dans le débat sur l'unilatéralisme, où les participants ont tenté d'établir les circonstances dans lesquelles des actes unilatéraux peuvent être autorisés alors qu'ils sont normalement interdits en droit international. En d'autres termes, si la Commission examine la responsabilité découlant d'actes non interdits par le droit international, les unilatéralistes trouvent un moyen d'écarter toute responsabilité pour des actes interdits par le droit international.

44. S'agissant de l'article 40 *bis*, M. Simma a à juste titre souligné que la Commission traite de la responsabilité et non des conséquences d'une violation, car la responsabilité est une conséquence juridique de la violation. M. Lukashuk n'a pas eu le temps de se familiariser avec la nouvelle proposition de M. Simma, mais il a l'impression qu'elle est de qualité inférieure à son projet initial. Bien que l'article soit intitulé « Droit pour un État d'invoquer la responsabilité d'un autre État », le paragraphe 1 mentionne on ne sait pourquoi le droit d'un État d'invoquer non pas la responsabilité d'un autre État, mais toutes les conséquences juridiques de la responsabilité de cet autre État. Il semble donc que la responsabilité a d'autres conséquences juridiques, accessoires. Pour M. Lukashuk, il aurait suffi de dire qu'un État est habilité à invoquer la responsabilité d'un autre État.

45. Il serait aussi souhaitable d'examiner la possibilité d'inclure à la fin de l'alinéa *b* du paragraphe 1 proposé par le Rapporteur spécial une disposition se lisant comme suit : « iii) ou [la transgression de l'obligation] est incompatible avec l'objet et le but de l'obligation ». Cette disposition découle directement du paragraphe 3 de l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969 et permettrait de couvrir les pires transgressions d'une obligation, celles qui compromettent la possibilité même de l'existence continue de l'obligation.

46. Il s'ensuit de l'arrêt rendu dans l'affaire de la *Barcelona Traction* que, pour déposer une réclamation relative à

des obligations bilatérales, un État doit tout d'abord établir l'existence de son droit à le faire; en revanche, dans le cas des obligations *erga omnes*, tous les États ont des intérêts juridiques relatifs à la protection de ces obligations. Il semble à M. Lukashuk que la proposition du Rapporteur spécial répond précisément à ces critères, reproduisant pour l'essentiel la décision de la CIJ, et qu'elle est ce que l'on peut faire de mieux dans les circonstances présentes. Les difficultés que rencontre la Commission s'expliquent en partie par le fait qu'elle examine les obligations dont la communauté internationale est bénéficiaire, en passant sous silence la communauté internationale en tant que telle dans le projet. Et pourtant, la communauté internationale est un phénomène juridique authentique. La Convention de Vienne de 1969 a établi que seule la communauté internationale dans son ensemble crée des normes impératives. En outre, les États sont responsables vis-à-vis de la communauté internationale dans le cas d'une violation du droit international. Personne ne le conteste. Le cœur du problème consiste à savoir comment s'appliquer la responsabilité. M. Simma a mentionné à juste titre la possibilité de dégager une volonté unanime des États. Mais, en fait, il n'est nullement besoin d'une telle unanimité. Au cours de ses travaux d'élaboration de la Convention de Vienne de 1969, la Commission a clairement établi que la notion de communauté internationale des États dans son ensemble doit être comprise comme une majorité suffisamment représentative et non pas comme tous les États au sens littéral – décision qui a été confirmée à la Conférence de Vienne sur le droit des traités⁵. Il est donc possible d'obtenir l'accord de la communauté internationale dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, de ses institutions spécialisées ou de conférences internationales représentatives.

47. Par conséquent, la Commission devrait se préoccuper de savoir s'il est souhaitable d'inclure dans le projet d'articles une disposition intitulée « Responsabilité de l'État à l'égard de la communauté internationale », dont le texte se lirait comme suit : « S'il transgresse une obligation *erga omnes*, l'État est responsable envers la communauté internationale d'États représentée par les organisations et organismes internationaux universels ». Une telle disposition semble indispensable.

48. La proposition de M. Pellet tendant à prévoir une deuxième partie *bis* mérite d'être examinée attentivement. Bien qu'il soit intitulé « Mise en œuvre de la responsabilité d'un État », ce projet semble toucher non pas tant à la mise en œuvre qu'à la notion d'intérêt juridique. La première phrase du paragraphe 1 de l'article 40-1 répète pour l'essentiel la règle générale concernant la responsabilité déjà énoncée au chapitre premier relatif aux principes généraux. Ce texte ne met pas en exergue la responsabilité pour violation d'une obligation bilatérale

⁴ B. Simma, "NATO, the UN and the use of force: Legal aspects", *European Journal of International Law*, vol. 10, 1999, n° 1, p. 1.

⁵ Voir *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.68.V.7), 80^e séance plénière, par. 12; et *ibid.*, *Deuxième session, Vienne, 9 avril-22 mai 1969, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.70.V.6), 19^e séance plénière, par. 11 et 17.

d'une manière aussi cruciale et importante que le fait le texte proposé par le Rapporteur spécial.

49. Enfin, il ne semble pas souhaitable de prendre une décision à la légère, pour ainsi dire en passant, sur le problème fortement controversé que pose la notion de communauté internationale « sujet de droit international », selon l'expression employée par M. Pellet dans son article 40-X. La Commission a déjà pris position sur cette question à sa cinquante et unième session, lorsqu'elle a examiné les projets d'articles sur les actes unilatéraux des États⁶. M. Lukashuk commentera la proposition présentée par M. Economides lorsqu'il aura eu la possibilité de l'étudier en détail.

50. M. KAMTO dit que l'article 40 *bis* proposé par le Rapporteur spécial semble ne pas correspondre entièrement à son intitulé, puisqu'il est centré sur la définition de l'État lésé. Il serait souhaitable d'établir une disposition traitant de cette question, conformément aux souhaits exprimés par les États à la Sixième Commission, afin de distinguer entre les différentes catégories d'obligations dont la transgression entraîne la responsabilité internationale de l'État et d'examiner la question de la mise en œuvre dans un article distinct.

51. La Commission devrait aussi examiner la question de savoir si la notion de préjudice devrait, au risque de compliquer la tâche du Rapporteur spécial, être réintroduite dans le débat. Cette notion est à l'heure actuelle mieux établie en droit interne et en droit international que d'autres notions beaucoup plus vagues comme celle de « l'État spécialement atteint ». En outre, cette notion semble indispensable si la distinction essentielle est à faire entre un État subissant un préjudice direct le fondant à invoquer l'article 37 *bis* et un État qui, dans le cadre d'obligations *erga omnes* ou en tant que membre de la communauté internationale, a un simple intérêt juridique à la cessation du fait internationalement illicite. L'approche adoptée par le Rapporteur spécial permet de faire cette distinction.

52. Il est essentiel de conserver le paragraphe 3, que ce soit à l'article 40 *bis* ou ailleurs dans le projet, puisque les États ont des responsabilités non seulement à l'égard d'autres États, mais aussi à l'égard d'autres entités. M. Kamto n'a pas d'objection à ce qu'on utilise le terme « entité », qui figure déjà dans diverses conventions internationales, telle la Convention sur la diversité biologique.

53. Quant à la question du lien entre les notions d'obligations *erga omnes* et de droits de l'homme, il doute profondément qu'il soit souhaitable de faire une distinction entre les droits de l'homme fondamentaux et les autres droits de l'homme. Toute distinction de ce type serait aussi très difficile à mettre en pratique et irait à contre-courant de la tendance actuelle qui est d'aborder les droits de l'homme de manière holistique. Tenter de faire une telle distinction soulèverait plusieurs questions difficiles : est-il possible de hiérarchiser les droits de l'homme ? Un droit énoncé dans un instrument régional, ou consacré par le droit coutumier, ne sera-t-il pas considéré comme un droit fondamental s'il ne figure pas également dans un instru-

ment universel relatif aux droits de l'homme ? Certains droits qui ont fini par être reconnus comme des droits fondamentaux de l'homme ont d'abord été énoncés dans des instruments régionaux avant d'être incorporés dans des instruments universels.

54. Il pourrait y avoir quelque utilité concrète dans la suggestion faite par le Rapporteur spécial de laisser de côté la question du règlement des différends, car cela pourrait permettre à la Commission d'achever ses travaux sur la responsabilité des États avant l'expiration de son mandat actuel. Mais il s'agit d'une question déterminante, qui doit être examinée au cours du débat sur la responsabilité des États. Depuis l'avis consultatif, qui a fait date, rendu dans l'affaire de la *Carélie orientale* par la CPJI, la question du règlement des différends est considérée comme concernant exclusivement les États, mais il se dégage en droit international une tendance à considérer chaque instrument multilatéral comme une sorte de sous-système juridique, doté de sa propre procédure de règlement des différends. Cela étant, l'inclusion de telles procédures dans des instruments particuliers n'implique pas qu'une procédure générale de règlement des différends soit établie pour tous les autres instruments. Récemment, plusieurs instruments universels importants ont incorporé ce type de procédure; ainsi, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer prévoit une procédure très souple qui n'empêche pas les États de régler leurs différends par les canaux diplomatiques ou politiques traditionnels, mais qui établit le principe du règlement judiciaire dans le cas où tout le reste a échoué. La question, quelle que soit la forme finale du projet, est de savoir si un État doit être autorisé à bloquer tout règlement judiciaire s'il se trouve dans l'impossibilité de régler un différend avec un autre État. Sans proposer que les dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer puissent s'appliquer au présent projet, M. Kamto se déclare favorable à une disposition qui permettrait qu'un différend soit réglé par le truchement d'une tierce partie impartiale s'il ne pouvait l'être par aucun autre moyen.

55. M. LUKASHUK comprend pourquoi M. Kamto préconise que l'État lésé occupe une position particulière. Dans un cas, les intérêts de l'État sont touchés tandis que dans l'autre un préjudice est infligé. Les intérêts sont touchés dans les deux cas, mais ce dont il s'agit, c'est d'identifier la nature spécifique des intérêts qui causent le dommage matériel.

56. M. Lukashuk n'est pas favorable à l'incorporation d'une disposition relative au règlement des différends dans le projet d'articles. La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer a introduit sa propre procédure de règlement des différends en créant son propre régime juridique, mais la Commission a une tâche très différente, à savoir codifier les dispositions générales concernant la responsabilité des États. Codifier les règles régissant le règlement des différends serait une tâche énorme, qui prendrait des années et empêcherait la Commission d'adopter le projet d'articles dans un avenir prévisible. Il existe déjà des obstacles substantiels à l'adoption du projet d'articles par l'Assemblée générale.

57. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que le règlement des différends est une question distincte susceptible de retarder l'avancement du projet. Il croit pou-

⁶ Voir *Annuaire... 1999*, vol. II (2^e partie), chap. VIII, par. 586, p. 146.

voir déduire des débats de l'année écoulée que la majorité des membres de la Commission sont d'avis qu'il n'existe pas de relation intégrale entre les contre-mesures et le règlement des différends; les travaux sur les contre-mesures se sont poursuivis sur cette base. En outre, si le projet d'articles ne devait pas prendre la forme d'une convention, les dispositions concernant le règlement des différends n'auraient aucune raison d'être. La Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, qui comprend un régime de règlement des différends très complexe, traite d'un type de comportement particulier, tandis que le projet d'articles sur la responsabilité des États est très général et traite de toutes les obligations des États. Même les dispositions résiduelles sur le règlement des différends couvrant le projet d'articles fourniraient donc un régime résiduel en ce qui concerne toutes les obligations des États. L'introduction d'un tel régime n'est pas nécessaire au succès du projet d'articles, et pourrait très bien en garantir l'échec.

58. S'il serait décevant que le projet ne prenne pas la forme d'une convention, cette option n'est peut-être pas réaliste dans le climat international actuel. La question de l'inclusion de dispositions sur le règlement des différends ne se posera donc pas. En tout état de cause, même si les articles devaient prendre la forme d'une convention, l'inclusion de telles dispositions ferait sombrer le texte dans son ensemble. Une chose est d'adopter des procédures de règlement des différends dans le cadre de l'Organisation mondiale du commerce ou de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer; toute autre chose est de le faire sur le plan mondial. Bien que les débats qui se tiendront à la Sixième Commission à la fin de l'année puissent éclairer d'un jour nouveau les comportements des États, il est clair que les États répugnent à adopter de nouvelles conventions générales. En outre, le projet d'articles pourrait offrir un produit meilleur et plus intégré s'il était adopté sans renégociation d'ensemble lors d'une conférence diplomatique.

59. M. GOCO dit que cet article n'intéressera pas toujours que les seuls spécialistes du droit international et qu'il pourrait être utile d'aborder la question du point de vue d'un usager éventuel, par exemple un avocat représentant un État lésé à la CIJ ou dans quelque autre instance. S'il était lui-même cet avocat, il préférerait avoir affaire à un simple article qui, pour commencer, éclaircirait la signification de l'expression « État lésé ». Il ferait valoir que son client a été lésé par suite de la transgression d'une obligation, et que cette obligation à l'égard de son client doit être honorée. Il soulignerait qu'il existe un intérêt juridique de la part de l'État auteur du fait illicite en vertu d'un instrument auquel cet État est partie. Les choses deviendraient plus compliquées si des obligations *erga omnes* à l'égard de la communauté internationale étaient en cause, mais sa principale préoccupation serait de faire en sorte que l'affaire d'un État partie qui a violé une obligation atteignant spécialement son client soit entendue comme il convient devant la cour, et de démontrer que l'État auteur du fait illicite a un intérêt juridique dans l'exécution de l'obligation internationale.

60. Sa préoccupation est que, dans le cas d'un traité multilatéral, par exemple, il faudrait appeler en intervention forcée les autres États dont les droits pourraient être atteints. Cependant, s'il s'est fait antérieurement l'écho des doutes exprimés par certains membres de la Sixième

Commission à propos de l'article 40 original, il convient que le nouvel article 40 *bis* constitue une amélioration.

61. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA partage les préoccupations de M. Kamto quant à la tentative de faire une distinction entre les aspects formels et « coutumiers » de « l'unité des règles » régissant la catégorie indubitablement complexe des droits de l'homme. Il n'est pas favorable à ce que l'on fasse une distinction entre les droits de l'homme fondamentaux et les droits de l'homme non fondamentaux car elle serait difficile à appliquer dans la pratique. D'un point de vue juridique, il y a plus à gagner en maintenant une approche homogène qu'en définissant une personne comme en quelque sorte centrale à certains égards et accessoire à certains autres. C'est l'ensemble des problèmes, des besoins et des exigences des individus qui donne sa substance à la notion de droits de l'homme, et toutes les tentatives pour les intégrer dans le droit contribuent à l'unité du régime des droits de l'homme. M. Pambou-Tchivounda ne peut donc souscrire à toute discrimination qui serait faite entre les droits de l'homme fondamentaux et les autres droits de l'homme.

62. En ce qui concerne l'article 40 *bis*, la question est de savoir si l'expression « État lésé » se prête à une définition normalisée, et offrant de préférence une notion homogène. Divers types d'obligations ont été examinés – bilatérales, multilatérales et *erga omnes*, ainsi que les obligations fondées sur la coutume – mais la forme dans laquelle elles sont énoncées n'est pas d'une importance cruciale en elle-même. La raison pour laquelle il importe d'offrir une conception homogène de l'État lésé est qu'il convient d'établir de quelque manière une évaluation du préjudice. C'est le dommage subi par suite d'une violation d'une obligation qui rend quantifiable un préjudice. Existe-t-il une norme autre qu'un préjudice ou un dommage qui rendrait possible une évaluation précise d'une réclamation ou d'une demande de cessation du fait illicite ? C'est la violation de l'obligation, indépendamment du fait qu'il s'agisse d'une obligation bilatérale ou de quelque autre type d'obligation, qui constitue le fait illicite. Dans la demande de cessation du fait illicite, ou de réparation, un nombre minimal d'éléments concrets doit être présenté. Quelque puisse être l'importance des intérêts en jeu, une demande d'où ces éléments seraient absents ne serait pas accueillie – que ce soit par un juge, un arbitre ou un groupe d'États – de la même manière qu'une demande fournissant les éléments de preuve des conséquences de la transgression d'une obligation particulière.

63. M. Pambou-Tchivounda partage l'opinion de M. Kamto selon laquelle il convient d'incorporer une disposition minimale sur le règlement des différends. Cela fait un certain temps qu'il le pense et il estime que cela est conforme à la tendance actuelle à l'intégration du système juridique international. La formulation d'une déclaration de principes et règles généraux qui créerait un cadre général du droit de la responsabilité sans toucher au fonctionnement de l'ordre juridique international du point de vue des mécanismes juridictionnels semble avoir été reléguée à l'arrière-plan. Plutôt que de produire un droit de la responsabilité présentant un intérêt marginal pour les mécanismes qui constituent le système juridique international, la Commission devrait adopter une approche beaucoup

plus intégrationniste afin de tirer le meilleur parti des résultats des travaux du Rapporteur spécial.

64. En ce qui concerne la question de l'inclusion ou de la non-inclusion de la notion de dommage, M. Pellet s'est guidé sur la nécessité de proposer une règle objective sans perdre de vue la nécessité de conserver la notion de fait internationalement illicite. M. Pambou-Tchivounda appuie vigoureusement la proposition de M. Pellet, étant entendu qu'elle pourrait être réécrite, puisque parmi les demandeurs en figureraient certains qui sont directement atteints et divers autres moins directement atteints. Englober la notion de dommage permettrait d'établir la liste complète des demandeurs et d'articuler la mise en œuvre en termes de répartition des indemnités ou tout simplement de donner satisfaction à toutes les parties.

La séance est levée à 13 heures.

2622^e SÉANCE

Mercredi 17 mai 2000, à 10 h 5

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Operti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka.

Responsabilité des États¹ (suite) [A/CN.4/504, sect. A, A/CN.4/507 et Add.1 à 4², A/CN.4/L.600]

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen du projet d'article 40 *bis* proposé par le Rapporteur spécial sur la responsabilité des États dans son troisième rapport (A/CN.4/507 et Add.1 à 4).

¹ Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), chap. III, sect. D, p. 62.

² Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

2. M. KATEKA rappelle que, la veille, M. Lukashuk a indiqué que l'examen de la question du règlement des différends pourrait prendre des années et que le Rapporteur spécial lui-même doute qu'une convention puisse être adoptée sur cette question dans la mesure où un grand nombre d'États n'en accepterait pas les dispositions. Il y a lieu de noter qu'à la Sixième Commission de nombreux gouvernements n'ont même pas évoqué cette question, et M. Kateka demande s'il faut expliquer leur attitude par le fait qu'ils n'y accordent pas d'importance, ou qu'elle leur pose des problèmes particuliers. La Commission devrait peut-être réfléchir à la chose, par exemple dans le cadre du Groupe de planification.

3. Le Rapporteur spécial a aussi indiqué que la forme de l'instrument adopté permettrait de déterminer s'il faut y inclure des dispositions relatives au règlement obligatoire des différends. Ce minidébat a laissé M. Kateka quelque peu perplexe. En effet, il avait le sentiment que les questions relatives à la forme de l'instrument et au règlement des différends n'étaient pas encore réglées. D'ailleurs, lorsque la Commission a examiné ces points l'année précédente, elle a estimé que le règlement des différends faisait partie des points à clarifier. Cependant, l'omission dans le texte proposé par le Rapporteur spécial des dispositions figurant à l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 40 adopté en première lecture semble confirmer la tendance à l'exclusion de toute référence au règlement des différends. Si la Commission exclut toute disposition de cette nature du projet d'articles, elle aura simplement adopté un instrument non contraignant. On pourra dire que la période quinquennale en cours a été caractérisée par l'adoption de règles de droit souples, comme semble le confirmer le projet d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'État, qui a pris la forme d'une déclaration³. Le même sort paraît attendre le projet d'articles sur les actes unilatéraux des États, et peut-être aussi celui sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses). Une telle situation ne manquerait pas d'apporter de l'eau au moulin de ceux qui considèrent que la Commission a épuisé les sujets à codifier. Il serait cependant regrettable qu'après quatre décennies de travail elle finisse par adopter un instrument non contraignant sur la responsabilité des États. Si tel était le cas, on aurait raison de dire que la montagne a accouché d'une souris. M. Kateka pense aussi aux observations de M. Sreenivasa Rao sur les obligations *erga omnes* et les droits de l'homme, et au fait que des questions qui préoccupent la grande majorité du genre humain sont arbitrairement écartées parce que jugées insignifiantes, tandis que d'autres, qui n'intéressent que quelques groupes de pays, continuent d'occuper la première place. Ainsi, la veille, M. Kamto s'est demandé comment on pourrait déterminer les droits de l'homme fondamentaux et si la question du droit au développement, par exemple, aurait sa place dans ce débat. M. Kateka espère que la Commission aura encore l'occasion de débattre de manière approfondie de la question du règlement des différends, comme

³ Voir *Annuaire... 1999*, vol. II (2^e partie), chap. IV, par. 44 et 47, p. 21.

le Rapporteur spécial l'avait d'ailleurs proposé dans son programme de travail pour la période quinquennale en cours.

4. M. LUKASHUK dit que les idées avancées par MM. Kamto et Kateka méritent toute l'attention de la Commission. Il existe selon lui une solution pour régler le problème posé : faire de la question du règlement pacifique des différends un thème de codification futur. L'essentiel à ses yeux est de ne pas lier, de manière rigide, les moyens de règlement pacifique des différends et la question de la responsabilité, car cela empêcherait l'adoption d'un instrument sur la responsabilité des États dans un proche avenir.

5. Par ailleurs, M. Lukashuk rappelle que l'expression « règlement pacifique des différends » est ambiguë. Elle constitue un héritage d'une époque lointaine du droit international où il existait deux types de moyens légitimes pour régler des différends, des moyens pacifiques et des moyens militaires. Aujourd'hui, la situation est radicalement différente puisque seuls les moyens pacifiques sont légitimes. Il serait donc préférable de parler simplement de « règlement des différends ».

6. M. DUGARD félicite le Rapporteur spécial pour son travail. Il souscrit aux critiques formulées au sujet du fond et de la forme de l'article 40 adopté en première lecture. Cet article est bien trop long et prête à confusion, mais il constitue un élément essentiel du projet d'articles. Cependant, il n'est pas suffisamment clair dans sa version actuelle, même s'il règle bon nombre de problèmes qui se posaient. Si M. Dugard porte un intérêt particulier à l'article 40 *bis*, c'est parce que celui-ci n'est pas sans rapport avec son propre travail sur la protection diplomatique. Il se demande si un État peut protéger un non-ressortissant qui a subi une violation d'une norme de *jus cogens* lorsque son État de nationalité ne veut pas ou ne peut pas le protéger. Il est ici essentiel de distinguer la violation d'une norme de *jus cogens* de la violation d'un droit de l'homme. La CIJ est à cet égard très claire, puisqu'elle indique au paragraphe 91 de son arrêt concernant l'affaire de la *Barcelona Traction* : « En ce qui concerne plus particulièrement les droits de l'homme, auxquels le présent arrêt a déjà fait allusion au paragraphe 34, on doit noter qu'ils comportent aussi une protection contre le déni de justice. Toutefois, sur le plan universel, les instruments qui consacrent les droits de l'homme ne reconnaissent pas qualité aux États pour protéger les victimes de violations de ces droits indépendamment de leur nationalité » [p. 47]. La Cour établit donc une distinction nette entre la violation d'un droit de l'homme n'ayant pas un caractère de *jus cogens* et la violation d'une norme de *jus cogens*.

7. Bien qu'il ait rédigé un projet d'article sur cette question, M. Dugard n'envisage de l'intégrer à son rapport qu'une fois réglé le sort de l'article 40 *bis*. Selon lui, le paragraphe 2 de l'article 40 *bis* fournit la réponse à la question qu'il se pose. Cependant, la rédaction de ce paragraphe ne le satisfait pas. Ainsi, l'expression « à laquelle il est tenu » ne lui paraît pas nécessaire. Quoi qu'il en soit, il part de l'hypothèse que l'intérêt protégé en question renvoie aux obligations du droit international coutumier, telles que la prohibition de la torture ou de la discrimination, par exemple. En d'autres termes, M. Dugard se demande si, lorsqu'un État A a torturé un ressortissant d'un État B, et

que ce dernier n'a pas réagi, un État C serait habilité à intervenir au nom du ressortissant de l'État B, parce que ce dernier serait alors une victime secondaire, comme cela est indiqué au paragraphe 109 du rapport. Si l'État C a un intérêt à agir, en vertu du paragraphe 2 de l'article 40 *bis*, on est fondé à penser qu'il peut prendre les mesures préconisées aux paragraphes 110 et 113 du rapport, c'est-à-dire émettre une protestation ou exiger la cessation ou la restitution. Par ailleurs, si l'État C ne peut pas demander réparation pour son propre compte, il peut en revanche le faire au nom de l'État lésé ou de l'individu lésé.

8. Cette question met en évidence les bouleversements intervenus dans l'ordre juridique international au cours des 30 années écoulées, bouleversements qui affectent l'ensemble de la doctrine sur la question de la protection diplomatique. Le fait d'accepter que des États puissent intervenir pour protéger des non-ressortissants n'est pas sans incidences sur les règles applicables à la protection diplomatique et à ses modalités d'exercice. Cela soulève par exemple d'épineux problèmes concernant l'épuisement des voies de recours internes. Les orientations que le Rapporteur spécial fournira sur ce sujet permettraient à M. Dugard de délimiter le champ de son propre travail sur la protection diplomatique.

9. M. ECONOMIDES, présentant sa proposition concernant l'article 40 *bis* [ILC(LII)/WG/SR/CRD.3], indique que celle-ci tient compte de la distinction entre l'État lésé d'une part, et l'État ayant un intérêt juridique d'autre part tant dans le titre que dans le contenu de l'article lui-même; il convient selon lui de définir ces deux notions avant d'aborder la question de la mise en œuvre de la responsabilité internationale. D'autre part, la liste proposée des cas où un État est lésé est purement indicative, et non pas limitative. En effet, il peut être difficile de prévoir à l'avance tous les cas dans lesquels un État peut être lésé par le fait internationalement illicite d'un autre État. La pratique internationale variant fortement en la matière, il est prudent d'établir une liste indicative, en ajoutant l'expression « en particulier ».

10. La disposition énoncée à l'alinéa *a* du paragraphe 1 vise essentiellement les obligations bilatérales, et on la retrouve dans toutes les autres propositions. En revanche, l'alinéa *b* est l'élément fondamental du texte proposé en ce qu'il précise qu'un fait internationalement illicite d'un État peut léser « tous les États si l'obligation transgressée est essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale ». C'est la définition que l'on trouve à l'article 19 du projet d'articles adopté en première lecture. Il est impensable, pour M. Economides, de vouloir traiter également de choses foncièrement inégales, à savoir, d'une part, une règle de *jus cogens* prohibant un crime international, tel que le génocide ou l'agression, et, d'autre part, une infraction à une simple obligation multilatérale, coutumière ou conventionnelle, telle que l'inviolabilité de la valise diplomatique. Dans le premier cas, il s'agit d'une atteinte à un intérêt essentiel, voire vital de la communauté internationale, qui touche l'ordre public international, alors que dans le second cas il ne s'agit que d'une violation d'une règle multilatérale normative, même si elle est importante. M. Economides estime que si l'on veut élaborer une véritable stratégie dissuasive contre les crimes internationaux, il est nécessaire d'adopter des dispositions comme celles qui

figurent dans sa proposition. D'ailleurs, toutes les conséquences de la responsabilité internationale, à l'exception peut-être de l'indemnisation, doivent être appliquées à tous les États en cas de crime international et, en particulier, le principe de la restitution, sous la forme du retour au statu quo; par exemple, en cas d'agression, il faudra rétablir la situation qui existait avant la commission du crime international. À cet égard, les obligations prévues à l'article 53, intitulé « Obligations incombant à tous les États », du projet adopté en première lecture s'expliqueraient beaucoup mieux si on retenait la notion d'État lésé pour tous les États de la communauté internationale en cas de crime.

11. L'alinéa *c* du paragraphe 1 n'appelle pas de commentaire particulier, dans la mesure où il est conforme aux solutions adoptées dans toutes les propositions. Cette disposition couvre les obligations multilatérales, y compris celles qui ont un caractère *erga omnes*.

12. Quant au paragraphe 2, il vise à préciser davantage quels sont les États qui ont un intérêt juridique à exiger la cessation, au sens le plus large du terme, d'une violation d'une obligation *erga omnes* ou d'une obligation multilatérale. Ces États sont précisément ceux qui sont tenus par ces obligations, mais qui n'ont pas été directement lésés par la violation.

13. M. GOCO juge intéressante la proposition de M. Economides mais il a également noté que des gouvernements ont déclaré souhaiter qu'il existe un lien suffisant entre la violation et l'État, pour que la responsabilité de celui-ci soit invoquée au titre du droit international coutumier.

14. Lorsqu'un État viole une obligation, cela implique, semble-t-il, que l'État lésé est spécialement atteint par cette violation, qu'elle porte atteinte à la jouissance de ses droits, que l'obligation transgressée soit bilatérale ou multilatérale. Il ne paraît dès lors pas nécessaire de le consigner expressément. Il est naturel que l'État lésé ait un intérêt particulier à ce que l'autre État respecte l'obligation en cause. En résumé, M. Goco se demande s'il faut établir une distinction dès lors qu'on admet qu'une obligation a été violée et que l'État lésé est celui qui est atteint par cette violation.

15. M. HAFNER dit que le débat sur la responsabilité des États a atteint un point crucial, parce qu'il concerne à la fois le droit international et la politique internationale. Il se dit fort troublé par l'expression « *erga omnes* », car il ne voit pas très bien ce qu'elle veut dire. Les auteurs ont des avis très partagés sur la question, et les définitions qu'ils donnent des obligations *erga omnes* sont elles aussi très variées. Ainsi, certains considèrent qu'il s'agit de normes visant à protéger un ensemble de valeurs communes à la communauté internationale. D'autres pensent qu'il s'agit de normes dont la transgression lèse tous les États. Pour certains, ces normes sont identiques aux normes de *jus cogens*; pour d'autres, elles sont assimilables aux normes qui établissent les crimes internationaux, qu'il s'agisse de crimes d'État ou de crimes engageant la responsabilité individuelle; d'autres enfin qualifient d'obligations *erga omnes* les obligations dont la violation n'est pas attribuable à tel ou tel État en particulier. Dans ce cas, aucun État ne serait habilité à invoquer la responsabilité, ce qui est

étonnant dans l'optique de l'arrêt de la CIJ concernant l'affaire de la *Barcelona Traction*. Pour échapper à la qualification de *lex imperfecta*, la doctrine explique que tout État est habilité à invoquer la responsabilité. Si par obligation *erga omnes* il faut entendre obligation due à la communauté internationale dans son ensemble, M. Hafner se demande si l'absence d'imputabilité du dommage justifie une telle qualification.

16. Par ailleurs, M. Hafner aimerait savoir quel sens il faut donner à l'expression « communauté internationale dans son ensemble » et s'il faut y inclure dans tous les cas, et pour tous les types d'obligations, par exemple les individus et les organisations non gouvernementales. L'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 a été évoqué à ce sujet, mais il n'y est question que de la « communauté des États ». Or, selon M. Hafner, il existe une différence certaine entre la « communauté des États » et la « communauté internationale dans son ensemble ». La proposition de M. Gaja [ILC(LII)/WG/SR/CRD.4] opère cette distinction, qu'il faut de toute évidence conserver. Même lorsque la CIJ se réfère aux obligations *erga omnes*, elle inclut différents types d'obligations dans la même catégorie.

17. Dans le cadre de l'article 40 *bis*, la Commission doit préciser à quel genre d'obligations *erga omnes* elle se réfère, s'il s'agit de toutes les obligations *erga omnes* ou bien seulement de certaines d'entre elles.

18. Elle pourrait bien sûr dire qu'elle n'a pas à s'en préoccuper puisque la question de savoir si une obligation est ou n'est pas une obligation *erga omnes* est déterminée par les règles primaires ou, plus exactement, par les règles secondaires qui définissent la nature des règles primaires. Cependant, cette approche ne permet pas de régler le problème, et soulève au contraire plus de questions qu'elle n'en résout. En tout état de cause, une clarification est nécessaire, car des États pourraient demander à la Commission de justifier le traitement différent réservé à ces obligations. M. Hafner rappelle à ce sujet que lorsque le représentant de Malte avait proposé, le 1^{er} novembre 1967, d'appliquer aux fonds marins internationaux le principe du patrimoine commun de l'humanité⁴, personne ne savait à l'époque de quoi il s'agissait, et qu'il a fallu 15 ans de négociation pour définir cette notion. La Commission devrait éviter de telles péripéties.

19. Un autre moyen de définir cette notion serait de recourir à la méthode procédurale utilisée à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 pour définir les normes de *jus cogens*. On pourrait ainsi imposer à la communauté des États l'obligation de définir les obligations *erga omnes*. Une telle démarche simplifierait peut-être les choses, mais ne permettrait pas pour autant de savoir ce que sont ces obligations. Or, il est plus important de définir les obligations *erga omnes* que les normes de *jus cogens*. Il faudrait donc définir certaines caractéristiques juridiques communes permettant de distinguer ces obligations des autres. La question serait alors simplement de savoir si ces caractéristiques sont les éléments constitutifs des obli-

⁴ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, vingt-deuxième session, Première Commission*, 1515^e séance (A/C.1/PV.1515), et rectificatif, par. 3 et suiv.

gations *erga omnes*, ou une conséquence de la création de cette catégorie particulière d'obligations.

20. Dans le projet d'article 40 *bis* qu'il présente, le Rapporteur spécial fait la distinction entre les obligations *erga omnes*, les obligations *erga omnes partes*, et les obligations visant à protéger les intérêts collectifs d'un groupe d'États (par. 2, al. *a*, par. 1, al. *b* et par. 2, al. *b*, respectivement). Même si cela procède d'une volonté de clarté, M. Hafner se demande si cette énumération couvre véritablement tous les cas de figure, car la tâche est en réalité sans fin.

21. Ainsi, en cas de violation du droit de la mer, tous les États – y compris les États sans littoral – auraient-ils le droit d'invoquer la responsabilité internationale telle qu'envisagée dans le projet ou faudrait-il faire la distinction entre les États sans littoral qui sont parties à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et ceux qui ne le sont pas et n'auraient pas qualité pour agir ? Et l'obligation de protéger et de préserver le milieu marin énoncée à l'article 192 de la Convention devrait-elle être considérée comme une obligation *erga omnes* ? Cela par exemple reste à préciser.

22. De même, en ce qui concerne les droits de l'homme, auxquels il a été fait largement référence, le Rapporteur spécial ne parvient pas à trancher : après avoir dit au paragraphe 88 de son rapport que les obligations en matière de droits de l'homme ne concernent pas qu'un État déterminé, ce qui revient à considérer qu'il s'agit d'obligations *erga omnes*, il explique à l'alinéa *b* du paragraphe 106 que « les obligations découlant d'un traité régional sur les droits de l'homme » relèvent plutôt de « l'intérêt collectif » d'un groupe d'États (c'est-à-dire qu'il s'agirait, selon la définition donnée au paragraphe 92 du rapport, d'obligations *erga omnes partes*). M. Hafner estime quant à lui que les droits de l'homme ne relèvent de la catégorie des obligations *erga omnes* que dans la mesure où ils se fondent sur une conviction générale. Il serait intéressant d'examiner si tous les droits visés dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou dans la Convention européenne des droits de l'homme entrent dans cette catégorie.

23. Compte tenu de tous les problèmes qui se posent, M. Hafner conclut qu'en dépit du besoin de définir les obligations, la seule solution pratique serait de se contenter de les décrire. On pourrait dire que, pour toute obligation visée par l'article 40 *bis* qui peut être considérée comme une obligation *erga omnes*, la communauté des États reconnaît à un État autre que l'État directement lésé le droit d'invoquer la responsabilité de l'État auteur du fait internationalement illicite. Cela, bien entendu, ne s'appliquerait pas aux obligations découlant d'un traité régional en matière de droits de l'homme, qui pourraient, elles, relever de « la protection des intérêts collectifs d'un groupe d'États, y compris l'État considéré » visée à l'alinéa *b* du paragraphe 2 du projet d'article. M. Hafner aimerait avoir l'avis du Rapporteur spécial sur ce point.

24. Passant à certaines des propositions rédactionnelles qui ont été soumises par des membres de la Commission concernant l'article 40 *bis*, M. Hafner dit qu'il trouve la formulation proposée par M. Simma [ILC(LII)/WG/SR/CRD.1] moins souple que celle présentée par le Rapporteur

spécial : au paragraphe 2 en particulier, la formule du Rapporteur spécial « a un intérêt juridique dans l'exécution d'une obligation internationale à laquelle il est tenu » lui semble offrir davantage de possibilités que la formule « un État a le droit d'(est habilité à) invoquer certaines conséquences juridiques de la responsabilité d'un autre État », qui revient à placer sur le même plan tous les États qui ne sont pas directement lésés mais seulement « intéressés » et à leur conférer les mêmes droits. Dans cette perspective, l'expression « il est individuellement le bénéficiaire de l'obligation transgressée » utilisée à l'alinéa *a* du paragraphe 1 mériterait du reste d'être précisée.

25. En ce qui concerne le projet de texte soumis par M. Economides, il serait utile que ce dernier précise comment il comprend l'expression « sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale » qu'il utilise à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de sa proposition. Il semble vouloir donner à tous les États la possibilité de réagir à un fait internationalement illicite en déclenchant la responsabilité internationale. Mais est-ce vraiment ce que souhaite la Commission ? Le sens des mots « peut, selon les cas, léser... » utilisés au début du paragraphe 1 devrait aussi être explicité. L'emploi du verbe pouvoir signifie-t-il que certaines « autres conditions » doivent être remplies pour qu'un État soit lésé ou que l'État n'est pas « lésé » dans tous les cas ? M. Hafner serait reconnaissant à M. Economides de bien vouloir l'éclairer sur ce point.

26. M. LUKASHUK dit que M. Hafner a soulevé un problème de principe essentiel en se référant à la proposition de M. Gaja dans laquelle celui-ci établit une distinction entre la responsabilité à l'égard de tous les États et la responsabilité envers la communauté internationale dans son ensemble. Sur le plan juridique, cette distinction n'a aucune raison d'être. L'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 fait très justement référence à « la communauté internationale des États* dans son ensemble » et il va de soi qu'il ne peut y avoir de responsabilité internationale [des États] que dans le cadre des relations entre États. La « communauté internationale dans son ensemble » correspond à une tout autre notion : ce n'est plus de la communauté des États qu'il s'agit, mais de la société mondiale tout entière, concept qui non seulement reste à définir, mais qui, à son avis, est tout à fait étranger au sujet à l'examen.

27. M. BROWNIE, renouvelant les mises en garde qu'il avait déjà formulées à ce propos, répète que la Commission ne devrait pas s'engager dans une impossible tentative de classification de tous les droits et obligations des États. Quels que soient les efforts des uns et des autres, on ne pourra jamais venir à bout de ce sujet sans fin. Dans la mesure où, comme M. Economides l'a écrit à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de sa proposition, un fait internationalement illicite d'un État peut léser « tous les États si l'obligation transgressée est essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale », cette « obligation essentielle » devrait être définie. On pourrait bien entendu décider que cela se réglerait automatiquement avec le développement du droit international coutumier, mais si l'on persiste à vouloir codifier toute une série de notions nouvelles, on se lancera dans une tâche qui, si intéressante soit-elle sur le plan théorique, retardera les travaux de la CDI et réduira d'autant les chances que

ceux-ci soient entérinés par la Sixième Commission. Dans le domaine de la responsabilité des États, la Commission a déjà assez à faire pour définir l'État lésé, sans parler des éventuels chevauchements ou doubles emplois avec le sujet de la protection diplomatique.

28. M. SIMMA n'analyse pas le problème de la même manière que M. Brownlie : ce dont on a besoin, ce n'est pas de définir l'État lésé, mais de définir ou de préciser *qui* est habilité à invoquer la responsabilité des États.

29. L'alinéa *b* du paragraphe 1 de la proposition de M. Economides est en fait inspiré du paragraphe 2 de l'article 19 qui traite de la question des crimes internationaux, sujet essentiel sur lequel la Commission devra revenir à un stade ou à un autre.

30. Quant à la « communauté internationale dans son ensemble », à laquelle M. Gaja fait référence, nul besoin de la définir car il s'agit en réalité de la communauté internationale des États visée à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969.

31. De même, il ne faut pas exagérer la distinction pouvant exister entre la protection régionale et la protection universelle des droits de l'homme. Sur le fond, les deux choses se recoupent. Enfin, pour ce qui est des exemples tirés du droit de la mer qui ont été donnés par M. Hafner, il convient de noter que, dans ce contexte, le problème n'est pas un problème de responsabilité des États, mais un seul problème d'opposabilité.

32. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA estime que la formulation proposée par M. Economides a le mérite d'apporter une réponse à une question concrète qui est celle de savoir dans quels cas la violation d'une obligation internationale ouvre aux États le droit d'agir pour obtenir que cette obligation soit respectée. Le lien entre l'alinéa *b* du paragraphe 1 de cette proposition et le paragraphe 2 de l'article 19 qui a été mis en évidence par M. Simma est en effet très clair, et M. Pambou-Tchivounda partage l'avis de ce dernier sur l'importance de la notion de crime international dont il doit être tenu compte à toutes les étapes du projet, tant que l'on n'aura pas statué sur ce point.

33. M. Pambou-Tchivounda se demande s'il n'y a pas double emploi entre les alinéas *a* et *c* (sous-alinéa *i*) du paragraphe 1 du texte proposé par M. Economides, qui pêche par ailleurs par une surabondance d'adverbes. Y a-t-il vraiment une nuance entre l'expression « l'État qui est individuellement le bénéficiaire de l'obligation transgressée » et la formule « tout État » [que] « la transgression de l'obligation ... atteint spécialement ». Dans le second cas, M. Economides pense-t-il, sans le dire explicitement, à la violation d'obligations coutumières tandis que dans le premier il aurait à l'esprit la violation d'obligations contenues dans un traité bilatéral ? Peut-être serait-il alors préférable de l'exprimer clairement.

34. En dehors de cette légère critique, la proposition de M. Economides s'inscrit, semble-t-il très bien, dans un effort de synthèse et mériterait d'être mise en valeur.

35. M. ECONOMIDES, répondant aux questions et remarques formulées par les précédents orateurs, explique à M. Hafner que, dans l'alinéa *b* du paragraphe 1 de sa proposition, il n'a fait que reprendre la définition de l'article

19 : il n'a donc pas jugé utile d'apporter plus de précision que n'en comporte cet article. Mais il reconnaît qu'il serait peut-être utile de faire ressortir, dans le commentaire, les liens étroits qui existent entre la notion de *jus cogens* et celle de crime international. Les règles qui prohibent les crimes internationaux sont en réalité des règles de *jus cogens* mais elles sont encore plus strictes que les autres car elles n'admettent aucune exception.

36. La structure du paragraphe 1 où l'expression « peut ... léser » est suivie d'une énumération est aussi calquée sur celle de l'article 19 qui donne une liste indicative de cas dans lesquels les États sont lésés ou peuvent l'être par une violation grave d'une obligation internationale. Cela dit, cette formulation pourrait certainement être améliorée.

37. M. Economides est d'accord avec M. Brownlie sur le fait que l'on ne peut pas tout définir dans le cadre du développement progressif du droit international et que certaines notions relèvent plutôt de l'évolution du droit international coutumier.

38. La remarque de M. Pambou-Tchivounda est très intéressante : il y a effectivement une similitude entre les cas visés à l'alinéa *a* du paragraphe 1 et au sous-alinéa *i* de l'alinéa *c* du paragraphe 1, mais, dans l'hypothèse de l'alinéa *a*, on a affaire à une obligation bilatérale (l'État concerné est le bénéficiaire exclusif d'une obligation découlant d'un traité bilatéral) tandis que dans l'hypothèse du sous-alinéa *i* de l'alinéa *c* l'obligation transgressée est une obligation multilatérale qui existe à l'égard de tous les États parties même si c'est l'un d'entre eux seulement qui a été plus spécialement lésé par cette transgression.

39. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit qu'après les explications données par M. Economides il est encore plus convaincu de la valeur de la proposition présentée par ce dernier. Il suffirait, à l'alinéa *a* du paragraphe 1, de supprimer l'adverbe « individuellement », en précisant que l'obligation transgressée est une obligation bilatérale et, au sous-alinéa *i* de l'alinéa *c* du paragraphe 1, de remplacer l'expression « l'atteint spécialement » par la formule « viole une règle coutumière ».

40. M. GOCO remercie M. Economides pour ses explications sur les différentes catégories d'obligations mais pense, comme M. Brownlie, qu'il ne faut pas vouloir en faire trop car on risque en fait de s'éloigner du sujet. Dans la version de l'article 40 adoptée en première lecture, il était clairement indiqué que « l'expression "État lésé" s'entend de tout État qui est atteint dans un droit par le fait d'un autre État, si ce fait constitue ... un fait internationalement illicite de cet État ». Au fil des débats, cette définition première a été progressivement remaniée et étoffée, ce qui, pour un avocat, est un peu dommage car le lien classique entre les notions de préjudice et de réparation offrait une base de raisonnement commode. Mais en tant que juristes internationaux, les membres de la Commission se doivent peut-être d'indiquer, dans un article de ce genre, quelle est la nature de l'obligation qui a été violée : s'il s'agit d'une obligation existant envers l'ensemble de la communauté internationale, il peut être utile de le préciser car, dans ce cas, d'autres États que l'État directement lésé peuvent être affectés par la transgression de

cette obligation. C'est la raison pour laquelle M. Goco n'est pas foncièrement opposé à l'inclusion, dans le projet d'article, d'une référence à une obligation touchant la communauté internationale dans son ensemble. Pour autant, il ne faut pas compliquer les choses à l'infini. Peut-être faudrait-il confier au Comité de rédaction le soin d'améliorer et de simplifier cet article, en se concentrant sur le sens et la portée de l'expression « État lésé ».

41. M. OPERTTI BADAN craint que, loin de se rapprocher d'une solution, on ne s'en éloigne. Un membre a demandé que l'on définisse l'expression « obligation essentielle » contenue dans l'alinéa *b* du paragraphe 1 de la proposition de M. Economides. Un autre a demandé ce qu'il fallait entendre par les « intérêts fondamentaux de la communauté internationale » mentionnés dans cette même proposition. Ainsi que l'a très justement souligné M. Brownlie, cela relève moins du développement du droit international au sens strict que de l'évolution du droit international coutumier. Il a été précisé par M. Economides que la nuance existant entre l'alinéa *a* du paragraphe 1 et le sous-alinéa *i* de l'alinéa *c* du paragraphe 1 tenait à la source de la responsabilité : obligation bilatérale dans un cas, obligation multilatérale dans l'autre.

42. De l'avis de M. Operti Badan, la Commission est loin d'être parvenue à une base conceptuelle suffisamment solide pour pouvoir appréhender avec sûreté ces différents aspects. Ces questions théoriques l'occupent depuis trop de temps et si elle devait persister dans cette démarche elle ne serait assurément pas au bout de ses peines. Elle devrait se montrer pragmatique et renoncer à des subtilités doctrinales qui ne font qu'occulter la véritable nature des choses.

43. La responsabilité des États envers la communauté internationale est une responsabilité pour la violation d'obligations contractées à l'égard de la communauté des États dans son ensemble, ainsi qu'il ressort du projet d'article 40 *bis* présenté par le Rapporteur spécial. Il ne s'agit pas « d'intérêts fondamentaux » mais d'obligations clairement énoncées dans le droit conventionnel. M. Operti Badan souhaiterait que l'on s'en tienne à cette acception et que l'on renonce à faire figurer, parmi les sujets de droit légitimement habilités à exercer l'action en responsabilité des États, des entités privées comme les ONG qui ne réunissent absolument pas les éléments constitutifs de la qualité d'État. En s'obstinant dans cette voie, on risquerait d'aboutir à une convention qui ne porterait pas sur la responsabilité des États, mais sur la responsabilité internationale en général, ce qui ne correspond pas au mandat confié à la Commission.

44. M. ADDO pense avec le Rapporteur spécial que les aspects de l'article 40 adopté en première lecture ayant trait aux obligations multilatérales, y compris les obligations *erga omnes*, n'ont jamais fait l'objet d'un examen approfondi et c'est pourquoi cet article 40 était défectueux sur plusieurs points. La nouvelle disposition proposée par le Rapporteur spécial, le projet d'article 40 *bis*, constitue assurément une amélioration en ce qu'elle fait une place à la notion d'obligation *erga omnes*, même si l'application de celle-ci n'en demeure pas moins un problème. Par exemple, lorsque le fait internationalement illicite est une violation d'un traité multilatéral, tous les États parties au traité qui peuvent être considérés comme des États lésés pourront saisir la CIJ pour protéger l'intérêt « public » ou

« collectif » de la communauté internationale. Assurément, ce droit ne peut être exercé que si l'État défendeur, c'est-à-dire l'État auteur de la violation, a expressément accepté la compétence de la Cour dans un traité ou en faisant la déclaration prévue au paragraphe 2 de l'Article 36 du Statut de la Cour ou autrement. L'exercice du droit né de la violation d'une obligation *erga omnes* nécessiterait donc un fondement juridictionnel. L'affaire du *Timor oriental* est à cet égard intéressante en ce que le Portugal invoquait non seulement des violations de ses propres droits en tant que puissance administrante du territoire au regard de l'ONU, mais aussi la violation des droits des Timorais orientaux. Entité non étatique, le Timor oriental n'aurait pu introduire l'instance lui-même, mais le Portugal a fait valoir les droits du peuple du Timor oriental à l'autodétermination et sa souveraineté sur les ressources naturelles se trouvant dans les zones maritimes côtières. Dans son arrêt, la CIJ a jugé par 14 voix contre 2 qu'elle n'était pas compétente pour trancher le différend parce que, pour statuer sur les demandes du Portugal, il lui aurait d'abord fallu se prononcer sur la licéité du comportement de l'Indonésie, ce qu'elle ne pouvait faire car l'Indonésie n'avait pas accepté sa juridiction.

45. On peut se demander si le droit serait plus largement respecté si chaque État pouvait introduire une instance contre un État qui aurait porté atteinte à des intérêts collectifs. Une telle solution comporte en outre le risque que chaque État pourrait se proclamer gendarme de la communauté internationale, chargé de veiller au respect des obligations *erga omnes* telles que définies par lui-même.

46. M. Addo approuve la formulation proposée par le Rapporteur spécial dans le projet d'article 40 *bis*, même si les difficultés théoriques n'en sont pas absentes. Pour ce qui est du paragraphe 3 de ce projet d'article, le sujet à l'étude étant la responsabilité des États, les droits pouvant naître au profit de sujets du droit international autres que les États ne concernent pas la Commission. On peut néanmoins conserver le paragraphe 3 si l'on veut être très prudent. Enfin, M. Addo fait observer que le Rapporteur spécial ne dit rien au sujet du paragraphe 3 de l'article 40, à savoir la question des crimes, que la Commission devra aborder tôt ou tard.

47. M. TOMKA rappelle que l'article 40 provisoirement adopté par la Commission à sa trente-septième session et qui contient la définition de l'État lésé a suscité beaucoup de critiques de la part des États. Le Rapporteur spécial a expliqué de manière très convaincante, notamment au paragraphe 96 de son rapport, en quoi cet article était défectueux à divers égards. D'ailleurs, lorsqu'elle l'a adopté, la Commission s'est écartée de la conclusion à laquelle elle était parvenue précédemment, à savoir que l'origine de l'obligation internationale violée n'est pas pertinente pour la qualification d'un fait comme étant illicite ni pour la responsabilité internationale découlant du fait internationalement illicite, une idée précédemment consacrée à l'article 17 et dans une certaine mesure reprise à l'article 16 adopté par le Comité de rédaction à la cinquante et unième session de la Commission⁵. C'est à juste titre que le Rapporteur spécial a considéré que l'origine de l'obligation (conventionnelle, coutumière ou

⁵ Voir 2615^e séance, note 4.

judiciaire) n'était pas pertinente et s'est attaché à analyser les différents types d'obligations aux fins de la définition de l'État lésé.

48. Une caractéristique marquante aussi bien du commentaire de l'article 40 adopté en première lecture⁶ que du troisième rapport du Rapporteur spécial est que les références à la jurisprudence y sont plutôt rares, alors que les dispositions de la première partie et au moins les premiers articles de la deuxième partie reposent sur une pratique internationale abondante. En l'occurrence, le Rapporteur spécial fait plus appel à la logique qu'à des données d'expérience ou à la pratique des États, comme l'atteste, par exemple, la deuxième phrase du paragraphe 112 de son rapport.

49. Notant que pour le Rapporteur spécial l'article 40 est insatisfaisant « en ce qu'il convertit prématurément le langage employé en matière d'obligations en langage employé en matière de droits », M. Tomka se demande si le Rapporteur spécial ne s'expose pas à la même critique lorsqu'il intitule l'article 40 *bis* qu'il propose « Droit pour un État d'invoquer la responsabilité d'un autre État ». On peut d'ailleurs se demander à quel moment, de l'avis du Rapporteur spécial, ce passage de la terminologie des obligations à celle des droits doit s'opérer, et s'il est vraiment nécessaire. Peut-on par ailleurs définir le contenu de la responsabilité comme constitué de nouvelles obligations à la charge de l'État qui a violé son obligation primaire ? Le rapport du Rapporteur spécial comme le débat en cours montrent que, de manière surprenante, la Commission n'a pas de théorie bien élaborée des obligations juridiques internationales. Il faut donc être reconnaissant au Rapporteur spécial pour la contribution qu'il apporte à cet égard lorsqu'il définit quatre types d'obligations, à savoir les obligations bilatérales, les obligations envers l'ensemble de la communauté internationale (*erga omnes*), les obligations envers toutes les parties à un régime particulier (*erga omnes partes*) et les obligations auxquelles certains ou plusieurs États sont parties mais pour lesquels des États ou groupes d'États particuliers sont reconnus comme ayant un intérêt juridique. Un certain nombre de questions se posent dans ce contexte. Par exemple, on peut se demander au sujet des obligations envers l'ensemble de la communauté internationale si leur existence signifie que la communauté internationale est un sujet de droit international parce qu'elle est créancière d'une obligation et, si tel est le cas, qui agit en son nom. Est-ce l'Organisation des Nations Unies ? M. Tomka doute sérieusement que la communauté internationale soit devenue un sujet de droit international titulaire du droit d'invoquer la responsabilité d'un État qui a violé ses obligations internationales.

50. Les obligations *erga omnes partes* citées à titre d'exemple donné par le Rapporteur spécial, plus particulièrement dans le domaine de l'environnement en relation avec la diversité biologique et le réchauffement de la planète, sont par excellence des obligations au profit de tous les États, que ceux-ci soient ou non parties aux traités multilatéraux en cause. Le facteur décisif pour qualifier un État d'État lésé ou d'État ayant un intérêt juridique dans l'exécution d'obligations internationales est le fait que l'État soit ou non partie à l'instrument international con-

cerné. En outre, en ce qui concerne la dernière des catégories d'obligations multilatérales susmentionnées, qui reconnaîtra que des États ou groupes d'États particuliers ont un intérêt juridique ? M. Tomka pense avec le Rapporteur spécial que la question de l'existence d'un intérêt juridique serait une question d'interprétation ou d'application des règles primaires pertinentes. Il s'agit là d'une manière générale d'aborder les questions sur lesquelles la Commission se penche actuellement, et l'interprétation de l'obligation primaire qui a été violée par un État servira à identifier l'État ou les États à qui cette obligation était due et au profit desquels une nouvelle obligation de responsabilité découlant de la violation de l'obligation primaire sera créée. À cet égard, la proposition de M. Gaja n'est pas sans mérite puisque c'est de cette manière, en termes d'obligation, qu'elle envisage la responsabilité, et parce qu'elle est brève.

51. Étant donné que les projets d'articles s'appliqueront aux relations entre États mais qu'en pratique il y a bon nombre d'affaires de responsabilité internationale des États vis-à-vis d'organisations internationales ou autres sujets de droit international, il est pleinement justifié de faire figurer dans le texte une clause de sauvegarde aux termes de laquelle rien dans les articles ne préjuge des questions touchant la responsabilité d'un État dont le fait internationalement illicite a violé une obligation internationale due à une organisation internationale ou à d'autres sujets de droit international. Cette idée est exprimée au paragraphe 3 de l'article 40 *bis* proposé par le Rapporteur spécial, bien que dans un sens plus étroit puisque cette disposition ne couvre que la deuxième partie du projet d'articles. Elle devrait figurer dans le projet, étant entendu que le Comité de rédaction en affinera le libellé et déterminera où la placer dans le projet.

52. M. MOMTAZ note à propos du traitement des obligations en matière de droits de l'homme que la question s'est posée de savoir si l'obligation de respecter les droits de l'homme était une obligation *erga omnes* et si, de ce fait, tous les États pouvaient être considérés comme des « États lésés », sans distinction aucune. Pour M. Momtaz, une distinction s'impose par souci de réalisme. En effet, pour l'heure, il n'existe malheureusement pas de consensus au sein de la communauté internationale sur les normes en matière de droits de l'homme. Il n'en reste pas moins que les États s'entendent d'ores et déjà sur un minimum de règles, un « noyau dur » de droits que la CIJ a, dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, qualifié de principes et règles concernant « les droits fondamentaux de la personne humaine ». La Cour cite plusieurs exemples, notamment l'interdiction de l'esclavage et celle de la discrimination raciale, auxquels on pourrait ajouter le droit à la vie, l'interdiction de la torture et la liberté de pensée et de conscience. L'existence de tels droits « fondamentaux » auxquels aucune dérogation ni réserve n'est possible est reconnue par le droit conventionnel, et plus particulièrement par les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, qu'ils soient universels ou régionaux, comme le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, la Convention européenne des droits de l'homme ou la Convention américaine relative aux droits de l'homme : « Pacte de San José de Costa Rica ». Force est néanmoins de reconnaître que la distinction entre ces droits fondamentaux et les autres droits est fâcheuse et préjudiciable à l'unité des droits de l'homme

⁶ Pour le commentaire de l'ancien article 5, voir *Annuaire... 1985*, vol. II (2^e partie), par. 163, p. 24 et suiv.

et il faut se réjouir qu'elle tende à s'estomper. C'est ainsi que les instruments internationaux plus récents, par exemple la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, ne la font pas. Il faut aussi à cet égard signaler l'attitude de certains États parties à la Convention européenne des droits de l'homme qui se sont récemment engagés à ne pas invoquer la clause de sauvegarde figurant dans celle-ci. On peut d'ailleurs se demander si la pratique ne tend pas à substituer à cette distinction devenue quelque peu désuète entre droits fondamentaux et autres droits un seuil reposant sur la notion de violations graves ou systématiques, seuil qu'évoque le Rapporteur spécial au paragraphe 86 de son rapport. Ainsi, en cas de violations graves et systématiques des droits de l'homme, tous les États pourraient être considérés comme lésés. Ce critère, ou seuil, a l'avantage d'avoir été retenu à l'article 7 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, où l'on retrouve les termes « généralisées et systématiques ». Il est d'ailleurs intéressant de noter que, dans ce statut, les crimes qui relèvent de la compétence de la Cour, à savoir le génocide, l'agression, les crimes de guerre et les crimes contre l'humanité, touchent l'ensemble de la communauté internationale en ce qu'ils portent atteinte à la paix et à la sécurité internationales. On pourrait donc valablement dire que tous les États parties au Statut peuvent être considérés comme lésés lorsque de tels crimes sont commis. Une telle approche aurait de plus l'avantage de répondre à la préoccupation exprimée par le Rapporteur spécial au paragraphe 87 de son rapport, à savoir qu'il faut veiller à distinguer entre les droits des individus victimes et la réaction des États et éviter que les droits de l'homme ne se transforment en droits des États. En définitive, M. Momtaz se demande si, pour définir la notion d'État lésé en matière de droits de l'homme, on ne pourrait pas ajouter un critère quantitatif, par opposition au critère qualitatif utilisé pour distinguer les droits fondamentaux des autres droits, qui permette de ne pas remettre en cause l'unité des droits de l'homme. Il croit comprendre, après avoir consulté M. Gaja, que les « circonstances de la violation » mentionnées dans la proposition relative à l'article 40 *bis* présenté par ce dernier pourraient renvoyer à la fois au critère qualitatif et au critère quantitatif.

53. M. KAMTO se félicite que le Rapporteur spécial ait tenté de clarifier les obligations internationales avant de se pencher sur les violations de ces obligations susceptibles d'engager la responsabilité des États. On ne peut en effet aborder cette question en perdant de vue la théorie des obligations.

54. Pour ce qui est des diverses propositions présentées pour l'article 40 *bis*, M. Kamto estime qu'elles ne s'excluent pas et que toutes, à l'exception de celle de M. Gaja, tentent de définir quels sont les États qui peuvent être considérés comme lésés et les États qui peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique. Les deux notions sont maintenant bien cernées, et il faut dans un premier temps s'attacher à leur définition et dans un deuxième temps seulement tirer les conséquences de ces définitions sur le plan de la mise en œuvre.

55. Pour ce qui est de l'expression « la communauté internationale dans son ensemble », la Commission ne peut s'abstraire du contexte international actuel et cette formule, reprise de l'article 19 du projet d'articles, est tout à fait conforme à la tendance actuelle du droit internatio-

nal. On ne peut faire abstraction de l'idée de crime d'État, même si l'on n'emploie pas cette expression. Le problème est de savoir dans quelles circonstances on pourra considérer qu'un fait internationalement illicite est constitutif d'un crime susceptible d'engager la responsabilité internationale de son auteur et d'être invoqué par tout État.

56. Pour ce qui est des droits de l'homme, M. Momtaz a bien circonscrit le débat. Il semble illusoire de vouloir distinguer entre les droits de l'homme fondamentaux et les autres droits de l'homme. Il arrive que ce que l'on considère comme un droit secondaire soit la condition de la mise en œuvre d'un droit fondamental. Les droits de l'homme forment un tout et il faut en respecter l'unité. Quant à la notion de seuil consacrée dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, elle ne peut opérer en ce qui concerne les droits individuels comme le droit à la vie. Cela signifie non qu'il faille abandonner la notion de droits essentiels pour la communauté internationale dans son ensemble, mais qu'il faut voir comment on peut la retravailler à la lumière de l'article 19 du projet d'articles et de la pratique.

57. M. ROSENSTOCK déclare partager dans une large mesure les observations de M. Kamto, sans toutefois aller jusqu'à envisager d'associer le mot « crime » à un État.

58. Il convient que l'article 40 *bis* suggéré par le Rapporteur spécial répond mieux à la démarche que la Commission doit valablement suivre que les autres propositions formulées, en particulier celle de M. Gaja. Le plus sage serait de maintenir le projet d'article 40 *bis*, en le peaufinant et peut-être en scindant ses dispositions en deux articles, consacrés l'un à l'État lésé par le fait internationalement illicite d'un autre État et l'autre à l'État qui a un intérêt juridique dans l'exécution d'une obligation internationale.

59. M. ECONOMIDES dit que, pour éviter la confusion créée au paragraphe 2 de sa proposition par le membre de phrase « ont un intérêt juridique à exiger la cessation du fait internationalement illicite », il faudrait le remplacer par le membre de phrase « ont un intérêt juridique à exiger le respect de l'obligation transgressée ». Il faut que les conséquences de la transgression de l'obligation considérée soient énoncées et réglementées dans le chapitre suivant du projet d'articles.

60. M. HE, notant que le projet d'article 40 *bis* est la pièce maîtresse de l'ensemble du projet, sait gré au Rapporteur spécial d'avoir posé et analysé dans le détail, aux paragraphes 66 à 119 de son rapport, les problèmes soulevés par l'article 40 adopté en première lecture, dont la solution conditionne les progrès sur tous les articles pertinents. Parmi ces problèmes, il y a lieu de citer la place excessive qu'occupent les obligations bilatérales, auxquelles sont consacrés essentiellement quatre longs paragraphes, qui pourraient être simplifiés, comme le Rapporteur spécial le propose à l'article 40 *bis*, par la formule « aux fins du présent projet d'articles, un État est lésé par le fait internationalement illicite d'un autre État s'il est individuellement le bénéficiaire de l'obligation transgressée ».

61. En ce qui concerne la question de savoir si le projet d'articles devrait donner à l'expression « État lésé » une acception unitaire, M. He considère que, compte tenu de

l'analyse développée sur ce point dans le rapport à l'étude et du débat, il semblerait inutile de mettre au point pour l'expression « État lésé » un concept unique. Mieux vaudrait distinguer « l'État lésé » de « l'État qui a un intérêt juridique », c'est-à-dire l'État qui n'est pas spécifiquement concerné par la violation de l'obligation. Telle est d'ailleurs l'idée retenue dans l'article 40 *bis* proposé par le Rapporteur spécial et dans les propositions de MM. Economides et Simma.

62. Quant à la question de savoir si le dommage doit être au cœur de la définition de l'« État lésé », posée par M. Pellet dans sa proposition [ILC(LII)/WG/SR/CRD.2], il y a lieu de souligner que le fait que le dommage n'est pas inclus en tant qu'élément du fait illicite ne signifie pas que tous les États peuvent invoquer la responsabilité de l'État auteur du fait illicite. Bien au contraire, seul l'État dont le droit subjectif a été lésé peut le faire. En d'autres termes, seul l'État vis-à-vis duquel une obligation a été violée peut demander réparation. Il ne paraît donc pas utile de faire état du dommage à l'article 40 *bis*.

63. S'agissant de la référence simultanée aux traités multilatéraux et au droit international coutumier visés à l'alinéa *e* du paragraphe 2 de l'article 40 adopté en première lecture, M. He convient qu'il serait préférable de traiter ces deux sources du droit international séparément. Enfin, le projet d'article 40 *bis* aurait sa place plutôt au chapitre premier de la deuxième partie que dans la deuxième partie *bis* si la Commission entend préciser les obligations secondaires sans se référer à la notion d'« État lésé ».

64. M. Sreenivasa RAO note que dans son rapport le Rapporteur spécial a fort bien exposé les faiblesses de l'article 40, auxquelles le projet d'article 40 *bis* qu'il propose est censé remédier. Il est vrai que ce dernier est, dans les circonstances, le meilleur qui soit, mais il est parfait, comme en témoignent les propositions faites par certains membres de la Commission à son sujet. Dans sa proposition [ILC(LII)/WG/SR/CRD.1/Rev.1], M. Simma s'intéresse plus à la qualité pour agir qu'à la définition du dommage lui-même. Et sur ce point, il est extrêmement difficile de transposer en droit international les notions du droit interne. En droit interne, seul le dommage direct donne qualité pour agir. Mais, en droit international, il faut aller au-delà du dommage pour établir qu'il y a qualité pour agir. Or, la qualité pour agir ne peut être établie à moins que le dommage ne soit significatif.

65. Dans le même ordre d'idées, il existe, par exemple dans le droit constitutionnel indien, l'obligation d'intérêt général, ou intérêt public, qui apporte une solution aux problèmes de la responsabilité et de la réparation. Mais cette notion ne peut s'appliquer dans le cas de la « communauté internationale », qui est un groupe d'États. En effet, comment prétendre qu'un intérêt juridique est un intérêt de la communauté internationale dans son ensemble ? Tous les États ne partagent pas le même intérêt. C'est toute la difficulté qu'il y a à traduire des obligations *erga omnes* en qualité pour agir. L'idée que les obligations *erga omnes* donnent qualité pour invoquer la responsabilité d'un État n'est pas suffisamment développée pour pouvoir affirmer qu'il s'agira d'un intérêt juridique exercé au nom de la communauté internationale dans son ensemble, et non d'un intérêt particulier, qui peut être

en contradiction avec celui de la communauté internationale.

66. Les conditions pour que la communauté internationale puisse dûment agir dans le cas de la violation d'une obligation *erga omnes*, du genre de celles énumérées à l'article 19, ne sont pas réunies. La question se pose alors de savoir si l'article 19 doit être abandonné. La seule raison pour laquelle il pourrait l'être est que nul État n'est réellement en mesure d'invoquer ses dispositions au nom de la communauté internationale.

67. M. Sreenivasa Rao se rallierait à l'abandon de l'article 40 *bis*, en renvoyant son développement à l'évolution future du droit – voire à celui de l'article 19 – et suggère de s'en remettre aussi au temps en ce qui concerne l'article 40.

68. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) fait observer que la notion d'« obligation envers la communauté internationale dans son ensemble » a été forgée non pas par la Commission, mais par la CIJ. La Commission ne peut que la faire sienne, encore faut-il savoir jusqu'à quel point. Ce qui doit l'intéresser en l'occurrence, c'est la question de l'intérêt juridique, de la qualité pour agir. Elle n'a certainement pas à réduire le débat sur les obligations internationales à un débat dans une enceinte politique qui n'aurait rien à voir avec la question des obligations internationales.

69. M. GAJA précise que sa proposition ne contient rien de très nouveau, même si son libellé diffère du texte proposé par le Rapporteur spécial ainsi que des autres textes proposés.

70. Son objet est d'éviter de donner une définition de « l'État lésé » et d'établir une distinction délicate entre « droits » et « intérêt juridique », tout en cherchant à définir le bénéficiaire des obligations de l'État responsable énoncées dans la deuxième partie. Il pourra s'agir, essentiellement selon la règle primaire en jeu, d'un autre État, de plusieurs États, de tous les autres États, ou encore de la communauté internationale dans son ensemble. Si un État a violé une obligation internationale, il doit réparation, mais celle-ci n'est pas nécessairement au profit desdites entités : elle peut être au profit de l'État spécifiquement atteint, d'un particulier ou d'une autre entité.

71. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) rappelle que la Commission a, en substance, le choix entre résoudre les problèmes de l'article 40 ou s'accorder sur une formule extrêmement simple du genre « un État lésé est un État lésé ». En fait, c'est précisément cette formule qu'il propose dans le cas de la violation d'une obligation bilatérale. Et elle est tout à fait indiquée. Mais il se trouve que l'ordre juridique international n'est pas fait que d'obligations bilatérales. La question se pose donc de savoir si la Commission devrait ignorer le droit d'invoquer la responsabilité d'un État dans le cas de la violation d'une obligation qui n'est pas purement bilatérale. Pour avancer dans le débat sur ce point, les membres de la Commission devraient se concentrer sur une question, cruciale, à savoir déterminer s'il importe de chercher à développer et expliquer la teneur de la notion d'« obligation multilatérale » eu égard au principe de qualité pour agir et à ses conséquences, ou s'il suffit tout simplement de renvoyer au droit international général.

72. Le Rapporteur spécial convient sans réserve avec M. Pellet que le fait qu'une règle fondamentale est violée ne signifie pas nécessairement que la violation est grave.

Organisation des travaux de la session (suite*)

[Point 2 de l'ordre du jour]

73. M. KAMTO (Président du Groupe de planification) indique que le Groupe de planification est composé des membres suivants : M. Baena Soares, M. Economides, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. Illueca, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Momtaz, M. Operti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Rosenstock, M. Sepúlveda et, en tant que membre de droit, M. Rodríguez Cedeño. Il précise que les travaux du Groupe sont ouverts à tous les membres de la Commission.

La séance est levée à 13 heures.

* Reprise des débats de la 2613^e séance.

2623^e SÉANCE

Jeudi 18 mai 2000, à 10 heures

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Operti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka.

Responsabilité des États¹ (suite) [A/CN.4/504, sect. A, A/CN.4/507 et Add.1 à 4², A/CN.4/L.600]

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. M. AL-BAHARNA dit que, pour que le texte soit complet, trois éléments fondamentaux doivent figurer dans le projet d'article 40. Le premier est la notion d'État

lésé, étant donné que la détermination de l'État lésé constitue une partie essentielle du processus d'invocation de la responsabilité d'un État à raison d'un fait internationalement illicite. Le second est la notion d'intérêt juridique de l'État, car une distinction doit être faite entre un État qui est directement lésé par un fait internationalement illicite et d'autres États qui ont simplement un intérêt juridique à l'égard du fait qui suscite la mise en œuvre de l'obligation invoquée par l'État lésé. Le troisième élément est l'obligation envers la communauté internationale *erga omnes* car, s'agissant d'une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble, tous les États ont un intérêt juridique à l'exécution de l'obligation, et dans ce cas les obligations *erga omnes* résultent, selon l'arrêt rendu dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, soit directement du droit international soit de traités multilatéraux généralement acceptés, tels que les traités relatifs aux droits de l'homme.

2. Tel qu'il a été adopté en première lecture, l'article 40 comprend ces trois éléments, mais il avait été considéré comme insuffisamment détaillé et formulé en des termes mal définis, ce qui a créé une certaine confusion au sujet de la corrélation entre obligations et droits, comme l'a fait observer le Rapporteur spécial au paragraphe 75 de son troisième rapport (A/CN.4/507 et Add.1 à 4). Des gouvernements ont exprimé de graves préoccupations au sujet du libellé des alinéas *e* et *f* du paragraphe 2 et du paragraphe 3, bien qu'ils aient appuyé l'idée d'établir une distinction entre les États expressément lésés par un fait internationalement illicite et les États ayant un intérêt juridique à l'exécution de l'obligation. Cette distinction aboutirait à la création de deux catégories d'États : ceux de la première catégorie auraient le droit de demander réparation en leur nom propre, alors que ceux de la seconde ne pourraient réclamer que la cessation du comportement illicite et la réparation due à l'État directement lésé (par. 78 du rapport).

3. M. Al-Baharna pense comme le Rapporteur spécial que l'article 40 ne réussit pas à expliquer en quoi les relations de responsabilité multilatérales diffèrent des relations bilatérales, qu'il met sur le même plan toutes les catégories d'États lésés et n'établit pas de distinction entre les États « spécialement atteints » par une violation d'une obligation multilatérale et les États qui ne le sont pas dans la même mesure (par. 96). Le projet d'article 40 *bis* remédie à toutes ces déficiences et contient tous les éléments nécessaires dans le contexte des conséquences juridiques de la responsabilité des États : il établit une distinction entre les États spécialement atteints et ceux qui ont un intérêt juridique à l'exécution de l'obligation, et il précise le sens de l'obligation envers la communauté internationale *erga omnes* ou un groupe d'États dont l'État lésé fait partie. Il fait aussi une distinction entre le cas où l'État lésé est individuellement le bénéficiaire de l'obligation violée et celui où un État a un intérêt juridique à l'exécution d'une obligation établie pour la protection des intérêts collectifs d'un groupe d'États. En outre, il établit une distinction entre la responsabilité résultant de relations multinationales et celle résultant de relations bilatérales.

4. La proposition de M. Simma [ILC(LII)/WG/SR/CRD.1/Rev.1] ne répond pas aux conditions qu'il a décrites, car elle élude complètement la question centrale de

¹ Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), chap. III, sect. D, p. 62.

² Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

l'État lésé. Certes, la proposition maintient la distinction entre le cas où l'État est individuellement le bénéficiaire de l'obligation violée et celui où ce bénéficiaire est la communauté internationale, ou lorsque l'obligation est établie aux fins de la protection des intérêts collectifs d'un groupe d'États. Toutefois, dire qu'un État est habilité à invoquer toutes les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite tout en n'établissant aucune distinction entre l'État individuellement lésé et les États qui ne sont pas directement lésés mais ont un intérêt juridique à l'exécution d'une obligation n'est pas utile pour déterminer les conséquences juridiques de la responsabilité de l'État auteur. De plus, il y a apparemment une contradiction entre les paragraphes 1 et 2 : le paragraphe 1 fait mention de « toutes les conséquences juridiques » mais « toutes » est remplacé par « [certaines] » au paragraphe 2.

5. La proposition de M. Pellet [ILC(LII)/WG/SR/CRD.2] comprend tous les éléments nécessaires auxquels M. Al-Baharna lui-même s'est référé, mais la version anglaise, tout au moins, prête à confusion et doit être remaniée. Le paragraphe 2 semble dénué de pertinence car son application dépend de l'article 36 *bis* et fait double emploi avec le projet d'article 40-2, qui traite aussi de l'intérêt juridique d'un État. En outre, la confusion est encore accrue par la numérotation irrégulière des paragraphes et l'emploi de titres inutiles. Toutefois, il est important de noter que ni la formulation de M. Pellet ni celle de M. Simma modifie le paragraphe 3 du projet d'article 40 *bis* du Rapporteur spécial.

6. Le seul avantage de la proposition de M. Pellet est qu'elle contient une définition d'un État lésé qui s'entend d'un « État qui a subi un dommage [matériel ou moral] du fait du comportement internationalement illicite attribuable à l'État responsable ». Il convient de rappeler que le Gouvernement français considère que l'article devrait faire « explicitement référence au dommage matériel ou moral subi par un État en conséquence d'un fait internationalement illicite d'un autre État »³.

7. La proposition de M. Economides [ILC(LII)/WG/SR/CRD.3] contient tous les éléments de la proposition du Rapporteur spécial mais avec des variations de forme. Au paragraphe 1, le choix des termes « peut, selon les cas, ... en particulier » affaiblit ce paragraphe en lui donnant un caractère non exclusif. Toutefois, l'introduction à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de la notion de la « sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale », bien que cette expression soit assez vague et qu'il n'y ait pas de fondement juridique pour définir quand une obligation est « essentielle » pour cette sauvegarde, devrait être accueillie avec satisfaction par ceux qui sont favorables à l'adoption de mesures plus énergiques contre les États responsables de graves violations.

8. En ce qui concerne la question controversée du paragraphe 3 de l'article 40 tel qu'il a été adopté en première lecture, on pourrait soutenir que l'alinéa *b* du paragraphe 1 du projet d'article vise généralement les faits internationalement illicites et les violations des droits de l'homme les plus graves qui portent atteinte à la communauté internationale dans son ensemble, mais, à son avis, de tels faits,

qui constituent des crimes internationaux, devraient être classés dans une catégorie à part. Il faudrait donc faire figurer une référence d'une manière ou d'une autre à ces faits à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 40 *bis*. En outre, le Rapporteur spécial, compte tenu des préoccupations exprimées par certains membres, devrait donner une définition de l'État lésé dans un nouveau paragraphe qui serait ajouté à ses propositions.

9. M. GALICKI dit que le Rapporteur spécial a accompli un excellent travail de remaniement d'un article qui, dans sa forme initiale, était un cas typique d'une description très détaillée mais stérile de différentes situations possibles. Il a renoncé à une définition compliquée sans être pour autant exhaustive d'un « État lésé » pour mettre l'accent sur la question du droit d'un État d'invoquer la responsabilité d'un autre État. Ce faisant, il s'est attaché davantage aux problèmes des droits des États d'invoquer la responsabilité résultant d'obligations multilatérales et à la mesure dans laquelle des États différemment atteints pourraient invoquer les conséquences juridiques de la responsabilité d'un État. Il a établi une distinction entre États lésés, au sens étroit du terme, et États ayant un intérêt juridique qui ne sont pas eux-mêmes spécialement atteints par la violation d'une obligation internationale. Cette distinction semble être parfaitement justifiée, en particulier compte tenu de l'arrêt rendu dans l'affaire de la *Barcelona Traction* concernant les obligations *erga omnes* – obligations envers la communauté internationale dans son ensemble, où tous les États peuvent être considérés comme ayant un intérêt juridique à la protection des droits en cause.

10. L'article 40 *bis* semble recueillir l'approbation générale des membres de la Commission. Les propositions individuelles soumises par des membres ne tendent pas à contester les idées du Rapporteur spécial mais à les améliorer et à les clarifier. Toutes les propositions mettent l'accent plutôt sur le droit d'un État d'invoquer la responsabilité d'un autre État que sur la définition d'un État lésé. La meilleure manière de progresser dans la rédaction de cet article consisterait à déterminer les points communs à toutes ces propositions et aux opinions exprimées durant le débat et à les reprendre dans le projet soumis par le Rapporteur spécial.

11. La version définitive de l'article 40 *bis* devrait tenir compte de la distinction fondamentale entre les deux principales sources possibles du droit d'un État d'invoquer la responsabilité d'un autre État, à savoir le dommage subi par un État en conséquence d'un fait internationalement illicite et l'intérêt juridique d'un État à l'exécution d'une obligation internationale. M. Pellet a à juste titre mis l'accent sur cette distinction, qui est importante pour poursuivre l'examen des conséquences secondaires de la responsabilité des États. Lorsqu'il est porté atteinte à l'intérêt juridique d'un État, mais que l'État ne subit pas un dommage direct, la gamme des réactions admissibles semble être plus étroite. Toutefois, une autre distinction devrait aussi trouver une place dans l'article, à savoir la distinction entre les obligations bilatérales et les obligations multilatérales. Le traitement des obligations bilatérales est, comme l'a fait observer le Rapporteur spécial au paragraphe 102 de son rapport, une question relativement simple, qui semble avoir été suffisamment prise en compte à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 40 *bis*.

³ Voir 2613^e séance, note 3.

Dans le cas beaucoup plus complexe des obligations multilatérales, le Rapporteur spécial a fait une distinction entre trois catégories d'obligations multilatérales : les obligations envers l'ensemble de la communauté internationale (*erga omnes*), les obligations envers toutes les parties à un régime particulier (*erga omnes partes*), et les obligations auxquelles certains ou plusieurs États sont parties, mais pour lesquelles les États ou groupes d'États particuliers sont reconnus comme ayant un intérêt juridique (tableau 1, par. 107). Malheureusement, cette classification ne ressort pas clairement du texte actuel de l'article 40 *bis*. La classification en trois catégories des obligations multilatérales semble disparaître lorsqu'elle est associée à la distinction entre États lésés et États ayant un intérêt juridique, qui est reflétée dans la division de l'article en deux paragraphes. Certaines formulations sont répétées deux fois : par exemple, les obligations *erga omnes* sont mentionnées à la fois à l'alinéa *b* du paragraphe 1 et à l'alinéa *a* du paragraphe 2 et les obligations concernant un groupe d'États à l'alinéa *b* du paragraphe 1 et à l'alinéa *b* du paragraphe 2. La nécessité d'harmoniser les deux systèmes de classification – selon les sources du droit des États d'invoquer la responsabilité d'un autre État et en fonction des catégories d'obligations – semble inévitable.

12. Dans les propositions présentées par des membres, on observe une tendance commune à simplifier le libellé et le concept fondamental, bien que la proposition de M. Gaja [ILC(LII)/WG/SR/CRD.4] ait été assez loin sur cette voie. Elle ne serait utile que si les idées avancées par le Rapporteur spécial étaient rejetées, mais, compte tenu de la discussion, cela ne semble pas probable. La meilleure solution consisterait à renvoyer l'article 40 *bis* tel qu'il a été proposé par le Rapporteur spécial au Comité de rédaction, ainsi que les observations et propositions faites durant la discussion.

13. Une proposition qui semble particulièrement intéressante, celle de M. Rosenstock à la séance précédente, concerne la division éventuelle de l'article 40 *bis* en deux articles distincts. Les paragraphes 1 et 2 traitent d'ensembles différents de problèmes concernant le dommage et l'intérêt juridique, et pourraient être séparés si cela devrait permettre de formuler plus clairement les conditions et l'étendue du droit d'un État d'invoquer la responsabilité d'un autre État. Il conviendrait de trouver une place appropriée pour le paragraphe 3 de l'article 40 *bis*, étant donné que l'importance de son contenu a été soulignée durant le débat.

14. Enfin, M. Galicki estime que le texte de l'article 40 *bis* n'exprime pas pleinement et parfaitement les idées exprimées par le Rapporteur spécial dans son rapport. Comme ces idées semblent être entièrement acceptables, le Comité de rédaction devrait s'efforcer de les exprimer sous une forme définitive.

15. M. KABATSI remercie le Rapporteur spécial de son excellent rapport et des cinq projets d'article concernant les principes généraux dans le chapitre premier de la deuxième partie. Des questions utiles ont été soulevées et des suggestions importantes ont été faites durant la discussion qui ont été riches d'enseignements et ont donné des orientations au Rapporteur spécial et au Comité de rédaction. Les quatre premiers articles sont assez satisfaisants,

mais l'article 40 *bis* l'est moins. La disparité entre le titre et la teneur de l'article, par exemple, a déjà été soulignée.

16. Un article indiquant clairement quel est l'État ou quels sont les États qui peuvent invoquer la responsabilité d'un autre État ou de plusieurs autres États est bien entendu nécessaire et essentiel à l'ensemble du projet. L'article 40 *bis* tel qu'il a été proposé par le Rapporteur spécial répond dans l'ensemble à cette nécessité. Comme un État ne pourrait invoquer la responsabilité d'un autre État que s'il pouvait faire valoir qu'il a subi un dommage matériel ou moral en conséquence d'un fait internationalement illicite d'un autre État, il est important de préciser comment et quand un État est considéré comme ayant subi un tel dommage.

17. L'article constitue à de nombreux égards une amélioration importante par rapport à l'article 40 tel qu'il a été adopté en première lecture. Pour les conseillers juridiques et les spécialistes, y compris les dirigeants qui ne sont pas des juristes, une disposition plus concise que l'article précédent est particulièrement nécessaire. Les quatre propositions des membres de la Commission ont chacune des grandes qualités intrinsèques et le Comité de rédaction devrait les examiner. La formulation du Rapporteur spécial répond toutefois dans une large mesure aux besoins des utilisateurs finals. La distinction importante faite entre le paragraphe 1 de l'article 40 *bis* concernant le dommage direct causé à un État par une violation d'une obligation bilatérale ou multilatérale et le paragraphe 2 concernant un État qui n'a qu'un intérêt juridique dans l'exécution d'une obligation est particulièrement heureuse. Un tel intérêt juridique peut être satisfait si l'obligation internationale est exécutée. Dans un tel cas, l'État ne devrait s'attacher qu'à obtenir la cessation et, s'il y a lieu, des assurances de non-répétition du fait en question, et non à demander une réparation, qui devrait relever des États mentionnés au paragraphe 1.

18. Compte tenu des différentes suggestions formulées durant la discussion, l'article 40 *bis* tel qu'il a été proposé par le Rapporteur spécial devrait être renvoyé au Comité de rédaction.

19. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), résumant la discussion, remercie les membres de leurs observations utiles et des critiques avisées qui ont été faites lors de ce premier débat depuis la trente-septième session, en 1985, consacré à la question centrale de la deuxième partie. Un autre intérêt de la discussion est qu'il a permis dans une certaine mesure d'apaiser la crainte de M. Brownlie, qui considérait que la Commission s'engageait dans un travail trop important.

20. L'article 40 a quelques partisans, et la liste de ses insuffisances a généralement été mise en évidence. Cet article traite trop en détail des obligations bilatérales. S'agissant des obligations multilatérales, il est diffus, répétitif et manque de symétrie avec le reste du projet, comme l'a fait valoir avec force M. Tomka. Il ne s'appuie pas sur le droit existant concernant l'invocation des responsabilités multilatérales, en particulier sur l'arrêt rendu dans l'affaire de la *Barcelona Traction* et le paragraphe 2 de l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969. Enfin, il met sur le même plan les obligations et les droits et en conséquence ne traite pas de la question des États qui ont

des intérêts différents à l'exécution d'une obligation. M. He a mis l'accent sur la différence radicale entre une obligation *erga omnes* et un droit *erga omnes*. La formulation de la deuxième partie concernant les obligations de l'État responsable plutôt que les droits d'un autre État ou de plusieurs autres États, et la distinction proposée entre la deuxième partie et la deuxième partie *bis*, a recueilli l'assentiment général. De toute évidence, le renvoi de l'article 40 *bis* au Comité de rédaction est fermement soutenu par les membres de la Commission. Le traitement proposé des obligations bilatérales dans une phrase unique et simple a aussi recueilli le soutien des membres de la Commission.

21. En dehors de ces points, il existe toutefois des sujets très controversés. M. Brownlie a mis l'accent (2616^e séance) sur la nécessité de rédiger, non pas pour des professeurs de droit, mais pour des praticiens, un texte qui est destiné principalement à l'usage des États et de ne pas trop s'appesantir sur la théorie fondamentale au point de perdre de vue l'objet du projet. M. Operti Badan a très pertinemment rappelé que la rédaction du texte devait être achevée pour qu'il puisse être soumis à l'Assemblée générale à sa cinquante-sixième session, en 2001. Le Rapporteur spécial pense comme M. Brownlie qu'il est nécessaire de faire preuve de prudence et que la question qui se pose n'est pas de savoir s'il doit y avoir un renvoi au droit international général en matière d'obligations internationales, mais de déterminer l'étendue de ce renvoi. Il est manifeste que la situation est encore en évolution et que le texte pourrait difficilement être énoncé en détail, pour ne pas dire codifié, et que les formulations doivent donc être assez souples.

22. Deux approches ont été proposées. La première, qui ressort de la proposition du Rapporteur spécial lui-même et de celles de MM. Economides, Pellet et Simma, tend à porter de nouvelles clarifications et précisions dans le domaine des obligations multilatérales. La seconde, préconisée par M. Gaja, met l'accent sur l'insertion d'une série de définitions concernant la détermination des États habilités à invoquer la responsabilité sans réellement dire qui ils sont. Il est vrai, comme le Rapporteur spécial Riphagen l'a dit dans son rapport préliminaire⁴, que plus l'obligation est importante et générale, moins on dispose d'orientations en droit international sur le point de savoir qui a le droit d'invoquer l'obligation. La CIJ ne s'est guère fait remarquer par les orientations qu'elle a données, en dépit de l'arrêt dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Toutefois, la seconde approche devrait être utilisée, non comme argumentaire principal, mais comme formule de recours, dans le cas où les travaux du Comité de rédaction ne permettraient pas de donner une plus grande clarté dans le domaine des obligations multilatérales. Si un renvoi général est adopté, la Commission s'interdirait de faire de nouvelles distinctions entre des catégories d'États lésés. De telles distinctions sont néanmoins nécessaires, car il est très largement reconnu que les positions d'une victime – même d'un crime comme l'agression – et celle d'un État tiers ayant un intérêt dans le maintien de la paix et de la sécurité sont différentes. Le Comité de rédaction devrait examiner les différentes versions de l'article 40 *bis* en vue

de donner de nouvelles précisions concernant les obligations multilatérales.

23. Le Rapporteur spécial partage l'avis de MM. Brownlie et Pellet, mais non celui de M. Hafner, car si l'article 40 doit être considéré dans le contexte de la théorie générale des obligations, la Commission a une préoccupation plus précise, à savoir de déterminer les États qui doivent pouvoir invoquer la responsabilité d'un autre État, et dans quelle mesure ils peuvent le faire. À cet égard, il tient à souligner l'intérêt du paragraphe 2 de l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969, qui est la seule disposition de la Convention où figure le terme « bilatéral ». La Commission a abordé le problème dans le contexte du droit des traités, a fait une distinction entre les obligations bilatérales et multilatérales, et a souligné que l'État spécialement atteint par une violation d'une obligation multilatérale devrait pouvoir invoquer cette violation dans un contexte dans lequel la « titularité » des droits associés à une obligation multilatérale appartient aux États qui sont collectivement parties à un traité, et non à des États individuels. Les récentes discussions au sein de la Commission ont donné à penser que les droits pertinents appartiennent aux États particuliers. Cela est vrai en ce qui concerne les traités bilatéraux et les obligations bilatérales. Le paragraphe 2 de l'article 60 porte toutefois sur un problème différent, à savoir la suspension de l'application des traités multilatéraux en conséquence d'une violation substantielle. Il serait étrange qu'un État puisse suspendre l'application d'un traité mais ne puisse pas exiger la cessation de la violation. Il y a donc une analogie directe entre les deux problèmes.

24. La référence à « l'État spécialement atteint » a aussi permis de traiter du problème du préjudice ou du dommage, car l'État lésé doit sûrement être considéré comme se trouvant dans une situation spéciale. Il y a peut-être une gamme d'États spécialement atteints, mais s'il en est ainsi, elle doit être relativement étroite. Le fait que l'article 40 n'a pas traité de ce problème soulève une difficulté, comme c'est le cas de plusieurs des propositions, y compris de la proposition révisée de M. Simma.

25. Dans les discussions consacrées aux obligations multilatérales, des divergences de vues sont apparues au sujet de l'interprétation des passages pertinents de l'arrêt dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, mais cette affaire n'a été que le point de départ des débats. Nul ne conteste qu'il y a une différence entre la victime d'une violation et un État qui a un intérêt à l'exécution d'une obligation, et que l'article 40 devrait exprimer cette différence.

26. Des divergences de vues sont aussi apparues au sujet de la réserve concernant l'invocation de la responsabilité par des entités autres que des États comme l'indique le paragraphe 3 de l'article 40 *bis*, mais l'opinion qui semble la plus répandue est que ce texte est utile. Le Rapporteur spécial pense qu'il est essentiel, car il concilie la différence de champ d'application entre la première partie du projet et les autres parties. Il doit donc trouver sa place dans le texte, mais la question de savoir où exactement relève du Comité de rédaction.

27. L'article 40 *bis* a évoqué les droits de l'homme de manière très générale, a supplanté d'autres dispositions du projet et a indirectement conféré des droits de réaction

⁴ *Annuaire... 1980*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/330, par. 97, p. 126.

qui vont au-delà de tout ce qui pourrait être justifié dans le contexte des violations « ordinaires » des droits de l'homme. Le Rapporteur spécial estime que la Commission devrait constamment insister sur le fait que le projet devrait s'appliquer à la gamme complète des obligations internationales et non pas seulement sur la base d'une obligation primaire particulière. Il conviendrait d'adopter une position au sujet des obligations internationales, et les diverses obligations en matière de droits de l'homme, universelles et régionales, particulières et générales, largement acceptées ou controversées, devraient trouver leur place dans ce contexte. M. Hafner a dit à juste titre que le traitement implicite des obligations régionales en matière de droits de l'homme à l'article 40 *bis* était contestable, et le Comité de rédaction devrait examiner cette question.

28. Le Rapporteur spécial partage entièrement la réaction de M. Simma à l'égard de la question du dommage soulevée par M. Pellet. La notion de dommage, pour utiliser un terme neutre, est directement pertinente, et il a fait figurer la référence à l'« État spécialement atteint », qui provient du paragraphe 2 de l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969, pour qu'elle trouve sa place dans le texte. M. Galicki a mentionné le chevauchement des références concernant les obligations multilatérales, et cela est certes inélégant mais nécessaire, car la victime d'une agression ne se trouve pas dans la même situation qu'un État tiers préoccupé par l'agression. C'est précisément ce que la CIJ a dit dans son avis consultatif sur la *Namibie* concernant la distinction entre les droits du peuple du Sud-Ouest africain et les préoccupations de l'Organisation des Nations Unies ou de certains États Membres tels que l'Éthiopie et le Libéria. Un autre problème que soulève la proposition de M. Pellet concerne l'expression « dommage » [matériel ou moral] » qui est extrêmement ambiguë. Il s'agit d'un renvoi à un corpus de droit indéterminé et non une description en elle-même.

29. Un autre point commun aux différentes variantes proposées a trait à ce qui pourrait être qualifié de « questions concernant l'article 19 ». Le Rapporteur spécial comprend pleinement le souhait de certains membres tendant à faire figurer dans le projet les distinctions voulues entre les obligations les plus importantes, celles qui concernent l'ensemble de la communauté internationale, et les violations les plus graves de ces obligations, et il pense comme M. Pellet qu'il pourrait y avoir des violations d'obligations auxquelles on ne peut déroger qui ne soulèvent pas de questions fondamentales intéressant l'ensemble de la communauté internationale au regard d'une réaction collective.

30. Le problème que pose le paragraphe 3 de l'article 40 est qu'il fait double emploi et est englobé dans la catégorie plus générale des obligations envers l'ensemble de la communauté internationale dont il est, si elle existe, une sous-catégorie. Mais une fois qu'il a été établi, comme l'a fait la Cour dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, que tous les États ont un intérêt au respect de ces obligations, il n'y a plus rien à dire au sujet de l'objet de l'article 40 *bis*. Tout en indiquant que les États pouvaient commettre des crimes, M. Pellet a expressément admis cet argument dans sa proposition. Pour sa part, il estime qu'il pourrait bien être nécessaire de faire figurer ces autres éléments dans d'autres parties du projet, mais la méthode qu'il a préconisée depuis plusieurs années consiste à traiter le problème

de manière fonctionnelle et à analyser la responsabilité en tenant compte des fins particulières pour lesquelles cette question se pose dans le projet. L'invocation de la responsabilité est une chose, mais les conséquences de l'invocation pourraient en être une autre. Ainsi, le problème pourrait être dissocié et on pourrait aboutir à un accord sur certains de ces éléments. Le Rapporteur spécial préfère donc l'approche de M. Pellet à celle de M. Economides, bien que certains aspects de la proposition de M. Economides soient très élégants et concis et pourraient être examinés par le Comité de rédaction. Néanmoins, une fois qu'il a été admis que les États ont un intérêt juridiquement protégé à l'égard du respect des obligations *erga omnes*, la question de l'invocation est à cet égard résolue. D'autres questions pourraient être examinées lorsqu'elles se poseront. M. Economides a aussi demandé si la définition devrait être exhaustive ou non exhaustive. Le Comité de rédaction devrait avoir à l'esprit cette observation bien avisée. Dans le cas d'un changement de situation, il serait utile d'avoir une définition exhaustive.

31. M. SIMMA dit que, pour simplifier le travail du Comité de rédaction, il retire sa proposition révisée [ILC(LII)/WG/SR/CRD.1/Rev.1], mais maintient sa proposition initiale [ILC(LII)/WG/SR/CRD.1].

32. M. GAJA dit que le projet du Rapporteur spécial et les propositions des membres se réfèrent implicitement à des notions que la Commission ne peut pas réellement définir, telles que « les obligations *erga omnes* », « l'État spécialement affecté », etc. Le Comité de rédaction devrait s'efforcer d'examiner ces questions, mais il ne peut pas aller plus loin; la Commission va se heurter aux difficultés que M. Brownlie a évoquées au début de la discussion.

33. Selon certaines des propositions portant sur la notion d'*erga omnes*, les États qui n'ont qu'un intérêt juridique seraient simplement en mesure d'invoquer la responsabilité : ils pourraient demander la cessation et peut-être des assurances et des garanties de non-répétition, mais rien de plus. À supposer qu'une des obligations en question est une obligation concernant les droits de l'homme qui a été violée par un État à l'égard de ses ressortissants, la Commission dit qu'il y a une obligation de réparation. Cependant, quand aucun autre État n'a été spécialement atteint et qu'aucun autre État ne peut invoquer l'obligation de réparation, la Commission pourrait aussi dire qu'il n'y a pas d'obligation de réparation. Il est important d'envisager les deux aspects : à qui est due l'obligation, et qui est le bénéficiaire de l'obligation. Le droit d'invoquer la responsabilité, au sens du droit de faire valoir qu'une certaine obligation doit être exécutée, devrait être reconnu à tous, même si ce n'est pas à leur seul profit. Les contre-mesures ne posent pas un problème actuellement.

34. M. SIMMA déclare que les observations de M. Gaja sont un exemple éloquent du problème procédural auquel se heurte la Commission qui explique une partie de la confusion actuelle et certaines des craintes exprimées par M. Sreenivasa Rao et d'autres membres concernant les diverses possibilités d'invoquer la responsabilité des États. En d'autres termes, la Commission n'a pas vraiment une image claire de toutes les implications de ces possibilités. Tout ce dont elle dispose actuellement est le

tableau 2 du rapport qui, s'agissant des droits des États qui ne sont pas directement lésés par une violation d'une obligation *erga omnes*, énumère un certain nombre de possibilités. Tel que M. Simma interprète cette liste, ces États pourraient faire plus que d'indiquer ou faire valoir qu'une obligation a été violée : tout État peut agir au nom de la victime et dispose d'une gamme étendue de voies de recours, y compris des contre-mesures dans le cas de violation grave attestée. C'est sur la base de cette interprétation du tableau 2 que M. Simma souscrit généralement à l'approche du Rapporteur spécial.

35. M. KAMTO dit que, s'agissant d'une approche fondée sur des obligations et non sur des droits, il n'a jamais été opposé à l'inclusion de l'élément de gravité exceptionnelle pour justifier l'intervention. La confusion entre les obligations concernant les droits de l'homme et les obligations internationales de protéger un certain nombre de droits fait qu'il est difficile d'établir une distinction entre différentes catégories de droits de l'homme. En ce qui concerne les droits potentiels de tout État membre de la communauté internationale d'intervenir ou d'invoquer la responsabilité d'un autre État en cas de violation des droits de l'homme, il est évident qu'un certain degré de gravité de la violation est nécessaire. Il pourrait aussi être nécessaire d'utiliser expressément le terme « gravité » dans le texte, car lorsque la Commission parle, par exemple, de torture ou de génocide, elle aborde cette question du point de vue des obligations internationales, alors que lorsqu'elle parle, par exemple, du droit à la vie, elle traite de cette question du point de vue des droits de l'homme. Cette distinction est utile.

36. De toute évidence, la teneur de la notion des obligations *erga omnes* reste inconnue. Si le terme est utilisé sans qu'il soit précisé et sans mettre de garde-fous, on pourrait bien conclure que tout État face à une obligation *erga omnes* a le droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État et même de prendre des contre-mesures. C'est une voie très dangereuse, car là, nous ouvrons la porte à tout. Il convient de se souvenir que d'autres mécanismes existent déjà pour faire face à des situations concernant les droits de l'homme. Le Conseil de sécurité intervient régulièrement dans de tels cas en application du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, et il n'y a donc aucune raison que la Commission autorise des États à prendre des contre-mesures pour répondre à des violations d'obligations *erga omnes*.

37. M. GOCO dit que, lorsque l'article 40 a été adopté en première lecture, on espérait qu'il serait possible d'établir une disposition succincte mais suffisamment souple pour traiter de toutes les questions pertinentes. La première impression qu'il a eue est que la proposition de M. Gaja répondait à ces conditions.

38. M. Sreenivasa Rao a évoqué le *locus standi*, qu'il semble assimiler à l'intérêt juridique. Ce point est en rapport avec la discussion actuelle et pourrait être examiné au sein du Comité de rédaction.

39. M. ECONOMIDES déclare que M. Gaja a entièrement raison : l'exemple qu'il a donné est pertinent et n'a pas été traité dans le projet du Rapporteur spécial. Il souscrit aussi à la plupart des observations de M. Kamto. Pour

certaines violations très graves, il est nécessaire d'élargir la liste des États lésés. Mais, en tout état de cause, le texte définitif de la Commission ne doit pas empêcher le développement du droit international par le droit coutumier.

40. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que la Commission souhaite renvoyer le projet d'article 40 *bis* au Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 11 h 25.

2624^e SÉANCE

Vendredi 19 mai 2000, à 10 heures

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Operti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka.

Protection diplomatique (*suite**) [A/CN.4/506 et Add.1¹]

[Point 6 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite**)

1. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la Commission a achevé l'examen des projets d'articles 1 à 4 sur la protection diplomatique, et invite le Rapporteur spécial à résumer les débats.

2. M. DUGARD (Rapporteur spécial) remercie les membres de la Commission d'avoir participé de manière constructive au débat. Il n'ignore pas que nombre d'entre eux auraient préféré qu'il exclue de son premier rapport (A/CN.4/506 et Add.1) les projets d'articles 2 et 4, mais il s'est senti intellectuellement tenu de les inclure.

* Reprise des débats de la 2620^e séance.

¹ Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

3. En ce qui concerne l'article 2, force est de constater que le recours à la force est interprété par certains États comme l'étape ultime de l'exercice de la protection diplomatique. De nombreux auteurs ont d'ailleurs appuyé cette position avant et après la seconde guerre mondiale. On est donc contraint de reconnaître que des États ont eu recours à la force, et on peut prédire qu'ils continueront de le faire, sous prétexte d'exercer leur droit de protection diplomatique. En toute honnêteté, le Rapporteur spécial ne peut soutenir que le recours à la force est proscrit en toutes circonstances lorsqu'il s'agit pour un État de protéger ses ressortissants, comme ses deux prédécesseurs l'ont fait. Il a cependant essayé de délimiter strictement ce recours. Certains membres ont rejeté le projet d'article 2 au motif que la Charte des Nations Unies interdit le recours à la force, même pour protéger des ressortissants, et qu'il n'est justifié qu'en cas d'attaque armée. Toutefois, la plupart des membres n'ont pas adopté de position tranchée sur les dispositions de la Charte; ils ont préféré rejeter le projet d'article 2 au simple motif que ses dispositions ne relèveraient pas du champ de la protection diplomatique. Le débat a montré non seulement que le sens à donner à cette notion ne fait pas l'unanimité, mais aussi que le recours à la force en est exclu. Il est donc tout à fait clair que le projet d'article 2 est inacceptable pour la Commission.

4. En ce qui concerne l'article 4, relatif à l'obligation pour les États de protéger leurs ressortissants, le Rapporteur spécial reconnaît qu'il a fait cette proposition *de lege ferenda*. Il a d'ailleurs indiqué qu'elle bénéficiait du soutien d'un certain nombre d'auteurs, ainsi que de membres de la Sixième Commission et de l'Association de droit international, et qu'elle était même inscrite dans plusieurs constitutions. Il s'agissait donc d'une tentative de développement progressif du droit international. Mais, de l'avis général, cette proposition n'est pas encore « mûre » pour être abordée par la Commission. La pratique des États, et surtout l'*opinio juris*, doivent progresser avant que cette question puisse être examinée. Il est donc clair également que la Commission n'accepte pas le projet d'article 4.

5. Évoquant la philosophie générale des projets d'articles 1 et 3, le Rapporteur spécial constate tout d'abord que les membres de la Commission s'accordent à reconnaître que ce n'est pas une notion dépassée. La majorité considérant en outre que c'est un instrument utile pour protéger les droits de l'homme même si quelques-uns ont estimé qu'il a trop insisté sur les droits de l'homme, et d'autres, mais c'est une minorité, pensent que la protection diplomatique n'a rien à voir avec les droits de l'homme.

6. L'idée que la protection diplomatique est fondée sur une fiction n'a pas non plus soulevé d'objection. La plupart des membres de la Commission la considèrent comme un moyen utile de protection des ressortissants d'un État d'abord et, de façon plus générale, de l'ensemble de l'humanité. Toutefois, des incertitudes apparaissent quant au champ d'application de la protection diplomatique. Le titre lui-même a fait l'objet de critiques, et certains membres de la Commission ont jugé bon de préciser que la protection diplomatique ne concernait pas les diplomates, mais des personnes se trouvant dans des États dont elles n'étaient pas ressortissants. De même, les avis divergent quant à l'opportunité d'inclure la protection fonctionnelle dans le cadre de la protection diplomatique.

7. L'article premier ne pose pas de difficulté. On a cependant critiqué la formulation adoptée, en particulier le terme « action », qui a donné lieu à des interprétations différentes. On a suggéré que cette question soit examinée plus attentivement. Certains membres de la Commission ont aussi estimé qu'il fallait aligner la rédaction de l'article premier sur celle des articles consacrés à la responsabilité des États. Le Rapporteur spécial souligne à cet égard que les critiques tiennent essentiellement à des problèmes de traduction en français de certains termes.

8. Des observations intéressantes ont été formulées quant à la nécessité qu'un fait illicite ait été commis pour pouvoir exercer la protection diplomatique. MM. Brownlie et Gaja ont fait observer qu'un fait pouvait être potentiellement illicite, comme un projet de loi prévoyant des mesures qui pourraient constituer un fait illicite. Cette question devra aussi être examinée plus avant.

9. Dans l'article 3, le Rapporteur spécial a proposé à la Commission d'adopter le point de vue traditionnel découlant de l'arrêt de la CPJI relatif à l'affaire *Mavrommatis*, selon lequel la protection diplomatique est une prérogative de l'État, celui-ci n'agissant pas en qualité d'agent de son ressortissant. Certains membres ont indiqué que la prétention de l'État devrait être affirmée plus clairement. D'autres ont estimé qu'il fallait souligner davantage que le dommage causé au ressortissant était la conséquence d'une violation du droit international. Pour le Rapporteur spécial, cette idée était implicite dans le projet d'article, mais on pourrait effectivement l'explicitier.

10. L'article 3 prévoit aussi que, sous réserve des dispositions de l'article 4, l'État de nationalité exerce la protection diplomatique à sa discrétion. Quelques membres de la Commission ont demandé au Rapporteur spécial de ne pas trop insister sur le pouvoir discrétionnaire de l'État, car cela risquait de compromettre les tentatives actuelles pour inscrire l'obligation d'intervention de l'État pour protéger ses ressortissants dans un certain nombre de constitutions. D'autres ont même avancé que certaines des dispositions de l'article 4 devraient figurer dans l'article 3, afin d'essayer de limiter le pouvoir discrétionnaire des États.

11. En résumé, il apparaît que les articles 1 et 3 bénéficient d'un large appui, et que la majorité des membres de la Commission est favorable à ce qu'ils soient renvoyés immédiatement au Comité de rédaction. Toutefois, compte tenu des difficultés posées par ces articles, en particulier par l'article premier, le Rapporteur spécial considère que ce serait prématuré et qu'il est préférable, selon lui, d'en débattre à nouveau dans le cadre de consultations informelles, et de les réexaminer en séance plénière avant de les renvoyer au Comité de rédaction.

12. M. ROSENSTOCK rappelle qu'il a été suggéré au début du débat qu'il valait mieux que la Commission ne se lance pas dans un examen approfondi du paragraphe 4 de l'Article 2 et de l'Article 51 de la Charte des Nations Unies sur le recours à la force, car cela n'entraine pas dans le cadre du sujet à l'examen. En ce sens, il est inexact de dire qu'à l'issue du débat tel ou tel point de vue sur le projet d'article 2 a prévalu. M. Rosenstock a le sentiment que la Commission a jugé inutile de soulever cette question dans le contexte de ce projet d'articles. Il serait regrettable

qu'il ressorte du compte rendu analytique de séance que tous les membres de la Commission sont d'accord sur tel ou tel point de vue. Ils ont convenu à l'unanimité de ne pas prendre position sur ce point.

13. M. BROWNLIE partage l'avis de M. Rosenstock. Selon lui, de nombreux membres ont estimé que la question du recours à la force ne fait pas partie du mandat de la Commission relatif à la protection diplomatique. Par ailleurs, il lui semble important de mettre l'accent, au cours des consultations informelles, sur l'exercice de la protection diplomatique en cas de dommage potentiel.

14. M. ECONOMIDES dit que la Commission a reconnu à l'unanimité que la protection diplomatique est une institution internationale pacifique, mais qu'elle s'est ensuite scindée en deux courants. Le premier courant est favorable à ce qu'une disposition excluant le recours à la force, ainsi d'ailleurs que l'ingérence dans les affaires intérieures ou extérieures d'un État, figure expressément dans le projet d'articles, tandis que l'autre estime qu'une telle disposition n'est pas nécessaire.

15. M. DUGARD (Rapporteur spécial) considère que la position de M. Rosenstock traduit bien le sentiment général de la Commission, à savoir que le recours à la force n'entre pas dans le champ de la protection diplomatique. Il voulait simplement préciser qu'une minorité de membres de la Commission ont néanmoins adopté une position plus tranchée.

16. M. KATEKA estime pour sa part que les comptes rendus analytiques de séance devraient parler d'eux-mêmes, et que tout commentaire du Rapporteur spécial est superflu. M. Economides a bien exprimé l'idée que, pour la Commission en général, la protection diplomatique est un mécanisme pacifique. Toutefois, certains membres de la Commission, tels que M. Candioti et d'autres, ont avancé d'autres propositions. On ne saurait dès lors en conclure qu'il y a eu unanimité sur telle ou telle question.

17. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit que M. Economides a eu raison de rappeler qu'il existe deux tendances au sujet de l'article 2. La première, se fondant sur un principe du droit international général actuel, considère qu'il faut lever toute ambiguïté et donc inclure l'interdiction du recours à la force dans le projet d'articles. Pour les tenants de la seconde tendance, cela n'est pas nécessaire. D'autres comme MM. Candioti, Galicki et Kamto ont proposé pour résoudre le problème que soit adoptée, dans le cadre de l'article premier, une formulation qui fasse droit à la première tendance. La Commission n'a finalement pas tranché.

18. M. Pambou-Tchivounda constate avec regret que le résumé fait par le Rapporteur spécial ne rend pas correctement compte des débats. En effet, il n'a pas fait état des questions essentielles de méthodologie et d'approche du sujet qui ont été évoquées à plusieurs reprises. Tous les membres de la Commission se sont mis d'accord sur la nécessité de circonscrire, de clarifier et de recentrer le sujet, ce que ne fait pas très bien le rapport. L'article premier est essentiel à cet égard, puisqu'il détermine le champ d'application de la protection diplomatique, d'où découlent toutes les autres dispositions du projet d'articles. Les questions de fond soulevées par les uns et les autres tournent pour l'essentiel autour de cet article. M. Pambou-

Tchivounda est donc favorable à ce que des consultations informelles soient tenues pour déterminer s'il est nécessaire de reprendre l'exercice.

19. Le PRÉSIDENT rappelle que le débat sur les articles 1 à 4 est clos, que le Rapporteur spécial l'a résumé, et qu'il ne faut donc pas le rouvrir.

20. M. GOCO dit que l'article 2 a fait l'objet d'un débat approfondi, à l'issue duquel il est apparu que la question du recours à la force n'entraîne pas dans le champ d'application de la protection diplomatique. Il lui paraît donc essentiel d'inscrire dans le projet d'articles la prohibition absolue du recours à la force dans le cadre de la protection diplomatique.

21. Le PRÉSIDENT croit comprendre que les membres de la Commission acceptent que les articles 1 et 3 soient réexaminés dans le cadre de discussions informelles.

Il en est ainsi décidé.

22. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à présenter les articles 5 à 8 qui figurent dans son premier rapport.

23. M. DUGARD (Rapporteur spécial) indique premièrement que l'article 5 s'articule en substance autour du principe énoncé dans l'affaire *Nottebohm*, c'est-à-dire la nécessité de l'existence d'un lien effectif entre l'État de nationalité et l'intéressé aux fins de l'exercice de la protection diplomatique. La question est de savoir si ce principe reflète fidèlement le droit coutumier et s'il doit être codifié ou non.

24. L'affaire *Nottebohm* est considérée comme le fondement de l'opinion selon laquelle il doit y avoir un lien effectif entre l'individu et l'État de nationalité, non seulement en cas de double nationalité ou de pluralité de nationalités, mais aussi lorsque le national ne possède qu'une nationalité. Deux éléments cependant semblent limiter l'impact de la décision rendue en l'espèce, qui en font une décision atypique. Premièrement, des soupçons pesaient sur la régularité de l'octroi par le Liechtenstein, en vertu de son droit interne, de sa nationalité à M. Nottebohm. Deuxièmement, ce dernier avait assurément des liens plus étroits avec le Guatemala qu'avec le Liechtenstein. C'est pourquoi le Rapporteur spécial croit que, dans cette affaire, la CIJ n'entendait pas se prononcer sur le statut de la nationalité liechtensteinoise de l'intéressé vis-à-vis de tous les États : elle a pris soin de limiter son arrêt au droit du Liechtenstein d'exercer sa protection diplomatique au profit de Nottebohm vis-à-vis du Guatemala, et a donc laissé sans réponse la question de savoir si le Liechtenstein aurait pu protéger Nottebohm contre un autre État que le Guatemala.

25. S'agissant de l'application du principe, peu de renseignements sur la pratique des États sont disponibles, et les auteurs sont divisés. Il y a donc lieu d'admettre que son acceptation restreindrait considérablement le champ d'application de la protection diplomatique, puisque, dans le monde actuel, les migrations et la mondialisation font que beaucoup de personnes vivent dans des pays dont elles n'ont pas la nationalité et que beaucoup de personnes qui possèdent la nationalité d'un État par naissance ou ascendance n'ont aucun lien effectif avec cet État. C'est

pourquoi le Rapporteur spécial pense que le principe du lien effectif ne doit pas être appliqué strictement et qu'il ne faudrait en inférer une règle générale. L'article 5 qu'il propose prévoit donc que « aux fins de la protection diplomatique des personnes physiques, l'État de nationalité est l'État dont l'individu objet de la protection a acquis la nationalité par sa naissance, son ascendance ou par une naturalisation de bonne foi ». Il s'appuie sur deux principes fondamentaux qui régissent le droit de la nationalité. Premièrement, le droit d'un État d'exercer sa protection diplomatique repose sur l'existence d'un lien de nationalité entre lui et l'intéressé; deuxièmement, il appartient à chaque État de déterminer par sa législation ceux qui sont ses ressortissants. Il tient compte d'autre part du fait que ce droit, loin d'être absolu, est relatif, ainsi qu'en témoignent la jurisprudence, la doctrine, la coutume internationale et les principes généraux du droit (par. 95 à 105 du rapport). Par exemple, la naissance et l'ascendance sont réputées être des liens de rattachement satisfaisants pour l'octroi de la nationalité et sa reconnaissance aux fins de la protection diplomatique. Il en est de même aussi, en principe, pour l'octroi de la nationalité par naturalisation – qu'il soit de plein droit par détermination de la loi en cas de mariage ou d'adoption, ou qu'il fasse suite à une demande de l'intéressé après avoir répondu à la condition de résidence. Il reste que le droit international ne reconnaîtra pas une naturalisation frauduleusement acquise, ou une naturalisation conférée de manière discriminatoire, ou encore une naturalisation conférée en l'absence de tout lien entre l'État de nationalité et l'intéressé. Dans ce dernier cas, il y aurait abus de droit de la part de l'État conférant sa nationalité, la naturalisation étant ainsi viciée par la mauvaise foi. On présume néanmoins que l'État est de bonne foi : il dispose d'une marge d'appréciation lorsqu'il décide des liens qu'il juge nécessaires pour octroyer sa nationalité.

26. L'article 6 vise les cas de dualité ou de pluralité de nationalités, phénomènes qui sont un fait de la vie internationale même si tous les États ne les reconnaissent pas. La question en l'occurrence est de savoir si un État de nationalité peut exercer sa protection diplomatique à l'encontre d'un autre État de nationalité à l'égard d'un national qui possède deux ou plusieurs nationalités. Cette question est envisagée différemment selon qu'il s'agit des efforts de codification, de la pratique des États, de la jurisprudence ou de la doctrine, tels qu'ils sont exposés aux paragraphes 122 à 159 du rapport, mais il existe un soutien en faveur de la règle préconisée à l'article 6 : sous certaines réserves, l'État de nationalité peut exercer sa protection diplomatique à l'égard d'un national qui a subi un préjudice à l'encontre d'un État dont la victime du préjudice est également un national, lorsque la nationalité dominante ou effective de celui-ci est celle du premier État en question. Le critère de la nationalité dominante ou effective est important, et les tribunaux devront apprécier avec soin si l'intéressé a des liens plus étroits avec un État qu'avec un autre.

27. L'article 7, qui traite de l'exercice de la protection diplomatique à l'égard d'une personne ayant une double ou une multiple nationalité à l'encontre d'un État tiers, à savoir un État dont elle n'a pas la nationalité, prévoit que n'importe quel État de nationalité peut présenter une réclamation dans ce sens, sans avoir à administrer la preuve de l'existence d'un lien effectif entre lui-même et l'intéressé : il suffit que le lien de nationalité soit établi selon les critères énoncés à l'article 5. Dans ce sens, il s'agit, sur fond

d'opinions divergentes (par. 161 à 169 du rapport), d'une règle de compromis, étayée toutefois par la jurisprudence du Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran et de la Commission d'indemnisation des Nations Unies.

28. La règle énoncée à l'article 8, qui concerne l'exercice de la protection diplomatique à l'égard d'un apatride ou d'un réfugié, relève du développement progressif du droit international. Elle s'écarte de la position traditionnelle, telle qu'illustrée par l'affaire *Dickson Car Wheel Company*. Nombre de conventions existent sur les apatrides et les réfugiés, élaborées en particulier depuis la fin de la seconde guerre mondiale, mais aucune n'aborde la question de leur protection diplomatique. Un certain nombre d'auteurs considèrent qu'il faut combler cette lacune. En effet, il faut qu'un État ou un autre puisse exercer sa protection diplomatique à l'égard d'un apatride ou d'un réfugié, et cet État c'est l'État de résidence, étant entendu que la résidence est un aspect important de la relation avec l'État, comme le montre la jurisprudence du Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran. Reste à savoir si la Commission est prête à s'engager sur cette voie, alors que la pratique et la jurisprudence en la matière sont inexistantes.

29. M. BROWNLIE rend hommage au Rapporteur spécial pour son remarquable travail de recherche : le rapport contient une quantité d'informations très utiles, notamment sur la jurisprudence pertinente, y compris les décisions rendues dans le cadre de juridictions spécialisées comme le Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran ou la Commission d'indemnisation des Nations Unies [créée par la résolution 692 (1991) du Conseil de sécurité à la suite du conflit Koweït-Iraq]. Pour autant, M. Brownlie ne partage pas toujours l'analyse du Rapporteur spécial et a de sérieuses critiques à formuler concernant les projets d'articles 5 à 8.

30. L'article 5, qui fonde le droit de protection diplomatique sur la nationalité, ne tient pas compte de certaines réalités sociales et politiques. Chacun sait que, dans de nombreuses sociétés traditionnelles, il n'existe pas d'enregistrement des naissances et que dans ces sociétés un grand nombre de personnes encore illettrées seraient bien en peine de prouver leur nationalité. Il y a aussi le cas des victimes de la guerre ou des réfugiés qui traversent les frontières dans l'urgence et généralement sans papiers et qui peuvent tout au plus dire d'où ils viennent. Il est évident que, pour toutes ces personnes, réclamer des preuves (et en particulier des preuves documentaires) de la nationalité n'a guère de sens; ce qui compte ce sont les faits.

31. Dans cette optique, le principe de la « nationalité effective » peut présenter un intérêt en offrant une base pour établir la nationalité lorsqu'il n'en existe aucune autre. Mais la position du Rapporteur spécial à cet égard ne semble pas très claire. Après avoir montré une grande circonspection et affirmé dans ses commentaires de l'article 5 (par. 117 du rapport) que « le critère de lien effectif proposé dans l'affaire *Nottebohm* érode sérieusement la doctrine classique de la protection diplomatique si on l'applique strictement, car il exclurait littéralement des millions de personnes du bénéfice de la protection diplomatique », il revient sur ce principe dans les commentaires des articles 6 et 8 en lui attribuant un rôle considérable et, cette fois, positif.

32. M. Brownlie fait remarquer incidemment que ce n'est pas dans l'affaire *Nottebohm* que le principe de la nationalité effective ou dominante a été établi pour la première fois. Ce principe est beaucoup plus ancien et il existe toute une jurisprudence francophone à ce sujet. En outre, dans la pratique des États, il est constamment fait référence à la résidence – et non à la nationalité – comme lien de rattachement devant être pris en compte pour le règlement des conflits territoriaux. Le fait est que, dans le monde réel, c'est la résidence qui devrait constituer la base de la protection diplomatique lorsqu'il est impossible de produire des preuves documentaires de la nationalité.

33. Sans prétendre à ce stade faire une proposition rédactionnelle formelle, M. Brownlie pense qu'il serait opportun d'ajouter à la fin de l'article 5, après les mots « naturalisation de bonne foi », une formule qui pourrait s'énoncer comme suit « ou d'autres liens de rattachement reconnus par le droit international ».

34. M. OPERTTI BADAN partage entièrement le point de vue de M. Brownlie et va même encore plus loin. Fonder le droit de protection diplomatique sur la nationalité revient non seulement à oublier le cas des apatrides et des réfugiés, mais aussi celui, de plus en plus fréquent, des nationaux qui ont établi leur résidence à l'étranger. Or, le lieu de résidence crée avec l'État hôte un lien réel tout aussi effectif que la nationalité. Même si cela constitue une évolution par rapport aux conceptions traditionnelles, c'est une réalité du monde contemporain dont la Commission doit tenir compte. M. Operti Badan suggère que, dans le cadre de l'examen des articles 5 à 8, la résidence ne soit pas considérée seulement comme un élément accessoire, mais comme un véritable facteur de rattachement.

Actes unilatéraux des États (A/CN.4/504, sect. C, A/CN.4/505², A/CN.4/511³)

[Point 7 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

35. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial), présentant son troisième rapport sur les actes unilatéraux des États (A/CN.4/505), indique que ce rapport se compose d'une introduction générale, dans laquelle il examine notamment la possibilité de s'inspirer, pour le sujet à l'examen, de la Convention de Vienne de 1969 et évoque les liens existant entre l'acte unilatéral et l'estoppel, et d'un chapitre dans lequel il propose une reformulation des articles 1 à 7 qui figuraient dans son deuxième rapport⁴. Le nouveau projet d'articles se lit comme suit :

Article premier. – Définition de l'acte unilatéral

Aux fins des présents articles, on entend par acte unilatéral de l'État une manifestation de volonté non équivoque de l'État, formulée dans l'intention de produire des effets juridiques dans ses relations avec un ou plusieurs États, ou une ou plusieurs organisations

internationales, et dont ledit ou lesdits États ou ladite ou lesdites organisations internationales ont connaissance.

Article 2. – Capacité pour l'État de formuler des actes unilatéraux

Tout État a la capacité de formuler des actes unilatéraux.

Article 3. – Personnes habilitées à formuler des actes unilatéraux au nom de l'État

1. Le chef de l'État, le chef de gouvernement et le ministre des affaires étrangères sont réputés représenter l'État pour accomplir en son nom des actes unilatéraux.

2. Une personne est considérée comme habilitée par l'État pour accomplir en son nom un acte unilatéral s'il ressort de la pratique des États intéressés ou d'autres circonstances qu'ils avaient l'intention de considérer cette personne comme habilitée pour agir en son nom à ces fins.

Article 4. – Confirmation ultérieure de l'acte accompli sans autorisation

Un acte unilatéral accompli par une personne qui n'est pas, au regard de l'article 3, autorisée à agir au nom de l'État est sans effets juridiques, à moins qu'il ne soit ultérieurement confirmé expressément par cet État.

Article 5. – Nullité de l'acte unilatéral

Un État peut invoquer la nullité d'un acte unilatéral :

a) Si l'acte a été formulé sur la base d'une erreur portant sur un fait ou une situation que cet État supposait exister au moment où l'acte a été formulé et qui constituait une base essentielle de son consentement à être lié par l'acte. Cette condition ne s'applique pas lorsque ledit État a contribué à cette erreur par son comportement ou lorsque les circonstances ont été telles qu'il devait être averti de la possibilité d'une erreur;

b) S'il a été amené à formuler l'acte par la conduite frauduleuse d'un autre État;

c) Si l'acte a été formulé suite à la corruption, par l'action directe ou indirecte d'un autre État, de la personne qui l'a accompli;

d) Si, dans la formulation de l'acte, une contrainte a été exercée, par des actes ou des menaces, sur la personne qui l'a accompli;

e) Si la formulation de l'acte a été obtenue par la menace ou l'emploi de la force en violation des principes de droit international consacrés par la Charte des Nations Unies;

f) Si l'acte unilatéral est, au moment de sa formulation, en conflit avec une norme impérative du droit international;

g) Si l'acte unilatéral formulé contrevient à une décision du Conseil de sécurité;

h) Si l'acte unilatéral formulé est contraire à une norme d'importance fondamentale du droit interne de l'État qui en est l'auteur.

36. Malheureusement, au moment de l'élaboration de son troisième rapport, le Rapporteur spécial n'avait encore reçu aucune réponse des gouvernements au questionnaire qu'il leur avait adressé le 30 septembre 1999⁵ sur leurs pratiques en matière d'actes unilatéraux, même si certains d'entre eux ont répondu depuis.

² Ibid.

³ Ibid.

⁴ *Annuaire...* 1999, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/500 et Add.1. Pour le texte du projet d'articles proposé dans son deuxième rapport, *ibid.*, vol. I, 2593^e séance, par. 24, p. 196 et 197.

⁵ Voir résolution 54/111 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 1999, par. 4.

37. Chacun reconnaît la place importante qu'occupent les actes unilatéraux dans les relations internationales et la nécessité d'élaborer des règles précises pour en régler le fonctionnement; toutefois, ce travail de codification et de développement progressif est rendu plus difficile par le fait que ces actes sont de nature très variée, à tel point que plusieurs gouvernements ont émis des doutes sur la possibilité d'édicter des règles qui leur seraient généralement applicables. Le Rapporteur spécial estime toutefois que cet avis doit être nuancé, car il devrait être possible de dégager des traits communs à tous ces actes et donc d'élaborer un certain nombre de règles valables pour tous.

38. Pour ce qui est de la possibilité d'utiliser la Convention de Vienne de 1969 comme source d'inspiration, il rappelle que les membres de la Commission ont émis à ce sujet des avis très partagés, voire contradictoires lors des précédentes sessions. Pour éviter de rouvrir un débat sans fin sur cette question, il serait quant à lui partisan d'adopter une position intermédiaire : bien qu'une transposition pure et simple des articles de la Convention de Vienne de 1969 aux actes unilatéraux ne soit évidemment pas envisageable, il n'est pas non plus possible d'ignorer cette convention et ses travaux préparatoires. Les parties de la Convention qui ont trait entre autres à l'élaboration, à l'application, aux effets juridiques, à l'interprétation et à la durée de l'acte offrent incontestablement un modèle très utile même si les actes unilatéraux présentent bien entendu des caractéristiques propres.

39. Le lien entre les actes unilatéraux et l'estoppel (ou forclusion) est par ailleurs tout à fait évident. Mais, ainsi qu'il l'indique au paragraphe 27 du rapport, « Il faut tenir compte [du fait] ... que les actes et comportements susceptibles de justifier l'estoppel ne visent pas précisément à créer une obligation juridique pour l'État qui s'en prévaut. En outre, l'élément caractéristique de l'estoppel ne réside pas dans le comportement de l'État, mais dans la confiance qu'il a placée dans un autre État. »

40. Tenant compte des observations formulées tant par les membres de la Commission lors de la session précédente que par la Sixième Commission, le Rapporteur spécial s'est attaché à reformuler avec un soin tout particulier l'article premier (ancien article 2) consacré à la définition des actes unilatéraux. Cette définition est très importante car c'est sur elle que reposera tout le projet d'articles. Il ne s'agit pas tant de donner la signification d'un terme que de définir une catégorie d'actes afin de pouvoir circonscrire le sujet. Différents éléments sont déterminants à cet égard : l'intention de l'État auteur de l'acte, l'utilisation du terme « acte », les effets juridiques et la question de l'autonomie ou plus exactement de la « non-dépendance » de ces actes. En effet, tous les actes unilatéraux – qu'il s'agisse de la protestation, de la renonciation, de la reconnaissance, de la promesse, des déclarations de guerre, etc. – ont en commun d'être des manifestations unilatérales de volonté et d'être formulés par un État à l'intention d'un destinataire (qu'il s'agisse d'un État, de plusieurs États, de la communauté internationale dans son ensemble ou d'une ou plusieurs organisations internationales), dans le but de produire certains effets juridiques. Toutefois, dans la pratique, le fait que les actes unilatéraux peuvent se manifester sous diverses formes ne facilite pas les choses : ainsi, par exemple, la protestation peut être – à l'instar de la promesse –

formulée au moyen d'une déclaration écrite ou orale mais aussi au moyen de comportements que l'on pourrait appeler « concluants », comme la rupture ou la suspension des relations diplomatiques ou encore le rappel d'un ambassadeur. La question se pose de savoir si de tels actes constituent véritablement des actes unilatéraux entrant dans le cadre du projet d'articles.

41. Cela étant, on retrouve dans tous les actes unilatéraux un élément fondamental, qui est celui de l'intention de l'État auteur de l'acte. C'est sur la base de celle-ci que l'on peut déterminer si un État entend ou non s'engager juridiquement ou politiquement sur le plan international. Si l'État n'entend pas prendre un tel engagement, il n'y a pas à proprement parler d'acte unilatéral.

42. On remarquera que dans le nouveau projet d'article premier, le terme « acte » a été substitué au terme « déclaration » utilisé dans l'ancien article 2. Certes, c'est généralement au moyen d'une déclaration écrite ou verbale que les États expriment la renonciation, la protestation, la reconnaissance, la promesse, etc., et il apparaissait, de prime abord, que ce terme pouvait servir de dénominateur commun. Mais le Rapporteur spécial s'est finalement rangé à l'avis de ceux qui considéraient que cette approche était trop restrictive et que le mot « déclaration » pouvait ne pas s'appliquer à certains actes unilatéraux. Il a donc choisi d'utiliser le mot « acte » qui est un terme plus générique ayant l'avantage de n'exclure, a priori, aucun acte matériel même si des doutes subsistent quant à la possibilité de considérer comme des actes unilatéraux certains actes ou comportements concluants tels que ceux envisagés dans le contexte de la promesse.

43. Une autre question, déjà abordée, est celle des effets juridiques, qui sera bien entendu développée ultérieurement. Dans la version antérieure, les effets juridiques se limitaient aux obligations que pouvait contracter l'État par un acte unilatéral, mais après les débats qui ont eu lieu à la Commission, il est apparu que l'expression « produire des effets juridiques » avait un sens beaucoup plus large et que l'État pouvait non seulement contracter des obligations mais aussi réaffirmer des droits. Selon la doctrine, si un État ne peut par un acte unilatéral imposer d'obligations à d'autres États, il peut réaffirmer que certaines obligations incombent à ces États en vertu du droit international général ou du droit conventionnel. Tel est le cas par exemple de l'acte unilatéral par lequel un État définit sa zone économique exclusive. Ce faisant, l'État réaffirme les droits que lui confère le droit international général ou le droit conventionnel et rend opérantes certaines obligations qui incombent à d'autres États. Bien entendu, cette position n'est pas contraire aux principes bien établis en droit international qu'expriment les adages *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* et *res inter alios acta*, car il est bien évident que l'État ne peut imposer d'obligations à d'autres États, de quelque manière que ce soit, sans le consentement de ces derniers.

44. Par ailleurs, le terme « autonome » employé dans l'ancien article 2 pour caractériser les actes unilatéraux ne figure plus dans le projet d'article, ce, en raison des réactions défavorables exprimées par certains membres de la Commission et résumées au paragraphe 63 du rapport. Le Rapporteur spécial estime néanmoins qu'il faudra peut-

être apporter quelques précisions dans les commentaires pour distinguer les actes unilatéraux qui dépendent d'un traité des actes unilatéraux proprement dits. Le Rapporteur spécial a toujours considéré qu'on pouvait établir une double dépendance : dépendance vis-à-vis d'un autre acte, et dépendance vis-à-vis de l'acceptation de l'acte unilatéral par son destinataire. C'est ce qui l'avait amené à envisager dans son premier rapport⁶ la notion de double autonomie, qu'il s'est abstenu de consacrer dans le nouveau projet, les commentaires des membres de la Commission ayant été loin d'être favorables. Mais même si l'on n'utilise pas le mot « autonome », il doit être bien entendu que les actes unilatéraux en question ne dépendent pas d'autres actes juridiques préexistants ni d'autres normes juridiques. La question reste ouverte et le Rapporteur spécial attend avec intérêt que la Commission exprime une opinion majoritaire à cet égard.

45. Une autre question envisagée dans le rapport est celle du caractère non équivoque de l'acte unilatéral. Comme il a déjà été dit, la manifestation de la volonté de l'État doit être sans équivoque, et cette question est davantage liée à l'intention de l'État qu'au contenu même de l'acte. La manifestation de la volonté doit en effet être claire, même si le contenu de l'acte ne l'est pas forcément. Par « non équivoque » il faut entendre « claire », car, comme l'a dit le représentant d'un État à la Sixième Commission, il est bien évident qu'il n'y a pas d'acte juridique unilatéral si l'État auteur n'a pas clairement l'intention de produire un effet normatif.

46. Enfin, toujours en ce qui concerne ce nouveau projet d'article premier, le terme « publicité », qui devait s'entendre à l'égard de l'État destinataire de l'acte, lequel doit avoir connaissance de celui-ci pour qu'il produise ses effets, a été remplacé par l'expression « et dont ledit ou lesdits États ou ladite ou lesdites organisations internationales ont connaissance ». L'important est que le texte indique que l'acte doit être connu du destinataire, car les actes unilatéraux de l'État l'obligent dans la mesure où il a entendu s'engager juridiquement et où les autres États intéressés ont connaissance de cet engagement.

47. Par ailleurs, il est proposé dans le rapport à l'examen de ne pas inclure dans le projet un article inspiré de l'article 3 de la Convention de Vienne de 1969, car, à la différence de celle-ci, le projet d'articles vise les actes unilatéraux au sens générique du terme, qui englobe toutes les catégories d'actes unilatéraux. La Convention vise un type d'actes conventionnels, le traité, qu'elle définit, mais sans exclure les autres actes, distincts du traité auxquels la Convention pourrait aussi s'appliquer. Il a en outre été tenu compte de l'opinion des membres de la Sixième Commission qui ne souhaitaient pas inclure dans le projet un article sur cette question.

48. Le nouveau projet d'article 2, qui porte sur la capacité de l'État de formuler des actes unilatéraux, reprend pour l'essentiel le texte de l'ancien article 3 moyennant les modifications rédactionnelles suggérées par les membres de la Commission l'année précédente lors de son examen. Le rapport présente aussi un projet d'article 3, relatif aux personnes habilitées à formuler des actes unilatéraux au

nom de l'État, qui est largement inspiré de l'article 7 de la Convention de Vienne de 1969 et reprend le texte de l'ancien article 4 moyennant quelques modifications. Certains États ont indiqué que, dans le cas de la capacité des représentants ou autres personnes d'engager l'État, on pouvait suivre de près la Convention de Vienne de 1969. Le Rapporteur spécial a estimé que le paragraphe 1 du projet d'article devait demeurer inchangé, compte tenu des commentaires faits lors de l'examen de son deuxième rapport, très proches des commentaires formulés lorsque la Commission a adopté son projet d'articles sur le droit des traités et de ceux qui ont été faits lors de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités. Le paragraphe 2, par contre, a été modifié et son champ d'application élargi, de façon à permettre à d'autres personnes que celles mentionnées au paragraphe 1 d'agir au nom de l'État et de l'engager sur le plan international. Ce texte répond à la spécificité des actes unilatéraux et s'écarte de la disposition correspondante de la Convention de Vienne. Il s'agit en effet de tenir compte de la nécessité de renforcer la confiance et la sécurité dans les relations internationales, même si on peut penser, *a contrario*, qu'une disposition de cette nature risque d'avoir l'effet contraire. Le Rapporteur spécial pense quant à lui qu'étendre l'habilitation à d'autres personnes pouvant être considérées comme agissant au nom de l'État pourrait très bien améliorer la confiance, ce qui est précisément l'objet du travail de la Commission en la matière. On utilise dans ce paragraphe les mots « personne » et « habilitée » au lieu de « représentant » et « autorisé » qui n'ont pas été acceptés à la session précédente pour les raisons exposées aux paragraphes 106 et 107 du troisième rapport.

49. Le projet d'article 4, relatif à la confirmation ultérieure de l'acte accompli par une personne qui n'était pas habilitée à l'accomplir, et qui a son origine dans la Convention de Vienne de 1969, reprend les termes de l'ancien projet d'article 5. Cette disposition envisage deux situations distinctes : soit la personne qui agit n'est pas autorisée à représenter l'État, soit elle est autorisée à le faire mais, ou bien elle agit dans un autre domaine que celui où elle est habilitée à agir, ou bien elle outrepassé les limites du domaine de compétence autorisé. Dans de tels cas, l'État peut confirmer l'acte en question. Dans la Convention, cette confirmation de l'État peut être expresse ou tacite mais on a considéré en l'espèce, compte tenu de la spécificité des actes unilatéraux et du fait que dans certains cas l'éclairage doit être restrictif, que cette confirmation devrait être expresse afin de donner davantage de garanties à l'État qui formule l'acte unilatéral.

50. Le deuxième rapport contenait une disposition spécifique, le projet d'article 6, concernant l'expression du consentement, qui a été jugé trop conventionnel, c'est-à-dire trop proche de la disposition correspondante de la Convention de Vienne de 1969 et, par conséquent, ni applicable ni justifiable dans le contexte des actes unilatéraux. Comme indiqué au paragraphe 125 du rapport, « si l'on considère qu'effectivement les articles 3 et 4 couvrent l'expression du consentement, une disposition spéciale relative à la manifestation de la volonté ou à l'expression du consentement ne serait pas nécessaire ». La question de la manifestation de la volonté est intimement liée à la naissance de l'acte, c'est-à-dire au moment où l'acte produit ses effets juridiques, ce qui, dans le cas

⁶ *Annuaire... 1998*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/486.

des actes unilatéraux, est le moment de leur formulation. En droit des traités, par contre, la naissance d'un traité ou le moment où il produit ses effets juridiques sont liés à son entrée en vigueur. Cette question est sans aucun doute la plus complexe et la plus importante du sujet, et elle sera envisagée par la suite.

51. Pour ce qui est du silence, qui est lié à l'expression du consentement, le Rapporteur spécial considère, pour l'écarter de l'étude, qu'il ne constitue pas, comme le reconnaît la majorité des membres de la Commission, un acte juridique, même si l'on ne peut dire qu'il ne produit pas d'effets juridiques. On sait bien au contraire l'importance accordée au silence dans la formation des volontés et des accords et en relation avec les actes unilatéraux eux-mêmes. Néanmoins, que le silence soit ou non un acte juridique et indépendamment du fait que le projet d'articles vise les actes formulés dans l'intention de produire des effets juridiques, le silence, pour le Rapporteur spécial, ne peut être considéré comme indépendant d'un autre acte. En restant silencieux, un État peut accepter une situation, y compris renoncer à un droit, mais il peut difficilement faire une promesse. Quoiqu'il en soit, le silence est essentiellement un comportement réactif qui doit nécessairement être lié à un autre comportement, à une attitude ou à un acte juridique antérieur.

52. Enfin, le rapport aborde la question de la nullité de l'acte unilatéral, qui doit être examinée à la lumière de la Convention de Vienne de 1969 et du droit conventionnel en général. Le projet d'article 5 s'inspire d'une manière générale des dispositions de la Convention et reprend l'ancien projet d'article 7 présenté dans le deuxième rapport, et le Rapporteur spécial indique qu'il a, dans le nouveau texte, ajouté un motif important de nullité, suite à une observation qu'avait faite M. Dugard à la session précédente⁷, en ce qui concerne la nullité d'un acte contraire à une décision adoptée par le Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, relatif au maintien de la paix et de la sécurité internationales. Même si le Conseil peut aussi adopter des décisions en vertu du Chapitre VI au sujet de la création de commissions d'enquête, ce motif de nullité concerne uniquement les décisions du Conseil adoptées en vertu du Chapitre VII.

53. En conclusion, le Rapporteur spécial indique que son rapport constitue une introduction générale au sujet et qu'il a l'intention d'en développer les différents aspects, compte tenu des orientations que lui donneront les membres de la Commission dans le cadre du groupe de travail que doit créer cette dernière.

54. M. CANDIOTI remercie le Rapporteur spécial de ses efforts pour systématiser une question qui présente beaucoup de difficultés en raison de la complexité et de la diversité de ses aspects et apporter de nouveaux éléments qui permettent de circonscrire et de préciser l'objet de l'étude. Il partage l'opinion du Rapporteur spécial quant à l'importance des actes unilatéraux dans la pratique quotidienne de la diplomatie et quant à la nécessité de tenter d'ordonner et d'explicitier les principes généraux du droit et les règles coutumières qui régissent la matière pour contribuer à la stabilité des relations internationales. Il est à cet

égard regrettable que peu d'États aient à ce jour répondu au questionnaire que leur a adressé le Secrétariat sur la question. Les informations que fourniraient des réponses à ce questionnaire, notamment sur les pratiques concrètes en matière d'actes unilatéraux, seraient d'une valeur inestimable pour les travaux du Rapporteur spécial et de la Commission.

55. M. Candiotti pense, comme le Rapporteur spécial, que les normes du droit des traités codifiées par la Convention de Vienne de 1969 constituent une source d'inspiration pour l'analyse des règles régissant les actes unilatéraux des États. Traités et actes unilatéraux sont en effet deux espèces d'un même genre, celui des actes juridiques. Par conséquent, les règles qui reflètent les éléments et les caractéristiques communs à n'importe quels types d'actes juridiques devraient être applicables aussi bien aux actes juridiques bilatéraux, les traités, qu'aux actes juridiques unilatéraux. Mais ce parallélisme ne saurait se traduire par une transposition automatique des normes de la Convention aux fins de la codification des règles régissant les actes unilatéraux des États. Il existe des différences importantes, et c'est pourquoi le Rapporteur spécial conseille, prudemment, « une approche parallèle souple ».

56. Les observations du Rapporteur spécial sur la question de l'estoppel et son lien éventuel avec les actes unilatéraux sont pertinentes. Il ne fait aucun doute qu'en soi l'estoppel n'est pas un acte juridique, ni unilatéral ni bilatéral, mais plutôt une situation ou un effet qui se produit dans certaines circonstances aussi bien dans le contexte des actes juridiques que dans celui des simples faits, et qui produit des conséquences déterminées sur une relation juridique entre deux ou plusieurs sujets de droit international. On peut donc l'écarter pour le moment de l'étude générale des actes unilatéraux pour y revenir ultérieurement afin d'étudier son incidence éventuelle dans des contextes particuliers.

57. S'agissant de la définition de l'acte unilatéral dans le projet d'article premier, la nouvelle formulation proposée par le Rapporteur spécial, qui est une version simplifiée de ses propositions précédentes, constitue un pas en avant, même si elle peut sans doute être encore améliorée. La définition doit énoncer les éléments essentiels de l'acte unilatéral, à savoir une expression ou manifestation de volonté par laquelle un État, sans avoir besoin du concours d'un ou plusieurs autres sujets de droit international, entend produire des effets juridiques sur le plan international. Les éléments de la définition sont, par conséquent, au nombre de deux, à savoir l'expression unilatérale de sa volonté par un État et l'intention de produire, par ce moyen, des effets juridiques sur le plan international. C'est à juste titre que le Rapporteur spécial écarte la notion d'autonomie, qui est ambiguë et peut signifier simultanément deux choses distinctes, à savoir l'unilatéralité de la manifestation de volonté et l'exclusion du champ de l'étude des actes unilatéraux qui sont régis par d'autres normes spécifiques.

58. Pour M. Candiotti, on pourrait aussi supprimer l'expression « non équivoque » qui qualifie la manifestation de la volonté. En effet, il doit être entendu que toujours, en droit, l'expression de la volonté doit être compréhensible et claire; si elle est équivoque et si l'on ne

⁷ *Annuaire...* 1999, vol. I, 2595^e séance, par. 24, p. 217.

peut la tirer au clair par les moyens ordinaires d'interprétation, elle ne crée pas d'acte juridique. D'ailleurs, la définition du terme « traité », qui figure dans la Convention de Vienne de 1969, n'exige pas que l'accord de volontés soit « non équivoque », mais il est évident qu'il le faut qu'il le soit pour constituer véritablement un accord.

59. Quant à la nécessité de la connaissance par le destinataire de l'acte de l'expression de la volonté, il n'est pas non plus nécessaire de développer en détail cette question dans la définition. Cet aspect est en effet implicite dans les termes « expression » ou « manifestation » de la volonté. Une volonté qui ne se manifeste pas ou ne s'exprime pas de façon à parvenir à la connaissance de son destinataire éventuel ne peut avoir de valeur juridique quelle qu'elle soit. Il s'agit là plutôt d'une condition de validité que d'un élément de la définition.

60. En ce qui concerne le nouveau projet d'article 3, M. Candiotti approuve les critères retenus par le Rapporteur spécial pour justifier les règles énoncées dans les deux paragraphes de ce texte. Toutefois, au paragraphe 2, plutôt que de viser les « États intéressés », il serait préférable de s'en tenir à la pratique et à l'intention de l'État qui formule l'acte unilatéral parce que c'est en principe le seul « État intéressé » dont l'expression de volonté, par l'intermédiaire de personnes habilitées – autres que le chef d'État ou de gouvernement ou le ministre des affaires étrangères –, configure l'acte unilatéral.

61. Pour ce qui est du projet d'article 5, relatif à la nullité de l'acte unilatéral, il faut probablement le considérer comme une approche préliminaire du problème, l'énonciation des causes de nullité devant être systématisée et développée plus en détail. Peut-être le Rapporteur spécial, dans un travail ultérieur après avoir étudié la question de la nullité de l'acte unilatéral, pourrait-il tenter d'établir quelles sont les conditions de validité des actes unilatéraux. Il faudrait à cet égard envisager le contenu matériel possible de l'acte, la licéité de l'acte par rapport au droit international, l'absence de vice dans la manifestation de la volonté, la nécessité de la notoriété de l'expression de la volonté et la production d'effets sur le plan international. Une fois ces conditions identifiées et développées, il sera plus facile d'articuler de manière appropriée les règles relatives à la nullité.

62. Enfin, M. Candiotti dit qu'il attend avec beaucoup d'intérêt la suite de l'étude du Rapporteur spécial, qui devrait traiter de questions extrêmement importantes comme la forme, les effets, le caractère obligatoire, l'interprétation, la modification, la durée, la suspension et la révocation de l'acte unilatéral. Il est persuadé que lorsque le Rapporteur spécial aura présenté ces développements à la Commission, celle-ci aura une vision plus globale des aspects les plus importants du sujet et sera mieux à même d'approfondir et d'enrichir le débat et de faire progresser les travaux.

63. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA rend hommage au travail remarquable accompli par le Rapporteur spécial pour tenir compte des préoccupations et des membres de la Commission et des représentants des États à la Sixième Commission. Il y a du rythme et du mouvement dans le troisième rapport du Rapporteur spécial, même si certaines questions de fond demeurent, comme celle de la réception

de la manifestation de la volonté par le destinataire de l'acte, et notamment la forme de cette réception, et celle de la spécification du destinataire ou de la généralité du cercle des destinataires.

La séance est levée à 13 heures.

2625^e SÉANCE

Mardi 23 mai 2000, à 10 heures

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Candiotti, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Sreenivasa Rao, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Tomka.

Protection diplomatique (*suite*) [A/CN.4/506 et Add.1¹]

[Point 6 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à poursuivre l'examen des projets d'articles 5 à 8 contenus dans le premier rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/506 et Add.1).

2. M. SIMMA dit qu'il n'est pas d'accord avec certaines des observations formulées par M. Brownlie à la séance précédente. En particulier, il ne sait pas très bien ce que M. Brownlie avait à l'esprit lorsqu'il a critiqué le Rapporteur spécial pour n'avoir pas tenu dûment compte de la résidence habituelle dans la liste des facteurs de rattachement de l'individu à l'État énoncés dans le projet d'article 5. S'il veut parler de la résidence habituelle en tant que moyen d'acquérir la nationalité, c'est une question qui a été longuement débattue dans le cadre de la nationalité en relation avec la succession d'États et qui est donc hors sujet.

3. Si, toutefois, on devait examiner la résidence habituelle dans le contexte de la protection diplomatique, deux questions se posent. Premièrement, le fait qu'une personne réside habituellement dans un État donne-t-elle à

¹ Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

cet État le droit d'exercer la protection diplomatique ? De l'avis de M. Simma, si la personne concernée possède une autre nationalité qu'elle a acquise *jure soli* ou *jure sanguinis* ou par une naturalisation de bonne foi, l'État dont le seul lien avec l'individu consiste dans le fait que ce dernier réside habituellement sur son territoire n'acquiert pas de ce seul fait le droit d'exercer la protection diplomatique. Il en sera autrement si la personne concernée est apatride ou réfugiée, question qui est traitée à l'article 8. La seconde question est celle de savoir si un État dont une personne physique a acquis la nationalité *jure soli* ou *jure sanguinis* ou par naturalisation perd le droit d'exercer la protection diplomatique si la personne concernée réside habituellement dans un autre pays. M. Brownlie semble considérer que tel est le cas. Dans ces circonstances, la résidence habituelle deviendrait l'ennemi naturel de la protection diplomatique. M. Simma conteste avec vigueur ce point de vue, qui au pire peut conduire à relancer la clause Calvo², et il souscrit pleinement à l'argument avancé par le Rapporteur spécial au paragraphe 117 du rapport, qui a été durement critiqué par M. Brownlie.

4. Là encore, contrairement à M. Brownlie, M. Simma considère que le Rapporteur spécial adopte une attitude habile et appropriée vis-à-vis de l'affaire *Nottebohm*. Étant donné que cette affaire sert de critère de référence dans le domaine de la protection diplomatique, il ne peut être d'accord avec ceux qui pensent qu'on lui a accordé trop d'importance. Il fait observer au passage que, dans la version anglaise du rapport, les mots *and jus soli or jus sanguinis* au paragraphe 112 devraient se lire *jure soli or jure sanguinis*.

5. M. Simma invite instamment le Rapporteur spécial à approfondir la question de la naturalisation de mauvaise foi et de ses conséquences dans ses commentaires de l'article 5; il souhaiterait également que soit examinée plus avant la distinction établie entre la naturalisation de bonne foi et la naturalisation de mauvaise foi.

6. Il est d'accord avec l'article 6 en substance et appuie l'idée d'y faire mention de la nationalité « dominante et effective ». Il approuve également la suggestion tendant à ce que cet article soit placé après l'article 7. La référence aux paragraphes 155 et 156 à l'ouvrage de Bar-Yaacov³ est quelque peu trompeuse étant donné que ce qui est qualifié de « pratique contemporaine des États-Unis » est en fait une pratique du XIX^e siècle. En ce qui concerne l'article 7, la Commission devrait se décider quant à la façon dont elle souhaite gérer la question de la terminologie non sexiste.

7. M. Simma appuie l'article 8, bien qu'il en ressorte clairement que la question de la responsabilité des États en ce qui concerne les obligations *erga omnes* et celle de la protection diplomatique se recoupent. Le mot « protection » qui figure au paragraphe 181 est employé dans un sens vague qu'il conviendrait d'éviter dans le contexte de la protection diplomatique.

8. M. LUKASHUK informe la Commission que la plupart des membres qui ont participé aux consultations officielles qui ont eu lieu la veille se sont prononcés en faveur des propositions du Rapporteur spécial.

9. Tout en s'en remettant au jugement de M. Simma en ce qui concerne la grammaire latine, il fait observer que les expressions *jus soli* et *jus sanguinis* sont couramment utilisées au nominatif.

10. En ce qui concerne la teneur du rapport, trop d'attention est peut être accordée à la fois dans les commentaires et dans les projets d'articles eux-mêmes aux questions de la nationalité, qui se rapportent à un domaine différent du droit international. L'article 5, par exemple, contient une tentative de définition des moyens légaux d'acquisition de la nationalité « par la naissance, l'ascendance ou ... une naturalisation ». De l'avis de M. Lukashuk, il serait plus juste d'employer la formulation suivante : « ... est l'État dont l'individu objet de la protection possède la nationalité ».

11. Tout en reconnaissant que les questions de nationalité présentent un intérêt pour le sujet de la protection diplomatique et qu'il est souhaitable de résoudre certaines de ces questions à cette occasion, M. Lukashuk estime que le thème de la protection diplomatique est déjà assez complexe en soi et qu'il conviendrait de reporter l'examen de certaines des questions de nationalité jusqu'à l'achèvement de l'ensemble du projet. L'article 5 serait acceptable s'il était modifié dans le sens qu'il a proposé.

12. L'article 6 vise à abroger une norme reconnue du droit international selon laquelle l'État de la nationalité ne peut exercer sa protection diplomatique à l'encontre d'un État dont la personne lésée est également un national. Il existe effectivement des raisons d'introduire un tel changement mais le moment n'est pas encore venu de le faire. De toute évidence, l'État de la nationalité peut exercer sa protection dans une certaine mesure au profit d'un de ses nationaux à l'encontre d'un État dont l'individu concerné est aussi un national. Cela ne veut pas dire toutefois qu'il exerce le droit de protection diplomatique dans sa totalité. M. Lukashuk préconiserait par conséquent que l'article 6, lui aussi, soit laissé en suspens.

13. Bien que les modifications substantielles de la pratique en vigueur proposées dans l'article 7 soient suffisamment fondées, elles ne tiennent pas compte des droits de l'État tiers sur le territoire duquel l'individu concerné se trouve. De l'avis de M. Lukashuk, il faudrait compléter l'article par un troisième paragraphe indiquant clairement que l'État tiers est habilité à accorder le droit d'exercer sa protection diplomatique à un seul des États de nationalité.

14. Enfin, l'article 8 relève du développement progressif du droit international et il est justifié par la pratique internationale, ainsi que par des instruments tels que la Convention européenne sur les fonctions consulaires. La question de la protection des apatrides et des réfugiés est extrêmement pertinente car le nombre de personnes entrant dans ces deux catégories s'élève à plusieurs millions dans le monde. M. Lukashuk est d'avis que, dans la version anglaise de l'article, on pourrait remplacer les mots *and/or* par le mot *or*. Le membre de phrase entre crochets pourrait être supprimé, dans la mesure où la résidence légale dans l'État requérant est une preuve suffisante de l'existence d'un lien effectif avec cet État.

15. M. HERDOCIA SACASA, remerciant le Rapporteur spécial pour un rapport bien documenté, dit que le sujet de la protection diplomatique offre à la Commission

² Voir *Annuaire... 1956*, vol. II, doc. A/CN.4/96, p. 206 à 208.

³ N. Bar-Yaacov, *Dual Nationality*, Londres, Stevens and Sons, 1961.

une formidable occasion de réaffirmer la validité d'une institution à propos de laquelle un grand nombre de décisions complexes ont été prises par des tribunaux arbitraux, des cours et des commissions spéciales et de chercher à refléter dans ses délibérations non seulement la tradition établie mais également les faits nouveaux récemment intervenus tels que le statut de l'individu en tant que sujet de droit international et participant à l'ordre juridique international, en particulier dans les domaines des droits de l'homme et du droit humanitaire. La Commission a un autre défi à relever, qui consiste à promouvoir le développement progressif du droit de la protection diplomatique, en particulier au profit des apatrides et des réfugiés.

16. Bien que l'article 5 contribue en partie à clarifier le sens de l'expression « État de nationalité », son champ d'application risque d'être un peu restrictif. On pourrait développer la liste des facteurs de rattachement pour y inclure d'autres liens reconnus par le droit international, comme l'a noté M. Brownlie. Il faudrait en particulier aborder dans le cadre de l'article 5 la question des apatrides et des réfugiés, mentionnée à l'article 8. Certains auteurs estiment que, outre les nationaux au sens strict du terme, d'autres personnes peuvent être représentées ou protégées en vertu d'accords spéciaux par un État autre que celui de leur nationalité. Par exemple, à propos de l'avis consultatif de la CIJ relatif à l'affaire de la *Réparation*, il est dit dans l'ouvrage d'Oppenheim qu'il est des cas dans lesquels la protection pourrait être exercée par un État au profit de personnes n'ayant pas sa nationalité⁴.

17. La mondialisation et les migrations massives sont des phénomènes contemporains qui mettent en lumière la nécessité d'adopter une approche pratique de la protection diplomatique. Au paragraphe 117 du rapport, le Rapporteur spécial reconnaît que le critère du lien effectif proposé dans l'affaire *Nottebohm* peut éroder la doctrine classique de la protection diplomatique si on l'applique strictement, car il exclurait un grand nombre de personnes qui ont été contraintes de quitter leur pays et de s'installer ailleurs du bénéfice de la protection diplomatique. En conséquence, il faudrait laisser dans l'article 5 une possibilité de tenir compte des droits et aspirations des personnes qui ont été déracinées et qui n'ont plus qu'un lien ténu avec un État donné. Les choses ont changé depuis l'affaire *Nottebohm* et il ne faudrait ni surestimer ni sous-estimer son utilité.

18. En ce qui concerne l'article 6, le projet de convention relatif à la responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers préparé par la faculté de droit de l'Université Harvard⁵ et la Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité (ci-après dénommée « Convention de La Haye de 1930 ») ont joué un rôle important en établissant le principe selon lequel un État ne peut exercer sa protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux à l'encontre d'un État dont celui-ci est aussi le national, règle découlant de l'affaire *Canevaro* et réaffirmée dans l'arrêt de la CIJ relatif à l'affaire de la *Réparation*. Bien qu'il y ait certainement eu des auteurs favorables à l'abolition de ce principe, les principaux publicistes continuent de le considérer

comme une norme du droit international coutumier. D'autres auteurs tels que Combacau nient que la jurisprudence établie dans l'affaire *Mergé*, selon laquelle le principe de la nationalité effective ou dominante a la priorité sur le principe de l'égalité de droits des États, ait vraiment abrogé la norme traditionnelle, mais admettent néanmoins que son champ d'application en a été réduit⁶. Nonobstant l'affaire *Nottebohm*, qui est toujours considérée comme le critère de référence fondamental, le principe de l'égalité souveraine des États continue logiquement à bénéficier d'un large appui. Dans les cas où la double nationalité est bien établie, toute application sans discernement du principe de la nationalité dominante ou effective peut avoir des conséquences absurdes et risque même de porter atteinte à la souveraineté de l'État. Comme cela a été noté dans l'affaire *Alexander*, « aucun gouvernement ne reconnaîtrait à un autre le droit d'intervenir dans ses affaires au nom d'un individu qu'il considère lui-même comme l'un de ses sujets » [voir p. 2531]. Il pourrait donc s'avérer nécessaire de modifier l'article 6 pour tenir compte des cas de double nationalité dûment établie. Au paragraphe 158, le Rapporteur spécial lui-même dit que « les tribunaux devraient user de la plus grande prudence lorsqu'ils appliquent le principe de la prépondérance dans des affaires où la force des liens que le binational entretient avec ses deux États de nationalité est pratiquement équivalente, car cet exercice comporte un risque sérieux de porter atteinte à l'égalité des deux États de nationalité ». M. Herdocia Sacasa irait encore plus loin et avancerait – du moins de manière générale – qu'il ne paraît pas raisonnable qu'une personne qui a volontairement accepté la nationalité d'un État refuse d'adapter son comportement à l'ordre et aux procédures internes de cet État. Il s'ensuit que l'article 6 ne peut énoncer une règle générale et doit tenir compte de ce que dictent le bon sens et les nécessités pratiques.

19. L'article 7 constitue un pas dans la bonne direction puisqu'il permet à tout État dont une personne ayant une double ou multiple nationalité a la nationalité d'exercer sa protection diplomatique à l'encontre d'une tierce partie. Comme l'indique le Rapporteur spécial au paragraphe 170, la seule chose à faire en pareille circonstance, c'est de démontrer qu'il existe un lien de nationalité de bonne foi entre l'État et la personne lésée.

20. L'article 8 donne un exemple de développement progressif du droit international dans la mesure où il permet l'exercice de la protection diplomatique au profit d'apatrides et de réfugiés résidant dans l'État requérant. M. Lukashuk a raison de dire qu'il ne devrait pas être nécessaire de démontrer l'existence d'un lien avec l'État concerné. L'article reflète le caractère humanitaire du droit international qui ne peut être indifférent au sort de ces personnes. Il réaffirme également le rôle de l'institution de la protection diplomatique dans la réalisation d'un objectif fondamental du droit international, celui d'une coexistence civilisée fondée sur la justice.

21. M. GOCO dit que l'article 5 indique les trois facteurs pris en compte, à savoir la naissance, l'ascendance et la naturalisation de bonne foi, pour définir l'État de la nationalité. Les principes bien connus du *jus solis* et du *jus sanguinis* ainsi que la naturalisation sont donc réputés

⁴ Voir *Oppenheim's International Law* (2617^e séance, note 11), p. 515.

⁵ Voir art. XVI (al. a), *Annuaire... 1956*, vol. II, doc. A/CN.4/96, annexe 9, p. 230.

⁶ Voir J. Combacau et S. Sur, *Droit international public*, 4^e éd., Paris, Montchrestien, 1999, p. 327 et 328.

constituer les seuls liens acceptables. De l'avis de M. Goco, c'est une approche beaucoup trop restrictive étant donné que d'autres facteurs pourraient constituer un lien effectif entre un individu et un État donné et lui permettre de bénéficier d'une protection diplomatique. On peut citer par exemple le cas de personnes souhaitant être rapatriées dans leur pays d'origine, pays dont ils ont perdu la citoyenneté par la force des circonstances. La résidence habituelle est un autre exemple : une personne pourrait être naturalisée dans un autre pays en raison des circonstances politiques dans son pays d'origine. D'autres facteurs ont été cités par le Rapporteur spécial lui-même au paragraphe 153 de son rapport.

22. Il est reconnu que chaque État a le pouvoir de déterminer en vertu de son droit interne qui sont ses nationaux. Mais le droit international peut fixer des limites à ce pouvoir dans le contexte de la protection diplomatique, étant donné que d'autres États pourraient avoir une raison valable de remettre en cause sa décision. Bien que l'État de la nationalité ait le droit, ainsi qu'il est reconnu à l'article 3, d'exercer sa protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux lésé par un autre État, il peut s'abstenir d'exercer ce droit pour diverses raisons. Il peut aussi tenir compte d'autres liens de nationalité qui le rattachent à un individu à moins que des objections valables ne soient formulées par d'autres États. Il n'est donc pas approprié de considérer les liens mentionnés à l'article 5 comme étant les seuls.

23. M. Goco relate un incident présentant un intérêt particulier pour le projet d'articles dont il a personnellement connaissance. Les ambitions d'un guérisseur bien connu des Philippines, qui était candidat au poste de maire et avait remporté les élections, ont été contrecarrées par la remise en cause de son éligibilité au motif qu'il avait quitté le pays pendant une période de troubles et acquis la nationalité d'un autre pays par naturalisation. La Cour suprême a fait droit à la demande du *Solicitor General* qui contestait son éligibilité et rejetait ses moyens de défense, à savoir la nécessité de chercher refuge ailleurs pendant une période d'agitation dans son pays d'origine. Ayant poursuivi par la suite ses activités de guérisseur en Fédération de Russie, il a été emprisonné sous l'inculpation d'exercice illégal de la médecine et d'escroquerie. Il a demandé et obtenu une protection diplomatique du Gouvernement philippin. Ce cas illustre les pouvoirs discrétionnaires de l'État dans l'exercice de la protection diplomatique. Bien que l'existence du *jus sanguinis* n'ait pas été contestée, la condition requise pour exercer des fonctions publiques, soit posséder la citoyenneté du pays, a été strictement appliquée, mais la protection diplomatique au plus haut niveau a été accordée sans difficulté lorsque la personne concernée a été incarcérée à l'étranger.

24. Il n'en a pas été déduit que l'incarcération en Fédération de Russie constituait un fait illicite, voire que l'individu avait subi un préjudice. Il a été emprisonné à la suite d'une erreur d'interprétation de ses activités et, une fois le problème élucidé, l'homme a été libéré. Il reste toutefois qu'il a été incarcéré pendant plusieurs mois avant d'être finalement remis en liberté et autorisé à rentrer chez lui. On pourrait naturellement remettre en cause le droit des Philippines d'exercer la protection diplomatique étant donné que le lien de nationalité était douteux. Mais si la demande de protection de l'individu avait été rejetée, il

aurait dû se débrouiller seul; et, comme le précédent rapporteur spécial, M. Bennouna, l'a fait observer dans son rapport préliminaire⁷, l'exercice de la protection diplomatique est plus un devoir moral qu'une obligation juridique, à condition qu'il soit conforme aux intérêts supérieurs de l'État de la nationalité.

25. Pour ces raisons, M. Goco propose d'ajouter dans l'article 5, sous réserve de modifications rédactionnelles, le membre de phrase suivant : « ... à condition toutefois que l'État de la nationalité puisse envisager d'autres liens de nationalité dans l'exercice de la protection diplomatique, à moins que des objections valables ne soient formulées par un autre État ou d'autres États au niveau international ». Il commentera les autres projets d'articles ultérieurement.

26. M. DUGARD (Rapporteur spécial) fait observer que l'affaire évoquée par M. Goco semble entrer dans le cadre du paragraphe 1 de l'article 7.

27. Le PRÉSIDENT dit qu'en droit japonais, une personne possédant la nationalité japonaise par la naissance ne perd pas cette nationalité si elle acquiert une autre nationalité. Il se demande s'il en est de même aux Philippines.

28. M. TOMKA doute que la protection diplomatique puisse être exercée si aucun fait internationalement illicite n'est allégué.

29. M. GOGO convient avec le Rapporteur spécial que l'action exercée par le Gouvernement philippin au profit de l'individu en question entre tout à fait dans le champ d'application de l'article 7. En réponse aux observations formulées par le Président et par M. Tomka, il dit que les représentations du Gouvernement philippin ayant été acceptées par le Gouvernement russe de l'époque, ni la question de savoir si un fait internationalement illicite avait été commis ou pas ni celle de la double nationalité n'a été examinée plus avant.

30. M. GALICKI dit que l'intervention de M. Goco confirme son impression qu'un malentendu subsiste à propos de l'article 5. Pour lui, le but de cet article est simplement de définir les moyens ou méthodes d'acquisition de la nationalité. Il est indéniable que le Rapporteur spécial lui-même a compliqué la question en qualifiant ces méthodes de « facteurs de rattachement » au paragraphe 102 du rapport. Alors que la naissance ou l'ascendance sont des facteurs d'octroi de la nationalité bien définis et reconnus en droit international, la naturalisation – même lorsqu'elle est « de bonne foi » – dépend de circonstances très diverses selon chaque cas particulier, qui peuvent être l'adoption, le mariage ou, par exemple, le domicile habituel et légal. L'État doit tenir compte de ces facteurs pour accorder sa nationalité à un individu. Si M. Goco a bien compris l'objet de l'article 5, le fait d'ajouter d'autres « facteurs de rattachement » reconnus par le droit international général ne fera que déséquilibrer la construction de l'article.

31. M. GAJA, notant que M. Lukashuk a suggéré de différer l'examen des questions qui font l'objet de l'article 5,

⁷ Voir 2617^e séance, note 2.

dit qu'il serait enclin lui-même à aller encore plus loin. Est-il nécessaire d'établir des critères permettant de déterminer si un individu possède ou ne possède pas une nationalité donnée ? Cela ne paraît pas utile dans le contexte du projet sur la protection diplomatique. Il s'agit plutôt de vérifier si un État qui a fait sienne la réclamation d'un individu est en droit de le faire. La nationalité joue un rôle, mais il n'y a pas lieu de préciser les éléments qui la fondent.

32. De toute façon, l'article 5 ne vise pas à couvrir l'ensemble des règles du droit international concernant la nationalité. Il dit que la naissance, l'ascendance et la naturalisation sont des critères appropriés mais ne tient pas compte du fait qu'en droit international un État peut dans certaines circonstances être tenu d'accorder sa nationalité à des individus ou au contraire de ne pas le faire. D'un autre côté, l'article 5 indiquera certains des motifs sur la base desquels un État pouvait contester l'octroi par un autre État de sa nationalité à un individu. En affirmant que la naturalisation n'a pas été conférée de bonne foi, un État dirait en fait que la naturalisation a été accordée de mauvaise foi. Ce serait une démarche inhabituelle pour un État, et l'accusation de mauvaise foi ne serait pas prise à la légère. Le Rapporteur spécial a rappelé dans sa présentation (2617^e séance) combien les États sont sensibles à toute insinuation d'irrégularité dans l'exercice de ce qu'ils considèrent comme leur prérogative souveraine : l'octroi de la nationalité à des individus.

33. Il serait donc souhaitable de suivre la ligne de conduite plus prudente adoptée par la CIJ dans l'affaire *Nottebohm* et de partir du principe que les États sont libres d'accorder leur nationalité à des individus. La question de savoir si un individu donné a ou n'a pas la nationalité d'un certain État relève de l'application de la législation de cet État et il vaut donc mieux laisser à cet État le soin d'en décider. Si l'on suit l'arrêt *Nottebohm*, on peut considérer que la condition de la nationalité permet à d'autres États, s'ils le souhaitent, de contester l'existence d'un lien effectif entre un État et son national. Cette solution est semblable à celle qu'a suggérée M. Brownlie à la séance précédente : remplacer la nationalité par le lien effectif. Néanmoins, M. Gaja pense que la nationalité devrait être maintenue en tant que condition, et qu'en principe cette question devrait être du ressort de l'État requérant. L'absence de lien effectif sera simplement pour d'autres États un motif d'objection à une réclamation.

34. Il est vrai, comme le Rapporteur spécial l'a fait observer, qu'il existe peu d'exemples dans la pratique des États de contestation du caractère effectif de la nationalité. Mais il y a encore moins d'exemples d'États contestant la façon dont la nationalité a été accordée par un autre État. Le nombre des exemples donnés dans l'un et l'autre cas n'est pas d'une importance décisive : ce qu'il faut, c'est vérifier si les États auxquels une réclamation est présentée s'estiment en droit d'avancer l'argument de l'absence de caractère effectif pour y objecter.

35. Si la Commission conserve le critère du lien effectif, elle devrait prévoir certaines restrictions pour qu'il soit applicable. Elle devrait examiner la question de savoir si le fait que la nationalité d'un individu n'est pas effective est un motif d'objection à une réclamation par n'importe quel autre État ou s'il appartient seulement à l'État qui entre-

tient avec l'individu en question le lien le plus important de faire valoir qu'il n'existe pas de lien authentique avec l'État requérant. Au paragraphe 109 de son rapport, le Rapporteur spécial fait observer à juste titre que certains passages de l'arrêt *Nottebohm* appuient la théorie du critère relatif – à savoir l'idée que seul l'État ayant les liens les plus étroits peut faire valoir qu'il n'existe pas de lien authentique entre l'individu et l'État requérant. Mais dans d'autres passages, le critère du lien effectif ou authentique est décrit de manière plus générale.

36. L'affaire de la *Barcelona Traction* concernait une entreprise et non un individu, mais la CIJ a néanmoins renvoyé au critère établi dans l'arrêt *Nottebohm*. Bien qu'elle n'ait pas explicitement approuvé ce critère, la Cour a examiné s'il s'appliquait dans le cas du Canada et a conclu qu'il existait des liens suffisants entre la *Barcelona Traction* et le Canada, mais elle n'a pas comparé ces liens avec ceux que cette entreprise entretenait avec l'Espagne, où elle avait des filiales, ou avec la Belgique, où la société qui détenait des parts de la *Barcelona Traction* était considérée comme une entreprise nationale.

37. Outre qu'il est étayé par ces arrêts de la CIJ, le critère absolu semble également préférable pour des raisons de politique. La protection diplomatique est fondée sur l'idée que l'État de la nationalité est spécialement atteint par le dommage causé ou susceptible d'être causé à un individu. Ce n'est pas une institution conçue pour permettre à des États de présenter des réclamations au nom d'individus, même si elle peut servir à protéger les droits de l'homme, plus exactement ceux des nationaux de l'État. L'existence d'un lien authentique est un motif d'objection qu'un État peut faire valoir s'il le souhaite, qu'il existe ou non un lien plus fort avec cet État lui-même. S'il n'y a pas de lien authentique, l'État de la nationalité n'est pas spécialement atteint. On en revient alors à l'arrêt *Nottebohm* et, plus précisément, au membre de phrase cité par le Rapporteur spécial au paragraphe 106 de son rapport : « Conférée par un État, elle [la nationalité] ne lui donne titre à l'exercice de la protection vis-à-vis d'un autre État que si elle est la traduction en termes juridiques de l'attachement de l'individu considéré à l'État qui en a fait son national. » [voir p. 23].

38. En ce qui concerne l'article 8, il existe peut-être d'autres facteurs que la nationalité à prendre en compte dans certaines circonstances particulières, et le cas des réfugiés et des apatrides mérite certainement d'être soigneusement examiné. Il faudrait voir si l'on peut établir un parallèle avec la nationalité lorsqu'il est question de la résidence habituelle. Toutefois, la Commission n'ira pas très loin si elle admet le droit d'exercer la protection diplomatique, parce qu'un réfugié ou un apatride a généralement subi un préjudice de la part de l'État de résidence, et cet État n'interviendra probablement pas. Il s'agit plutôt de protéger les droits de l'homme et d'essayer d'établir si d'autres États que l'État de résidence sont habilités à présenter une réclamation.

39. M. KAMTO, se référant à l'observation de M. Gaja concernant la possibilité d'utiliser la protection diplomatique pour protéger les droits de l'homme, demande si un fait internationalement illicite peut à lui seul déclencher la protection diplomatique ou s'il suffit d'un acte qui serait simplement susceptible d'être internationalement illicite.

40. M. GAJA dit que les avis sont quelque peu partagés sur ce point. Il pense quant à lui que la protection diplomatique devrait être associée à un fait internationalement illicite et que l'on pourrait aussi envisager une action préventive pour empêcher un fait illicite d'être commis. D'autres estiment que la protection diplomatique ne peut être exercée que lorsqu'un fait internationalement illicite a eu lieu.

41. M. ECONOMIDES dit que l'article 5 est très proche de l'article 3 et donne une définition du national plutôt que de l'État de la nationalité. Les critères d'octroi de la nationalité qui y sont énoncés – naissance, ascendance ou naturalisation – sont pertinents et généralement admis. Un seul de ces critères suffit pour considérer qu'il existe un lien effectif entre l'État de la nationalité et son national, même si ce dernier réside habituellement dans un autre État. M. Economides ne partage pas l'opinion exprimée au paragraphe 117 du rapport selon laquelle le critère de lien effectif proposé dans l'affaire *Nottebohm* érode sérieusement la doctrine classique de la protection diplomatique. Au contraire, dès l'instant où un individu a la nationalité d'un État, sur la base de l'un des critères en question, cet État a la possibilité d'exercer la protection diplomatique.

42. Le Rapporteur spécial fait observer, au paragraphe 104 du rapport, que la nationalité n'est pas reconnue dans le cas de naturalisation forcée. Cette observation est pertinente, mais ne tient pas compte, semble-t-il, de la succession d'États, institution qui confère à l'État successeur le droit d'attribuer sa nationalité massivement et de manière autoritaire, notamment aux personnes qui possèdent la nationalité de l'État prédécesseur et qui résident habituellement sur le territoire de l'État objet de la succession. C'est une exception importante et reconnue par le droit international à la règle de la naturalisation volontaire.

43. Il faudrait éviter d'employer en français les mots « objet de la protection » en raison de leur connotation péjorative. L'expression « naturalisation de bonne foi » n'est pas non plus très heureuse : il vaudrait mieux parler de naturalisation « valide ».

44. L'article 6, sur la double nationalité, innove considérablement. La règle en la matière est celle qui est établie par la Convention de La Haye de 1930 qui dispose qu'un État ne peut exercer sa protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux à l'encontre d'un État dont celui-ci est aussi le national. L'article 6 autorise l'État de la nationalité la plus effective ou la plus dominante à exercer la protection diplomatique à l'encontre d'un autre État. La modification importante proposée par le Rapporteur spécial est-elle justifiée ? M. Economides pense comme MM. Herdocia Sacasa et Lukashuk que non. Premièrement, elle va à l'encontre du principe de l'égalité souveraine des États et permet une ingérence dans les affaires intérieures de l'État requis à propos d'une personne qui possède légalement sa nationalité. Deuxièmement, il sera difficile de distinguer la nationalité dominante de la nationalité non dominante ou moins dominante. Troisièmement, les cas dans lesquels un État de nationalité se dresse contre un autre État de nationalité dans l'exercice de la protection diplomatique en faveur d'une personne possédant la double nationalité ne sont pas très fréquents. Enfin, la double nationalité confère un certain nombre d'avantages à ceux qui la possèdent. Pourquoi n'en subiraient-ils pas également les inconvénients ?

45. L'article 7 innove également par rapport à l'article 5 de la Convention de La Haye de 1930 qui permet à un État tiers d'appliquer la théorie de la nationalité dominante. Il précise qu'un État de nationalité peut exercer la protection diplomatique au profit d'un individu possédant deux ou plusieurs nationalités à l'encontre d'un État tiers. Cette innovation est acceptable étant donné qu'elle implique une relation juridique normale entre un État de nationalité agissant dans l'intérêt de son ressortissant et un État tiers auquel est attribué un fait internationalement illicite aux dépens de ce ressortissant. L'idée de l'exercice conjoint de la protection diplomatique par deux ou plusieurs États de nationalité est également acceptable, dans la mesure où ces États n'appliquent pas la solution de la nationalité exclusive. Néanmoins, il faudrait prévoir, dans l'article 7 ou dans le commentaire, la possibilité que deux États de nationalité exercent leur protection diplomatique simultanément mais séparément à l'encontre d'un État tiers au profit d'un binational. En pareil cas, l'État tiers devrait pouvoir recourir à la solution traditionnelle, c'est-à-dire à l'application du principe de la nationalité dominante, pour débouter l'un des États requérants.

46. M. Economides approuve les idées générales énoncées dans l'article 8; toutefois, pour bénéficier de la protection diplomatique, les réfugiés devraient avoir obtenu le droit d'asile au préalable et devraient avoir résidé légalement sur le territoire de l'État requérant pendant une certaine période de temps, par exemple au moins cinq ans. Le lien effectif mentionné entre crochets n'est pas un critère pertinent dans le contexte de l'article 8.

47. M. MOMTAZ remercie le Rapporteur spécial pour les informations utiles qu'il fournit dans son rapport et qui aideront sans aucun doute la Commission à mieux cerner un sujet très controversé. L'article 5 ne présente pas de problème majeur, mais il faudrait opérer une distinction plus nette entre la nationalité qui est accordée automatiquement, *jure soli* et *jure sanguinis* en vertu de la législation interne en vigueur, et la nationalité octroyée par naturalisation. Dans le premier cas, elle ne peut être contestée en raison de l'absence de lien effectif entre l'individu et l'État de la nationalité et M. Momtaz a donc quelque difficulté à accepter l'opinion contraire exprimée par les auteurs cités au paragraphe 112 du rapport. Il est vrai que, dans un certain nombre de cas, l'absence d'un tel lien enlève tout effet pratique à la nationalité accordée *jure soli* et *jure sanguinis*. C'est précisément la raison pour laquelle la législation adoptée récemment dans un certain nombre d'États stipule que l'individu dont la nationalité a été octroyée *jure soli* doit demander confirmation de sa nationalité aux autorités compétentes, confirmation qui dans certains cas est soumise à certaines conditions, dont l'existence d'un lien effectif. Dans le cas de la naturalisation en revanche, l'existence d'un lien effectif entre l'individu et l'État conférant la nationalité est primordiale. C'est dans ce cas seulement que l'on pourra parler de bonne foi ou que la naturalisation pourra être contestée au motif de la mauvaise foi.

48. L'article 6 soulève des difficultés. M. Momtaz sait gré au Rapporteur spécial d'avoir fait preuve d'honnêteté intellectuelle en présentant les deux écoles de pensée sur la double nationalité. Les efforts de codification qu'il passe en revue font apparaître une tendance nette en faveur de la règle de la non-responsabilité des États dans

les réclamations présentées par des doubles nationaux. Quant à la doctrine, elle est extrêmement divisée sur ce point, bien que des auteurs contemporains de renom cités au paragraphe 145 du rapport se soient prononcés en faveur de l'applicabilité de la protection diplomatique aux cas de double nationalité. Les décisions des tribunaux aussi font apparaître l'absence de consensus sur la question.

49. Le Rapporteur spécial se réfère à plusieurs reprises aux précédents établis par le Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran, qui a examiné un nombre impressionnant d'affaires impliquant des doubles nationaux et s'est prononcé nettement en faveur du principe de la nationalité dominante. Il faut cependant apprécier cette jurisprudence avec circonspection. L'accord d'Alger de 1981, mentionné au paragraphe 148, constitue en fait une déclaration du Gouvernement de la République algérienne démocratique et populaire sur le règlement du contentieux entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement de la République islamique d'Iran⁸. Cette déclaration avait pour objectif de résoudre les différends juridiques opposant des ressortissants des États-Unis et des ressortissants de l'Iran. Le Tribunal le relève d'ailleurs lui-même dans son arrêt relatif à l'affaire *Esfahanian*, la première d'une série fondée sur le principe de la nationalité dominante.

50. Le Rapporteur spécial se réfère au paragraphe 148 de son rapport à la particularité institutionnelle du Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran et cite un passage de cet arrêt dans lequel il est dit : « Il ne s'agit pas d'un exemple typique de protection diplomatique accordée à des nationaux ». On peut parfaire l'analyse en jetant un coup d'œil au paragraphe 3 de l'article III de la déclaration de 1981⁹ concernant le règlement des différends selon lequel les nationaux des deux États peuvent engager directement une action devant le Tribunal si le montant de la réclamation est supérieur à 250 000 dollars des États-Unis – comme ce fut le cas dans l'affaire *Esfahanian*. Il est intéressant de noter qu'en raison de sa nationalité iranienne, M. Esfahanian a pu devenir actionnaire, à des conditions extrêmement favorables, d'une société américaine opérant en Iran.

51. La question s'est posée à plusieurs reprises au Tribunal de savoir si en expropriant ses nationaux sans savoir qu'ils avaient la nationalité américaine, l'Iran avait commis un fait internationalement illicite. La même question s'était posée dans d'autres affaires. M. Momtaz précise que, selon la loi iranienne, seuls des nationaux iraniens ont le droit de posséder des biens immobiliers. Autrement dit, les personnes possédant la double nationalité ont pu grâce à leur nationalité iranienne acquérir des biens immobiliers et des actions.

52. Pour les réclamations inférieures à 250 000 dollars, l'article III de la déclaration précise qu'en pareil cas l'État de la nationalité peut prendre fait et cause pour son national. Dans ce genre d'affaire, la procédure engagée s'apparente davantage à la protection diplomatique. En conséquence, il serait peut-être préférable d'examiner la

jurisprudence du Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran de façon plus approfondie, plus particulièrement les réclamations portant sur des montants inférieurs à 250 000 dollars présentées par l'État ou les États du national concerné.

53. M. Momtaz a des doutes quant à la pertinence de la jurisprudence de ce tribunal. Il note à cet égard que le projet d'article 6 n'est pas conforme au droit international coutumier et il souscrit aux observations faites à ce sujet par MM. Economides, Herdocia Sacasa et Lukashuk.

54. L'article 7 va dans la bonne direction et l'article 8 est bienvenu. Le seul inconvénient qu'il présente est qu'il remet en cause dans une certaine mesure la fiction sous-jacente à l'institution de la protection diplomatique. M. Momtaz approuve l'argument avancé par le Rapporteur spécial au paragraphe 178 du rapport.

55. Enfin, M. Momtaz fait observer que, conformément à l'article 2 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, chaque État partie s'engage à respecter et à garantir à tous les individus se trouvant sur son territoire les droits reconnus dans cet instrument. Il va sans dire que cette disposition couvre également les réfugiés et les apatrides.

56. M. HE dit que, si l'article premier vise à définir l'expression « protection diplomatique » au sens qui lui est donné en droit international et l'article 3 part de l'hypothèse que l'État de la nationalité a le droit d'exercer sa protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux lésé par le fait internationalement illicite d'un autre État, l'article 5, lui, établit le principe selon lequel c'est le lien de nationalité qui sert de base au droit à une protection de l'État. Il est un fait reconnu que chaque État a le droit de déterminer en vertu de ses propres lois quels sont ses nationaux. Néanmoins, les États doivent se conformer aux normes internationales pour octroyer leur nationalité. La naissance, l'ascendance et la naturalisation sont les liens généralement reconnus par le droit international, mais, dans le cas de la naturalisation, il faut qu'il y ait un lien authentique et effectif entre l'État et l'individu, non seulement dans le cas de la dualité ou de la pluralité de nationalités, mais aussi dans celui où l'individu n'a qu'une seule nationalité. La nationalité reconnue aux fins de la protection diplomatique doit avoir été conférée de bonne foi. La conclusion tirée au paragraphe 120 est donc logique et a bénéficié d'un large appui.

57. Toutefois, des questions pourraient encore se poser à propos de l'article 5. Il est dit au paragraphe 94 du rapport que le droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique repose sur le lien de nationalité qui le lie à l'individu lésé et ensuite que, « sauf circonstances extraordinaires », un État ne peut étendre sa protection à des non-nationaux ni prendre fait et cause pour eux. Deux questions se posent alors. Premièrement, le cas des apatrides et des réfugiés, dont l'article 8 prévoit qu'ils peuvent bénéficier de la protection diplomatique, fait-il partie des « circonstances extraordinaires » ? M. He ne le pense pas car la protection diplomatique ne peut être exercée de manière discrétionnaire par un État qu'au profit de ses propres nationaux. Deuxièmement, un État peut-il, en vertu d'un accord international, être investi du droit de représenter un autre État et d'agir au nom des nationaux de cet État ? C'est une question à laquelle on ne peut

⁸ Voir *Revue générale de droit international public* (Paris), t. LXXXV, 1981, p. 139.

⁹ Voir ILM, vol. XX, n° 1, janvier 1981, p. 231.

répondre sans procéder d'abord à une analyse plus poussée. Des éclaircissements s'imposent sur ces deux points.

58. Une autre question à envisager est celle de savoir si la protection diplomatique peut englober d'autres formes de protection que les réclamations puisque l'article 2, sur le recours à la force, doit être supprimé. On a fait valoir que la protection diplomatique est par nature une procédure internationale consistant pour un État à demander à un autre État d'exécuter les obligations qu'il a envers lui. Dans son rapport préliminaire, le précédent rapporteur spécial a aussi estimé qu'en principe l'État conserve le choix des moyens d'action pour défendre ses nationaux, mais ne peut pas avoir recours à la menace ou à l'emploi de la force dans l'exercice de la protection diplomatique. Il conviendrait donc d'examiner plus avant la question de savoir si d'autres formes de protection peuvent être disponibles.

59. L'article 6 énonce le principe selon lequel, dans les cas de double nationalité, c'est l'État avec lequel l'individu concerné a les liens juridiques ou autres les plus forts et les plus authentiques qui a le droit de présenter une réclamation. Bien que les avis soient partagés sur ce point, la majorité des auteurs appuient le principe de la nationalité dominante dans les affaires impliquant des doubles nationaux. Les mots clefs concernant la nationalité à l'article 6 sont « dominante ou effective », et un certain nombre de facteurs tirés de la jurisprudence du Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran sont cités au paragraphe 153 du rapport. Tous ces facteurs peuvent être pris en compte pour déterminer le caractère effectif du lien rattachant l'individu à l'État de nationalité. La mise en évidence de ces facteurs contribuerait considérablement à la mise en œuvre de l'article 6 et le Tribunal devrait se montrer prudent dans l'application du principe de la nationalité dominante en établissant un équilibre entre tous les facteurs pertinents de façon à résoudre cette difficile question de manière satisfaisante.

60. Le paragraphe 2 de l'article 7 n'est pas contestable en principe mais il vaudrait mieux citer un cas précis à l'appui de son application. L'article 8, comme l'a dit le Rapporteur spécial, relève davantage du développement progressif que de la codification du droit. En règle générale, la protection diplomatique est limitée aux nationaux. Bien que les instruments relatifs aux droits de l'homme accordent aux apatrides et aux réfugiés une certaine protection, la plupart des États n'entendent pas étendre la protection diplomatique à ces deux groupes. L'accent a été mis dans un certain nombre de décisions judiciaires sur le fait qu'un État ne peut pas commettre un fait internationalement illicite à l'encontre d'un apatride et, par conséquent, aucun État n'est habilité à intervenir ou à présenter une réclamation en sa faveur. Il ressort clairement de la Convention relative au statut des réfugiés que la délivrance de documents de voyage ne donne au détenteur de ces documents aucun droit à la protection des autorités diplomatiques et consulaires du pays de délivrance et ne confère pas non plus à ces autorités un droit de protection. La Convention sur la réduction des cas d'apatridie ne dit rien de la protection. En dépit de l'évolution récente de la situation au cours des dernières années en matière de protection des réfugiés et des apatrides, le moment ne semble pas être encore venu d'aborder la question de la protection diplomatique de ces personnes.

61. M. KAMTO note que deux facteurs déclenchent la protection diplomatique : un fait internationalement illicite et le lien de nationalité. Il est donc tout à fait compréhensible que le Rapporteur spécial prenne comme point de départ de ses travaux, qui impliquent des recherches impressionnantes, le lien de nationalité qui doit exister entre le bénéficiaire de la protection diplomatique et l'État qui exerce cette protection. Mais il n'appartient pas à la Commission d'examiner dans le cadre de la codification de la protection diplomatique la question de la nationalité ou les méthodes d'acquisition de la nationalité. M. Kamto partage totalement le point de vue de M. Gaja à cet égard. Il faut laisser aux États le soin de régler cette question car elle est régie par la législation nationale et, de toute évidence, le principe de la souveraineté des États est pleinement applicable.

62. M. Kamto ne sait pas très bien s'il faut conserver l'article 5 et, si tel est le cas, sous quelle forme. Si on le conserve, il faudrait le reformuler comme suit : « Aux fins de la protection diplomatique des personnes physiques, l'État de la nationalité est l'État dont l'individu a ou a acquis la nationalité ». Ce serait ensuite à la législation nationale d'expliquer comment l'individu peut acquérir cette nationalité. Mais ce n'est satisfaisant qu'à première vue, parce que les autres hypothèses envisagées, notamment par M. Herdocia Sacasa, ne sont pas totalement couvertes par cette définition. M. He a évoqué la situation d'un État qui, sur la base d'un accord, serait amené à promouvoir les intérêts d'un autre État dans un autre pays. Mais si le Rapporteur spécial veut écarter ce cas, alors peut-être devrait-il aussi expliquer dans ses commentaires dans quelle mesure cela n'entre pas dans le champ de la protection diplomatique et indiquer clairement qu'il l'exclut. Si l'on doit maintenir une partie quelconque de l'article 5, il faudrait, de l'avis de M. Kamto, en reformuler le texte dans le sens qu'il a suggéré.

63. En ce qui concerne le critère du lien effectif, on ne peut pas écarter totalement la jurisprudence établie par l'arrêt *Nottebohm*. M. Momtaz a parlé de la protection diplomatique relativement aux personnes morales, mais on peut aussi le voir pour les personnes physiques. Dans certains cas, il faudra encore se reporter à ce critère du lien effectif pour déterminer si un autre État peut exercer la protection diplomatique. Du reste, le Rapporteur spécial a lui-même réintroduit la notion de lien effectif en parlant de la nationalité dominante. Par quoi la nationalité dominante est-elle déterminée si ce n'est par le lien effectif ? En conséquence, compte tenu de l'arrêt *Nottebohm*, il faudrait nuancer le critère du lien effectif sans toutefois l'écarter complètement.

64. S'agissant de l'article 6, il faudrait peut-être maintenir la notion de nationalité dominante. Il s'agit de savoir si l'État de la nationalité dominante peut exercer la protection diplomatique à l'encontre de l'État de la nationalité « faible ». L'État de la nationalité dominante a-t-il le droit de le faire ? Le Rapporteur spécial doit éclaircir ce point.

65. M. Kamto n'a pas d'objection à formuler à l'article 7, et l'article 8 est très intéressant parce qu'il a trait au développement progressif du droit international, auquel il est favorable. Le Rapporteur spécial a tenté d'avancer des arguments beaucoup plus solides pour

l'article 8 que pour certains de ceux qui le précèdent. M. Kamto est personnellement favorable au maintien de l'idée de lien effectif, parce que l'avancée est suffisamment importante pour qu'on l'entoure d'un certain nombre de précautions. On ne peut pas aussi facilement exercer la protection diplomatique au profit de réfugiés sans prévoir un certain nombre de conditions extrêmement précises, dont le lien effectif. M. Kamto pencherait même pour l'inclusion dans le projet d'articles, ou du moins dans le commentaire, de l'idée exprimée par M. Economides, à savoir qu'il doit s'écouler un certain laps de temps avant que cette protection puisse être exercée. Naturellement, la Commission est consciente de la dimension humanitaire de l'article 8. Mais on ne peut pas au nom précisément de la protection des droits des réfugiés, et donc de la défense du droit humanitaire ou des droits de l'homme, omettre d'établir un certain nombre de conditions, d'autant plus que l'on bouscule ainsi une notion suffisamment établie.

66. Reste la question, plus importante, de savoir si, dans le cas de réfugiés, l'État d'accueil peut exercer la protection diplomatique à l'encontre de l'État de la nationalité du réfugié. Au paragraphe 184 de son rapport, le Rapporteur spécial fait observer à juste titre qu'il ne serait pas bon que l'État d'accueil accorde sa protection diplomatique au réfugié lorsque celui-ci a fui pour éviter les persécutions. De l'avis de M. Kamto, l'idée que, quelles que soient les circonstances envisagées, l'État d'accueil ne peut pas exercer sa protection diplomatique au profit d'un réfugié à l'encontre de l'État de la nationalité du réfugié devrait figurer non seulement dans le commentaire mais aussi dans l'article 8 lui-même. Cela dit, il se pose alors la question de l'objet de la protection diplomatique, et M. Kamto a du mal à imaginer en pareil cas que la protection diplomatique puisse être exercée à l'encontre d'un État autre que l'État de la nationalité, c'est-à-dire l'État que le réfugié a fui – à moins que l'on considère que le réfugié en question est par exemple un homme d'affaires qui pourrait exercer partout dans le monde à partir de l'État d'accueil. D'une part, la situation des réfugiés est généralement réputée temporaire et, d'autre part, les réfugiés sont soumis à un certain nombre de restrictions qui ne leur permettent pas de travailler ailleurs ou de bénéficier d'une telle protection. De ce fait, bien que l'idée constitue sans aucun doute une avancée juridique, il faudrait mieux l'illustrer et, si elle devait être conservée, faire ressortir clairement de l'article 8 que cette protection ne peut être exercée à l'encontre de l'État de la nationalité du réfugié.

67. M. LUKASHUK dit qu'il a des doutes sur un point. Les bénéficiaires de la protection diplomatique sont des individus; or le projet d'articles ne fait pas mention des droits de l'individu. Lorsqu'un individu réside dans un autre État, c'est lui qui décide lequel de ses deux passeports il présentera. Autrement dit, il détermine déjà son statut. A-t-il le droit de le faire? L'individu a-t-il le droit de refuser la protection diplomatique d'un État donné? M. Lukashuk n'en est pas certain, mais il lui semble qu'il faudrait prêter attention aux droits de l'individu.

La séance est levée à 12 h 45.

2626^e SÉANCE

Mercredi 24 mai 2000, à 10 heures

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Candiotti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Sreenivasa Rao, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Tomka.

Protection diplomatique (suite) [A/CN.4/506 et Add.1¹]

[Point 6 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. M. GALICKI note que, dans son premier rapport (A/CN.4/506 et Add.1), le Rapporteur spécial fait reposer le droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique sur le lien de nationalité entre l'individu lésé et l'État. Cette conception semble justifiée, puisqu'elle rend compte de manière assez claire et dans une grande mesure exhaustive de l'effet de l'institution de la nationalité des individus sur la portée et l'étendue concrète de la protection diplomatique.

2. À l'article 5, le Rapporteur spécial définit, aux fins de la protection diplomatique, le sens de l'expression « État de nationalité » en relation directe avec les modes d'acquisition de sa nationalité par l'individu objet de la protection. Trois modes d'acquisition sont mentionnés, à savoir la naissance, l'ascendance et la naturalisation de bonne foi, dont le Rapporteur spécial indique au paragraphe 101 de son rapport qu'il s'agit de « liens généralement reconnus par le droit international ». Il a été proposé lors du débat de faire figurer à l'article 5 d'autres facteurs de rattachement reconnus par le droit international général, par exemple la résidence habituelle, mais M. Galicki estime qu'il ne faut pas ajouter d'autres liens à ceux énumérés à l'article 5. En réalité, il y a beaucoup d'autres modes d'acquisition de la nationalité. Cela est particulièrement vrai de la naturalisation, à propos de laquelle la doctrine distingue entre naturalisation involontaire et naturalisation volontaire, et selon que la nationalité a été acquise par adoption, légitimation, reconnaissance, mariage ou autrement. La naturalisation elle-même, même limitée par le Rapporteur spécial à la naturalisation de bonne foi, demeure une notion très large, qui revêt des

¹ Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

formes différentes en fonction de différents motifs. Parmi ces derniers, la résidence habituelle joue souvent un rôle important, bien que généralement associé à d'autres facteurs de rattachement. Par exemple, dans la Convention européenne sur la nationalité, au paragraphe 4 de l'article 6, qui concerne les catégories de personnes auxquelles les États parties facilitent dans leur droit interne l'acquisition de leur nationalité, trois des catégories sur les sept mentionnées sont liées à la résidence légale et habituelle. Toutefois, pour M. Galicki, si l'on met de côté la situation exceptionnelle prévue au projet d'article 8, en aucun cas la résidence habituelle ne peut remplacer le lien de nationalité comme facteur de rattachement nécessaire de la personne lésée à un État habilité à exercer à son profit la protection diplomatique.

3. Pour ce qui est du terme « naturalisation », le Rapporteur spécial utilise un qualificatif précis, à savoir « de bonne foi ». Comme l'a fait observer M. Simma à la séance précédente, l'expression « de bonne foi » doit être examinée plus avant. Le Rapporteur spécial lui-même admet que le droit international ne reconnaît pas la naturalisation dans toutes les circonstances. Il donne des exemples de naturalisations frauduleuses et de naturalisations conférées de manière discriminatoire, de naturalisations forcées et de naturalisations en l'absence de tout lien quel qu'il soit. Ces exemples de naturalisations « de mauvaise foi » n'épuisent pas bien entendu la liste des situations dans lesquelles le refus de reconnaître la naturalisation peut être justifié. Un tel refus peut tenir à la mauvaise foi de l'État concerné ou à celle de l'individu en cause. Par exemple, la Convention européenne sur la nationalité prévoit même, en son article 7 (par. 1, al. b), la perte de la nationalité en cas d'« acquisition de la nationalité de l'État partie à la suite d'une conduite frauduleuse, par fausse information ou par dissimulation d'un fait pertinent de la part du requérant ». Toutefois, bien qu'une naturalisation de mauvaise foi soit possible, il est à noter que, comme indiqué au paragraphe 105 du rapport, « on présume néanmoins que l'État est de bonne foi ». Il semble à cet égard qu'il n'y ait pas vraiment de raison de limiter cette présomption de bonne foi exclusivement aux États et qu'elle devrait s'étendre aux individus.

4. Bien que l'exigence de la bonne foi ne figure à l'article 5 qu'en ce qui concerne la naturalisation, M. Galicki peut difficilement souscrire à l'opinion exprimée par M. Momtaz, à savoir qu'il est impossible de contester la nationalité acquise sur la base du *jus soli* ou du *jus sanguinis*. Si tel était le cas, la raison d'être de l'article 6 serait sérieusement compromise. On se souviendra que, là encore, l'article 7 (par. 1, al. e) de la Convention européenne sur la nationalité prévoit la possibilité de perte de la nationalité en cas d'« absence de tout lien effectif entre l'État partie et un ressortissant qui réside habituellement à l'étranger ».

5. Pour conclure sur l'article 5, M. Galicki dit que la proposition faite par M. Kamto d'abrégier cet article afin qu'il se termine après le mot « nationalité » et ne mentionne pas de modes d'acquisition de la nationalité n'est pas sans mérite. Compte tenu des divergences d'opinion exprimées lors du débat au cours duquel l'absence de certains modes d'acquisition de la nationalité – comme, par exemple, le rapatriement – a été critiquée, cette solution de compromis semble la meilleure. Un libellé plus concis et condensé de l'article 5 suffirait pour exprimer le lien nécessaire entre la

nationalité de l'individu lésé et le droit de l'État de la nationalité d'exercer sa protection diplomatique au profit de cet individu.

6. En ce qui concerne l'article 6, qui traite du problème beaucoup plus complexe de la pluralité de nationalités au regard du droit d'exercer la protection diplomatique, le Rapporteur spécial est prêt à reconnaître à un État dont la personne lésée a la nationalité le droit d'exercer sa protection diplomatique à l'encontre d'un autre État dont cette personne a aussi la nationalité. La condition à remplir à cette fin est que la nationalité de l'État qui exerce la protection doit être la nationalité dominante ou effective. Il n'a pas été facile de parvenir à cette conclusion, car le point de départ de l'analyse, l'article 4 de la Convention de La Haye de 1930, est assez décourageant en ce qu'il dispose : « Un État ne peut exercer sa protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux à l'encontre d'un État dont celui-ci est aussi le national ». Même aujourd'hui, ce principe conserve des partisans.

7. Néanmoins, comme l'a montré le Rapporteur spécial, en même temps que le principe de la nationalité dominante ou effective voyait le jour, l'approche de la question de l'exercice de la protection diplomatique au profit de personnes ayant une double nationalité ou une pluralité de nationalités a considérablement évolué. Le Rapporteur spécial donne beaucoup d'exemples, principalement des décisions judiciaires, qui vont de l'affaire *Nottebohm* à la jurisprudence du Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran, d'application du principe de la nationalité dominante ou effective dans des cas de double nationalité. Il en conclut, au paragraphe 160 de son rapport, que « le principe contenu à l'article 6 rend correctement compte de l'état actuel du droit international coutumier et est conforme à l'évolution du droit international relatif aux droits de l'homme, qui accorde une protection juridique même à l'encontre de l'État dont les intéressés sont ressortissants ». La situation semble cependant n'être pas aussi simple. Premièrement, « l'évolution du droit international des droits de l'homme » a exclusivement son origine, jusqu'à présent, dans des dispositions conventionnelles, et elle est limitée puisque seuls sont concernés les États qui sont liés par ces dispositions et les droits et libertés qu'elles énoncent. En outre, le Rapporteur spécial admet honnêtement au paragraphe 146 de son rapport que les juristes sont divisés quant à l'applicabilité du principe de la nationalité dominante. Il donne beaucoup d'exemples, tirés de la pratique, d'États refusant d'exercer leur protection diplomatique au profit de leurs nationaux à l'encontre d'un autre État dont ceux-ci ont aussi la nationalité, et cite l'avis consultatif rendu par la CIJ dans l'affaire de la *Réparation*, dans lequel la pratique des États consistant à ne pas protéger leurs nationaux contre un autre État de nationalité est qualifiée de « pratique généralement suivie » [voir p. 16].

8. Le Rapporteur spécial indique que la Convention européenne sur la nationalité ne prend pas parti sur cette question. Cela est exact, mais il faut savoir que le projet de convention tel qu'il était rédigé en 1995 contenait une disposition spéciale prévoyant la possibilité pour l'État de nationalité d'exercer sa protection diplomatique au profit d'une personne donnée à l'encontre d'un autre État dont la même personne avait aussi la nationalité pour des motifs humanitaires ou des motifs similaires. Toutefois,

devant les vives critiques et l'opposition vigoureuse exprimées par de nombreux États, y compris la Pologne, cette disposition a été finalement supprimée du texte final de la Convention. Il faut aussi se souvenir que, bien que la pluralité de nationalités soit aujourd'hui mieux tolérée par les États qu'il y a 30 ou 50 ans, beaucoup d'États consacrent néanmoins dans leur droit interne la règle exprimée à l'article 3 de la Convention de La Haye de 1930, à savoir qu'« un individu possédant deux ou plusieurs nationalités pourra être considéré, par chacun des États dont il a la nationalité, comme son ressortissant », et il semble que même aujourd'hui les États ne soient pas vraiment désireux de renoncer à ce droit.

9. Pour conclure ses observations concernant l'article 6, M. Galicki dit qu'il lui semble nécessaire de souligner que l'application du principe de la nationalité dominante ou effective peut être applicable dans les cas de double nationalité lorsque la protection diplomatique est exercée par l'un des États dont la personne concernée a la nationalité à l'encontre d'un État tiers. Toutefois, s'agissant de l'application de ce principe contre un autre État dont l'intéressé a aussi la nationalité, il semble que la codification d'une telle règle n'est pas suffisamment justifiée par l'état actuel du droit international coutumier. D'autre part, si l'on veut envisager le projet d'article 6 dans le cadre du développement progressif du droit international, il semble alors que la possibilité pour un État de nationalité d'exercer sa protection diplomatique à l'encontre d'un autre État de nationalité devrait être fonction non du critère de la nationalité dominante, qui serait celle de l'État qui veut exercer sa protection, mais plutôt de l'absence de lien authentique et effectif entre l'intéressé et l'autre État dont il a la nationalité.

10. Pour ce qui est de l'article 7, qui concerne la protection diplomatique exercée au profit d'une personne ayant une double nationalité ou une pluralité de nationalités à l'encontre d'États tiers, M. Galicki dit qu'il le laisse quelque peu perplexe. En effet, le Rapporteur spécial semble rejeter dans cet article le principe de la nationalité dominante ou effective qu'il s'est efforcé d'appliquer dans l'article 6. Au paragraphe 173 de son rapport, il reconnaît que l'État requis a le droit d'émettre des objections lorsque la nationalité de l'État requérant a été acquise de mauvaise foi. Pour M. Galicki, ce lien de la nationalité acquise de bonne foi ne saurait remplacer totalement le principe de la nationalité dominante ou effective tel que celui-ci est formulé à l'article 5 de la Convention de la Haye de 1930 et confirmé par une jurisprudence postérieure, y compris l'arrêt de la CIJ dans l'affaire *Nottebohm*. Bien entendu, le problème se pose de savoir s'il faut donner à la notion de bonne foi une interprétation large ou restrictive. Par exemple, nécessite-t-elle un lien effectif ? Dans le texte même de l'article 7, le Rapporteur spécial adopte une approche purement formelle de la nationalité, sans se préoccuper de l'existence d'un lien effectif entre la personne concernée et les États en cause. Sur ce point, M. Galicki estime que, si l'on peut laisser de côté le principe de la nationalité dominante, il faudrait néanmoins insérer à l'article 7 une disposition de sauvegarde empêchant que cet article puisse être utilisé par les États pour exercer leur protection diplomatique au profit d'une personne ayant plusieurs nationalités en l'absence de lien effectif avec cette personne.

11. Enfin, M. Galicki appuie pleinement l'article 8 proposé qui, comme l'ont fait observer de nombreux membres de la Commission, a deux mérites incontestables. Premièrement, il reflète la tendance des normes juridiques internationales à s'humaniser et à tenir compte du facteur humanitaire. Deuxièmement, il montre de manière exemplaire comment la Commission peut le moment venu et dans un domaine approprié s'acquitter d'une de ses fonctions majeures, à savoir développer progressivement le droit international. Cet article 8 devra certes être affiné, mais cela n'enlève rien à sa valeur.

12. M. KABATSI, après avoir rendu hommage à l'énorme travail, dont atteste le nombre de décisions de jurisprudence et d'ouvrages cités en notes, qu'a accompli le Rapporteur spécial pour élaborer les projets d'articles qu'il propose, dit que, d'une manière générale, l'article 5 ne lui pose pas de problème, même s'il estime que le Rapporteur spécial a pris des risques inutiles et s'expose à des critiques en développant trop la notion de nationalité. En effet, il n'est pas nécessaire de savoir comment la nationalité a été acquise ni de se pencher sur sa validité aux fins de l'article 5. L'article 5 fait naturellement suite à l'article premier sur le champ d'application de la protection diplomatique et à l'article 3 sur le droit de l'État d'exercer la protection diplomatique au profit de ses nationaux. Il n'est pas contesté que, sous réserve des limites fixées par le droit international, il appartient à chaque État de déterminer qui sont ses nationaux en vertu de son droit interne. Normalement, on présume toujours, lorsqu'un État déclare qu'un individu a sa nationalité, que cet individu a bien la nationalité de cet État. Cela signifie que l'État n'a pas à prouver que cette nationalité est valide pour exercer sa protection diplomatique. C'est à l'État requis, comme l'indique le Rapporteur spécial au paragraphe 118 de son rapport, de prouver que la nationalité n'est pas valide pour des raisons comme celles indiquées au paragraphe 104 du rapport, auxquelles on peut ajouter la naturalisation en violation des dispositions du droit interne de l'État requérant. Si le principe énoncé à l'article 5 est qu'aux fins de la protection diplomatique des personnes physiques l'État de la nationalité est l'État dont l'individu objet de la protection a la nationalité, pourquoi y porter atteinte en indiquant les circonstances dans lesquelles la validité de la nationalité peut être contestée ? Il semble qu'on s'aventure là dans le domaine des règles primaires alors que le sujet est censé relever des règles secondaires. Sur ce point, M. Kabatsi pense, comme certains membres de la Commission, qu'il ne faut pas mentionner les modes d'acquisition de la nationalité à l'article 5.

13. En ce qui concerne l'article 6, M. Kabatsi est satisfait du texte proposé, malgré le principe traditionnel de non-responsabilité de l'État vis-à-vis de ses nationaux, pour les raisons données par le Rapporteur spécial dans son rapport. Même si, comme ce dernier l'indique au paragraphe 153, la détermination de la nationalité effective ou dominante peut poser problème, cette détermination n'en est pas moins possible. En pratique, entre deux États dont l'individu concerné est le national, la question de la nationalité effective ou dominante l'emportera si l'appréciation de la force respective des liens est manifestement en faveur de l'État qui revendique l'individu comme son national. Ainsi qu'il ressort du paragraphe 158 du rapport, ce n'est pas une question qui doit être

réglée, positivement ou négativement. Tout doute concernant l'existence d'un lien de nationalité effective ou dominante entre l'État requérant et l'État requis doit être tranché en faveur de l'État requis. Il s'agit d'une disposition très utile *de lege ferenda* et M. Kabatsi y est favorable.

14. Il approuve également le projet d'article 7, qui ne lui pose aucun problème, ainsi que le projet d'article 8, ce d'autant plus que l'ancien article 4 a été supprimé, une suppression qu'il a approuvée en son temps. Il n'approuverait pas l'article 8 si la protection diplomatique devait être considérée comme un droit de l'individu opposable à l'État qui le protège, car il imposerait alors une obligation supplémentaire aux États d'asile ou d'accueil s'agissant des réfugiés et apatrides. Mais, comme l'exercice de la protection diplomatique relève du pouvoir discrétionnaire de l'État, cette disposition n'impose pas de charge supplémentaire à l'État vis-à-vis des réfugiés et apatrides pouvant se trouver sur son territoire. Il s'agit d'une disposition relevant des droits de l'homme qui est utile en ce qu'elle prévoit une protection pour des personnes qui, de toute façon, sont en situation précaire. Il est très tentant de rejeter ce projet d'article au motif qu'il ne relèverait pas du sujet tel que celui-ci est circonscrit aux articles 1 et 3, et peut-être 5, mais puisqu'il trouve des appuis en doctrine et dans certaines conventions et répond à des motifs humanitaires, il consacre un développement progressif du droit qui est justifié. Il y a probablement une troisième catégorie de personnes qui pourraient être protégées au titre de cet article, en particulier si le principe de la résidence habituelle défendu par certains en ce qui concerne l'article 5 est acceptable, à savoir les personnes qui ne sont ni des réfugiés ni des apatrides proprement dit mais sont des résidents habituels, ayant éventuellement le statut de résident permanent, de l'État d'accueil. Cet État devrait pouvoir exercer sa protection diplomatique à leur profit, spécialement lorsque, pour diverses raisons, l'État de leur nationalité nominale n'est pas en mesure de le faire, ce bien entendu à l'encontre des États tiers. Peut-être serait-ce pousser trop loin le développement progressif du droit, mais cela vaut la peine d'y réfléchir.

15. M. KATEKA déclare faire sienne la philosophie sous-jacente à l'article 5, qui repose sur une application libérale, dans l'intérêt des individus, du principe du lien effectif énoncé dans l'affaire *Nottebohm*. Il reste qu'il faudrait se garder de toute disposition ouverte qui risquerait de prêter à des interprétations erronées, et poser au contraire des critères précis, en évitant par exemple celui, vague, de « tout autre lien de rattachement reconnu par le droit international ». Quant au critère de la « résidence habituelle » que certains membres de la Commission suggèrent d'ajouter, il ne serait pertinent que si la résidence habituelle résulte du libre choix et de la volonté de l'intéressé. Or, tel n'est pas toujours le cas, et la Commission se doit d'agir là avec circonspection.

16. L'article 6 codifie le principe de la nationalité dominante ou effective dans les cas de dualité ou de pluralité de nationalités. Il s'agit d'un principe controversé qui divise les publicistes et les tribunaux internationaux. Le fait que l'État de la nationalité active puisse exercer sa protection diplomatique à l'encontre de l'État de la nationalité inactive saperait le principe de l'égalité des États. Il conviendrait donc de revoir l'article 6 afin d'éviter tout litige entre États dont l'intéressé est un national.

17. L'article 8 relève du développement progressif du droit international et assurément s'écarte de la sagesse traditionnelle qui réserve l'exercice de la protection diplomatique à l'État de nationalité. La question a été posée à ce propos de savoir si une personne qui satisfait au critère de la résidence habituelle pourrait bénéficier de la protection diplomatique. La réponse donnée a été que, si l'intéressé est un apatride ou un réfugié, il revient au pays d'accueil d'exercer cette protection. Mais, dans la réalité, ce n'est pas aussi simple. Par exemple, la République-Unie de Tanzanie a accueilli près d'un million de réfugiés venus de pays voisins. Certains de ces réfugiés y résident depuis plus de 30 ans, tout en conservant, du point de vue technique, la nationalité de leur pays d'origine, même s'ils n'ont plus de contact d'ordre pratique avec lui. Le HCR assure leur protection, au sens de la Convention relative au statut des réfugiés. Si l'article 8 était adopté tel que proposé, la République-Unie de Tanzanie serait appelée à exercer sa protection diplomatique en faveur de réfugiés qui ont leur résidence habituelle sur son territoire. Il est tout à fait légitime de se demander en l'occurrence si le pays d'accueil doit supporter cette charge supplémentaire, lui qui souffre déjà du manque d'assistance de la part de la communauté internationale. M. Kateka ne souscrit pas à l'argument selon lequel l'article 8 prévoit que l'exercice de la protection diplomatique est laissé à la discrétion de l'État. De même, l'idée émise qu'un État tiers pourrait exercer au profit de réfugiés et d'apatrides sa protection diplomatique à l'encontre de l'État d'accueil en cas de fait internationalement illicite va, à son avis, beaucoup trop loin. Si jamais il y a violation par ce dernier d'une obligation *erga omnes*, c'est au HCR, en tant que puissance « protectrice », qu'il reviendrait de régler le problème avec le gouvernement du pays considéré. De fait, si une organisation internationale peut exercer une protection fonctionnelle en faveur de son personnel, il n'y a aucune raison pour que l'ONU ou le HCR ne puisse le faire à l'égard des réfugiés qui sont sous leur « protection ». Cela allégerait le fardeau des États d'accueil, qui sont pour la plupart des pays en développement et qui doivent faire face à des problèmes aigus qui touchent non seulement à la vie économique, mais encore à l'environnement et à l'ordre public. Aussi M. Kateka prie-t-il instamment la Commission de faire preuve sur ce point de prudence.

18. M. HAFNER déclare souscrire en général à la démarche adoptée par le Rapporteur spécial pour couvrir les situations visées dans les articles 5 à 8 qu'il propose.

19. L'article 5, outre qu'il appelle sans doute des modifications de forme, pose un autre problème, déjà évoqué : celui de la « naturalisation de bonne foi ». Le critère de bonne foi est un critère subjectif, extrêmement difficile à appliquer. Il ne convient certainement pas dans le présent contexte, pas plus que la notion de nationalité effective, qui restreindrait le droit d'un État d'exercer sa protection diplomatique – ce qui serait contraire à l'objectif recherché, à savoir l'intérêt bien compris des personnes concernées. C'est pourquoi M. Hafner se rallierait volontiers à la proposition de M. Kamto tendant à supprimer à l'article 5 les mots « par sa naissance, son ascendance ou par une naturalisation de bonne foi ». Mais, à titre de compromis entre la position de M. Kamto et celle du Rapporteur spécial, il suggère de conserver les critères utiles du *jus soli* et du *jus sanguinis*, et aussi celui de la naturalisation

assorti de la clause « conformément au droit international » – étant entendu que la naturalisation recouvre tous les autres modes d'acquisition de la nationalité autres que les deux premiers cités.

20. L'article 6 concerne un cas particulier dans le contexte de la disposition de l'article 7, et devrait donc suivre celui-ci au lieu de le précéder. Il soulève un problème de forme, qui tient à l'absence de définition du mot « préjudice », auquel le Comité de rédaction devra probablement s'attaquer. Face à la mondialisation et à la libre circulation des personnes à travers les frontières, il importe de définir avec précision les conditions dans lesquelles le droit visé dans cet article peut être exercé. Deux critères sont envisagés, celui de la nationalité dominante et celui de la nationalité effective. La question est de savoir s'ils sont différents ou synonymes. La jurisprudence semble partir de l'hypothèse qu'ils sont équivalents. Mais si, comme il a été proposé, la conjonction « et » est incorporée entre les adjectifs « dominante » et « effective », cela signifierait que la notion de nationalité dominante est différente de celle de nationalité effective. Cela irait à l'encontre de la jurisprudence et altérerait le droit d'un État d'exercer sa protection diplomatique. Personnellement, M. Hafner préfère la notion de nationalité dominante, car elle suppose que l'un des deux liens de nationalité est plus puissant que l'autre. En revanche, l'expression « nationalité effective » donne à penser qu'aucun des liens de nationalité ne suffirait à asseoir le droit d'un État d'exercer sa protection diplomatique, puisque aussi bien l'on pourrait soutenir, dans le cas d'une personne possédant deux nationalités par exemple, qu'aucun des liens de nationalité n'est effectif. Il s'ensuivrait alors qu'aucun État ne pourrait exercer sa protection diplomatique.

21. Passant à l'article 7, M. Hafner note que le paragraphe 1 ne fait que reprendre la teneur de l'article 5 et qu'il n'apporte rien de plus. Quant au paragraphe 2, il soulève la question de savoir non seulement s'il est des cas dans lesquels il peut s'appliquer dans la pratique mais aussi s'il existe un lien entre ces exercices de la protection diplomatique. Par exemple, si un État de nationalité renonce à exercer sa protection diplomatique ou s'il se satisfait de la réponse de l'État requis, cela a-t-il un effet sur l'autre ou les autres États de nationalité susceptibles d'exercer leur protection diplomatique ? La protection diplomatique ne se prête pas à un exercice conjoint, et il n'est pas vraiment nécessaire de prévoir ce cas particulier.

22. En ce qui concerne la règle énoncée à l'article 8, M. Hafner convient qu'elle relève du développement progressif du droit international et souscrit à l'objectif qu'elle vise. Il reste que le problème est épineux et qu'il faudrait, pour plus de commodité, distinguer le cas des apatrides de celui des réfugiés – qui sont deux cas différents. S'agissant des réfugiés, par exemple la condition posée, à savoir la résidence légale sur le territoire de l'État requérant, est-elle pertinente ? M. Hafner pense, à l'instar d'autres membres de la Commission, que c'est l'État qui a octroyé le statut de réfugié qui devrait être habilité à exercer sa protection diplomatique, et non l'État de résidence. En effet, à supposer qu'un État membre de l'Union européenne, conformément à la politique générale suivie par celle-ci, accorde le droit d'asile à une personne ou lui reconnaît le statut de réfugié, cette personne jouirait du droit de résider légalement dans un autre pays de l'Union

européenne. Point n'est besoin en ce cas de transférer à l'État où l'intéressé a sa résidence légale le droit d'exercer sa protection diplomatique : celle-ci devrait l'être par l'État qui a reconnu à l'intéressé le statut de réfugié. Il en irait bien sûr différemment si le critère du lien dominant ou du lien effectif venait s'ajouter, à titre de critère supplémentaire, à celui de la résidence habituelle légale. En effet, il peut se trouver – et cela s'est produit – que des personnes installées dans un autre pays où elles ont acquis le statut de réfugié retournent dans leur pays d'origine une fois la situation dans celui-ci assainie. Dans ce cas, c'est l'État d'origine qui seul devrait être habilité à exercer sa protection diplomatique. Ce problème doit être envisagé dans le cadre du projet d'articles dans une disposition distincte. Enfin, il faudrait également envisager le cas où le réfugié a subi un dommage avant de quitter son pays d'origine.

23. M. SIMMA, se référant à l'analyse de M. Hafner concernant l'article 8 et à l'hypothèse qu'il a avancée, fait observer qu'il est très fréquent qu'une personne ayant acquis le statut de réfugié dans le premier pays membre de l'Union européenne dans lequel elle est entrée s'installe dans un autre pays membre et y réside pendant de longues années. Au cas où elle aurait besoin d'une protection diplomatique, le droit de l'exercer devrait-il être limité, comme M. Hafner le suggère, au pays sur le territoire duquel elle est entrée en premier, pays avec lequel elle n'aurait peut-être plus de lien effectif ?

24. M. HAFNER convient qu'il serait certes raisonnable que, dans le cas évoqué par M. Simma, ce soit l'État de la résidence légale qui soit habilité à exercer sa protection diplomatique. Mais le problème est de déterminer le moment à partir duquel ce droit devrait lui être reconnu : de combien d'années de résidence le réfugié devrait-il justifier pour que l'État de résidence ait précisément le droit d'exercer à son endroit sa protection diplomatique ? Le problème est insurmontable, et c'est ce qui a amené M. Hafner à envisager d'octroyer le droit d'exercer la protection diplomatique à l'État qui a accordé le statut de réfugié, par analogie avec l'État de nationalité. Il est entendu que ce droit est seulement un droit, et non une obligation. L'État en question peut toujours refuser de l'exercer au cas où cela constituerait une charge pour lui, au sens où M. Kateka l'a expliqué.

25. M. KUSUMA-ATMADJA se demande à son tour si le sujet à l'étude est bien celui de la protection diplomatique ou celui de la nationalité, qu'il s'agisse de nationalité unique, de double nationalité ou encore de pluralité de nationalités.

26. En l'occurrence, le problème, s'il est peut-être facile de le résoudre dans un cadre régional bien intégré comme celui de l'Union européenne, par exemple, l'est moins dans un cadre régional faiblement intégré comme celui de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est, et encore moins à l'échelle mondiale dans le cadre d'une communauté internationale faite d'États souverains. La solution consisterait peut-être, comme déjà proposé, à circonscrire soigneusement le champ d'application de la protection diplomatique, en se fondant sur la théorie classique du droit de la nationalité.

27. M. Kusuma-Atmadja se déclare persuadé que le Rapporteur spécial prendra, à l'occasion de ses travaux futurs, dûment note des observations faites.

28. M. KAMTO dit que le compromis proposé à l'article 5 est surprenant car on ne voit pas pourquoi il faudrait y indiquer certains modes d'acquisition de la nationalité et pas d'autres. Il serait donc préférable de supprimer le membre de phrase « par sa naissance, son ascendance ou par une naturalisation de bonne foi », et de le remplacer par la formule proposée par M. Hafner avec l'ajout des mots « conformément au droit international ».

29. En ce qui concerne le projet d'article 8, M. Hafner a eu raison de dire, comme d'autres membres, qu'il fallait distinguer la question des apatrides de celle des réfugiés. Mais l'exemple de l'Union européenne qu'il a donné n'est guère convaincant dans la mesure où les règles qui y régissent la circulation des personnes ne sont plus les mêmes que dans le reste du monde. N'importe quel pays membre de l'Union européenne où résiderait un titulaire d'un passeport d'un État Schengen ayant le statut de réfugié au sens de la Convention relative au statut des réfugiés pourrait accorder à celui-ci la protection diplomatique. En revanche, la proposition selon laquelle l'État qui a accordé le statut de réfugié serait habilité à offrir la protection diplomatique semble bonne dans la mesure où, au moins, cette proposition créerait un lien qui ne serait pas seulement factuel mais aussi juridique. L'État en question aurait ainsi entendu reconnaître un statut spécifique aux réfugiés.

30. Enfin, M. Kamto partage la préoccupation légitime exprimée par M. Kateka dans ses dernières observations au sujet des pays qui accueillent beaucoup de réfugiés. La bonne réponse juridique serait de stipuler que la protection diplomatique n'est pas une obligation internationale mais un droit subjectif de l'État, que celui-ci est libre d'exercer ou non.

31. M. CRAWFORD fait observer que, dans le cadre de la protection fonctionnelle, il semble raisonnable d'accorder ou de reconnaître à un État qui a octroyé le statut de réfugié le droit d'exercer la protection diplomatique au regard des pertes subies après l'octroi de ce statut. Cette restriction lui paraît intrinsèque au débat; cela signifie que, s'agissant d'événements antérieurs à l'octroi du statut, la protection diplomatique serait totalement exclue. Et pourtant, au risque de paraître rétrograde, il éprouve une certaine réticence à aller même jusque-là.

32. En effet, dans le domaine de la protection des réfugiés, le mieux peut être l'ennemi du bien. Si un État en arrivait à penser qu'accorder le statut de réfugié est une sorte de premier pas vers l'octroi de la nationalité et que tout exercice de la protection diplomatique revient en fait à déclarer à l'individu concerné que l'octroi du statut de réfugié entraîne celui de la nationalité, cela aurait un nouvel effet dissuasif sur l'octroi du statut de réfugié. Or, pour M. Crawford, le statut de réfugié au sens classique du terme est une arme extrêmement importante dans la protection des individus contre la persécution ou une crainte fondée de persécution. Si la Commission chargeait trop la barque, les graves difficultés que l'on éprouve déjà à maintenir le système classique risqueraient de devenir pires encore.

33. M. GAJA, à propos du projet d'article 6, se range parmi les membres qui préfèrent le mot « dominante » au mot « effective » car il s'agit ici de comparer les liens respectifs qu'entretient un individu avec tel ou tel État. Pour autant, les raisons qui ont été données de ce choix ne lui paraissent pas entièrement acceptables. La nationalité acquise par la naissance peut très bien être la nationalité effective. Tout dépend du sens que l'on donne au mot « effective ». Le sentiment dominant des membres, semble-t-il, est qu'on devrait l'utiliser dans un sens qui ne permettrait à l'État de nationalité d'exercer la protection diplomatique que dans des cas extrêmes.

34. Le Rapporteur spécial et M. Hafner sont enclins à donner le sens le plus large possible à la notion de protection diplomatique parce que cela répond à l'intérêt de l'individu. Il convient d'éclaircir le champ d'application du projet d'articles, qui n'a pas encore été défini. Il s'agit de savoir si la protection diplomatique s'inscrit seulement dans le cadre des règles relatives au traitement des étrangers ou si elle englobe aussi la protection des droits de l'homme en général et, dans ce dernier cas, si pour exercer cette protection l'État de nationalité a la possibilité de faire valoir des réclamations que d'autres États ne sont pas habilités à présenter. C'est là le fond de la question. Dans la négative, le lien de nationalité perd tout son sens et l'on n'a pas besoin d'élargir la notion de protection diplomatique. Dans l'affirmative, on revient à la situation d'avant la seconde guerre mondiale, lorsque les États ne visaient qu'à protéger les droits de leurs ressortissants.

35. M. SIMMA, se référant aux observations formulées sur le projet d'article 8, où l'on distingue les tenants de l'interprétation selon laquelle la protection diplomatique est un pouvoir discrétionnaire et non une obligation de l'État et ceux qui voient se dessiner dans les débats une tendance à transformer un droit de l'État en un droit de l'individu, estime qu'un équilibre doit être trouvé entre les travaux concernant la protection diplomatique et ceux touchant la responsabilité des États. La défense des droits individuels peut en effet être envisagée dans le cadre du sujet de la responsabilité des États.

36. S'agissant du projet d'article 5, la proposition de M. Kamto de mettre un point après les mots « a acquis la nationalité » semble rencontrer l'agrément de nombreux membres. Cependant, l'expression « conformément au droit international », qu'il est aussi proposé d'ajouter, est toujours associée, dans la pratique de la Commission, à quelque chose que font les États. Ainsi, dans le cadre des travaux sur la nationalité en relation avec la succession d'États, on a dit que les États peuvent octroyer la nationalité « conformément au droit international »². En déclarant qu'un individu acquiert une nationalité « conformément au droit international », on risque de donner l'impression qu'en choisissant la mauvaise nationalité cet individu pourrait enfreindre le droit international. Il faut donc se montrer très prudent dans le choix des termes employés.

37. M. ECONOMIDES estime qu'il faut écarter du champ d'application de l'article 8 les réfugiés économi-

² Voir le paragraphe 2 du commentaire de l'article 3, *Annuaire...* 1999, vol. II (2^e partie), par. 48, p. 28.

ques qui travaillent dans un pays étranger mais conservent avec leur propre pays des relations tout à fait normales. L'État de nationalité est en mesure d'exercer dans leur cas la protection diplomatique si cela s'avère nécessaire. Selon lui, l'article 8 s'applique aux réfugiés politiques. À la différence du réfugié économique, le réfugié politique n'a plus aucune relation avec son pays d'origine et ne recherche pas sa protection. Il a donc besoin de la protection d'un autre pays. Pour en bénéficier, il ne suffit pas qu'il réside dans le pays qui exerce la protection diplomatique. Il devrait en outre avoir été reconnu légalement comme réfugié au sens de la Convention relative au statut des réfugiés par l'État sur le territoire duquel il réside. Cette solution est un peu plus restrictive que celle qui est prévue dans le projet d'article 8 mais, pour M. Economides, ces deux conditions devraient être exigées.

38. M. GALICKI se dit satisfait, d'une manière générale, du projet d'article 8, dont il note le caractère humanitaire. Mais, pour lui, la raison d'être juridique de cet article n'a aucun rapport avec les droits de l'homme. Son objet est de traiter le cas où un individu donné, dans une situation donnée, se trouve privé de la possibilité de demander la protection diplomatique. À l'apatride qui ne peut se tourner vers aucun État, ou au réfugié qui ne peut s'adresser à l'État dont il est ressortissant, le projet d'article 8 offre un substitut de l'État de nationalité aux fins de la protection diplomatique. Il n'y a là aucune concurrence ni confusion avec la protection des droits de l'homme. Ce projet d'article se situe sur un tout autre plan.

39. M. KAMTO a été sensible à l'argument présenté par M. Crawford, dont le point de vue n'a rien de rétrograde. Mais la situation des réfugiés est par essence une situation temporaire, et elle doit le rester. Si les réfugiés politiques peuvent effectivement demeurer des réfugiés aussi longtemps que le régime qui les a chassés est en place, on peut penser que les autres catégories de réfugiés – pas les réfugiés économiques, qui n'entrent pas dans le sujet et sont une catégorie contestée, mais ceux qui ont été déplacés à la suite de guerres ou de catastrophes – rentreront rapidement chez eux. Ils gardent la nationalité de leur pays. Concrètement, le séjour du réfugié à l'étranger dure de deux à cinq ans environ en moyenne, et même si cela durait plus longtemps, le temps seul ne devrait pas emporter de conséquences juridiques sans la volonté de l'État d'accueil. La protection que lui confère le statut de réfugié est suffisante en attendant qu'à son retour il puisse éventuellement demander la protection diplomatique. Toujours est-il que la remarque de M. Crawford mérite d'être prise en considération dans l'examen futur de ce projet d'article.

40. M. SIMMA fait observer que le mot « réfugié », dans le projet d'article 8, ne peut en aucune façon être interprété comme englobant ce que M. Economides a appelé des réfugiés économiques et ne désigne que les réfugiés au sens de la Convention relative au statut des réfugiés et le Protocole s'y rapportant. L'expression « réfugié économique » est à éviter car elle n'est pas à proprement parler juridique.

41. M. MOMTAZ se dit extrêmement sensible aux préoccupations de M. Kateka car son pays, la République islamique d'Iran, est d'après les statistiques du HCR celui qui accueille actuellement le plus grand nombre de réfugiés, mais il ne les partage pas cependant dans la mesure où le

projet d'article 8 accorde simplement un droit à l'État et ne lui fait aucune obligation. L'État d'accueil reste libre d'accorder ou non sa protection diplomatique aux personnes qui s'y réfugient.

42. À côté des réfugiés politiques et des réfugiés économiques dont il a été question, il existe une troisième catégorie de réfugiés, qui rassemble ceux qui ont été déplacés par des conflits armés et des catastrophes naturelles. Peut-être faudrait-il réfléchir davantage à ce que M. Economides a proposé, c'est-à-dire n'accorder la protection diplomatique dans le cadre de l'article 8 qu'aux personnes ayant obtenu le statut de réfugié en tant que tel, que ce soit pour des raisons politiques ou non.

43. M. HAFNER précise tout d'abord que la notion d'intérêt de l'individu transcende celle de droits de l'homme. Comme M. Simma, il pense que la notion de réfugié économique n'a aucune réalité et que c'est une contradiction dans les termes. Le mot « réfugié » doit être utilisé dans le sens que lui donnent les conventions internationales pertinentes.

44. Quant à l'argument de M. Crawford, il a ses mérites, mais le problème est de déterminer précisément à partir de quel moment la résidence est légale. D'autre part, si l'on n'accorde le droit d'exercer la protection diplomatique qu'à l'État où le réfugié réside légalement, on prive celui-ci du droit de jouir de la protection diplomatique d'un autre État. Or les cas dans lesquels l'individu serait lésé se produiraient certainement le plus souvent dans le pays où il a sa résidence légale, parce que c'est là qu'il est censé passer le plus clair de son temps. Si l'on donnait à cet État seulement le droit d'exercer la protection diplomatique, il ne serait certainement pas habilité à l'exercer contre lui-même. Un autre État devrait donc avoir la possibilité d'exercer cette protection diplomatique et ce serait certainement l'État qui, en premier lieu, a octroyé le statut de réfugié. La question, on le voit, est complexe et justifie que l'on distingue la situation des apatrides de celle des réfugiés en leur consacrant deux paragraphes – voire deux articles – séparés.

45. M. SEPÚLVEDA, se proposant de faire des observations générales sur tous les projets d'articles présentés, dit que le Rapporteur spécial a réussi à systématiser avec talent une série de concepts juridiques qui permettront de définir la nature et le champ d'application de la protection diplomatique dans le monde contemporain. Dans ce domaine, la Commission peut contribuer à conférer crédibilité et respectabilité à un processus qui, en Amérique latine, a suscité beaucoup d'hostilité. Cet antagonisme est le produit de près de deux siècles d'expériences amères où interventions armées et pressions de toutes sortes ont abouti à une déformation du sens même de la protection diplomatique. L'occasion s'offre aujourd'hui d'établir sur des bases différentes des principes qui, négociés d'un commun accord, serviront à satisfaire les intérêts de tous les États. Préférant ne pas se prononcer à ce stade sur l'opportunité d'un chapitre consacré aux définitions, M. Sepúlveda pense qu'il est impératif de déterminer d'abord le champ d'application de la protection diplomatique et propose de retenir à ce sujet un certain nombre de critères essentiels.

46. Tout d'abord, il faut considérer la protection diplomatique comme une procédure – et non pas une mesure ni une action – qui serait adoptée par un État à l'égard d'un autre État, en excluant ainsi les procédures qu'une personne privée pourrait engager vis-à-vis d'un État dans le cas, par exemple, où il existe un accord en matière d'investissement ou de commerce pour soumettre les litiges à l'arbitrage international. Cette protection trouve son origine dans un acte ou une omission constituant un fait internationalement illicite. Cela signifie qu'elle s'exerce dans les cas où il y a violation par un État de ses obligations internationales. Elle suppose également l'existence d'un dommage causé à la personne ou aux biens d'un étranger et d'un lien de causalité entre le dommage subi et le fait internationalement illicite ou l'omission. Il s'agit là du principe d'imputabilité ou d'attribution qui peut déclencher la procédure de la protection diplomatique. Pour que le dommage soit imputable à l'État, il est indispensable qu'il existe un déni de justice, c'est-à-dire qu'il n'y ait plus de possibilités d'obtenir réparation ou satisfaction de l'État auquel le fait est imputable. Une fois que tous les recours administratifs ou judiciaires internes ont été épuisés, et si le dommage produit par la transgression de l'obligation internationale n'a pas été réparé, l'on pourra engager la procédure de la protection diplomatique. L'exercice de cette procédure revêt un caractère particulier en ce que l'État de la nationalité est détenteur d'un pouvoir discrétionnaire qui n'engendre pas une obligation automatique et inéluctable en droit international. Par ailleurs, il est préférable que le projet d'articles se réfère essentiellement au traitement des nationaux et plus particulièrement des personnes physiques. Il semble en effet souhaitable d'écarter les personnes morales au vu des difficultés évidentes qu'entraînerait la détermination de leur nationalité : celle-ci pourrait être celle de l'État du siège, ou de l'enregistrement, celle des actionnaires ou peut-être même encore celle du centre principal de décision. Enfin, la protection diplomatique ne doit comprendre en aucun cas le recours ou la menace du recours à la force. L'on ne peut employer que des moyens pacifiques pour obtenir réparation du dommage causé à une personne privée étrangère qui serait victime d'un fait internationalement illicite et se tournerait vers l'État de sa nationalité pour lui demander la protection diplomatique une fois tous les autres recours disponibles épuisés.

47. En conséquence, l'article 2 devrait être entièrement réécrit car, dans le cadre de la protection diplomatique, l'interdiction du recours à la force devrait être catégorique et n'admettre aucune exception. M. Sepúlveda rappelle que l'interprétation trop généreuse du paragraphe 4 de l'Article 2 et de l'Article 51 de la Charte des Nations Unies a donné lieu à de nombreux abus de pouvoir et que les faits ont souvent prouvé, a posteriori, que la légitime défense avait été invoquée à tort. Dans un article de ce type, lorsque la vie ou la sécurité des ressortissants d'un État sont menacées, il serait plus raisonnable de prévoir que la communauté internationale pourrait prendre, collectivement, des mesures efficaces que d'autoriser un recours unilatéral à la force.

48. La question centrale soulevée par l'article 3 est celle de savoir qui est le titulaire des droits revendiqués lorsque l'État de la nationalité rend un autre État responsable des dommages causés à l'un de ses nationaux. Il ne faut pas oublier que c'est l'individu – et non l'État – qui subit le

dommage et qu'il a à sa disposition d'autres voies de recours que la protection diplomatique pour obtenir réparation. Il peut non seulement porter l'affaire devant une instance judiciaire ou un tribunal administratif interne, mais peut aussi s'adresser à un tribunal arbitral international ou à un organe de protection des droits de l'homme selon la nature du litige et le préjudice subi. L'État qui présente une réclamation en son nom n'a en fait qu'une fonction supplétive et non un droit exclusif ou absolu. De surcroît, il exerce cette fonction de manière discrétionnaire et il n'existe pas de corrélation automatique et nécessaire entre le dommage causé au national et la protection diplomatique. L'article 3 pose du reste un problème de formulation : lorsqu'on dit que « l'État de nationalité a le droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'un de ses nationaux *lésé** par un autre État », il faut se souvenir qu'à l'article premier il est prévu que le préjudice en question doit résulter d'« un fait ou [d']une omission internationalement illicite imputable au deuxième État ». Si la condition *sine qua non* pour exercer le droit de protection diplomatique est que le préjudice subi découle d'un fait internationalement illicite, il faudrait peut-être le préciser aussi dans l'article 3, ou dans un chapitre consacré aux définitions.

49. L'article 4 soulève plusieurs questions importantes et, tout d'abord, celle de savoir si l'État a véritablement « l'obligation juridique » d'exercer la protection diplomatique comme le prévoit le paragraphe 1. Certes, un État a le devoir moral de protéger les intérêts de ses nationaux, tant sur son propre territoire qu'à l'étranger, mais il s'agit plutôt que d'une obligation juridique au sens strict du terme d'une obligation politique dont la portée peut donc être limitée. Présenter la protection diplomatique comme un moyen de réagir en cas de violation grave d'une norme de *jus cogens* n'est peut-être pas non plus une très bonne idée. De telles violations appelleraient plutôt l'adoption, par la communauté des États, de mesures coercitives au titre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Enfin, l'article 4 contient un si grand nombre d'exceptions et de clauses de sauvegarde qu'il en devient inapplicable dans la pratique.

50. En ce qui concerne l'article 5, M. Sepúlveda propose d'en modifier la fin comme suit : « l'État de la nationalité est l'État qui a accordé sa nationalité à la personne qu'il entend protéger sur la base de son lieu de naissance, de la nationalité de l'un ou l'autre de ses parents ou d'une naturalisation effective », et insiste sur l'expression « de l'un ou l'autre de ses parents » car les législations varient à cet égard. Il semble en effet justifié d'établir comme condition préalable pour qu'un État exerce la protection diplomatique que cet État ait reconnu effectivement que la personne à protéger possède sa nationalité. En cas de naturalisation, l'État n'acceptera d'exercer la protection diplomatique que si le requérant a avec lui un lien authentique et effectif.

51. Le problème posé par l'article 6 est complexe car beaucoup d'États laissent à leurs ressortissants leur nationalité d'origine – et considèrent qu'ils ne peuvent la perdre – même lorsque ceux-ci acquièrent par la suite une autre nationalité, ce qui sous-entendrait que l'État d'origine (le premier État de nationalité) conserve dans tous les cas la faculté d'exercer sa protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux à l'encontre de l'État dont ce

national a acquis la nationalité (le deuxième État de nationalité). Il vaudrait mieux s'en tenir à cet égard au principe énoncé à l'article 4 de la Convention de La Haye de 1930, selon lequel « un État ne peut exercer sa protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux à l'encontre d'un État dont celui-ci est aussi le national ». Il n'est pas légitime que, par le biais de la protection diplomatique, un double national puisse exercer (ou faire exercer) un recours à l'encontre d'un pays auquel il doit loyauté et fidélité.

52. Enfin, une autre question essentielle sur laquelle il faudra revenir est celle du déni de justice, qui présente une très grande importance dans le cadre de la protection diplomatique.

53. M. Sepúlveda a apprécié que le Rapporteur spécial se soit référé, dans son rapport, aux travaux des deux grands juristes latino-américains que sont García Amador et Orrego Vicuña, mais il tient à signaler que plusieurs autres auteurs latino-américains ont aussi écrit sur le sujet de la protection diplomatique; outre l'incontournable Carlos Calvo, il pense notamment à Podestá Costa, Jiménez de Aréchaga et César Sepúlveda. Il se fera un plaisir de remettre au Rapporteur spécial une bibliographie pertinente.

54. M. LUKASHUK reste préoccupé par le fait que le projet d'articles ne contient aucune disposition relative aux droits du citoyen ou du national. Certes, le droit d'exercer la protection diplomatique est un droit de l'État et non de l'individu. Mais, à force de parler de l'individu comme étant « l'objet » de la protection, on finira par établir malgré soi des analogies avec des conventions comme celles relatives à la protection des oiseaux migrateurs ou d'autres espèces menacées. Ainsi que l'a souligné M. Simma, il faudrait, dans ce projet, établir un équilibre entre les droits de l'État, d'une part, et ceux du citoyen, d'autre part. Dans cette optique, M. Lukashuk suggérerait d'introduire dans le projet trois dispositions qui pourraient s'énoncer comme suit : premièrement, « le citoyen a le droit de demander à un État dont il est ressortissant de lui octroyer la protection diplomatique »; deuxièmement, « le citoyen a le droit de refuser la protection diplomatique d'un État dont il a la citoyenneté »; et troisièmement, « toute personne possédant la nationalité de deux ou plusieurs États a le droit, pendant son séjour sur le territoire d'un État tiers, d'émettre un avis lorsqu'il s'agit de déclarer quelle est sa nationalité effective. Cet avis doit être pris en considération par l'État tiers ». Ces dispositions ne constituent peut-être pas une avancée très remarquable sur le plan du développement progressif du droit, mais elles correspondent à une réalité concrète et devraient être bien accueillies par les États.

55. M. HERDOCIA SACASA, revenant sur les commentaires de M. Sepúlveda, dit que la question de l'épuisement des recours internes (ou du déni de justice) est en effet très importante. Il faut tenir compte du fait que les voies et procédures de recours internes sont très différentes selon les pays; il ne faudrait pas faire de la protection diplomatique un mécanisme automatique au risque d'empiéter sur les prérogatives des États à cet égard et de porter atteinte à leur souveraineté.

56. Il partage entièrement l'avis de M. Sepúlveda sur la nécessité d'exclure catégoriquement et dans tous les cas le recours ou la menace du recours à la force. La Commission doit s'efforcer, par un travail de codification, de renforcer la crédibilité du principe de la protection diplomatique, parfois controversé, mais elle doit aussi établir clairement que le droit de protection diplomatique ne doit être exercé que par des moyens pacifiques. Il conviendrait de l'énoncer expressément dans un article.

57. M. GOCO note que la question du déni de justice que M. Sepúlveda a évoquée est particulièrement épineuse dans le contexte de la protection diplomatique. Comme l'a souligné M. Herdocia Sacasa, chaque tribunal a ses propres règles de procédure, ses propres critères de recevabilité, etc., et lorsqu'un État considère qu'un de ses ressortissants a été victime d'un déni de justice, la partie adverse (l'État qui est en face) peut avoir une opinion totalement différente. Comment trancher en pareil cas ?

58. Certes, les dénis de justice sont très fréquents et il faudrait à cet égard établir une norme internationale minimale, une norme morale qui devrait être observée par toutes les sociétés civilisées en ce qui concerne les droits de la défense, mais, pour les besoins du sujet à l'examen, la Commission devrait commencer à raisonner à partir du moment où les recours internes à la disposition du national lésé ont déjà été épuisés. Chercher à remonter plus haut l'entraînerait forcément hors du cadre de son mandat.

59. M. DUGARD (Rapporteur spécial) remercie chaleureusement M. Sepúlveda de sa proposition de lui communiquer une bibliographie d'auteurs latino-américains qui lui sera certainement très utile. En ce qui concerne le problème du déni de justice, il fait humblement remarquer que cette question est du domaine des règles primaires. Si la Commission s'engageait dans l'étude d'un tel sujet, il lui faudrait probablement plusieurs décennies pour en venir à bout. Il se contentera donc d'examiner plus avant la question de l'épuisement des recours internes qui est déjà en soi suffisamment épineuse.

60. M. TOMKA rappelle que la principale raison pour laquelle la Commission n'est pas parvenue, dans les années 1950 et 1960, à codifier les règles de la responsabilité des États est que le Rapporteur spécial s'était trop concentré sur la question du « traitement des étrangers ». Il souhaiterait que, dans le cadre de l'étude de la protection diplomatique, la Commission ne bute pas à nouveau sur le problème des droits et obligations des États vis-à-vis des étrangers et renonce à étudier le déni de justice, qui constitue à l'évidence une règle primaire.

61. M. ROSENSTOCK partage entièrement l'avis de M. Tomka. La Commission a décidé de ne pas s'aventurer sur le terrain des règles primaires et doit s'en tenir à cette décision. Le problème du déni de justice n'a pas à être abordé dans le cadre du sujet à l'examen.

62. Les articles 5 à 8 lui semblent globalement satisfaisants et il se contentera donc de faire quelques brèves remarques. L'expression « naturalisation de bonne foi » utilisée à l'article 5 est effectivement discutable et l'on pourrait peut-être supprimer carrément le dernier membre de phrase après les mots « a acquis la nationalité »; on peut en effet se demander si l'énumération qui suit ne complice pas les choses au lieu de les éclairer. La remar-

que de M. Brownlie sur la nécessité de tenir compte des réalités du monde contemporain en donnant davantage d'importance au lieu de résidence lui semble pertinente, mais les préoccupations exprimées par M. Kateka méritent également d'être prises en considération : il ne faut pas ajouter encore à la charge pesant sur les pays d'accueil qui pourraient être découragés d'accorder l'asile aux réfugiés.

63. L'article 6 correspond bien aux préoccupations du monde moderne, où l'accent est mis de plus en plus sur l'individu, comme en témoignent, par exemple, les efforts actuels pour éliminer les conséquences de l'apatridie. L'approche adoptée par le Rapporteur spécial dans cet article concorde aussi avec la jurisprudence internationale récente.

64. L'article 7 ne lui pose aucun problème et pourrait être renvoyé directement au Comité de rédaction. M. Rosenstock partage toutefois l'avis des membres qui ont suggéré d'inverser l'ordre des articles 6 et 7. Les paragraphes 175 et suivants du rapport contiennent des arguments très convaincants en faveur de l'article 8, qui devrait lui aussi être renvoyé au Comité de rédaction.

65. M. Rosenstock attend avec impatience les prochains rapports du Rapporteur spécial, qu'il invite à ne pas réagir de manière trop pavlovienne aux notions de violation d'une norme de *jus cogens* ou violation d'une obligation *erga omnes*. Ces deux questions risquent d'entraîner la Commission hors de son sujet et de donner lieu à des affrontements inutiles.

La séance est levée à 13 heures.

2627^e SÉANCE

Jeudi 25 mai 2000, à 10 heures

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Candiotti, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Pambou-Tchivounda, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Tomka.

Protection diplomatique (*suite*) [A/CN.4/506 et Add.1¹]

[Point 6 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

1. M. TOMKA dit que l'article 5 est une définition de l'État de la nationalité. Une telle définition est en effet nécessaire dans la mesure où, aux termes de l'article 3, l'État de nationalité a le droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'un de ses nationaux lésé par un autre État. Mais l'endroit où elle est située dans le projet d'articles est inhabituel dans la mesure où une expression utilisée à l'article 3 n'est définie qu'à l'article 5. En réalité, l'article premier (Champ d'application) étant une tentative de définition de la protection diplomatique, il pourrait être utile, comme c'est d'ailleurs souvent le cas, de consacrer un article exclusivement à la définition des termes, immédiatement après l'article premier.

2. Si l'acquisition de la nationalité *jure sanguinis* ou *jure soli* ne devrait pas poser de problème particulier pour l'exercice de la protection diplomatique, il n'en va pas de même en cas d'acquisition de la nationalité par naturalisation. Le Rapporteur spécial fait remarquer, au paragraphe 104 de son premier rapport (A/CN.4/506 et Add.1), que le droit international ne reconnaît pas les naturalisations dans toutes les circonstances. En cas d'acquisition de la nationalité par naturalisation, comme il ressort du travail du Rapporteur spécial et pour la majorité des auteurs, il faut qu'il y ait un lien plus étroit entre l'intéressé et un État, généralement qualifié de « lien authentique ou effectif ». Toutefois, le Rapporteur spécial n'adopte pas cette position, en invoquant, au paragraphe 117 de son rapport, essentiellement le sort des millions de personnes qui seraient censément exclues du bénéfice de la protection diplomatique si l'exigence d'un lien authentique ou effectif, proposée par la CIJ dans l'affaire *Nottebohm*, était strictement appliquée, et en érodant ainsi la doctrine classique de la protection diplomatique.

3. M. Tomka n'est pas pleinement convaincu qu'à une époque marquée par la mondialisation et les migrations il existe des millions de personnes qui se sont éloignées de l'État de leur nationalité pour s'installer dans des États dont elles n'acquièrent jamais la nationalité. Si ces personnes n'ont jamais acquis la nationalité de l'État dans lequel elles se sont installées, l'article 5, qui exige une naturalisation de bonne foi, ne leur offre guère plus de protection, puisqu'elles ne se sont jamais naturalisées.

4. Malheureusement, le Rapporteur spécial n'a pas approfondi son argument au paragraphe 112, selon lequel il est difficile de limiter l'application du critère du lien effectif aux cas de naturalisation. Or, le critère du lien effectif a un rôle à jouer précisément en cas de naturalisation. Il est superflu d'en parler explicitement en cas de naturalisation *de jure sanguinis* ou *de jure soli*, puisque ces deux derniers principes comportent cette exigence, comme cela est généralement admis.

5. Plutôt que d'exiger un lien effectif dans les cas de naturalisation, le Rapporteur spécial a formulé l'exigence d'une naturalisation de bonne foi; celle-ci étant présumée, la charge de la preuve de la mauvaise foi pèse sur l'État défendeur. N'ayant connaissance d'aucune affaire dans laquelle un tribunal a estimé qu'un État souverain avait agi de mauvaise foi, M. Tomka dit qu'il serait reconnaissant au Rapporteur spécial de bien vouloir donner des exemples tirés de la jurisprudence internationale. Le Rap-

¹ Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

porteur spécial a lui-même admis, au paragraphe 108, que la CIJ s'est montrée peu encline à conclure à la mauvaise foi. Il serait donc injuste que la charge de la preuve de cette mauvaise foi incombe à l'État défendeur. Il serait préférable d'utiliser, à l'article 5, le terme « naturalisation valide », comme M. Economides l'a proposé (2625^e séance), et comme cela a été fait dans l'affaire *Flegenheimer* [voir p. 377] citée au paragraphe 111 du rapport, et d'expliquer ensuite dans le commentaire ce qu'il faut entendre par ce terme, c'est-à-dire une naturalisation conforme au droit international, répondant notamment au critère du lien effectif.

6. L'article 6 soulève lui aussi des questions intéressantes. Comme l'ont souligné M. Galicki et d'autres membres de la Commission, il s'écarte du droit international coutumier, sur lequel devrait reposer le travail sur le sujet. C'est également la conclusion formulée par l'Institut de droit international à sa session de 1965 à Varsovie : à cette occasion en effet, l'Institut a adopté une résolution prévoyant que l'État défendeur peut rejeter une réclamation internationale présentée par un État pour un dommage subi par une personne qui possède à la fois la nationalité de l'État demandeur et celle de l'État défendeur². Selon l'Institut, le tribunal saisi peut déclarer irrecevables de telles demandes. M. Galicki a utilement rappelé que les États membres du Conseil de l'Europe ont pris une position similaire lorsqu'ils ont adopté la Convention européenne sur la nationalité.

7. Il est paradoxal que le Rapporteur spécial rejette le critère du lien authentique ou effectif, dans ses commentaires sur l'article 5, pour introduire à l'article 6 la notion de nationalité effective. Si quelques pays, comme la Suisse et le Royaume-Uni, considèrent que la règle générale consiste à ne pas exercer leur protection diplomatique à l'égard de binationaux vis-à-vis de l'État de la seconde nationalité, et que cet exercice ne peut être qu'exceptionnel dans des circonstances particulières – dans le cas du Royaume-Uni, lorsque l'État défendeur considère la personne en question comme un national du Royaume-Uni et non comme son propre ressortissant (par. 156) –, il faudra en tenir compte dans la rédaction de l'article 6. Celui-ci devrait être rédigé à la forme négative et se lire comme suit : « L'État de nationalité ne peut pas exercer sa protection diplomatique à l'égard d'un national qui a subi un préjudice à l'encontre d'un État dont la victime du préjudice est également un national, à moins que l'intéressé n'ait été considéré par l'État défendeur comme un national de l'autre État [ou de l'État demandeur] ».

8. Pour ce qui est de l'article 7, il est inutile d'y mentionner expressément au paragraphe 1 « les critères énoncés à l'article 5 »; dans la version anglaise, il faudrait supprimer le terme *also*.

9. L'article 8, présenté comme une proposition *de lege ferenda*, doit être examiné avec attention. Dans le rapport de session de la Commission à l'Assemblée générale, il serait utile de solliciter les commentaires des États. Dans une certaine mesure, l'article 8 modifie la nature de la protection diplomatique, conçue en tant que droit appartenant à l'État, c'est-à-dire le droit de faire respecter, dans la per-

sonne de ses ressortissants, les règles du droit international. Le projet reconnaît le droit qu'à l'État de faire respecter le droit international vis-à-vis de ses non-nationaux.

10. M. AL-BAHARNA dit que l'article 5 prévoit que la nationalité de l'État doit être acquise par la naissance ou l'ascendance ou par naturalisation pour que l'État de la nationalité exerce sa protection diplomatique à l'égard d'une personne physique. Toutefois, la façon dont il est rédigé laisse penser que l'article est censé définir le terme « État de nationalité », alors qu'il n'en est rien. Au contraire, la Commission doit déterminer le fondement à partir duquel un individu peut solliciter la protection diplomatique de son État de nationalité, c'est-à-dire la naissance, l'ascendance ou la naturalisation. Le principe que doit consacrer l'article 5 doit donc être énoncé comme suit : « Aux fins de la protection diplomatique, les personnes physiques qui ont acquis leur nationalité par la naissance, l'ascendance ou par naturalisation peuvent bénéficier de la protection diplomatique de leur État de nationalité ». C'est un libellé beaucoup moins compliqué : en ont disparu les termes « individu », « est », ainsi que l'expression « de bonne foi » superflue. Le droit de la naturalisation et de la nationalité confère une nationalité qui a le même caractère absolu que celle qui découle des deux autres sources, qui sont la naissance et l'ascendance. Mais, lorsque la CIJ a dû examiner la question, suite à une plainte présentée par une personne naturalisée, elle a pu se demander si cette naturalisation était ou non de bonne foi. Cette démarche est conforme à l'affaire *Nottebohm*.

11. Ces trois sources sont le lien même qui unit par la nationalité le ressortissant lésé et son État aux fins de l'exercice de la protection diplomatique. Ce principe est confirmé par un certain nombre de conventions et d'arrêts des tribunaux internationaux. Conformément à l'article premier de la Convention de La Haye de 1930, mentionné dans les commentaires, « Il appartient à chaque État de déterminer par sa législation quels sont ses nationaux ». Le Rapporteur spécial a confirmé, au paragraphe 100, que, dans le domaine des droits de l'homme, les États sont tenus d'observer les normes internationales lorsqu'ils octroient leur nationalité, et il a évoqué certaines limites au principe selon lequel l'octroi de la nationalité relève de la juridiction interne d'un État. Toutefois, en ce qui concerne l'article 5, il ne fait aucun doute que les critères connexes de la naissance, de l'ascendance et de la naturalisation sont généralement reconnus par le droit international comme constituant le lien authentique ou effectif que postule la protection diplomatique.

12. On peut se demander s'il devrait y avoir un lien authentique ou effectif supplémentaire en cas de naturalisation, comme dans l'affaire *Nottebohm*. En réalité, on ne saurait généraliser la portée de l'affaire *Nottebohm*, qui devrait être limitée par trois considérations au moins. Tout d'abord, il s'agissait d'un cas de double nationalité, l'une étant la nationalité guatémaltèque d'origine que Nottebohm a eue pendant plus de 34 ans, qui avait créé un lien authentique et effectif entre lui et cet État, l'autre, beaucoup plus ténue, découlant de sa naturalisation au Liechtenstein. Selon la Cour, les circonstances attestaient l'absence de tout lien entre Nottebohm et le Liechtenstein, et l'existence de longue date d'un lien étroit entre ce dernier et le Guatemala, lien que sa naturalisation n'avait

² Voir 2617^e séance, par. 32 et note 12.

aucunement affaibli. Il faut donc limiter l'exigence du principe du lien effectif au cas d'espèce que constitue l'affaire *Nottebohm*, et ne pas le traiter comme un principe général de droit international susceptible de s'appliquer sans distinction à tous les cas de protection diplomatique. Le Rapporteur spécial a donc raison de dire, au paragraphe 111, que le principe du lien effectif ou authentique ne peut être considéré comme une règle du droit international coutumier applicable aux cas où il n'y a pas double nationalité ou pluralité de nationalités. Deuxièmement, l'application du principe du lien effectif ou authentique semble se limiter aux cas de double nationalité ou de pluralité de nationalités. La troisième question que peut soulever l'affaire *Nottebohm* est que, à l'exception de la naissance et de la descendance, la naturalisation est la seule considération qui peut être source de confusion en cas de demande de protection diplomatique, dans la mesure où les conditions d'acquisition de la nationalité par naturalisation varient énormément selon les législations nationales. En outre, les États peuvent accorder la naturalisation à une personne qui a commis un abus de droit ou a agi de mauvaise foi, comme l'affaire *Nottebohm* l'a montré. La Cour a estimé que le Liechtenstein n'avait pas appliqué certaines des règles qu'il avait lui-même énoncées en matière de durée de résidence, afin de satisfaire la demande de naturalisation urgente de *Nottebohm*. C'est donc fort à propos qu'il est indiqué au paragraphe 104 du rapport que le droit international ne reconnaît pas la naturalisation dans toutes les circonstances. Une naturalisation acquise frauduleusement ou octroyée de manière discriminatoire, en fonction de critères de race ou de sexe, est un exemple de naturalisation susceptible de ne pas être reconnue.

13. L'article 6 traite de la double nationalité, que le Rapporteur spécial considère comme une donnée de la vie internationale, tout en reconnaissant que la plurinationalité soulève des difficultés dans le domaine des obligations militaires et de la protection diplomatique. Dans ses commentaires, au paragraphe 122, le Rapporteur spécial reconnaît toutefois l'échec des tentatives lancées à la Conférence pour la codification du droit international, tenue à La Haye en 1930, et dans d'autres instances internationales pour réduire ou supprimer la double nationalité et la pluralité de nationalités. Ainsi, la Convention de La Haye de 1930 a fini par reconnaître qu'un individu ayant plusieurs nationalités peut être considéré comme son ressortissant par chacun des États concernés. Le principe de la double nationalité devrait continuer à gagner du terrain tant que le droit international le reconnaîtra même si le droit interne d'un grand nombre d'États interdit expressément de posséder la nationalité d'un autre État.

14. Selon le paragraphe 123, la doctrine et les textes semblent aller dans le sens de la règle préconisée à l'article 6. Il convient toutefois de rappeler que, selon l'article 4 de la Convention de La Haye de 1930, un État ne peut exercer sa protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux à l'encontre d'un État dont celui-ci est aussi le national. Avec l'article 6, le Rapporteur spécial a renversé la règle figurant dans la Convention de La Haye en adoptant un libellé à la forme affirmative plutôt que négative. Ce faisant, il a présenté le principe de la nationalité effective comme une solution. En d'autres termes, lorsqu'un État de nationalité exerce sa protection diplomatique à l'encontre d'un autre État de nationalité, le tribunal doit appliquer le critère de la nationalité effective, c'est-à-dire

analyser les circonstances de l'espèce et s'efforcer de déterminer avec lequel des deux États le ressortissant lésé entretient un lien effectif ou authentique.

15. Pourquoi ne pas adopter le principe mentionné à l'article 4 de la Convention de La Haye de 1930, plutôt que le principe inversé de l'article 6 ? Si la double nationalité est source de conflits et de difficultés dans la pratique des États, pourquoi la Commission devrait-elle s'efforcer de la codifier afin de la rendre plus crédible ? L'adoption de l'article 4 de la Convention de La Haye contribuerait utilement à réduire les conflits soulevés par la double nationalité en matière de protection diplomatique.

16. Toutefois, on peut valablement soutenir que cet article 4 se fonde à la fois sur l'affaire *Nottebohm* et sur la pratique des États. La Commission peut donc considérer que le projet d'article 6 est acceptable. Si c'est le cas, M. Al-Baharna apportera quelques modifications pour que l'article se lise comme suit : « Sous réserve des dispositions du paragraphe 4 de l'article 9, l'État de nationalité peut exercer sa protection diplomatique à l'égard d'un national qui a subi un préjudice dans un État dont la victime du préjudice est également un national lorsque la nationalité effective de celui-ci est celle du premier État en question ». Cette nouvelle formulation offre l'avantage d'éviter des termes tels que *against* et *on behalf* dans la version anglaise et de répéter les expressions *injured national*, *injured person* et *individual*; elle accorde également la préférence au terme « effectif », plus conforme à la conclusion de l'affaire *Nottebohm* que l'expression « dominante ». Les deux mots sont synonymes. Les termes « lien effectif ou authentique » sont ceux utilisés dans l'affaire *Nottebohm*.

17. Le paragraphe 1 de l'article 7 devrait être remanié de manière à éviter, dans la version anglaise, les termes *on behalf of*, *against a State, he or she*, ainsi que *also*. Il se lirait alors comme suit :

« Tout État dont une personne ayant une double ou multiple nationalité a la nationalité, selon l'article 5, peut exercer sa protection diplomatique à l'égard de cette personne à raison du dommage subi dans un autre État dont elle n'a pas la nationalité ».

Les termes « selon les critères énoncés » ont été remplacés par « selon l'article 5 », car les critères en question n'ont pas été énoncés de manière exhaustive. M. Al-Baharna partage l'avis du Rapporteur spécial selon lequel le principe de la nationalité effective ou dominante ne s'applique pas lorsqu'un État de nationalité cherche à protéger un binational dans un autre État dont il n'a pas la nationalité. Il pense également, comme cela est indiqué au paragraphe 170 du rapport, que la meilleure solution au problème du lien effectif en cas de double nationalité impliquant des États tiers consiste à demander à l'État requérant d'établir uniquement l'existence d'un lien de nationalité de bonne foi entre lui et la personne lésée.

18. Aux termes du paragraphe 2 de l'article 7, deux ou plusieurs États de nationalité peuvent exercer leur protection diplomatique à l'égard d'une personne ayant une double ou multiple nationalité. La position de cette personne face à l'État défendeur serait renforcée si deux ou plusieurs États appuyaient sa réclamation en exerçant

conjointement leur protection diplomatique. Mais le paragraphe 2 n'est plus applicable si un État refuse de le faire en cas de double nationalité, et deux États seulement peuvent exercer conjointement leur protection diplomatique lorsqu'un troisième État renonce à l'exercer. Le paragraphe 2 pourrait être remanié comme suit : « Conformément à l'article 5, deux États ou davantage peuvent exercer conjointement leur protection diplomatique à l'égard d'une personne ayant une nationalité double ou multiple aux fins du présent projet d'articles ». Cette rédaction permet d'éviter l'expression « au sens de », que M. Al-Baharna considère inexacte, ainsi que l'expression *on behalf of* qu'emploie la version anglaise.

19. Le Rapporteur spécial a raison de dire que l'article 8 est conforme à l'évolution contemporaine de la protection des apatrides et des réfugiés. On pourrait aussi y voir une heureuse tentative de développement progressif du droit international. S'il est adopté, il renverserait le principe posé dans l'affaire *Dixon Car Wheel Company* et mentionnée au paragraphe 175, selon lequel un État n'est pas en défaut sur le plan international lorsqu'il porte préjudice à un individu sans nationalité. La sévérité d'un tel arrêt va à l'encontre des normes et des règles internationales, et, appliqué à certaines catégories de réfugiés politiques et d'apatrides, enfonce le principe de l'équité. Il n'y a pas de raison de se préoccuper du principe général énoncé dans l'article dans la mesure où aucune obligation n'est imposée. Le terme « peut » signifie que l'État a le choix et qu'il peut examiner chaque affaire au fond. Toutefois, M. Al-Baharna propose de remplacer les termes *and/or* par *or*, dans la version anglaise, et l'expression « résident légal » par « résident habituel ». Le terme « légal » n'est pas pertinent et ne ferait que compliquer la situation des personnes concernées. Les termes placés entre crochets devraient être supprimés. Enfin, M. Al-Baharna est opposé à l'idée de scinder l'article en deux parties, l'une relative aux réfugiés et l'autre aux apatrides.

20. M. LUKASHUK, répondant à une observation de M. Al-Baharna concernant le champ d'application du projet dit que l'article premier passe sous silence la grande question du territoire d'application. Cet article part de l'hypothèse que le préjudice causé à la personne ou aux biens d'un national s'est produit sur le territoire d'un État. Mais la personne ou les biens peuvent très bien se trouver sur le territoire d'un autre État. Il faudrait donc ajouter un paragraphe, semblable à celui qui figure dans le projet d'articles sur la responsabilité des États concernant la zone sur laquelle l'État exerce sa souveraineté, sa juridiction ou son contrôle. Par ailleurs, la référence, dans l'article premier, à un « préjudice causé à la personne ou aux biens d'un national » donne l'impression qu'il s'agit d'un préjudice physique. Il serait plus exact de parler d'« un préjudice causé aux droits de la personne, y compris au droit de propriété, d'un national ».

21. M. Sreenivasa RAO dit que la matière fournie par le Rapporteur spécial aux articles 5 à 8 constitue une bonne base pour procéder à la fois à la codification et au développement progressif du droit international. Le Rapporteur spécial, qui a admirablement couvert tous les aspects de la question, ne devrait pas se froisser lorsque s'expriment des avis contraires aux siens, parfois avec beaucoup de conviction.

22. Se référant à l'article 5, M. Sreenivasa Rao recommande de ne pas aborder des questions telles que le droit d'un État d'accorder sa nationalité, dans la mesure où elles tendent à détourner l'attention des questions principales. La présentation des conditions d'acquisition de la nationalité à l'article 5, par opposition à l'article premier, donne l'impression que le droit qu'a l'État d'accorder sa nationalité est remis en cause, et que les États ne sont pas fondés à octroyer leur nationalité lorsque les motifs invoqués ne sont pas de bonne foi. Mais il s'agit là essentiellement d'une question d'opposabilité plutôt que de nationalité. Ce qui importe, c'est de savoir dans quel dessein un État exerce son droit lorsqu'il relève une réclamation contre des États tiers. Vues sous cet angle, la question de la nationalité acquise de bonne foi, l'affaire *Nottebohm* et d'autres questions prennent tout leur sens. L'affaire *Nottebohm* ne concerne pas le droit d'un État d'accorder sa nationalité, mais le droit du Liechtenstein de réclamer contre le Guatemala. Selon M. Sreenivasa Rao, le droit international ne pose aucune limite au droit des États d'accorder leur nationalité, sauf peut-être celles mentionnées au paragraphe 100, au sujet des traités relatifs aux droits de l'homme qui rendent illégales les législations qui refusent d'accorder la nationalité à certaines personnes. Ainsi, les paragraphes 97, 98, 101 et 102 concernent la question de l'opposabilité, plutôt que le droit d'un État d'accorder sa nationalité, qui est pour ainsi dire absolu. La conclusion énoncée au paragraphe 120 à la lumière de l'affaire *Nottebohm* doit donc être modifiée en conséquence.

23. L'article 6 cherche à régler une question extrêmement délicate, celle des conflits qui se produisent parfois lorsqu'un État de nationalité épouse une réclamation contre un autre État. En pratique, dans le cas par exemple du Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran, ces réclamations ont été traitées sur la base d'une convention et non par rapprochement de principes parallèles du droit international. M. Sreenivasa Rao partage l'avis de M. Economides selon lequel les personnes ayant une double nationalité, qui bénéficient de ce fait de certains avantages, doivent également accepter que certains autres droits particuliers leur soient éventuellement refusés. Quoi qu'il en soit, les États sont plus pragmatiques que les théoriciens du droit international. Ils n'acceptent que des formules qui coïncident avec leurs intérêts dans tel ou tel contexte. Il convient donc d'être prudent, et d'éviter d'aggraver les anomalies qu'entraîne parfois la multiple nationalité. Dans toute la mesure possible, les réclamations auxquelles ce statut donne naissance devraient faire l'objet d'un accord entre les États. En l'absence d'accord, certains principes pourraient peut-être être proposés dans le contexte du développement progressif du droit international.

24. Pour ce qui est de l'article 7, le terme *also* qui, dans la version anglaise, figure dans l'expression *of which he or she is not also national*, au paragraphe 1, doit être supprimé. Le paragraphe 2 reconnaît le droit de deux ou plusieurs États de nationalité de présenter conjointement une réclamation, mais l'État visé par une telle réclamation peut, dans certains cas, faire l'objet de pressions indues, en particulier de la part d'États plus puissants sur le plan politique ou économique. M. Sreenivasa Rao doute qu'il faille encourager ce type de comportement.

25. L'article 8, qui marque une tentative importante de développement progressif, a soulevé de difficiles questions juridiques. M. Sreenivasa Rao se demande quel rôle jouent les règles primaires lorsqu'on examine des questions intéressant les apatrides et les réfugiés. Il compte sur les conseils de ses collègues plus familiarisés que lui avec les distinctions entre règles primaires et règles secondaires.

26. Aux termes de l'article 6, l'État de nationalité peut exercer sa protection diplomatique à l'égard d'un national qui a subi un préjudice à l'encontre d'un État dont la victime du préjudice est également un national. Or l'article 8 confère aux réfugiés et aux apatrides pratiquement le même statut que celui d'un national. On ne sait donc pas très bien si l'État hôte peut élever une réclamation pour des réfugiés à l'encontre de leur État de nationalité. Cette situation peut poser de sérieux problèmes pratiques. Lorsque des réfugiés s'enfuient, ils abandonnent en général dans leur État de nationalité leurs biens, qui sont donc susceptibles de confiscation. L'État hôte s'abstient donc normalement d'épouser leurs revendications, non seulement par convenance politique mais également parce que cette démarche pourrait nuire à la cause des réfugiés eux-mêmes. Par ailleurs, les problèmes entre réfugiés et États tiers étant très rares, il est inutile de les examiner.

27. Lorsqu'un État hôte se sent contraint, pour des raisons morales ou pratiques, de prendre fait et cause pour des personnes qui se trouvent sur son territoire, sous sa juridiction ou sous son contrôle vis-à-vis d'États tiers, son initiative ne doit pas être considérée comme une obligation légale, mais comme un choix discrétionnaire. Si l'État hôte procède avec prudence, il peut s'entendre avec les autres États concernés. M. Sreenivasa Rao se dit convaincu qu'à aucun moment le Rapporteur spécial n'a voulu laisser entendre que l'octroi du statut de réfugié était l'avant-dernière étape du processus d'octroi d'un droit de nationalité. Il a simplement indiqué qu'un État peut, pour des raisons humanitaires, appuyer certaines réclamations de réfugiés, les mettant ainsi sur le même plan que leurs nationaux, car personne d'autre ne s'intéresse à leur cause.

28. Globalement, l'article 8 porte sur des questions relatives aux droits de l'homme, qui doivent être correctement traitées sur la base du consentement, et dans le cadre d'instances internationales telles que le HCR.

29. M. KATEKA dit qu'il est actuellement de bon ton de faire de grandes déclarations en faveur des droits de l'homme, de l'état de droit et de la bonne gouvernance. Ceux qui ne le font pas sont considérés comme des réactionnaires, opposés aux droits de l'homme. La Commission n'a pas à adopter un comportement moutonnier sur cette importante question. Le pays hôte n'a pas l'obligation légale d'exercer la protection diplomatique. Dans la plupart des cas, les pays qui accueillent des réfugiés sont des pays en développement qui ont bien assez de problèmes à régler et ne sont donc pas en mesure, pour des raisons pratiques, d'exercer leur protection diplomatique.

30. M. GOCO dit que l'observation de M. Sreenivasa Rao au sujet du déni de justice s'applique aux réfugiés et aux apatrides dans leur pays d'origine. D'un point de vue pratique, la protection diplomatique n'est pas dans de tels cas une institution efficace, dans la mesure où la volonté

d'intervention de l'État d'origine ne peut pas être assurée. S'agissant de l'article 6, M. Goco ne voit pas pourquoi l'État de nationalité souhaiterait exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui a la nationalité d'un autre État.

31. M. KABATSI remercie M. Sreenivasa Rao d'avoir soulevé la question de l'exercice de la protection diplomatique par l'État hôte à l'égard d'apatrides ou de réfugiés, à l'encontre de l'État de nationalité. Il ne se prononcera pas en faveur de l'article 8 si ses dispositions sont étendues de manière à englober les droits de propriété des apatrides ou des réfugiés dans leur pays d'origine. Une telle interprétation de cet article doit être clairement écartée, et le Rapporteur spécial apportera sans doute les éclaircissements qui s'imposent dans ses commentaires.

32. M. ECONOMIDES félicite M. Sreenivasa Rao d'avoir mis en évidence les points communs qui existent entre l'article 6 et l'article 8. Comme il l'a déjà dit, il n'est pas convaincu qu'il faille accorder à l'État de nationalité le droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne qui a également la nationalité d'un autre pays. Les dispositions de l'article 8, qui vont au-delà de celles de l'article 6, lui paraissent encore plus sujettes à caution. Il faut dire clairement que l'État hôte ne peut exercer sa protection diplomatique que lorsque le statut de réfugié de l'intéressé a été officiellement reconnu. Telle est déjà la situation en pratique, reste à la consacrer clairement en droit positif.

33. M. ROSENSTOCK dit que M. Economides a abordé la question qu'il souhaitait lui-même poser au sujet des limites temporelles qui restreignent le droit des États hôtes d'exercer leur protection diplomatique à l'égard d'apatrides ou de réfugiés installés sur leur territoire. En ce qui concerne les observations de M. Kateka et d'autres membres de la Commission qui craignent que les dispositions de l'article 8 n'imposent davantage de contraintes aux pays hôtes, il souligne qu'il est hors de question d'obliger les pays hôtes à exercer leur protection diplomatique; ceux-ci ont simplement le pouvoir discrétionnaire de le faire.

34. M. SIMMA approuve M. Rosenstock. Il dit comprendre la position des membres qui craignent que la possibilité offerte aux États hôtes ne constitue, en réalité, une contrainte mais estime néanmoins que le droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard des apatrides ou des réfugiés ne doit pas être refusé aux États dans lesquels ceux-ci sont installés. Ce droit peut ne pas être exercé très souvent, mais il ne saurait en aucune façon être dénié. Sous réserve de scinder l'article 8 en deux paragraphes distincts traitant, respectivement, des apatrides et des réfugiés, M. Simma est favorable à ce que le texte du Rapporteur spécial soit maintenu. Quant à l'article 6, qu'il approuve également, le principe qui y est formulé lui paraît suffisamment important pour ne pas faire uniquement l'objet de conventions ou d'accords bilatéraux. Enfin, eu égard à l'observation de M. Sreenivasa Rao concernant l'article 5, il se demande si le thème de l'opposabilité peut être entièrement exclu du sujet à l'examen. Que la question porte sur l'opposabilité ou sur la nullité, il est nécessaire de l'évoquer parce qu'elle a joué un rôle important, par exemple dans l'affaire *Nottebohm*. M. Simma souhaite savoir si M. Sreenivasa Rao propose que

cette question soit purement et simplement exclue ou bien qu'elle occupe une place plus limitée.

35. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO, rappelant le grand nombre de déplacés et de réfugiés dans le monde, dit que l'article 8 est important et qu'il doit être maintenu, que ses dispositions traduisent une règle primaire ou secondaire. Le statut des réfugiés a été clairement défini dans la Convention relative au statut des réfugiés et le Protocole s'y rapportant, et l'idée d'accorder la protection diplomatique aux apatrides et aux réfugiés est on ne peut plus appropriée. M. Rodríguez Cedeño ne pense pas que le fait d'accorder aux pays hôtes le droit d'exercer leur protection diplomatique à l'égard des apatrides ou des réfugiés résidant sur leur territoire puisse constituer un premier pas vers l'acquisition de la nationalité; il partage l'avis des membres qui ont souligné que cette disposition n'impose pas une obligation mais offre simplement un droit ou une compétence discrétionnaire à l'État hôte. Tout en reconnaissant que cette compétence ne sera pas aisée à exercer en pratique, M. Rodríguez Cedeño se dit convaincu que la norme énoncée dans l'article à l'examen revêt une importance certaine et relève du développement progressif du droit international.

36. M. HE reconnaît que la protection des apatrides et des réfugiés ayant subi un préjudice est un problème grave qui appelle l'attention, mais se demande si les organisations actuellement chargées de la protection des droits de l'homme, telles que le HCR et les organismes internationaux créés en vertu des conventions relatives aux droits de l'homme, ne sont pas mieux placées pour exercer cette protection. Les pays, en particulier les pays en développement qui accueillent des centaines de milliers de réfugiés, estimeront sans doute que l'exercice de la protection diplomatique à l'égard de ces personnes ne fait qu'alourdir la charge qui pèse sur eux.

37. M. SEPÚLVEDA, se référant tout d'abord aux observations de M. Sreenivasa Rao sur l'article 5, dit qu'il n'est pas certain que les règles primaires doivent être exclues dans toutes les circonstances. Il faudrait aussi examiner la question du déni de justice et celle de l'épuisement des voies de recours internes, car elles sont indissolublement liées à la protection diplomatique. En ce qui concerne l'article 8, M. Sepúlveda est favorable à ce que les apatrides et les réfugiés fassent l'objet d'un traitement distinct. Au demeurant, la question de savoir si un État peut ou doit accorder sa protection diplomatique aux réfugiés à l'encontre de leur état de nationalité ou d'origine doit être énoncée de manière plus précise, et rattachée aux règles qui régissent les réclamations contre les États d'origine. À cet égard, M. Sepúlveda rappelle qu'en 1981 et 1982 le Mexique a accueilli environ 50 000 réfugiés qui fuyaient le régime politique en place au Guatemala. Au lieu d'exercer sa protection diplomatique à l'encontre de ce pays, au risque de paraître querulent, le Gouvernement mexicain a opté pour une solution diplomatique. Elle a finalement été trouvée et les réfugiés ont pour la plupart fini par retourner au Guatemala. Il conviendrait donc de mettre davantage l'accent sur les moyens dont disposent les pays confrontés à des arrivées massives de réfugiés, tout en leur évitant d'avoir à exercer la protection diplomatique. Cette question est brièvement abordée au paragraphe 184 du rapport.

38. M. AL-BAHARNA constate que l'article 8 fait apparaître d'importantes divergences d'opinion mais il se déclare favorable encore à son maintien. Un compromis serait peut-être possible si on modifiait le début du texte comme suit : « Sans préjudice de l'article 5, un État peut, dans des circonstances exceptionnelles, exercer sa protection diplomatique... ». Il peut également être nécessaire d'ajouter un second paragraphe à l'article 5. Se référant à l'observation de M. Sreenivasa Rao, selon lequel un État hôte peut hésiter à exercer sa protection diplomatique à l'égard de réfugiés, M. Al-Baharna appelle l'attention sur la dernière partie de l'article 8 qui précise : « ... à condition que le dommage ait eu lieu après que l'intéressé est devenu résident légal de l'État requérant ». Tout en reconnaissant qu'il peut être utile de consacrer un article distinct aux réfugiés qui, dans certains cas, ont fui leur pays d'origine pour échapper à un génocide, il souligne qu'il est difficile de distinguer entre des réfugiés qui n'ont pas de papiers pour prouver leur nationalité, d'une part, et des apatrides, d'autre part.

39. M. GALICKI est favorable à l'idée de scinder l'article 8 en deux parties, l'une consacrée à la question relativement moins complexe des apatrides, l'autre au problème beaucoup plus aigu des réfugiés. Tel qu'il est rédigé, l'article 8 ne règle pas le problème des dommages éventuels causés aux biens d'un réfugié après qu'il a quitté son pays d'origine. L'article 6, s'il est adopté, doit également mentionner la possibilité d'exercer la protection diplomatique à l'encontre de l'État de nationalité d'un réfugié. À cet égard, il convient de rappeler que le droit international contemporain a tendance à éviter, et si possible à éliminer, les situations susceptibles d'entraîner la perte de la nationalité. Par exemple, une disposition spéciale de la Convention européenne sur la nationalité (art. 6, par. 4, al. g) impose à l'État de résidence l'obligation de faciliter l'acquisition de sa nationalité par les réfugiés. C'est une solution de ce genre qu'il faut rechercher pour l'avenir, et la Commission ne devrait pas écarter ce type de possibilité.

40. M. SIMMA, se référant à l'observation de M. Sepúlveda relative à l'exclusion éventuelle de la question du déni de justice du sujet à l'examen, formule l'espoir que, dans ce cas, la question de l'épuisement des voies de recours internes sera traitée séparément. En ce qui concerne l'intervention de M. Al-Baharna au sujet de la protection des personnes fuyant un génocide, le problème, tel qu'il est posé, se situe à la charnière entre la protection diplomatique et la responsabilité des États, et pourrait sans doute être examiné plus étroitement dans le cadre de ce dernier sujet. Enfin, comme l'a indiqué M. He, le HCR est sans aucun doute l'institution la plus directement concernée par les réfugiés. Mais il ne s'occupe pas, que l'on sache, de protection diplomatique au sens technique, il s'efforce plutôt de fournir une aide plus directe.

41. M. LUKASHUK se dit disposé à adopter la majeure partie de l'article 8, sous réserve de quelques modifications. Il est également favorable à la proposition de M. Economides concernant les droits de l'État d'origine à l'égard des personnes ayant des liens ethniques, culturels ou autres avec cet État. Le problème risquant de devenir de plus en plus aigu à l'avenir, il serait bon d'inclure dans le projet une disposition appropriée.

42. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO dit que la situation des apatrides, régie par le critère de la résidence légale, est complètement différente de celle des réfugiés, auxquels le statut de réfugié doit être expressément accordé. Les deux situations étant distinctes, elles ne doivent pas être couvertes par un article unique. Comme l'a dit M. Simma, les activités du HCR n'ont aucun rapport avec la protection diplomatique.

43. M. Sreenivasa RAO remercie les membres de la Commission qui ont formulé d'excellentes idées à partir de sa modeste contribution. Il avait indiqué que l'article 5 soulevait essentiellement une question d'opposabilité, sans pour autant remettre en question la validité de la nationalité, et M. Simma s'est interrogé sur la différence existant entre ces deux notions. L'opposabilité est un moyen de procédure qui permet aux États de rejeter une réclamation sans en examiner les motifs au fond. La question n'est pas de savoir sur quel fondement s'appuie un État pour accorder sa nationalité, et cette question ne fait d'ailleurs pas partie du sujet. Ce qu'il faut déterminer, c'est dans quels buts, une fois accordée, la nationalité peut être utilisée dans des pays étrangers dans le cadre des rapports avec d'autres États.

44. M. BAENA SOARES dit que, comme d'autres membres l'ont souligné, l'article 5 serait d'autant meilleur que l'on supprimerait le dernier membre de phrase « par sa naissance, son ascendance ou par une naturalisation de bonne foi ». Énumérer les méthodes d'acquisition de la nationalité ne fait que compliquer le texte. Une version plus concise ferait mieux l'affaire. M. Baena Soares appuie la proposition visant à ajouter « ou » avant le terme « a acquis », et juge acceptable la proposition de M. Hafner concernant la dernière phrase. L'État conserve le droit de déterminer la nationalité, mais il serait cependant exercé dans les limites prévues par le droit international.

45. L'article 6 est controversé et son sort dépendra, dans une certaine mesure, de la décision qui sera prise au sujet du paragraphe 4 de l'article 9. M. Baena Soares est favorable à l'idée énoncée à l'article 6, à condition que le Comité de rédaction ne perde pas de vue les circonstances sur lesquelles il a lui-même appelé son attention et qu'il accepte de formuler différemment l'article.

46. Le paragraphe 2 de l'article 7, qui prévoit que deux ou plusieurs États avec lesquels une personne a des liens de nationalité peuvent exercer conjointement leur protection diplomatique, est problématique. La question mérite un examen approfondi tant en raison des difficultés, notamment des problèmes pratiques, qu'elle est susceptible de soulever que de ses prolongements du point de vue des autres dispositions du projet. L'article 8 est un grand pas en avant sur la voie du développement progressif du droit international, qui répond aux préoccupations actuelles de la communauté internationale; toutefois, une description plus détaillée des situations envisagées, et une délimitation plus claire de son champ d'application, contribueraient à en accroître l'efficacité et la vigueur. Il convient de ne pas oublier la réalité, ainsi que les circonstances et les impératifs pratiques qui entourent l'application de ces dispositions. Les difficultés soulignées par M. Sreenivasa Rao doivent également être prises en compte. D'autre part, il faut aussi songer à préciser la distinction

entre apatrides et réfugiés en rédigeant l'article de façon plus rigoureuse.

47. Enfin, le projet d'articles doit mentionner explicitement que les voies de recours internes doivent avoir été épuisées avant que la protection diplomatique puisse s'exercer. Pour M. Baena Soares, le fait que la Commission examine ce même principe au titre d'un autre point de l'ordre du jour n'est pas inutile. Le projet d'articles doit énoncer explicitement la règle selon laquelle la personne lésée doit avoir épuisé les voies de recours internes de l'État contre lequel elle présente une réclamation avant de solliciter la protection diplomatique de l'État dont elle a la nationalité.

48. M. ROSENSTOCK considère également que l'épuisement des voies de recours internes est un aspect essentiel du sujet; toutefois, cela ne signifie pas que, dans tous les cas, rien ne peut être fait tant que telle ou telle procédure, à l'utilité douteuse, n'a pas été épuisée : l'épuisement des voies de recours internes a des effets nécessairement limités lorsque les procédures internes ne permettent pas de réparer une injustice.

49. M. ECONOMIDES partage l'avis de MM. Baena Soares et Rosenstock selon lequel l'épuisement des voies de recours internes est un aspect essentiel du sujet. De toute évidence, cette règle doit comporter des exceptions, notamment en cas de déni de justice, comme l'a dit M. Sepúlveda. Le Rapporteur spécial a indiqué que la question peut être examinée au titre de la responsabilité des États, ou bien, si tel n'est pas le cas, qu'il peut s'en charger lui-même. La question est suffisamment importante pour que la Commission sache exactement où et quand elle sera examinée.

50. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en tant que membre de la Commission, dit que la référence, à l'article 5, à l'acquisition de la nationalité par la naissance, l'ascendance ou par une naturalisation de bonne foi soulève à son avis des problèmes théoriques. Au paragraphe 102 de son rapport, le Rapporteur spécial définit la naissance comme étant liée au *jus soli*, et l'ascendance comme au *jus sanguinis*. Toutefois, d'après le principe du *jus sanguinis*, la nationalité est également acquise en fonction et au moment de la naissance. Il faudrait donc envisager la naissance comme incluant à la fois le *jus soli* et le *jus sanguinis*.

51. Le Président dit qu'il préfère le terme « dominante » au terme « effective », à l'article 6, dans la mesure où le premier terme donne l'idée qu'une nationalité prévaut sur d'autres. Il invite à réfléchir également aux cas où une personne a utilisé la nationalité de l'État fautif pour en tirer parti et où ce procédé est en rapport avec le dommage subi. Il est lui aussi d'avis que la nationalité dominante peut jouer un rôle eu égard à l'article 7. Quoi qu'il en soit, les articles 6 et 7 doivent être envisagés ensemble afin de s'assurer qu'ils couvrent tous les cas de multiple nationalité.

52. En ce qui concerne l'article 8, la protection diplomatique est traditionnellement limitée aux nationaux, la nationalité étant considérée comme un lien puissant entre l'État et l'individu. À l'époque contemporaine, et dans certains cas particuliers, d'autres facteurs tels que la résidence habituelle créent des liens beaucoup plus forts que

la nationalité. Le débat sur les réfugiés a montré que la question est complexe. Le phénomène des réfugiés s'explique par des conflits politiques, et chaque situation a ses caractéristiques propres. Il n'est pas certain qu'une règle générale permette de couvrir des situations politiques anormales.

53. Une telle anomalie politique est constituée par les 800 000 Coréens installés actuellement au Japon. En 1910, le Japon a annexé la Corée et fait de tous ses habitants des nationaux japonais³. Dans la Déclaration du Caire de 1943⁴, les dirigeants de la Grande-Bretagne, de la Chine et des États-Unis d'Amérique ont déclaré qu'ils étaient conscients que le peuple coréen avait été réduit en esclavage et qu'ils étaient déterminés à ce que la Corée devienne libre et indépendante le moment venu. Lorsque les alliés ont occupé le Japon en 1945, ce principe a été appliqué, avec pour conséquence que les 2,5 millions de personnes d'origine coréenne qui vivaient au Japon ont perdu leur nationalité. Les trois quarts d'entre eux ont choisi de retourner en Corée, mais les autres sont restés au Japon parce qu'ils n'avaient pas de moyens de subsistance en Corée.

54. Depuis que le Japon applique la règle du *jus sanguinis*, six générations de Coréens vivant dans ce pays n'ont pas acquis la nationalité japonaise. Juridiquement parlant, les deux Gouvernements de la péninsule coréenne les revendiquent comme étant nationaux. Comme ils n'avaient pas de passeport, ces Coréens se rendaient à l'étranger avec un document de voyage japonais qui leur permettait de rentrer au Japon. En cas de besoin, ils bénéficiaient de l'assistance consulaire du Japon. Le Japon devrait-il avoir le droit d'exercer sa protection diplomatique à leur égard à l'encontre d'un État tiers ?

55. Selon le Président, cette question ne peut être réglée par une règle générale du type de celle que la Commission élabore; elle doit l'être par la normalisation politique de la situation sur la péninsule coréenne. Si la question de la protection diplomatique des réfugiés doit être étudiée, il n'est pas certain que l'adoption d'une règle générale relative à la protection diplomatique soit la meilleure façon de procéder.

56. M. DUGARD (Rapporteur spécial), résumant le débat, dit que la question de savoir si le déni de justice doit être inclus dans l'étude pourrait faire l'objet de consultations privées. Il approuve pleinement l'idée selon laquelle la question des voies de recours internes doit être traitée dans le cadre des travaux sur la protection diplomatique, même si elle relève par ailleurs du sujet de la responsabilité des États.

57. S'agissant de l'article 5, M. Kusuma-Atmadja a eu raison de souligner que le sujet à l'étude est la protection diplomatique, non l'acquisition de la nationalité. L'article 5 ne reflète peut-être pas assez clairement cette distinction. M. Simma a pertinemment indiqué que la vraie question est celle de savoir si un État de nationalité perd le droit de protéger un individu si celui-ci réside habituellement dans un autre État – en d'autres termes, ce qui est en jeu, ce ne

sont pas tant les circonstances dans lesquelles un État peut accorder sa nationalité, mais bien le droit d'un État de protéger un national. Comme M. Sreenivasa Rao l'a fait observer, il faut tenir compte de l'opposabilité, et donc remanier l'article en conséquence. Les propositions de rédaction de MM. Gaja et Kamto sont intéressantes car elles supprimeraient des articles les références à la naissance, à l'ascendance et à la naturalisation. L'utilisation de l'expression « de mauvaise foi » a soulevé des objections; il s'agit, là aussi, d'une question de rédaction.

58. M. Brownlie s'en est pris de manière plus radicale à l'article 5, qui évoque selon lui un monde de classes moyennes, ignorant le fait qu'un grand nombre de gens n'ont pas de papiers d'identité ni de passeport et que leur seul lien avec tel ou tel pays est le fait qu'ils y résident ou qu'ils y ont une résidence habituelle. Cette observation est tout à fait juste, mais il est très probable qu'en pareil cas, si un État souhaite exercer sa protection diplomatique à l'égard d'une personne qui réside habituellement sur son territoire, il lui accordera sa nationalité. La nationalité est ouverte à toutes les personnes, dès lors qu'elles peuvent prouver qu'elles résident habituellement dans l'État de nationalité. D'ailleurs, si des membres de la Commission ont fait de nombreuses suggestions visant à améliorer l'article 5, aucun n'a remis en question la nécessité de telles dispositions. Nul n'a suggéré que la règle dégagée dans l'affaire *Nottebohm* est une règle absolue qui doit être codifiée. Le Rapporteur spécial considère donc que l'article peut être transmis au Comité de rédaction.

59. L'article 6, qui présente davantage de difficultés, a suscité des opinions nettement partagées. Le Rapporteur spécial reconnaît qu'il serait peut-être plus approprié de le placer après l'article 7. À la différence de certains membres, il ne considère pas que cet article marque un développement progressif du droit international. Il existe deux points de vue, tous deux fondés sur de solides arguments, et c'est à la Commission qu'il appartient de choisir entre des principes concurrents. M. Momtaz est intervenu énergiquement en faveur du principe de la non-responsabilité de l'État défendeur. D'un autre côté, M. Sepúlveda a justement fait observer qu'un grand nombre d'États n'autorisent pas leurs nationaux à renoncer à leur nationalité ou à la perdre. Il peut donc arriver qu'une personne qui a renoncé à tous ses liens avec un État d'origine et a acquis la nationalité d'un autre État soit cependant formellement liée par un lien de nationalité avec l'État d'origine. Cela signifie que si l'intéressé est lésé par l'État d'origine, le second État de nationalité ne pourra exercer sa protection diplomatique à son bénéfice. De toute évidence, le projet doit comporter une disposition couvrant la matière contenue dans l'article 6. Toutefois, les avis étant si partagés qu'un accord semble peu probable au Comité de rédaction, le Rapporteur spécial propose que l'article 6 fasse l'objet de consultations.

60. L'article 7 bénéficie d'un large appui; d'utiles propositions de rédaction ont été faites à son propos et le principe qu'il énonce n'a pas été sérieusement remis en question. Le Rapporteur spécial propose donc de le transmettre au Comité de rédaction.

61. L'article 8 est clairement une tentative de développement progressif du droit international, et les membres se sont exprimés en sa faveur à une très forte majorité. Les

³ Voir l'article 6 du Traité d'annexion de la Corée par le Gouvernement impérial du Japon, du 22 août 1910.

⁴ Voir *A Decade of American Foreign Policy: 1941-1949, Basic documents*, Département d'État, Washington, United States Government Printing Office, 1950, p. 20.

objections soulevées ne sont pas pleinement fondées. Tout d'abord, l'État se réserve le droit d'exercer sa protection diplomatique et il a donc un pouvoir discrétionnaire en la matière. Deuxièmement, personne n'a laissé entendre que l'État qui a offert l'asile à un individu peut tenter une action contre l'État d'origine. C'est ce qui ressort clairement des paragraphes 183 et 184 du rapport, mais cela peut être précisé davantage dans l'article lui-même. Troisièmement, il est peu probable que cette disposition donne lieu à un usage abusif : il est peu probable que les apatrides et les réfugiés résidant dans un État donné se rendent fréquemment à l'étranger, car l'État de résidence serait tenu de leur fournir des documents de voyage, ce qui est peu fréquent en pratique. Ce n'est que lorsqu'une personne a utilisé de tels documents et subi un préjudice dans un État tiers autre que l'État d'origine que peut s'exercer la protection diplomatique. M. Kabatsi a soulevé cette question dans son exemple. Un certain nombre de propositions d'amélioration ont été faites, notamment celle consistant à diviser l'article en deux parties, l'une consacrée aux apatrides, l'autre aux réfugiés. Le Rapporteur spécial propose que cet article soit renvoyé au Comité de rédaction, où ces questions pourront être examinées plus avant.

62. L'ensemble des articles 5, 7 et 8 peuvent être envoyés au Comité de rédaction, mais seulement si la Commission le décide après avoir pris connaissance des conclusions des consultations sur les articles 1 à 3. De son côté, l'article 6 devra faire l'objet d'échanges de vues privés.

63. Le PRÉSIDENT annonce que la Commission a achevé ses travaux sur les articles 5 à 8. Il dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera, comme le Rapporteur spécial l'a recommandé, que la Commission souhaite examiner l'article 6 dans le cadre de consultations informelles et qu'elle décidera éventuellement de renvoyer les autres articles au Comité de rédaction quand elle connaîtra les résultats des consultations relatives aux articles 1 à 3.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 13 heures.

2628^e SÉANCE

Vendredi 26 mai 2000, à 10 h 5

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Candioti, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Pambou-Tchivounda, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Tomka.

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses)¹ [A/CN.4/504, sect. D, A/CN.4/509², A/CN.4/510³]

[Point 4 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL

1. Le PRÉSIDENT invite le Président du Groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses) à rendre compte des travaux du Groupe.

2. M. Sreenivasa RAO (Président du Groupe de travail) dit que, pour mieux comprendre sur quoi ont porté les travaux du Groupe de travail, il convient de rappeler brièvement quelles ont été les principales étapes de l'examen du sujet de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international depuis la quarante-neuvième session, en 1997. À cette session, la Commission a pris la décision de se concentrer tout d'abord sur la question de la prévention sous le sous-titre « Prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses »⁴ et a nommé M. Sreenivasa Rao rapporteur spécial pour cette partie du sujet. À la cinquantième session, en 1998, le Rapporteur spécial a présenté un premier rapport sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses⁵, ainsi qu'une série de 17 projets d'articles pour une future convention sur la prévention des dommages transfrontières significatifs. Dans ces projets d'articles, qui ont été adoptés en première lecture par la Commission et renvoyés à l'Assemblée générale pour examen par la Sixième Commission à la fin de la cinquantième session, le Rapporteur spécial s'est attaché à circonscrire le sujet.

3. L'article premier prévoit que les activités visées par la Convention sont les activités qui comportent un risque de causer un dommage transfrontière significatif. Ces activités ne sont pas seulement – comme on l'avait envisagé initialement – les activités que l'on peut qualifier d'« ultradangeuses », comme les activités nucléaires, mais toutes les activités susceptibles de causer un dommage significatif de par leurs conséquences sur la population, les biens, l'environnement, etc., ce qui élargit quelque peu le champ d'application du projet de convention.

4. Il a été décidé, en revanche, de laisser de côté un certain nombre de domaines qui avaient été considérés jusqu'ici comme entrant dans le cadre du sujet. Ne tomberont pas sous le coup de la Convention les activités cau-

¹ Pour le texte des projets d'articles provisoirement adoptés par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1998*, vol. II (2^e partie), par. 55, p. 21.

² Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

³ Ibid.

⁴ *Annuaire... 1997*, vol. II (2^e partie), par. 168, p. 60.

⁵ *Annuaire... 1998*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/487 et Add.1.

sant des dommages à l'indivis mondial (*global commons*), c'est-à-dire à des ressources ou à des régions géographiques qui ne relèvent pas de la juridiction exclusive d'un État déterminé. Ont également été exclues du champ d'application les activités engendrant un dommage qui n'est pas significatif à court terme et qui ne peut être attribué à une source bien définie (telles que les pollutions d'origines diverses qui ont à long terme des effets cumulatifs dommageables).

5. La Commission et la Sixième Commission ont approuvé cette approche, tout en soulignant qu'elle ne devait pas être interprétée comme dénotant un manque d'intérêt pour les questions susmentionnées, qui pourraient être examinées par la suite dans d'autres contextes.

6. La portée du sujet étant ainsi clairement délimitée, la question s'est posée de savoir s'il convenait d'inclure, dans le projet d'articles, une liste des activités visées. Cette question avait déjà été examinée par le Groupe de travail créé à la quarante-neuvième session, qui avait conclu que, compte tenu de l'évolution de la technique, il n'était pas possible d'élaborer une telle liste. De surcroît, il apparaissait que cette « cristallisation » n'était ni utile ni souhaitable dans une convention-cadre. Aussi, il a finalement été jugé préférable de laisser aux États parties à la Convention le soin de décider par eux-mêmes quelles étaient les activités auxquelles les règles s'appliqueraient, solution que M. Sreenivasa Rao approuve pleinement.

7. Fallait-il également définir dans le projet ce que l'on entend par un « risque transfrontière significatif » ? Il n'existe, dans la doctrine, aucune définition satisfaisante de ce concept. Dans le contexte des utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, on avait considéré qu'un risque significatif est un risque qui n'est pas négligeable ou minime et qui peut être appréciable ou détecté ou établi sur la base de normes ou critères concertés. Certes, on pouvait envisager que, dans le contexte de la convention sur la prévention des dommages transfrontières significatifs, un « niveau de risque » admissible ou tolérable soit fixé, par exemple par une organisation internationale pertinente ou par la négociation, mais, compte tenu des incertitudes entourant cette question, on a estimé qu'il valait mieux, là aussi, laisser les États parties à la convention en décider.

8. C'est sur ces bases que le Groupe de travail a entrepris de réexaminer la première série de 17 articles en vue de leur adoption en seconde lecture. L'article 3, intitulé « Prévention », dispose que les États doivent prendre toutes les mesures appropriées pour prévenir les dommages transfrontières significatifs ou en réduire le risque au minimum. Tout le monde s'accorde à reconnaître que les États ont, à cet égard, l'obligation d'exercer la diligence voulue. Mais la question reste posée de savoir si l'État qui n'a pas exercé cette diligence doit être considéré comme responsable. On avait d'abord fait valoir que, si cette absence de diligence n'avait entraîné aucun dommage, sa responsabilité n'avait pas lieu d'être engagée. Cette position a toutefois été abandonnée en 1998 : on considère désormais que l'État « susceptible d'être affecté » par l'absence de diligence d'un autre État aura à tout le moins la possibilité de demander des consultations. Cette solution, à laquelle M. Sreenivasa Rao est personnellement favorable, soulève malheureusement un autre problème, qui est celui des

rapports entre l'article 3 et l'article 12, invitant à respecter un juste équilibre entre les intérêts des États intéressés. La réalisation de ce juste équilibre suppose que les États discutent et négocient entre eux des solutions, ce qui risque d'aller à l'encontre de l'obligation qui leur incombe d'exercer la diligence voulue : on a argué qu'après avoir imposé une règle impérative à l'article 3 la Commission ne pouvait laisser entendre à l'article 12 que les États intéressés pouvaient négocier entre eux pour préserver un juste équilibre de leurs intérêts. Après s'être longuement penchés sur la question, les membres du Groupe de travail ont toutefois estimé que la possibilité donnée aux États par les articles 10 à 13 de la convention de se consulter et de négocier n'entamait en rien le devoir de diligence énoncé à l'article 3 mais permettait au contraire de cristalliser cette obligation.

9. Le Groupe de travail s'est également penché sur le titre de l'étude de la prévention et il a été suggéré, sans que cette proposition fasse l'unanimité, de supprimer les mots « résultant d'activités dangereuses » au motif qu'une activité qui causait un dommage significatif était par définition dangereuse. Certains membres du Groupe sont aussi revenus sur le mot *acts* figurant dans le titre anglais de l'ensemble du sujet et ont dit lui préférer le mot *activities*. La majorité des membres du Groupe ont néanmoins considéré que cette distinction, d'un intérêt plus technique ou intellectuel que pratique, ne méritait pas qu'on modifie un titre qui n'avait pas posé problème depuis plus de deux décennies, et ce, d'autant plus qu'il ressortait des débats à la Sixième Commission qu'il s'agissait pour les États d'une question marginale.

10. Le Groupe de travail a soigneusement examiné les articles 1 à 17 et des modifications ont été proposées. Le Président du Groupe de travail indique que ces modifications seront reflétées dans le troisième rapport sur le sujet (A/CN.4/510), qu'en sa qualité de rapporteur spécial il présentera à la Commission au début de la seconde partie de sa session.

Actes unilatéraux des États (*suite**) [A/CN.4/504, sect. C, A/CN.4/505⁶, A/CN.4/511⁷]

[Point 7 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL⁸ (*suite**)

11. Le PRÉSIDENT rappelle que, pour faciliter les travaux de la Commission, le secrétariat a distribué un document officiel en anglais où figure le texte des réponses, réparties en observations générales et observations spécifiques, reçues à cette date à un questionnaire sur le sujet des actes unilatéraux des États qui a été adressé aux gouvernements conformément à une décision prise par la Commission à sa cinquante et unième session⁹. Onze États ont répondu à ce jour, et le texte des réponses qui

* Reprise des débats de la 2624^e séance.

⁶ Voir *supra* note 2.

⁷ Ibid.

⁸ Pour le texte des projets d'articles figurant dans le troisième rapport, voir 2624^e séance, par. 35.

⁹ Voir *Annuaire... 1999*, vol. II (2^e partie), par. 594, p. 147.

parviendraient ultérieurement sera lui aussi distribué sous forme de document officiel et incorporé dans la version finale des réponses des gouvernements au questionnaire (A/CN.4/511).

12. M. HERDOCIA SACASA félicite d'autant plus le Rapporteur spécial pour le travail qu'il a accompli et son troisième rapport sur les actes unilatéraux des États (A/CN.4/505) que ces actes sont des manifestations de volonté d'usage de plus en plus fréquent qui échappent encore à tout cadre normatif clair. Il est vrai que la doctrine et les décisions judiciaires, aussi précieuses soient-elles, commencent seulement à ébaucher la personnalité de ce nouvel acteur qui émerge, seul, dans la sphère des obligations internationales, sans orientation bien établie. Le Rapporteur spécial a réussi à épurer la terminologie des actes unilatéraux pour parer ceux-ci des attributs de la certitude, de la sécurité, de la stabilité et de la confiance, dans l'intérêt non seulement de ceux qui les formulent, mais aussi de ceux qui les invoquent ou les rejettent.

13. M. Herdocia Sacasa relève que six au moins des 11 pays qui ont répondu au questionnaire ont signalé avoir eu du mal à répondre à certaines questions parce qu'il ne semble pas possible d'élaborer ou de définir des normes communes régissant l'ensemble des actes unilatéraux, qui sont très nombreux, complexes et divers. C'est le même sentiment qui se dégage des débats qui se sont tenus à la Sixième Commission, à la cinquante-quatrième session de l'Assemblée générale, où un groupe d'États a conseillé à la Commission de procéder de façon progressive, en commençant plutôt par les déclarations qui créent des obligations que par celles qui visent à acquérir ou à conserver des droits. Ces préoccupations tiennent, peut-être non sans raison, à deux problèmes. Premièrement, est-il possible de formuler des normes applicables à tous les types d'actes unilatéraux ? Deuxièmement, la Commission devrait-elle déterminer tout d'abord s'il y a lieu de formuler uniquement des règles générales, ou de formuler aussi des règles particulières ? Pour sa part, M. Herdocia Sacasa ne croit pas que ces problèmes soient vraiment insurmontables. Tout simplement, la Commission doit agir avec circonspection, en se projetant dans l'avenir.

14. Dans cette perspective, la solution ultime consiste peut-être, en s'inspirant de méthodes de travail éprouvées de la Commission, à diviser le projet d'articles en deux parties : la première énoncerait des dispositions générales applicables à tous les actes unilatéraux, et la seconde des dispositions applicables à des catégories données d'actes unilatéraux spécifiques qui, par leur singularité, échappent à une réglementation uniforme.

15. M. Herdocia Sacasa considère, comme d'autres membres de la Commission, que les articles 1 à 5, appelés à figurer dans la première partie du projet d'articles, sont l'expression heureuse d'un ensemble général de normes applicables à tous les actes unilatéraux et qu'ils ne posent pas réellement de problèmes de fond.

16. Se référant brièvement à des aspects précis du rapport à l'examen, M. Herdocia Sacasa convient avec le Rapporteur spécial, aux paragraphes 19 et 20 du rapport, que les dispositions de la Convention de Vienne de 1969 ne sauraient être purement et simplement transposées automatiquement aux actes unilatéraux des États : elles ne

peuvent que s'appliquer par analogie et servir de cadre de référence souple.

17. Pour ce qui est du nouvel article premier (Définition de l'acte unilatéral), M. Herdocia Sacasa note avec satisfaction que le Rapporteur spécial a substitué au terme « déclaration » le terme « acte », de portée plus large. La notion d'« intention » est bienvenue, car elle est au cœur du sujet, l'État devant être conscient du fait qu'en formulant un acte unilatéral il contracte un engagement juridique : c'est là précisément que réside un des aspects fondamentaux qui différencient les actes politiques des actes unilatéraux. De même, M. Herdocia Sacasa approuve l'emploi de l'expression « avoir connaissance », préférable au mot « publicité ». Il convient qu'il faudrait peut-être supprimer l'adjectif « non équivoque » qualifiant la manifestation de la volonté de l'État. Il relève par ailleurs que la notion d'autonomie de l'acte unilatéral ne figure pas dans la définition à proprement parler proposée par le Rapporteur spécial, mais qu'elle est cependant essentielle pour clarifier les choses en permettant d'établir la distinction entre les actes conventionnels et les actes unilatéraux.

18. M. Herdocia Sacasa souscrit au nouveau projet d'article 2 (Capacité pour l'État de formuler des actes unilatéraux), qui prévoit que tout État a cette capacité, mais souhaiterait que le membre de phrase « conformément au droit international » soit ajouté à la fin de la disposition. S'agissant du nouveau projet d'article 3 (Personnes habilitées à formuler des actes unilatéraux au nom de l'État), il approuve le paragraphe 1. Il note que le paragraphe 2 élargit quelque peu la portée de l'article 7 de la Convention de Vienne de 1969, conformément sans doute à la jurisprudence, par exemple celle de la CIJ dans les affaires des *Essais nucléaires*, et à la pratique. Mais la Commission doit faire preuve de beaucoup de prudence sur ce point. M. Herdocia Sacasa accepte l'article 4 (Confirmation ultérieure de l'acte accompli sans autorisation). En ce qui concerne l'article 5 (Nullité de l'acte unilatéral), il suggère d'inclure, dans la version espagnole comme dans les versions anglaise et française, une disposition liminaire indiquant dans quels cas un acte unilatéral est nul. Cela dit, il approuve le parallélisme avec la disposition correspondante de la Convention de Vienne de 1969, complétée par un motif supplémentaire de nullité ayant trait à l'incompatibilité entre un acte unilatéral et une décision du Conseil de sécurité (al. g de l'article). Par ailleurs, il propose qu'il ne soit pas fait mention, à l'alinéa a, du « consentement », qui relève plutôt de la terminologie conventionnelle. M. Herdocia Sacasa émet quelques doutes quant à la pertinence de la disposition énoncée à l'alinéa h, qui prévoit qu'est nul un acte unilatéral contraire à une norme d'importance fondamentale du droit interne de l'État qui en est l'auteur. Cette disposition renvoie au droit constitutionnel des États, mais il souligne que, dans un régime démocratique, les actes unilatéraux n'ont pas nécessairement à être ratifiés par les parlements nationaux. Les actes unilatéraux visés dans le sujet à l'étude sont des actes formulés dans certains cas par le pouvoir exécutif qui peuvent avoir des effets sur des actes de caractère législatif ou sur la coordination entre les différents pouvoirs de l'État.

19. Enfin, M. Herdocia Sacasa pense que la Commission doit agir avec une grande prudence dans l'utilisation

d'expressions comme « création de droits » ou « confirmation de droits ». Dans ce sens, le paragraphe 49 du rapport mérite des éclaircissements. En tout état de cause, il ne faut pas oublier que le principe du caractère relatif des traités est applicable aux actes unilatéraux. L'article 34 de la Convention de Vienne de 1969 pose clairement le principe qu'« un traité ne crée ni obligations ni droits pour un État tiers sans son consentement ». Aussi le principe *res inter alios acta*, sur lequel le Rapporteur spécial a pris soin d'insister, est-il dans ce sens éminemment important : il permet de préserver le droit international et surtout d'éviter de créer des droits vis-à-vis d'États tiers sans leur consentement.

20. M. GAJA dit que le troisième rapport du Rapporteur spécial atteste d'importants progrès dans l'analyse du sujet et propose des projets d'articles susceptibles de contribuer à définir un cadre juridique adéquat. Toutefois, M. Gaja espérait davantage de progrès encore, et est un peu déçu, mais la faute n'en incombe pas seulement au Rapporteur spécial. En effet, le troisième rapport a été rédigé avant que les réponses des 11 États qui ont jusqu'ici répondu au questionnaire que leur avait adressé la Commission ne soient parvenues à celle-ci. Ce questionnaire, il convient de le rappeler, avait pour but de demander aux gouvernements des documents et des renseignements au sujet de leur pratique en matière d'actes unilatéraux ainsi que de leur position sur certains aspects de l'étude du sujet¹⁰. Or, si les réponses reçues jusqu'ici contiennent plusieurs éléments intéressants pour les travaux de la Commission, elles ne disent rien de la pratique des États concernés en matière d'actes unilatéraux. Il semble qu'il y ait eu un problème de communication, ou peut-être un malentendu, puisque la Commission n'a pas obtenu ce qu'elle demandait, à savoir des documents et des renseignements sur la pratique des États. De ce fait, le troisième rapport du Rapporteur spécial et le document officiel établi par le secrétariat en ce qui concerne les réponses reçues jusqu'ici des États contiennent très peu d'informations sur la pratique de ces derniers. Cela est extrêmement préoccupant, car tant que l'on n'aura pas réuni suffisamment de données sur la pratique des États et qu'on ne les aura pas analysées, il sera difficile d'identifier les divers éléments propres aux différents actes unilatéraux et de déterminer si et dans quelle mesure des règles communes à ces actes peuvent être dégagées.

21. Le Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États rétabli à la cinquante et unième session de la Commission¹¹ avait adopté à titre provisoire une définition des actes unilatéraux « comme point de départ pour le recensement de la pratique des États en la matière »¹² et dont M. Gaja estime qu'elle est préférable à celle que propose le Rapporteur spécial dans le nouveau projet d'article premier, et ce, pour deux raisons. Premièrement, comme l'ont relevé M. Candioti (2624^e séance) et M. Herdocia Sacasa, l'adjectif « non équivoque » est superflu. Deuxièmement, alors que dans la définition initiale l'acte devait être notifié à l'État ou à l'organisation intéressé ou porté d'une autre manière à sa connaissance, il suffit maintenant que l'État ou l'organisation intéressé en ait connaissance. Cette

expression est malheureuse, car elle peut donner à penser que cette connaissance peut avoir été acquise, par exemple, par des activités d'espionnage ou par l'action de services de renseignements. Or, il est nécessaire que l'État auteur de l'acte fasse quelque chose pour le porter à la connaissance de son ou de ses destinataires ou de la communauté internationale. Pour M. Gaja, donc, la définition adoptée à la cinquante et unième session par le Groupe de travail devrait être reprise. Il faut maintenant essayer de recenser les divers types d'actes unilatéraux auxquels s'appliquera le projet d'articles, que ces actes soient ou non assujettis à des règles communes ou qu'ils relèvent d'un régime particulier. Il pourrait être utile à l'article premier de donner des indications, bien entendu non exhaustives, sur le type d'actes visés, y compris leurs effets, et on se souviendra à cet égard que l'opinion n'est pas unanime quant au caractère unilatéral d'actes comme le consentement ou la protestation.

22. Dans son troisième rapport, le Rapporteur spécial analyse plusieurs aspects de la formulation des actes unilatéraux et traite de leur validité. M. Gaja n'a pas encore de position bien arrêtée sur nombre de ces questions, et il en sera ainsi tant que l'on n'aura pas recensé et analysé la pratique des États en la matière et évalué comment les règles qui sont calquées sur les dispositions de la Convention de Vienne de 1969 peuvent être appliquées à tous les actes unilatéraux ou à certains d'entre eux.

23. Une question qui par contre n'a pas encore été envisagée mais mériterait de l'être est celle de la compétence pour conclure des traités au regard du droit interne, qui est traitée à l'article 46 de la Convention de Vienne de 1969. Le projet d'article 3, qui correspond à l'article 7 de la Convention, définit les personnes habilitées à formuler des actes unilatéraux au nom de l'État mais ne dit rien sur le point de savoir si, du fait de l'existence de dispositions constitutionnelles ou législatives, d'autres organes de l'État doivent intervenir pour que l'acte puisse être valablement formulé. Un chef d'État peut certes ratifier un traité, mais cela ne signifie pas qu'il n'existe pas de dispositions constitutionnelles exigeant une autorisation préalable ou un autre acte du parlement. C'est pourquoi il convient dans un premier temps de déterminer d'abord s'il y a des dispositions constitutionnelles applicables aux actes unilatéraux, puis si et dans quelle mesure les dispositions constitutionnelles applicables aux traités peuvent être appliquées par analogie, en vertu du droit constitutionnel, à certains des actes unilatéraux relevant des travaux de la Commission, pour déterminer ensuite si le non-respect de ces dispositions constitutionnelles a des conséquences sur la validité des actes unilatéraux. L'alinéa *h* du nouveau projet d'article 5 semble à cet égard viser le contenu de l'acte, et non la compétence pour le formuler.

24. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA axe son intervention sur certains des critères retenus dans le projet de définition générale de l'acte unilatéral, précisant qu'il se gardera bien de remettre en cause leur pertinence et se contentera de les relativiser.

25. En ce qui concerne premièrement le critère de l'intention, il se demande si le fait de ne retenir que l'intention de l'auteur ne revient pas à sacrifier à la seule approche doctrinale, en faisant fi du sens pratique. En effet, l'acte unilatéral, à l'évidence, est avant tout un acte

¹⁰ Ibid., par. 593.

¹¹ Ibid., par. 577 et suiv., p. 146.

¹² Ibid., par. 589, p. 147.

intéressé, et, partant, avant tout un acte finalisé. C'est un acte intéressé au regard de son objet, du contexte dans lequel il s'inscrit. C'est en analysant l'intention qu'il est possible sans doute de déceler l'intérêt, l'objectif poursuivi. Mais, dans tous les cas, c'est parce qu'un État a intérêt à le faire qu'il va prendre le parti d'agir. La « manifestation de volonté » dont il est question dans le projet de définition est en fait action. C'est lorsque la manifestation de volonté est énoncée que l'on dit que l'État a pris l'initiative d'agir, c'est-à-dire de contracter des obligations ou de réaffirmer des droits. Mais, pour prendre cette initiative, il faut qu'il y trouve un intérêt. Sinon, il ne s'y risquerait certainement pas. Il faudrait alors peut-être intégrer la notion d'intérêt dans la recherche d'une définition objective de l'acte unilatéral, non pas pour la substituer à celle d'intention mais pour donner un sens, un contenu à l'intention, qui est, elle, plus difficile à établir. C'est pourquoi, si la notion d'intérêt peut être implicite en amont de la manifestation de volonté, elle devrait figurer aussi nettement que possible au nombre des déterminants de l'acte unilatéral et non pas simplement apparaître en filigrane. D'une part, s'il est fondé en droit, cet intérêt devient intérêt juridique, et c'est cet intérêt juridique qui est au cœur des effets juridiques recherchés lorsque l'État prend l'initiative de poser un acte. D'autre part, retenir la notion d'intérêt permet de faire l'économie d'un débat sur la notion de caractère non équivoque : en effet, un intérêt situé est un intérêt nécessairement non équivoque; c'est nécessairement un intérêt qui correspond à l'effet juridique de la décision ou de l'acte. La définition proposée par le Rapporteur spécial n'est certes ni inintelligible ni irrecevable, mais elle gagnerait à être recentrée, par souci de clarté, autour de la notion d'intérêt.

26. S'agissant deuxièmement du critère de l'autonomie, il pose incontestablement des problèmes, car, pour être déterminant, l'intérêt juridique doit procéder d'un régime juridique. Or, il est des intérêts juridiques qui sont inhérents à la nature même de l'État sans devoir nécessairement, en termes de source d'obligations, passer par une disposition conventionnelle ou juridique préalable. Par exemple, il est dans l'intérêt d'un État d'entretenir des relations de bon voisinage avec un autre État : il y va de son existence même. Là, l'intérêt politique confine à l'intérêt juridique. Ces intérêts inhérents à la nature même de l'État ne découlent pas nécessairement d'un régime de droit international : ils procèdent quelquefois, si ce n'est très souvent, d'un régime de droit interne. Les problèmes sous-jacents à cette dialectique droit interne-droit international se posent en général, sur le plan théorique et pratique, en termes de validité, d'opposabilité internationale. Mais, dès lors que se trouve satisfait le préalable de la validité ou de l'opposabilité internationale, la frontière entre les deux régimes devient plus souple, voire poreuse. Le problème du fondement juridique de l'intérêt se pose plutôt en termes de source qu'en termes de régime, qui serait, le cas échéant, le droit coutumier, le droit conventionnel ou le droit international général. L'obligation d'entretenir des relations de bon voisinage peut justifier justement l'émission d'un acte. Mais il s'agit d'une obligation de droit international général. Si le critère de l'autonomie est retenu comme critère de définition d'un acte unilatéral de l'État par rapport à d'autres régimes, il faudra le manier avec infiniment de précaution. De fait, comme le Rapporteur spécial l'indique au paragraphe 61 de son rapport, un

critère de cette nature « ne peut s'entendre dans un sens trop large » et « ce que le recours à ce critère vise à exclure, ce sont les actes liés à d'autres régimes, par exemple tous les actes liés au droit des traités ». Or, le Rapporteur spécial confirme immédiatement après, au paragraphe 62 du rapport, que l'acte unilatéral visé « naît au moment de sa formulation ». Il naît de quoi ? Pourquoi ? En vue de quoi ? Aucun élément de réponse n'est apporté.

27. En troisième lieu, il convient de s'arrêter sur le critère de la publicité, notamment en ce qui concerne la détermination des modalités de celle-ci (c'est-à-dire de la manière dont l'acte est porté à la connaissance du destinataire) et des formes de l'acte unilatéral (c'est-à-dire de la preuve que le destinataire a bel et bien eu connaissance de l'acte). Ces problèmes ne paraissent pas suffisamment pris en considération dans le projet de définition de l'acte unilatéral proposé. Le Rapporteur spécial privilégie le fond, mais les aspects formels de l'acte unilatéral auraient gagné à être mis en valeur dans une image d'ensemble et complète de l'acte unilatéral, ce qui n'apparaît pas dans le projet. Pour cela, une méthode d'approche plus équilibrée du sujet, notamment dans la perspective d'une structuration du régime qu'il faudra nécessairement distinguer des dispositions générales, est souhaitable. M. Herdocia Sacasa a évoqué la possibilité de suivre la démarche retenue dans l'élaboration du projet d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États¹³, c'est-à-dire d'établir des dispositions générales et des dispositions spécifiques. M. Pambou-Tchivounda n'y est pas hostile, mais il suggérerait plutôt, en retenant la démarche du Rapporteur spécial, d'intégrer dans son projet au moins un ensemble de dispositions générales, par exemple celles qu'il propose à juste titre dans le projet d'article premier.

28. Un article premier sur la définition est sans doute nécessaire. Mais la définition que propose le Rapporteur spécial présente un double inconvénient. Le premier a trait aux interrogations que suscite l'impassé que fait le Rapporteur spécial sur les aspects formels de l'acte unilatéral. Le deuxième est lié à l'incertitude d'une définition qu'il fonde sur un critère, celui de « l'intention de produire des effets juridiques », que l'on peut qualifier de tendanciel. L'intention est une tendance, une perspective. Asseoir une définition sur une perspective ne paraît pas suffisant car le produit de la norme ainsi obtenue n'aurait qu'une valeur indicative et pas impérative. M. Pambou-Tchivounda craint que l'on ne fasse la part belle à la *soft law*, en s'éloignant de l'exigence de faire œuvre de *hard law* dans le projet d'articles.

29. Sans doute faudrait-il inscrire dans le même registre des dispositions générales le projet d'article 2, qui consacre le rôle de la capacité de tout État. Ce projet d'article rappelle le lien inhérent entre l'État et l'acte unilatéral. C'est la personnalité juridique de l'État qui trouve son reflet dans cette manifestation de volonté, signifiant que quelle que soit sa taille, son importance politique, un État reste un État et que tous les États se valent. La notion de personnalité juridique rejoint celle d'égalité des États. La capacité qu'a l'État de formuler des actes unilatéraux est

¹³ Pour le texte du projet d'articles, *ibid.*, par. 47, p. 21.

donc inhérente à sa nature et il est normal que le projet d'article 2 n'ait pas fait l'objet d'observations particulières de la part du Rapporteur spécial, car c'eût été simple redondance.

30. Dans cet ensemble de dispositions générales, il y aurait peut-être lieu d'introduire deux projets de disposition. Tout d'abord, un projet d'article dont l'objet serait de consacrer la diversité des dénominations et des formes des actes unilatéraux des États serait bienvenu. Il viendrait en complément du projet d'article premier, un peu à la manière de l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 2 commun à la Conventions de Vienne de 1969 et à 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 ») où on lit : « L'expression "traité" s'entend d'un accord international [...] quelle que soit sa dénomination particulière ». Une référence à la dénomination rassurerait tous les membres qui, à raison, se sont interrogés sur la pratique qui révèle la diversité des actes unilatéraux des États. M. Pambou-Tchivounda verrait également dans ce premier ensemble des dispositions relatives non pas seulement à la dénomination mais au champ d'application du projet d'articles. Intervendrait ici la typologie des différentes catégories, non seulement désignées, mais accompagnées de leur définition. On serait alors en présence d'une première partie de dispositions non pas étriquée, mais où il y aurait de la matière, comme on est en droit de l'attendre.

31. Ce travail effectué, commencerait le paquet de dispositions consacrées au régime, dont la toute première serait le projet d'article 3 proposé. Plutôt que « Personnes habilitées à formuler des actes unilatéraux au nom de l'État », il conviendrait de l'intituler « Compétence pour formuler des actes unilatéraux au nom de l'État ». Cela pour rester au niveau des notions fondamentales de droit, dans le prolongement de la notion de capacité. Ce projet d'article qui comporte deux paragraphes devrait être complété par un troisième, constitué du projet d'article 4, qui a en réalité sa place dans le système du projet d'article 3. Le problème de la compétence serait ainsi examiné dans sa globalité, en rendant justice à un principe général de droit, celui de la légalité. Ensuite, dans un chapitre consacré aux causes de nullité, il y aurait lieu de situer les conséquences d'un acte unilatéral émanant d'une autorité incompétente.

32. Le projet d'article 3 devrait être réécrit non pas seulement pour y intégrer le projet d'article 4, mais en tenant compte des trois principes ci-après. Premièrement, la transposition des catégories d'autorité identifiées par le droit des traités (chef d'État, premier ministre, ministre des affaires étrangères) au droit des actes unilatéraux est recevable. Deuxièmement, l'élargissement du cercle des autorités qualifiées pour engager l'État par voie unilatérale ne devrait pas faire intervenir certaines techniques particulières au droit des traités telles que les pleins pouvoirs. En revanche, cet élargissement devrait s'appuyer, d'une part, sur le niveau de l'auteur de l'acte unilatéral dans le fonctionnement de l'État, c'est-à-dire dans l'exercice du pouvoir politique au sein de l'État, et, d'autre part, sur la particularité technique du domaine sur lequel est intervenu l'auteur de l'acte unilatéral, sous réserve de confirmation dans les deux cas. Troisièmement, c'est à ces mêmes conditions que pourrait être recevable l'élargissement du cer-

cle des autorités aux chefs de mission diplomatique ou aux représentants permanents d'États auprès d'organisations internationales.

33. C'est assurément par ces éléments de différenciation que la référence à la notion d'« autres circonstances » que l'on trouve au paragraphe 2 du projet d'article 3 peut avoir quelque pertinence. Sans ces éléments, on ne saurait pas ce qu'elle recouvre. La notion de « pratique des États intéressés » est admise en droit international mais celle d'« autres circonstances » est relative dans l'espace et le temps.

34. En résumé, il conviendrait de remanier comme suit le projet d'article 3. L'intitulé devrait être changé de la manière indiquée précédemment. Au paragraphe 1, il faudrait remplacer le membre de phrase « sont réputés représenter l'État pour accomplir en son nom des actes unilatéraux » par « sont compétents pour accomplir au nom de l'État des actes unilatéraux ». Personne ne pouvant mettre en doute la compétence des autorités visées dans ce paragraphe, cette formule beaucoup plus directe permettrait de faire l'économie d'une contorsion inutile. Dans la version française du paragraphe 2, la formule « Une personne est considérée comme habilitée par l'État pour accomplir en son nom un acte unilatéral » est lourde. Il faudrait la remplacer par : « Une personne est présumée compétente pour accomplir au nom de l'État un acte unilatéral ». Il s'agit en effet ici de présomption de compétence pour accomplir tel ou tel acte. Puis il faudrait terminer ainsi le paragraphe : « à moins que la pratique des États intéressés ou d'autres circonstances ne permettent d'établir son incompétence ». Dans ce cas, ou bien l'autorité est compétente, ou bien elle ne l'est pas. Ainsi, on déclare qu'après tout les États sont libres de se faire représenter par l'autorité de leur choix. Quelqu'un qui n'est pas chef d'État, chef de gouvernement ou ministre des affaires étrangères est présumé compétent à moins que la pratique ou d'autres circonstances ne viennent établir son incompétence. Le dire d'une manière aussi simple, aussi dépouillée, rendrait plus intelligible ce paragraphe, qui serait alors suivi d'un troisième paragraphe reprenant la teneur du projet d'article 4.

35. Ces quelques propositions de rédaction trouveront certainement leur solution au sein du Comité de rédaction, auquel il conviendrait de renvoyer le texte de ces projets d'articles. M. Pambou-Tchivounda s'est à dessein abstenu d'aborder le projet d'article 5, qui soulève des questions graves, complexes, auxquelles on ne peut répondre sans disposer de beaucoup de substance relativement à la pratique des États. Ces problèmes n'entament cependant pas l'excellence du travail réalisé par le Rapporteur spécial dans ce troisième rapport sur le sujet.

36. M. GOCO, évoquant la question de l'intention, conteste ce qui est dit à ce sujet au paragraphe 34 du rapport à l'examen. Il ne voit pas comment on peut déterminer l'intention avant d'être parvenu au stade de l'arbitrage. Même dans le cas des affaires des *Essais nucléaires*, où le Président Mitterrand avait déclaré que les essais nucléaires de la France devaient être interrompus, son intention n'est devenue manifeste que lorsque la CIJ a conclu que le fait que sa déclaration avait été publique et non équivoque liait celui-ci, même s'il n'avait peut-être pas eu réellement l'intention d'interrompre les essais. Une déclara-

tion attribuée au Président Clinton selon laquelle une partie de l'ex-Yougoslavie ne recevrait aucune aide des États-Unis tant que le Président Milosevic resterait au pouvoir procéderait du même raisonnement : un chef d'État en exercice est lié par ses déclarations. Ancien ambassadeur des Philippines au Canada, M. Goco se souvient des difficultés créées par la célèbre exclamation du général de Gaulle, « Vive le Québec libre ! »¹⁴. Là encore, cette déclaration était imputable à un chef d'État en exercice. Mais tant que l'affaire soulevée par une déclaration n'atteint pas le stade de l'arbitrage ou d'une décision de justice, l'intention qui la sous-tend ne peut être déterminée puisqu'elle peut toujours être niée.

37. Par ailleurs, la distinction entre acte politique et acte juridique est plutôt floue. On dit qu'un acte est politique tant qu'il se circonscrit aux limites du territoire d'un État particulier, mais qu'il devient juridique dès lors qu'il touche d'autres États. Mais, dans le monde contemporain, tout acte d'un État a des répercussions sur d'autres États. De plus, la définition du territoire national d'un État pose problème. Une telle définition faisant toujours intervenir la délimitation d'une portion du territoire d'un autre État, il est difficile de savoir si elle relève du politique ou du juridique.

38. M. Goco se réserve le droit de revenir ultérieurement sur d'autres aspects de la question des actes unilatéraux des États.

39. M. KUSUMA-ATMADJA dit que le Rapporteur spécial a manifestement tenu compte des observations faites par les membres de la Commission dans l'établissement de ce troisième rapport, qui est beaucoup plus clair sur certains sujets.

40. L'un des actes unilatéraux de l'État mentionnés dans le deuxième rapport¹⁵ avait trait aux déclarations que font certains pays pour émettre des réserves interdites par certaines conventions. Dès 1960, un article d'Anand faisait clairement ressortir que ce type de déclaration devait être interprété comme équivalant à une réserve¹⁶. Dans le troisième rapport, la déclaration figure parmi les exemples d'acte unilatéral ayant des effets juridiques. La Déclaration Truman de 1945 concernant l'étendue du plateau continental des États-Unis¹⁷ est citée en exemple au paragraphe 164. Mais, à l'époque, les autres États étaient prêts à suivre cet exemple parce que les progrès de la technologie rendaient possible l'extension de la prospection et de l'exploitation des ressources minières aux fonds marins. Si bien que cet acte unilatéral a servi de base au développement progressif du droit international.

41. Il y a un autre exemple d'acte unilatéral qui, à l'époque, était contraire au droit international, à savoir la déclaration d'indépendance de l'Indonésie proclamée le 17 août 1945. Le Japon occupait alors l'Indonésie et interdisait

l'écoute des radios étrangères. Malgré cela, la rumeur avait couru que les forces japonaises allaient signer leur capitulation sur le cuirassé *Missouri* le 16 août 1945. Le Japon avait pris des dispositions pour octroyer l'indépendance à l'Indonésie à une date ultérieure. Un projet de constitution avait même été élaboré. Mais alors la République indonésienne aurait été créée par une puissance étrangère, ce qui était inadmissible. La jeunesse révolutionnaire clandestine a donc forcé le Président Sukarno à déclarer l'indépendance avant qu'un traité de paix ne soit conclu. Les forces japonaises démoralisées n'ont opposé aucune résistance aux partisans de l'indépendance qui les ont désarmées et ont pu continuer la lutte. Cela constitue un exemple d'acte unilatéral illicite au moment où il a été commis mais qui procédait d'une intention claire. Il n'est pas nécessaire que l'acte unilatéral soit licite pour produire un effet juridique. Tout dépend de la manière dont on réalise l'intention qui le sous-tend. Parfois, un acte à l'origine illicite peut se justifier s'il a derrière lui la force de tout un peuple. Le Président Sukarno a expliqué sa décision en disant qu'il s'était présenté une occasion qu'il ne fallait pas laisser passer. Par la suite, l'Indonésie a normalisé ses relations avec ses voisins en concluant des accords bilatéraux sur les fonds marins et le sous-sol, ajoutant un aspect économique à l'acte politique que constituait la déclaration d'indépendance.

42. Le PRÉSIDENT dit que le Rapporteur spécial lui a fait part de son souhait de procéder à des consultations dans le cadre d'un groupe de travail qui doit donc être créé.

43. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial) dit que le Groupe de travail sera composé des membres ci-après : M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Galicki, M. Hafner, M. Herdocia Sacasa, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Pambou-Tchivounda et M. Sepúlveda. Le Groupe de travail est ouvert à la participation d'autres membres.

La séance est levée à 13 h 5.

2629^e SÉANCE

Mardi 30 mai 2000, à 10 heures

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Tomka.

¹⁴ Voir C. Rousseau, « Chronique des faits internationaux », RGDIP (Paris), vol. 72, n° 1, janvier-mars 1968, p. 164 et suiv.

¹⁵ Voir 2624^e séance, note 4.

¹⁶ R. P. Anand, « Reservations to multilateral conventions », *Indian Journal of International Law*, vol. I, n° 1, juillet 1960, p. 84.

¹⁷ Voir M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, Washington, United States Government Printing Office, 1965, p. 756 et 757.

Actes unilatéraux des États (suite) [A/CN.4/504, sect. C, A/CN.4/505¹, A/CN.4/511²]

[Point 7 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL³ (suite)

1. M. LUKASHUK félicite le Rapporteur spécial d'avoir réussi à progresser dans une tâche extrêmement difficile. Le troisième rapport (A/CN.4/505) montre, toutefois, qu'il y aura encore d'autres difficultés à résoudre.

2. Le projet d'articles ne reflète pas de manière adéquate le lien qui existe entre les actes unilatéraux et le droit international. Se référant à l'arrêt rendu par la CIJ dans les affaires des *Essais nucléaires*, M. Lukashuk dit qu'il faudrait mentionner dans un article distinct que le caractère juridiquement contraignant des actes unilatéraux est déterminé par le droit international et, plus particulièrement, par le principe de bonne foi.

3. Les actes unilatéraux produisent des effets juridiques conformément au droit international et cette idée devrait aussi être reflétée dans le projet. Sans faire de proposition formelle, il pense que l'on pourrait peut-être insérer dans l'article premier, après les mots « produire des effets juridiques », la formule « conformément au droit international ».

4. Le lien entre les actes unilatéraux et les normes impératives du droit international est important. À la différence du Rapporteur spécial, il estime qu'un acte unilatéral qui est en conflit avec une norme impérative du droit international enfreint celle-ci. Ce n'est que par accord mutuel et dans le seul cadre de leurs relations réciproques que les États peuvent s'écarter de ces normes : toute dérogation unilatérale est interdite. Le Rapporteur spécial a noté l'existence d'actes unilatéraux qui visent à modifier des normes impératives, mais ces actes n'ont aucune valeur juridique : qu'il s'agisse d'offres, de promesses, etc., ils n'acquièrent de signification juridique qu'à partir du moment où ils ont été acceptés par d'autres États. Le fait que les États puissent faire des propositions tendant à modifier des normes impératives est illustré par des interprétations récentes et nettement unilatérales du principe du non-recours à la force.

5. Une distinction doit être établie entre les actes unilatéraux qui produisent des effets juridiques dès leur formulation et indépendamment de l'attitude adoptée par d'autres États et les actes unilatéraux qui n'ont d'effets juridiques qu'à partir du moment où ils ont été acceptés par d'autres États. Tous les actes donnant effet à des règles de droit n'ont pas besoin d'être acceptés par d'autres États : pour autant qu'ils restent dans la légalité, les États peuvent donner unilatéralement effet à leurs propres droits.

6. Le Rapporteur spécial est arrivé à définir quelles étaient les principales questions qui devaient être résolues au stade initial des travaux, mais il n'est pas possible de

traiter de tout l'éventail des actes unilatéraux dans des règles générales. Il faudrait recenser les actes unilatéraux qui méritent d'être spécialement étudiés et déterminer ensuite les caractéristiques juridiques de chacun. Une analyse de la doctrine et de la pratique des États montre que, dans la plupart des cas, la promesse, la protestation, la reconnaissance et la renonciation sont considérées comme des actes unilatéraux. Cette liste n'est pas exhaustive, mais elle peut servir de point de départ.

7. Les actes unilatéraux peuvent, selon M. Lukashuk, être classés en plusieurs catégories. Il y a tout d'abord les actes unilatéraux que l'on peut qualifier de « purs », c'est-à-dire ceux qui donnent véritablement effet au droit international et qui n'appellent aucune réaction de la part des autres États. Il y a ensuite les actes par lesquels les États contractent des obligations. On les appelle souvent des « promesses » (bien que ce terme soit inapproprié car il fait référence à des impératifs moraux et non juridiques). Lorsqu'ils sont reconnus par d'autres États, ces actes créent une forme d'accord et, à ce titre, peuvent donner naissance, pour les autres États, non seulement à des droits mais aussi à des obligations. Un exemple classique en est la déclaration de l'Égypte de 1957 concernant le régime du canal de Suez⁴. Enfin, il y a les actes qui expriment la position d'un État vis-à-vis d'une situation ou d'un fait donné – reconnaissance, renonciation, protestation – et qui sont également des actes purement unilatéraux en cela qu'ils n'appellent pas de reconnaissance par les autres États.

8. L'utilisation de la formule « dans l'intention de » produire des effets juridiques dans l'article premier est bienvenue car, dans certaines circonstances, des effets juridiques sont produits indirectement après la reconnaissance d'un acte unilatéral par d'autres États. En revanche, la suppression du mot « autonome » qui figurait dans les précédentes définitions des actes unilatéraux crée certaines difficultés. Cela sous-entend en effet que les actes unilatéraux comprennent également les actes accomplis en relation avec un traité. Mais, étant donné que certains membres de la Commission ont insisté pour que le mot « autonome » soit supprimé, on pourrait peut-être adopter une solution de compromis qui consisterait à insérer le mot « unilatéralement » après les mots « dans l'intention de produire », ce qui serait interprété, dans ce contexte, comme faisant référence au caractère autonome de l'acte. M. Lukashuk est gêné par l'utilisation du mot « formulée », du moins dans la version russe, car, dans l'ensemble, ce verbe décrit la génération d'un acte et non son résultat.

9. Le Rapporteur spécial a très justement appelé l'attention sur le fait que les États peuvent accomplir des actes unilatéraux en gardant le silence. À l'époque moderne, l'assentiment silencieux joue un rôle majeur dans le développement du droit international général, y compris le *jus cogens*. À plusieurs reprises, le Conseil de sécurité a adopté des résolutions – y compris pour l'établissement de tribunaux internationaux ad hoc – en exerçant des pou-

¹ Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

² Ibid.

³ Pour le texte des projets d'articles figurant dans son troisième rapport, voir 2624^e séance, par. 35.

⁴ Déclaration (avec lettre d'envoi adressée au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies) sur le canal de Suez et sur les arrangements concernant sa gestion, Le Caire, 24 avril 1957 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 265, n^o 3821, p. 299).

voirs qui ne lui étaient pas conférés par la Charte des Nations Unies, et les États Membres ont tacitement reconnu ces décisions, lesquelles ont ainsi acquis force obligatoire.

10. S'agissant de l'alinéa *f* de l'article 5, un acte unilatéral qui est en conflit avec une norme impérative du droit international ne peut pas acquérir force juridique avant d'avoir été reconnu par un autre État. Ce paragraphe pourrait être interprété comme « légalisant » la violation non seulement de règles coutumières mais aussi de règles conventionnelles. Dans l'alinéa *g* de l'article 5, il faudrait faire apparaître clairement qu'un acte unilatéral est nul non seulement s'il contrevient à une décision du Conseil de sécurité mais aussi – et plus encore – s'il contrevient à la Charte des Nations Unies. M. Lukashuk aimerait que l'on ajoute, à la fin de cet alinéa, les mots « et aux décisions des tribunaux internationaux ». L'alinéa *h* pourrait être complété en y ajoutant la formule qui figure dans la Convention de Vienne de 1969 concernant les conflits avec le droit interne s'agissant de la compétence d'un État pour conclure un traité international. Enfin, la formule liminaire de l'article 5 devrait être modifiée afin de faire apparaître clairement que l'État en question est l'État qui a formulé l'acte unilatéral.

11. M. AL-BAHARNA relève qu'au paragraphe 14 du rapport le Rapporteur spécial indique que l'intérêt du sujet ne semble faire aucun doute, mais cela allait sans dire, car la chose était déjà claire lorsque la Commission a décidé d'étudier le sujet⁵. Au paragraphe 17, le Rapporteur spécial met l'accent sur le lien qui existe entre le sujet et la Convention de Vienne de 1969, mais au paragraphe 18, il souligne les différences qui existent entre le droit applicable aux actes unilatéraux et le droit des traités. Il serait inopportun de suivre trop étroitement la Convention, car il existe des différences essentielles entre le droit des traités et le droit relatif aux actes unilatéraux. En fait, il n'y a pas de parallélisme entre les deux.

12. À la Sixième Commission, certaines délégations ont émis des doutes sur l'opportunité d'adopter une approche parallèle, même souple (par. 22), et ont estimé que les travaux relatifs aux actes unilatéraux devraient être menés indépendamment du droit des traités. Bien que le caractère d'un traité, qui nécessite deux ou plusieurs parties, diffère de celui d'un acte unilatéral, une fois qu'un acte unilatéral a été valablement formulé et a été reconnu comme ayant force exécutoire, il peut donner lieu à toutes ou à certaines des conséquences juridiques attribuables à un traité en vertu de la Convention de Vienne de 1969. En conséquence, l'ensemble ou une partie des conséquences des traités relatives par exemple à la validité, à la capacité, à la nullité, à la révocation, aux réserves, à la bonne foi et à l'interprétation peuvent, par analogie, être applicables *mutatis mutandis* à un acte unilatéral formulé dans l'intention de produire des effets juridiques.

13. Dans les réponses des gouvernements au questionnaire sur les actes unilatéraux qui leur avait été envoyé par la Commission à la précédente session, le Royaume-Uni, par exemple, a fait valoir que l'on accordait une impor-

tance indue à la Convention de Vienne de 1969 et qu'il n'était pas convaincu que les dispositions de cette convention puissent être appliquées *mutatis mutandis* à toutes les catégories d'actes unilatéraux des États. La Géorgie a déclaré que les règles de la Convention ne pouvaient être appliquées *mutatis mutandis* aux actes unilatéraux en raison du caractère différent de ces actes. Le Rapporteur spécial devrait prendre ces vues en considération.

14. En ce qui concerne l'estoppel ou la forclusion, certains représentants à la Sixième Commission ont reconnu l'existence d'un lien entre l'estoppel et les actes unilatéraux, mais d'autres l'ont contestée car ils estimaient que les deux choses étaient de nature différente. Le Rapporteur spécial a eu raison d'affirmer que l'estoppel est sans rapport avec les actes unilatéraux; au paragraphe 27 de son rapport, il met l'accent sur des différences importantes qui existent entre les deux, y compris le fait que l'élément caractéristique de l'estoppel ne réside pas dans le comportement de l'État mais dans la confiance qu'il a placée dans un autre État. L'acte unilatéral vise à créer une obligation juridique pour l'État qui le formule tandis que l'estoppel ne crée aucune obligation de ce type pour l'État qui s'en prévaut.

15. Le Rapporteur spécial mentionne les difficultés rencontrées pour formuler une définition juridique appropriée des actes unilatéraux des États. Les différents éléments énumérés au paragraphe 31 figuraient déjà dans le projet initial, mais le Rapporteur spécial a essayé d'en améliorer le libellé à la lumière des débats de la Sixième Commission et des commentaires écrits envoyés par les gouvernements. Au paragraphe 34 du rapport, il est souligné que l'intention de l'État auteur a une importance fondamentale dans le cadre du sujet, lequel devrait porter uniquement sur les actes unilatéraux formulés par les États dans l'intention de produire des effets juridiques, à l'exclusion de tous les actes politiques des États ou des actes unilatéraux ou déclarations formulés dans une intention politique. La Commission devrait appuyer la position du Rapporteur spécial à cet égard.

16. Le Rapporteur spécial a justifié son utilisation de l'expression « actes unilatéraux » en lieu et place de « déclarations unilatérales » sur la base des préoccupations exprimées à la Sixième Commission; toutefois, au paragraphe 40, il reconnaît que la plupart des actes unilatéraux des États, sinon tous, sont formulés au moyen de déclarations. Tous les exemples cités aux paragraphes 37 à 47 du rapport montrent que les actes unilatéraux sont, dans la plupart des cas, formulés sous forme d'une déclaration. Au paragraphe 41, le Rapporteur spécial admet qu'« on observe dans la pratique que certaines déclarations unilatérales ont été formulées verbalement, avant d'être confirmées par écrit » et, au paragraphe 47, il reconnaît qu'il a retenu le terme « acte » pour tenir compte d'un courant d'opinion important selon lequel ce terme a une acception plus large et moins restrictive que « déclaration ».

17. La nouvelle définition des actes unilatéraux ne dit rien concernant la forme sous laquelle l'acte peut être exprimé; pourtant, ces actes doivent être formulés sous une forme ou sous une autre et ne peuvent exister dans le vide. Bien que l'établissement d'une définition complète pose indéniablement des problèmes complexes, la nou-

⁵ Voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), doc. A/51/10, par. 248, annexe II et additif 3.

velle définition proposée dans l'article premier n'est pas satisfaisante. Aussi suggérerait-il d'insérer, après le mot « formulée », les mots « sous forme d'une déclaration ou sous toute autre forme acceptable » ou encore d'ajouter dans l'article premier un deuxième paragraphe qui pourrait s'énoncer comme suit : « Un acte unilatéral d'un État, tel que défini au paragraphe 1, peut prendre la forme d'une déclaration ou toute autre forme acceptable ». Il suggérerait aussi de préciser dans l'article premier, éventuellement dans un paragraphe séparé, qu'un acte unilatéral d'un État peut être formulé verbalement ou par écrit.

18. Aux paragraphes 48 à 59 du rapport, le Rapporteur spécial cite des exemples tirés de la jurisprudence ou de la pratique des États pour justifier l'utilisation de l'expression « produire des effets juridiques » dans la reformulation de l'article premier. M. Al-Baharna appuie la nouvelle formulation proposée, pour les raisons avancées au paragraphe 48. Le Rapporteur spécial se réfère fréquemment au principe généralement accepté selon lequel un État ne peut, au moyen d'un acte unilatéral, imposer des obligations à un autre État ou à une organisation internationale sans le consentement de ces derniers. Toutefois, beaucoup des exemples cités se rapportent au régime des traités plutôt qu'à celui des actes unilatéraux.

19. Dans la partie relative à l'« autonomie » des actes unilatéraux, le Rapporteur spécial traite d'une question essentielle : celle de « la non-dépendance qui caractérise ces actes » (par. 60). Comme il l'explique au paragraphe 61, le recours au critère de l'autonomie dans la définition des actes unilatéraux vise à exclure les actes liés à d'autres régimes, par exemple tous les actes liés au droit des traités. M. Al-Baharna est partisan d'inclure le terme « autonomie » dans la définition, car l'autonomie constitue une caractéristique importante de l'acte unilatéral. Aussi n'apprécie-t-il pas la circonspection dont le Rapporteur spécial fait preuve au paragraphe 69 et sa décision de ne pas employer ce terme.

20. L'expression « non équivoque » qui figurait dans la définition précédente des actes unilatéraux a été conservée dans la nouvelle formulation. Il s'agit là d'un élément fondamental et nécessaire, car il est difficile d'imaginer comment on pourrait formuler un acte unilatéral d'une manière qui ne serait pas claire ou qui contiendrait des conditions ou des restrictions implicites, ou d'une manière qui permettrait de l'annuler facilement et rapidement. La question soulevée au paragraphe 71 est celle de savoir si le caractère non équivoque de l'acte doit être lié à la manifestation de la volonté ou au contenu de l'acte.

21. La publicité est également un élément essentiel de la définition des actes unilatéraux, mais ce mot a une très large connotation et pourrait sous-entendre, par exemple, l'utilisation des médias alors que l'on veut simplement dire que l'engagement contenu dans l'acte unilatéral doit être connu au moins du destinataire et des autres États concernés. L'expression « formulée publiquement » qui était utilisée dans l'ancien article 2 avait d'abord été remplacée, par le Groupe de travail, par la formule « qui est notifiée à l'État ou organisation intéressé ou portée d'une autre manière à sa connaissance »⁶, ce qui semblait acceptable.

La nouvelle formulation suggérée par le Rapporteur spécial, à savoir « et dont ledit ou lesdits États ou ladite ou lesdites organisations internationales ont connaissance », demanderait à être explicitée. Dans le texte anglais de la définition, la formule finale *State or international organization* ne correspond pas à la formule *one or more States or international organizations* employée dans le membre de phrase précédent, ce qui crée une confusion. Les entités en question sont mentionnées au pluriel en ce qui concerne les effets juridiques mais au singulier en ce qui concerne la publicité, ce qui n'est probablement pas intentionnel. En anglais, la fin de l'article premier devrait donc être reformulée comme suit : *organizations, and which is made known to that State or international organization or to those States or international organizations*, ou plus simplement : *and which is made known to them* [et qui est portée à leur connaissance]. Il n'y avait rien à redire à la formule utilisée dans l'ancien article 2, qui aurait dû être conservée sans changement. En conséquence, les mots « et dont ledit ou lesdits États ou ladite ou lesdites organisations internationales ont connaissance » devraient être remplacés par l'ancienne version « qui est notifiée à l'État ou organisation intéressé ou portée d'une autre manière à sa connaissance ». Au paragraphe 131 du résumé thématique des débats tenus à la Sixième Commission (A/CN.4/504), il était d'ailleurs indiqué que cette expression avait reçu l'appui des délégations. Si tel était le cas, pourquoi la modifier ?

22. M. Al-Baharna appuie la suggestion de supprimer l'ancien projet d'article premier relatif à la portée du projet d'articles. Le nouvel article premier reprend les éléments contenus dans l'ancienne version concernant le champ d'application. De plus, il n'est pas nécessaire d'inclure dans le projet un article inspiré de l'article 3 de la Convention de Vienne de 1969, car il ne semble pas y avoir de parallèle entre les deux situations. Comme indiqué au paragraphe 89 du rapport, le terme « unilatéraux » est suffisamment large pour couvrir toutes les manifestations de volonté unilatérale formulées par un État.

23. Le nouvel article 2 est acceptable et il appuie également le paragraphe 1 du nouvel article 3, car les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères peuvent indubitablement lier l'État qu'ils représentent au moyen d'actes unilatéraux. Dans ses réponses au questionnaire de la Commission, le Gouvernement des Pays-Bas a ajouté à ces trois catégories de personnes les chefs de mission diplomatique, mais M. Al-Baharna doute qu'un chef de mission diplomatique puisse accomplir une tâche aussi importante sans une autorisation spécifique.

24. M. Al-Baharna hésite à appuyer le paragraphe 2 du nouvel article 3 sous sa forme actuelle car cette formulation lui semble trop large. À l'évidence, personne n'a la possibilité d'examiner la pratique de chaque État ou d'autres circonstances pour déterminer si une personne qui a formulé un acte unilatéral était habilitée à agir au nom de l'État; cela revient à ouvrir la possibilité à n'importe quel fonctionnaire subalterne de formuler un acte unilatéral qui aurait de grandes chances d'être invalidé par la suite. La Commission devrait limiter la catégorie de personnes habilitées à formuler des actes unilatéraux au titre du paragraphe 2 aux chefs de mission diplomatique et autres ministres d'État pleinement autori-

⁶ Voir *Annuaire... 1999*, vol. II (2^e partie), par. 589, p. 147.

sés pour ce faire dans un but déterminé. Elle pourrait ainsi établir une distinction entre les pouvoirs généraux conférés aux trois catégories de personnes mentionnées au paragraphe 1 et les pouvoirs plus limités attribués à la catégorie de personnes visée au paragraphe 2.

25. Le nouvel article 4 ne recueille pas son adhésion car il n'est pas suffisamment restrictif. Si une personne formule un acte unilatéral sans être habilitée à le faire, comment l'État concerné peut-il par la suite approuver cette action illicite ? Selon la théorie des obligations, une telle personne agit illégalement et son action est *ab initio* nulle et non avenue. En conséquence, un État ne peut valider a posteriori une conduite qui n'était pas autorisée à l'origine. Toutefois, cet article est relié au paragraphe 2 de l'article 3 qu'il a suggéré de remplacer par une disposition plus restrictive. Si sa suggestion est retenue, l'État n'aura pas besoin de l'article 4 pour pouvoir invalider des actes accomplis par des personnes non autorisées. Par ailleurs, il convient d'attirer l'attention du Rapporteur spécial sur le fait que l'article 4 renvoie à l'article 3 en général, alors qu'il devrait renvoyer plus spécialement au paragraphe 2 de cet article, car les actes unilatéraux accomplis par les personnes visées au paragraphe 1 de l'article 3 ne peuvent pas être remis en cause.

26. S'agissant de silence et actes unilatéraux (par. 126 à 133 du rapport), il convient de noter que le silence est directement lié au principe de l'estoppel, qui n'entre pas dans le cadre du sujet. M. Al-Baharna appuie le nouveau projet d'article 5 sur la nullité de l'acte unilatéral mais pense qu'il serait utile d'inclure parmi les causes de nullité le fait que l'acte ait été formulé par une personne non autorisée. L'article 5 est étroitement calqué sur la Convention de Vienne de 1969, mais l'on peut se poser la question de savoir si les règles d'interprétation applicables aux motifs de nullité des traités en droit des traités sont également applicables *mutatis mutandis* aux facteurs énumérés dans l'article 5.

27. M. HE dit qu'il approuve la suppression de l'ancien article premier sur la portée du projet d'articles et son incorporation dans un nouvel article premier donnant une définition des actes unilatéraux. Le nouvel article premier représente un grand progrès et constitue un point de départ à partir duquel le projet d'articles pourra être élaboré.

28. Il n'est pas essentiel de conserver la notion d'autonomie dans la définition. D'une part, les actes unilatéraux doivent avoir des liens avec les règles préexistantes du droit international bien que les actes liés à d'autres régimes, comme celui du droit des traités, puissent être exclus; d'autre part, bien qu'il ne soit pas toujours nécessaire que l'État destinataire accepte l'acte unilatéral, dans certains cas, les intérêts de cet État destinataire sont directement en jeu et une réponse est obligatoire.

29. Il note que l'expression « manifestation de volonté » est suivie de la formule « dans l'intention ». Ce genre de répétition devrait être évité. L'article premier devrait être renvoyé au Comité de rédaction pour être reformulé de manière plus précise et plus élégante.

30. Le paragraphe 2 de l'article 3 est calqué sur les dispositions pertinentes de la Convention de Vienne de 1969. Toutefois, le sens de l'expression « s'il ressort de la pratique des États intéressés » n'est pas clair. On pourrait peut-

être utiliser une formule plus précise telle que « une personne autorisée à représenter un État pour formuler des actes unilatéraux » pour préciser la qualité des personnes représentant l'État ou agissant en son nom.

31. L'ancienne version du paragraphe 3 de l'article 4, qui était calquée sur l'alinéa *c* du paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention de Vienne de 1969, cadrerait parfaitement avec la portée et le sens du nouvel article 3 et aurait dû être conservée. En revanche, il était judicieux de supprimer l'ancien article 6, car son contenu figure déjà dans les articles 3 et 4.

32. Il est exact que le silence produit des effets juridiques dans certains cas, comme, par exemple, lorsqu'une renonciation, une dénonciation ou une reconnaissance sont en jeu. Toutefois, le silence ne peut être considéré comme un acte unilatéral au sens strict du terme, car l'élément intentionnel qui est l'un des éléments importants de la définition de l'acte unilatéral en est absent. Il n'est donc pas nécessaire de traiter du silence dans le projet d'articles.

33. Enfin, M. He est lui aussi d'avis que l'article 5 devrait être rédigé en suivant les grandes lignes et la méthodologie de la Convention de Vienne de 1969.

34. M. SIMMA rend hommage au Rapporteur spécial pour avoir eu le courage d'aborder un sujet qui, à son avis, n'est pas mûr pour une codification.

35. En s'attaquant aux actes unilatéraux, la Commission se met dans une situation difficile. Il existe en la matière une importante pratique des États et chacun s'accorde à reconnaître que les États ont constamment recours à des actes unilatéraux mais cette abondante pratique ne semble pas être d'un accès facile. Les États eux-mêmes semblent avoir du mal à expliquer leur action, comme cela ressort des réponses au questionnaire. Les actes unilatéraux présentent un attrait pour les États précisément parce qu'ils jouissent, dans ce domaine, d'une plus grande liberté d'action qu'en matière de traités. Le problème est précisément de savoir comment « codifier » cette relative liberté d'action. La Commission se trouve face à un dilemme : ou bien elle enferme tout un éventail d'actes unilatéraux dans un carcan inspiré de la Convention de Vienne de 1969 et le résultat sera alors totalement inacceptable pour les États, ou bien elle cantonne ses travaux aux actes unilatéraux pour lesquels il existe au moins un début de régime juridique généralement accepté et le résultat sera d'un intérêt limité, car cela reviendra à prescrire quelque chose que les États font déjà de toute façon. Néanmoins, si la Commission poursuit l'étude de ce sujet, c'est la ligne de conduite qu'elle devra adopter.

36. La jurisprudence en la matière est aussi assez particulière : la Commission s'est uniquement focalisée sur les affaires des *Essais nucléaires* et celle du *Statut juridique du Groënland oriental*. Dans les affaires des *Essais nucléaires*, la CIJ s'est trouvée face à une question politique épineuse qu'elle a réglée en adoptant des conclusions hâtives sur le caractère contraignant des promesses unilatérales, alors qu'elle aurait pu se montrer beaucoup plus circonspecte dans d'autres circonstances. Dans l'affaire du *Statut juridique du Groënland oriental*, les experts juridiques ont continué à s'interroger sur le fait de savoir

s'il s'agissait d'un acte unilatéral au sens propre du terme ou d'une déclaration faite dans le cadre d'un traité.

37. La Commission doit adopter une approche plus inductive, c'est-à-dire qu'elle doit d'abord se pencher sur certains actes unilatéraux spécifiques en tâchant d'élaborer une définition pratique – et l'article premier ne devrait être ni plus ni moins qu'une définition pratique – et essayer ensuite de mettre en évidence des problèmes communs et, éventuellement, de trouver des solutions applicables dans tous les cas. Mais il est dangereux de continuer à discuter de l'applicabilité de la Convention de Vienne de 1969 sans savoir clairement quels sont les actes unilatéraux que l'on a à l'esprit.

38. Bien que la Commission ne sache pas vraiment ce que les États seraient prêts à accepter en la matière, elle a décidé de leur faire envoyer un questionnaire par le Secrétariat afin d'aider le Rapporteur spécial à faire le point sur la pratique des États⁷. Le Rapporteur spécial a ensuite soumis son troisième rapport en février 2000, alors que la compilation de la pratique des États n'était pas prête et que l'on n'avait encore reçu aucune réponse au questionnaire. Peut-être faudrait-il maintenant attendre d'avoir davantage de réponses.

39. S'agissant du rapport lui-même, M. Simma n'a jamais vu un document des Nations Unies aussi peu clairement rédigé. Le paragraphe 25, par exemple, est incompréhensible.

40. En ce qui concerne le nouvel article premier, le Rapporteur spécial s'est écarté sur plusieurs points de la définition pratique sur laquelle le Groupe de travail et la Commission dans son ensemble s'étaient mis d'accord à la fin de la cinquante et unième session après un très long débat. M. Simma ne comprend pas pourquoi le Rapporteur spécial est revenu sur certains points sur lesquels la majorité des membres avaient alors émis des doutes. Par exemple, aux paragraphes 70 à 77, il s'est à nouveau penché sur les termes « non équivoque » alors que cette terminologie continue à prêter à confusion car on ne sait pas si l'expression « manifestation de volonté non équivoque » signifie que l'État doit vraiment vouloir dire ce qu'il dit (et les paragraphes 71 et 73 semblent aller dans ce sens) ou si elle sous-entend que les États font parfois des déclarations qui sont intentionnellement équivoques. À titre d'exemple, l'Organisation de libération de la Palestine a été reconnue par un grand nombre d'États comme le représentant légitime du peuple palestinien mais, du moins dans un contexte juridique international, personne ne sait ce que cela signifie. Les États ont manifestement voulu garder l'équivoque. En conséquence, il est dangereux d'utiliser l'expression « non équivoque », qui devrait être supprimée.

41. Le projet d'article premier constitue un net progrès par rapport à l'ancienne version, mais il ne voit pas la nécessité de parler, dans le projet d'article 4, d'une confirmation « expresse ». Pourquoi un État n'aurait-il pas la possibilité de confirmer implicitement la validité d'un acte unilatéral qui a été formulé par quelqu'un qui n'était pas autorisé à le faire ?

42. Dans le paragraphe 128, la phrase « il faut se demander si l'on peut considérer qu'un État, en gardant le silence, accomplit effectivement un acte unilatéral » est pour le moins saugrenue, car il est impossible de « formuler » un acte juridique en gardant le silence.

43. Pour ce qui est du nouvel article 5, M. Simma a été choqué de lire aux paragraphes 142 et 143 qu'à propos du dol un État avait craint que la disposition figurant à l'alinéa *b* de l'article 7 précédent n'empiète sur l'art qu'avaient certains États de conduire leur politique étrangère et de persuader d'autres États de se rallier à leur politique. À son avis, le dol devrait rester une cause de nullité.

44. S'agissant du recours à la force, le commentaire figurant au paragraphe 150 prête à confusion. À l'alinéa *e* du projet d'article 5, le Rapporteur spécial écrit à raison que, si la formulation de l'acte a été obtenue par la menace ou l'emploi de la force, cet acte est nul, ce qui n'est pas du tout la même chose que de dire qu'un acte contrevenant à l'interdiction du recours à la force est lui-même nul.

45. En outre, il est surprenant de voir que le paragraphe 153 ne fait aucune référence à l'alinéa *h* de l'article 5, qui a l'air d'avoir été ajouté a posteriori. L'absence de commentaires sur cet alinéa est une chose à laquelle il faudrait remédier. M. Simma éprouve les mêmes difficultés que M. Lukashuk concernant la formule liminaire de l'article 5; on ne sait pas quel est l'État qui peut invoquer la nullité d'un acte unilatéral. À la différence de M. Lukashuk, toutefois, il estime que, du moins en ce qui concerne les alinéas *f* et *g* de l'article 5, l'État qui a formulé un acte unilatéral contrevenant à une norme de *jus cogens* ou à une décision du Conseil de sécurité n'est pas le seul qui peut invoquer cette nullité. La discussion sur l'impact que peuvent avoir les résolutions du Conseil sur la validité des actes juridiques n'a pas éclairé les choses : elle faisait suite à un commentaire de M. Dugard, repris au paragraphe 156 du rapport, qui a dit que « l'article 7 devrait inclure les résolutions du Conseil parmi les facteurs susceptibles d'être invoqués pour frapper de nullité un acte unilatéral. Par exemple, si un État faisait une déclaration contraire à une résolution du Conseil de sécurité, notamment à une résolution adoptée en vertu du Chapitre VII de la Charte, invitant les membres à ne pas reconnaître la qualité d'État à une entité particulière, il pourrait être soutenu que cet acte unilatéral n'est pas valide »⁸. Il se posait là à l'évidence un problème auquel il fallait s'attaquer. Le Rapporteur spécial l'a fait, mais il a ensuite affirmé que même les résolutions du Conseil adoptées en vertu du Chapitre VI de la Charte pouvaient avoir force obligatoire. Cela est vrai d'un point de vue juridique, comme il l'explique au paragraphe 160, mais n'est-ce pas aller trop loin que de dire qu'une résolution ou une décision du Conseil adoptée sur la base du Chapitre VI pourrait frapper de nullité l'acte juridique unilatéral d'un État ?

46. De l'avis de M. Simma, le seul scénario pouvant conduire à un résultat assimilable à une annulation de l'effet que l'on avait voulu atteindre par l'acte unilatéral est celui dans lequel le Conseil de sécurité adopte une décision expressément fondée sur le Chapitre VII ou ren-

⁷ Voir 2624^e séance, note 5.

⁸ Ibid., note 7.

sagement décidé d'exclure du projet les résolutions adoptées par les organisations internationales, mais le mot « résolution » ne couvre pas tout le champ des actes unilatéraux de ces organisations. Les organisations internationales, et en particulier les organisations d'intégration régionales, peuvent également prendre des engagements unilatéraux à l'égard d'États ou d'autres organisations internationales. Les problèmes soulevés par ces actes doivent alors être posés, *mutatis mutandis*, dans les mêmes termes que le fait la Convention de Vienne de 1986.

56. Les actes unilatéraux des États peuvent aussi s'adresser à des entités autres que les États telles que les mouvements de libération nationale et les individus, et l'on peut se demander si les actes unilatéraux peuvent, comme les traités, être à l'origine d'obligations intégrales. M. Pellet pense que l'on pourrait répondre par l'affirmative et invite instamment le Rapporteur spécial à se pencher sur le problème.

57. Le Rapporteur spécial a eu raison d'envisager les rapports entre le projet d'articles et le droit des traités de manière souple, étant donné que le projet vise à mettre en évidence les particularités des actes unilatéraux par rapport aux traités, par exemple en ce qui concerne les problèmes d'interprétation. La Commission avait eu, lors de la précédente session, un débat fort intéressant sur l'interprétation des actes unilatéraux particuliers que sont les réserves aux traités.

58. Bien que M. Pellet avoue n'avoir jamais compris pleinement les subtilités des règles du droit anglais ou américain concernant l'estoppel, il lui semble qu'en droit international l'idée fondamentale est qu'un État ou une organisation internationale doit rester cohérent dans son comportement vis-à-vis de ses partenaires, afin d'éviter de les induire en erreur. Aussi s'interroge-t-il sur le sens de l'expression « actes susceptibles d'estoppel » utilisée au paragraphe 25. En fait, tout acte unilatéral est probablement « susceptible » d'entraîner un estoppel. De même, il est un peu troublé par la dernière phrase du paragraphe 27 selon laquelle « l'élément caractéristique de l'estoppel ne réside pas dans le comportement de l'État, mais dans la confiance qu'il a placée dans un autre État ». Ne serait-il pas préférable de dire simplement que l'estoppel peut être la conséquence d'un acte unilatéral dès lors que cet acte a conduit le destinataire à se fonder sur la position exprimée par l'État qui est l'auteur de l'acte en question ? L'estoppel fait partie du sujet en ce sens qu'il constitue l'une des conséquences possibles de l'acte unilatéral. Le Rapporteur spécial devrait donc aborder la question lorsqu'il traitera des effets des actes unilatéraux.

59. L'article premier est celui qui pose le plus de problèmes parce qu'il conditionne tous les autres articles. Si l'approche adoptée par le Rapporteur spécial est convaincante sur plusieurs points et si cet article est meilleur que l'ancien article 2, le libellé proposé ne le satisfait pas entièrement. Toutefois, il faut se féliciter que le mot « déclaration » ait été abandonné, ne serait-ce que parce que ses rapports avec l'expression « actes unilatéraux » étaient très ambigus. M. Pellet partage l'avis du Rapporteur spécial sur le fait que la forme de l'acte unilatéral importe peu, mais il est intrigué par sa position ambiguë concernant le silence. Bien qu'il n'ait pas à cet égard des vues aussi arrêtées que celles d'autres membres, il pense

que la Commission devrait prendre une position claire à ce sujet, soit dans les articles eux-mêmes, soit du moins dans le commentaire.

60. Les affaires des *Essais nucléaires* montrent que, contrairement à ce que le paragraphe 41 du rapport laisse entendre, « l'absence d'équivoque » peut résulter non pas d'un acte formellement identifiable, mais d'un faisceau de déclarations orales, sans qu'une confirmation écrite formelle soit nécessaire. En outre, M. Pellet est convaincu que les actes plurilatéraux auxquels il est fait allusion dans le paragraphe 45 se comportent comme des actes unilatéraux à l'égard de leur(s) destinataire(s). Ainsi, par exemple, une déclaration commune de vainqueurs envers un vaincu ou encore une déclaration concertée relative à l'allègement de la dette d'un pays tiers constitue formellement un acte plurilatéral qui est « ressenti » comme un acte unilatéral par le destinataire. Toutefois, il n'est pas évident de faire la distinction entre ces actes et les traités plurilatéraux. Mais, quoi qu'il en soit, le Rapporteur spécial devrait adopter une position claire sur le point de savoir si ces actes entrent dans le cadre du projet d'articles.

61. M. Pellet est d'accord avec le Rapporteur spécial sur le fait que l'intention de l'auteur de l'acte est essentielle pour la définition d'un acte unilatéral, contrairement à ce qu'a dit M. He, qui pense que les termes « manifestation de volonté » et « intention » sont redondants. Toutefois, si l'intention est fondamentale pour la définition de l'acte unilatéral, le silence ne peut certainement pas répondre à cette définition dans tous les cas. Le silence du Siam dans l'affaire du *Temple de Préah Vihear* était peut-être un acte unilatéral, encore que cet « acte » se soit étendu sur une longue période de temps, alors que l'idée d'acte suppose plutôt l'instantanéité. Par contre, une inadvertance ne peut certainement pas répondre à la définition de l'acte unilatéral.

62. Si l'on part du principe que l'intention est essentielle, il faut se demander ensuite dans quel but cette intention est exprimée. Il partage l'avis du Rapporteur spécial sur le fait que l'objectif est de produire des effets juridiques. Mais la question centrale, au stade de la définition, est en fait de savoir quels effets juridiques l'auteur de l'acte entend lui faire produire, que ceux-ci se matérialisent ou non. Il y a acte unilatéral dès lors que l'auteur entend produire certains effets juridiques. Le rapport est ambigu sur ce point. Les paragraphes 48 à 59 concernent non pas les effets recherchés par l'auteur mais les effets atteints. L'article premier lui-même, en revanche, s'entend à juste titre à l'intention de l'auteur.

63. Le Rapporteur spécial introduit dans l'article premier des restrictions qui n'ont pas lieu d'être lorsqu'il écrit que l'État formule l'acte unilatéral dans l'intention de produire « des effets juridiques dans ses relations avec un ou plusieurs États, ou une ou plusieurs organisations internationales ». À cet égard, la définition des traités dans l'alinéa a du paragraphe 1 de l'article premier de la Convention de Vienne de 1969 devrait servir de guide. Selon cette convention, un traité est un accord international régi par le droit international. M. Pellet pense qu'il serait indispensable de reprendre les mêmes termes pour les actes unilatéraux, en disant qu'un acte unilatéral est d'abord et avant tout un acte régi par le droit international,

l'auteur de l'acte se plaçant ainsi d'emblée sur le terrain du droit international, même si cela pose des problèmes majeurs vis-à-vis du droit interne. Est-il possible, par exemple, de parler d'acte unilatéral lorsqu'un État se place imperturbablement sur le terrain de son droit interne et manifeste une complète indifférence à l'égard du droit international, comme les États-Unis l'ont fait dans le cas de la loi Helms-Burton⁹ ? Il se demande à nouveau pourquoi le Rapporteur spécial a voulu limiter les effets juridiques des actes unilatéraux aux seules relations avec les autres États ou avec les organisations internationales car les peuples, les mouvements de libération nationale ou les individus peuvent aussi être bénéficiaires d'obligations assumées unilatéralement. Le Comité de rédaction devrait supprimer le membre de phrase « dans ses relations avec un ou plusieurs États, ou une ou plusieurs organisations internationales » et le remplacer par la formule « régi par le droit international ».

64. Le destinataire de l'acte unilatéral doit évidemment en avoir connaissance pour que l'acte puisse produire des effets juridiques. Mais là aussi il s'agit d'un problème de régime juridique et non de définition. Le principe de la connaissance soulève plusieurs questions, notamment celles de savoir à partir de quel moment cette connaissance doit exister et comment on peut établir que le destinataire a eu cette connaissance. Il se peut très bien qu'un État ait connaissance d'un acte seulement au bout d'un certain temps. Dans ce cas, la question se posera de savoir si l'acte unilatéral existe seulement à partir du moment où la connaissance sera acquise, ou à partir du moment où l'État destinataire aura indiqué qu'il a eu connaissance de l'acte. Nonobstant l'opinion exprimée par le Département fédéral suisse des affaires étrangères, citée au paragraphe 78 du rapport¹⁰, la connaissance est, à son avis, un concept qui pose davantage de problèmes qu'il n'en résout. Il ne voit pas pourquoi l'idée de la « formulation publique » de l'acte a été abandonnée. Ce qui compte, c'est la publicité de la formulation de l'acte plutôt que sa réception et ce, aussi bien pour des raisons pratiques que pour des raisons théoriques.

65. M. Pellet demeure très perplexe vis-à-vis de la notion d'« autonomie » des actes unilatéraux. Apparemment, le Rapporteur spécial a renoncé à l'idée de mentionner le caractère autonome de ces actes dans la définition, ce dont il faut se féliciter. Mais, au paragraphe 69 du rapport, il laisse entendre que l'idée d'autonomie demeure en filigrane derrière la définition : M. Pellet n'est pas convaincu par cet argument, car un acte unilatéral ne peut produire d'effets que s'il existe, sous une forme ou une autre, une habilitation en ce sens en droit international général. Cette habilitation peut être particulière, par exemple les États peuvent fixer unilatéralement la largeur de leurs eaux territoriales dans la limite de 12 milles marins depuis les lignes de base; elle peut aussi être plus générale, car les États peuvent, d'une manière générale, prendre unilatéra-

lement des engagements par lesquels ils limitent leur compétence souveraine. Mais les actes unilatéraux ne sont jamais « autonomes ». Ils doivent avoir un fondement en droit international, faute de quoi ils ne sont pas valides. Il s'agit là d'un problème non pas de définition mais de validité ou de licéité.

66. En ce qui concerne la suppression du précédent projet d'article premier relatif à la portée du projet d'articles, il est parfaitement concevable d'exclure du projet certaines catégories d'actes unilatéraux, par exemple ceux liés à la conclusion ou à l'application des traités (ratification, réserves, etc.). Mais, dans ce cas, il faudrait faire un recensement précis des actes à exclure et réintroduire un projet d'article relatif à la portée du projet, à l'image des articles 1 et 3 de la Convention de Vienne de 1969. Il faudrait aussi spécifier que le projet d'articles ne s'applique qu'aux actes unilatéraux des États à l'exclusion de ceux des organisations internationales : la Convention de Vienne de 1986 ne serait alors plus pertinente. Deuxièmement, il faudrait exclure également les actes unilatéraux liés à la conclusion ou à l'application des traités. Troisièmement enfin, il faudrait exclure les actes plurilatéraux, sans écarter nécessairement la possibilité que ces actes produisent les mêmes effets que les actes unilatéraux *stricto sensu*.

67. En outre, si une majorité des membres de la Commission en sont d'accord, il faudrait peut-être préciser que le projet ne porte pas non plus sur les effets juridiques produits par les actes unilatéraux à l'égard d'entités autres que les États et éventuellement les organisations internationales. Mais, comme il l'a déjà expliqué, M. Pellet regretterait personnellement une telle limitation de la portée du projet.

68. L'article 2, qui reprend le projet d'article 3, ne pose pas de problème. Le nouvel article 3 et les commentaires pertinents du Rapporteur spécial sont moins convaincants. La référence, dans les paragraphes 103 et 104, aux conférences au cours desquelles les États annoncent leurs contributions volontaires – sujet sur lequel le Rapporteur spécial n'arrive d'ailleurs pas à des conclusions bien définies – aurait peut-être eu mieux sa place dans les développements consacrés à l'intention de se lier. D'une manière générale, on peut du reste regretter que, dans les considérations qui accompagnent les projets d'articles, le Rapporteur spécial n'arrive souvent pas à trancher. Il est aussi difficile d'expliquer pourquoi, aux paragraphes 105 et 106, il considère que les ministres titulaires de portefeuilles techniques n'engagent pas l'État alors qu'il semble dire, d'autre part, que les hauts fonctionnaires le peuvent. Si ces derniers sont autorisés à engager l'État, les ministres « techniques » le sont aussi, a fortiori. Tout en accueillant favorablement la décision du Rapporteur spécial de modifier le texte de l'article 3 – qui, dans sa forme précédente (ancien article 4), était peut-être calqué trop étroitement sur les règles correspondantes de la Convention de Vienne de 1969 –, il s'interroge sur la rédaction du paragraphe 2 de cet article. Il faudrait peut-être préciser que par « une personne » on entend une autre personne. Par ailleurs, fallait-il parler des « États intéressés » au pluriel ? En réalité, l'État qui formule l'acte unilatéral est le seul État intéressé, et il faudrait passer du pluriel au singulier. La référence, dans le même paragraphe, à « d'autres circonstances » est très utile; il aurait peut-être

⁹ ILM, vol. XXXV, n° 2, mars 1996, p. 359. Pour le texte français de la loi pour la liberté et la solidarité démocratique à Cuba, connue sous le nom de « loi Helms-Burton », voir *Documents d'actualité internationale*, Paris, Ministère des affaires étrangères, n° 16, 15 août 1996, p. 674.

¹⁰ L. Caflisch, « La pratique suisse en matière de droit international public 1995 », *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 1996, n° 4, p. 593, notamment p. 596.

fallu faire mention, dans les commentaires de l'article 3, des assurances données au cours d'un procès international par l'agent d'un État ou par un autre représentant autorisé. À cet égard, on peut citer, par exemple, l'arrêt de la CIJ dans l'affaire du *Timor oriental*.

69. Pour ce qui est du nouvel article 4, M. Pellet a des doutes concernant l'utilisation de l'adverbe « expressément », à propos de la confirmation par un État d'un acte unilatéral formulé par une personne qui n'est pas autorisée à agir en son nom. La confirmation d'un acte unilatéral devrait suivre le même régime que la formulation de l'acte lui-même. Il préférerait l'ancien libellé qui était plus souple. Dans la version française, les mots « effets juridiques » devraient être mis au singulier. Enfin, s'agissant du silence et des actes unilatéraux (par. 126 à 133), il répète que, si certains silences ne sont certainement pas et ne peuvent pas être des actes unilatéraux, il y a aussi « des silences éloquentes » qui sont l'expression intentionnelle d'un acquiescement et qui constituent donc bel et bien de tels actes. L'affaire du *Temple de Préah Vihéar* en fournit un exemple.

70. S'agissant du nouveau projet d'article 5, M. Pellet pense qu'il aurait fallu consacrer des articles distincts accompagnés chacun de leur propre commentaire aux différents motifs de nullité des actes unilatéraux. Il est vigoureusement opposé à l'inclusion de l'alinéa g relatif aux actes unilatéraux qui contreviennent à une décision du Conseil de sécurité et fait remarquer que la Convention de Vienne de 1969 garde un silence prudent sur ce point. En dehors du fait que cette disposition risque de froisser la sensibilité des États, il n'est pas nécessaire de traiter à part des décisions du Conseil de sécurité, qui sont tout simplement du droit dérivé de la Charte des Nations Unies, c'est-à-dire du droit dérivé d'un traité. Troisièmement, tout en approuvant la décision du Rapporteur spécial de calquer l'alinéa f de l'article 5 sur l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, il se demande pourquoi l'article 64 de cette convention relatif à la survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général n'a pas été également pris en compte. En fait, la définition du *ius cogens* pourrait fort bien être reprise dans le projet.

71. En conclusion, M. Pellet pense que la Commission pourrait renvoyer les projets d'articles au Comité de rédaction, en lui demandant de se pencher sur les écarts rédactionnels qui existent entre les formulations proposées par le Rapporteur spécial et les dispositions de la Convention de Vienne de 1969 et de réfléchir à l'opportunité d'inclure un article consacré à la portée du projet ainsi qu'à la question des actes unilatéraux qui ne sont pas couverts par celui-ci.

72. M. BAENA SOARES, félicitant le Rapporteur spécial pour l'imagination et l'esprit de conciliation dont il a fait preuve dans la préparation de son troisième rapport et pour la sérénité avec laquelle il a accepté les critiques et les suggestions formulées au sein de la Commission et à la Sixième Commission ainsi que dans les réponses des gouvernements au questionnaire, dit que de plus amples informations sur la pratique des États auraient grandement facilité les travaux sur le sujet. Dans son rapport à l'Assemblée générale, la Commission devrait peut-être réitérer en des termes plus nets son appel aux États pour qu'ils fournissent ces informations.

73. Comme la plupart des membres, M. Baena Soares reconnaît que la codification de ce sujet serait un moyen de renforcer la stabilité et la prévisibilité des relations internationales. Il appuie l'idée, développée par le Rapporteur spécial, d'un « parallélisme souple » entre le projet d'articles et la Convention de Vienne de 1969 et approuve également sa position sur la question de l'estoppel.

74. Le nouveau projet d'article premier reprend un grand nombre de suggestions faites au sein de la Commission et à la Sixième Commission et constitue incontestablement un progrès par rapport à la version examinée à la précédente session. La décision de conserver l'idée de la « manifestation de volonté non équivoque » en tant qu'élément essentiel de la définition des actes unilatéraux est fort sage. Bien qu'une certaine ambiguïté puisse aider à trouver une porte de sortie dans les négociations diplomatiques, elle n'est pas de mise dans le contexte à l'examen. De plus amples discussions seront nécessaires sur la question de la non-dépendance de l'acte unilatéral pour arriver à un consensus sur la formulation retenue. Quant à la publicité à donner à l'acte pour qu'il soit connu de l'État ou de l'organisation internationale concerné, le Rapporteur spécial pourrait peut-être indiquer dans ses commentaires à quelles formes de publicité il pense.

75. Le nouveau projet d'article 3 sur les personnes habilitées à formuler des actes unilatéraux fait référence non seulement à la pratique des États mais aussi à « d'autres circonstances ». M. Baena Soares aurait préféré une formulation plus restrictive. Incidemment, en ce qui concerne les « ministres titulaires de portefeuilles techniques » mentionnés au paragraphe 105 du rapport, le Cabinet est généralement formé de politiciens dont certains peuvent être davantage versés que d'autres dans tel ou tel domaine, mais dont aucun ne peut être qualifié de *technical minister*. La seconde des deux questions mentionnées au paragraphe 117 du rapport concernant le nouveau projet d'article 4 a trait aux personnes autorisées à formuler un acte au nom de l'État mais qui agissent dans un autre domaine que celui dans lequel elles sont habilitées pour ce faire. Malheureusement, ce cas de figure n'est pas reflété dans le projet d'article.

76. Pour ce qui est du projet d'article 5, il faut complimenter le Rapporteur spécial pour avoir pris la peine de distinguer huit motifs différents de nullité des actes unilatéraux afin de refléter les vues exprimées au sein de la Commission et à la Sixième Commission; toutefois, il aurait dû expliquer de manière plus détaillée dans ses commentaires les raisons pour lesquelles il a retenu certains de ces motifs. L'inclusion de la corruption à l'alinéa c est tout à fait opportune. La corruption est universellement combattue, par des instruments juridiques tels que la Convention interaméricaine contre la corruption. Il se demande toutefois s'il était nécessaire de limiter la corruption à « l'action directe ou indirecte d'un autre État ». L'on ne peut écarter la possibilité que la personne formulant l'acte unilatéral soit corrompue par une autre personne ou par une entreprise. Enfin, tout en se félicitant de l'inclusion, à l'alinéa g, des actes unilatéraux contrevenant aux décisions du Conseil de sécurité, il note que le Rapporteur spécial a fait référence au Chapitre VII de la Charte des Nations Unies dans sa présentation orale et

regrette qu'il n'y ait pas fait également référence dans le texte.

77. M. ROSENSTOCK dit que, tout en étant peut-être moins catégorique que M. Simma sur le fait que le sujet à l'examen n'est pas mûr pour une codification, il partage néanmoins les doutes de ce dernier et souscrit dans une large mesure à ses vues. En particulier, il souhaiterait que le Rapporteur spécial mette davantage l'accent sur la pratique des États et, au niveau de la méthode de travail, qu'il se focalise sur chaque question séparément. S'agissant de l'alinéa g du nouveau projet d'article 5, il n'est pas du tout clair que la résolution 221 (1966) du Conseil de sécurité, en date du 9 avril 1966, en vertu de laquelle le navire *Joanna-V* a été arrêté dans le cadre des sanctions contre la Rhodésie était une décision prise au titre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Un certain nombre d'éléments clefs faisaient défaut à cet égard. Toutefois, il ne fait aucun doute que la décision du Conseil, si elle n'a pas imposé, a tout du moins permis l'arrêt du pétrolier. Il s'agit là d'une question extrêmement complexe qui se situe à la frontière entre les obligations juridiques et les obligations politiques, et M. Rosenstock ne croit pas que l'on puisse se contenter de la mentionner en passant : cela ne lui semble pas être une manière responsable de traiter le problème.

78. M. Sreenivasa RAO, félicitant le Rapporteur spécial pour son approche positive d'un sujet complexe et difficile, dit que l'exercice aurait été encore plus utile si le Rapporteur spécial avait insisté davantage sur les points laissés dans l'ombre par la pratique des États. Les membres de la Commission attendent du Rapporteur spécial qu'il les guide sur les circonstances et sur les règles générales du droit international qui rendent les actes unilatéraux différents des actes politiques et qui génèrent des effets juridiques.

79. Pour ce qui est de la définition des actes unilatéraux contenue à l'article premier, l'effet juridique produit par un acte ne traduit pas nécessairement ni toujours l'intention initiale de l'État qui a formulé cet acte. Un État est une entité politique dont les intentions peuvent être équivoques ou non équivoques en fonction du contexte. À son avis, le critère de l'effet effectivement produit doit toujours être soumis à appréciation, afin de déterminer la nature de l'intention. L'examen des considérations politiques à la lumière du contexte joue un rôle très important dans l'évaluation de l'intention sous-jacente d'un acte. Une approche inductive tenant compte de toutes les considérations de politique générale s'impose à cet égard.

80. Pour ce qui est des conclusions du Rapporteur spécial sur la question de l'estoppel, il est encore une fois difficile de séparer la conduite de l'État formulant un acte unilatéral de l'effet que cet acte produit sur l'État destinataire, notamment si l'on décide que les actes unilatéraux ne doivent pas être définis comme des actes autonomes. Cette question mérite elle aussi d'être étudiée attentivement. Enfin, si la question traitée à l'alinéa h de l'article 5 a indubitablement des liens avec l'article 3, elle comporte aussi des aspects importants qui ne sont pas liés au seul article 3. Par exemple, un État peut-il utiliser les dispositions de son propre droit interne pour échapper à des obligations internationales qu'il a fait naître par ailleurs en formulant un acte unilatéral valide ? Autrement dit, un État qui a formulé un acte unilatéral peut-il faire valoir que son droit interne ne prévoit pas l'accomplissement d'un tel acte

nonobstant le fait que cet acte a fait naître une obligation internationale ? Cette question mérite plus ample réflexion.

La séance est levée à 13 h 5.

2630^e SÉANCE

Mercredi 31 mai 2000, à 10 heures

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Tomka.

Actes unilatéraux des États (suite) [A/CN.4/504, sect. C, A/CN.4/505¹, A/CN.4/511²]

[Point 7 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL³ (suite)

1. M. GOCO félicite le Rapporteur spécial d'avoir pu, malgré les difficultés inhérentes au sujet, produire un troisième rapport (A/CN.4/505) cohérent et détaillé où de nombreuses questions délicates sont abordées, et qui tient compte des diverses vues exprimées à la Commission et dans d'autres instances.

2. Commentant les réponses d'un certain nombre de gouvernements au questionnaire qui leur avait été adressé sur les actes unilatéraux des États (document officiel distribué en séance⁴), M. Goco note que, dans leurs observations générales sur la question, ces États semblent être d'accord pour considérer que les actes unilatéraux sont de nature très diverse, mais ils reconnaissent aussi qu'ils sont fréquemment utilisés par les États dans les relations internationales. En l'absence de traité formel, ces actes sont le moyen pour un État de faire connaître ses souhaits à un autre État, une modalité commode de conduite des affaires courantes en diplomatie.

¹ Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

² Ibid.

³ Pour le texte des projets d'articles figurant dans son troisième rapport, voir 2624^e séance, par. 35.

⁴ Voir 2628^e séance, par. 11.

3. Les réponses portent aussi sur des questions précises. Concernant l'applicabilité de la Convention de Vienne de 1969, il semble se dégager un consensus pour estimer que cette convention n'est peut-être pas applicable aux actes unilatéraux, mais qu'elle peut servir utilement de guide dans ce domaine. À propos des personnes habilitées à agir au nom de l'État, les États qui ont répondu au questionnaire sont d'accord pour considérer que la Convention est pertinente par analogie. S'agissant des formes que doit revêtir l'acte unilatéral, les déclarations tant orales qu'écrites sont acceptables, mais cela dépend du type de l'acte. Quant au contenu de l'acte unilatéral, il peut être de types divers, non limités à certaines catégories. Mais un État, l'Italie, en a retenu trois : celle des actes mentionnant la possibilité d'invoquer une situation juridique, celle des actes créant des obligations juridiques et celle des actes nécessaires à l'exercice d'un droit souverain. Concernant les effets juridiques, les réponses mettent l'accent sur la création et l'extinction d'obligations ainsi que la création et la révocation de droits d'autres États. Certains États feraient une distinction entre les différents actes et les effets juridiques qu'ils sont censés produire. Un État, les Pays-Bas, est d'avis que les actes unilatéraux ne peuvent produire d'effets incompatibles avec les normes générales du droit international. Les États semblent d'accord pour reconnaître l'importance et l'utilité des actes unilatéraux. Ils semblent aussi reconnaître le principe de réciprocité, en particulier à l'égard d'États amis. En ce qui concerne les règles à appliquer, les États admettent que les principes d'interprétation de la Convention s'appliquent par analogie, compte dûment tenu du caractère particulier des actes unilatéraux. Quant à la question de la validité des actes unilatéraux, elle peut être soumise aux organes conventionnels compétents. Pour ce qui est de la durée des actes, les États attachent de l'importance à la question de la révocabilité, estimant que si l'acte perd son caractère de commodité, il peut être révoqué, ou qu'il peut y être mis un terme en cas de modification fondamentale. Un État estime que sa durée est illimitée mais qu'il peut y être mis fin s'il est dénoncé par des traités bilatéraux. S'agissant de la révocabilité, les États sont unanimes pour l'accepter, mais considèrent qu'une notification de révocation doit être adressée et que la Convention de Vienne de 1969 peut être appliquée par analogie, les circonstances particulières de l'espèce devant être prises en compte. Les motifs de révocation peuvent être l'erreur, la fraude, la corruption, l'inobservation des règles du droit international et le non-respect par des États d'un engagement pris en vertu de traités internationaux. On peut espérer que d'autres États seront disposés à répondre à ce questionnaire. M. Goco croit comprendre que les réponses reçues l'ont été alors que le troisième rapport était déjà établi. Peut-être pourra-t-on malgré tout s'en inspirer utilement dans la poursuite de l'étude du sujet.

4. Aux paragraphes 30 à 36 de son rapport, le Rapporteur spécial développe les éléments constitutifs d'une définition précise de l'acte unilatéral des États, demandant que l'on parvienne à un accord définitif à ce sujet. La définition qu'il propose dans le projet d'article premier est bien conçue et contient tous les éléments énumérés au paragraphe 31. Il y est fait mention, notamment, d'« une manifestation de volonté non équivoque de l'État, formulée dans l'intention de produire des effets juridiques ». Pour M. Goco, cela signifie que la déclaration doit avoir été prépa-

rée, mûrement réfléchie, délibérée et calculée. C'est ce que l'on est en droit d'attendre de la part d'un État souverain, et tout particulièrement d'une déclaration émanant d'un chef d'État. Nul doute qu'une protestation, une renonciation, une promesse, une reconnaissance et tous les actes de cette nature sont et doivent être pleinement intentionnels. Mais on peut se demander si les déclarations unilatérales se limitent à ce type d'acte, si l'on ne doit inclure dans cette définition que les déclarations formulées volontairement par l'État et éliminer les actes ou déclarations formulées de manière peut-être incomplète, mais néanmoins dans le but de produire des effets. On peut aussi se demander si ces effets doivent être juridiques ou politiques. Souvent, les chefs d'État font en public des déclarations qui s'écartent de leurs discours préparés. Les personnalités publiques sont vulnérables aux pièges que leur tendent les médias. Il n'est pas rare d'entendre à la radio ou à la télévision des dirigeants évoquer des menaces d'invasion ou des retraits de troupes, offrir des concessions, voire émettre des revendications. À cet égard, l'exemple des îles Spratly est frappant : personne ne s'y intéressait jusqu'à ce que l'on y découvre de riches gisements pétrolifères. Depuis, au moins cinq pays en revendiquent la possession, allant jusqu'à proférer des menaces contre leurs concurrents. Ces déclarations sont sans aucun doute unilatérales et produisent des effets, mais l'on peut se demander si les revendications et les menaces ont des effets juridiques au sens de la définition proposée. Comme l'un des États qui ont répondu au questionnaire l'a clairement indiqué, les effets des actes unilatéraux ne peuvent être incompatibles avec les règles générales du droit international. Or les menaces ne sont pas admises en droit international. Ce point est traité dans le cadre de la question de la nullité de l'acte unilatéral aux paragraphes 149 et 150 du rapport. Un autre exemple invite à méditer sur les effets de l'acte unilatéral, celui de la déclaration du Président de Gaulle, « Vive le Québec libre ! »⁵, qui, après tant d'années, résonne encore aujourd'hui dans les oreilles de sécessionnistes québécois.

5. En ce qui concerne l'intention, M. Goco convient avec le Rapporteur spécial qu'il est difficile de classer les actes en différentes catégories et de déterminer s'ils sont purement politiques, donc sans effets juridiques. L'intention de l'État auteur est bien entendu un critère décisif, mais comment la discerner ? Le fait d'être lié par suite d'un acte unilatéral dépendra en fin de compte des faits constatés et de leur appréciation. Dans ses arrêts rendus dans les affaires souvent citées des *Essais nucléaires*, la CIJ a conclu que la France était légalement tenue par la déclaration selon laquelle elle allait interrompre ses essais nucléaires dans l'atmosphère du fait que cette déclaration avait été publique, ce qui rendait manifeste l'intention de la France de s'y conformer. Mais, pour déterminer cette intention, il a fallu une décision de justice. Autrement dit, il a fallu qu'une action en justice soit engagée par l'Australie et la Nouvelle-Zélande. M. Goco convient que des États peuvent accomplir des actes unilatéraux sans se rendre compte des conséquences de leurs intentions. Dans les affaires précitées, on pouvait voir à certains indices que le Président Mitterrand n'avait pas vraiment l'intention de faire cesser immédiatement les essais nucléaires. Le pro-

⁵ Ibid., note 14.

blème des déclarations énonçant une obligation ou un engagement est qu'elles sont susceptibles d'être modifiées, voire niées. En attendant, leur caractère obligatoire reste incertain, d'où le refus de l'État destinataire de les prendre au sérieux.

6. M. Goco note l'omission du mot « publiquement », expliquée aux paragraphes 78 et 79 du rapport. Il importe que la déclaration soit connue de l'autre État, ce qui, pour lui, correspond au sens du mot « publicité ». En tout état de cause, tout ce qui est déclaré par un chef d'État ou de gouvernement ne peut être que public. Il ressort aussi de la définition, où l'on emploie les mots « manifestation de volonté non équivoque », que l'intention qui la sous-tend est de considérer les actes unilatéraux comme des déclarations officielles qui, dans la pratique, doivent peut-être être formulées par écrit. Le seul cas peut-être où un État peut adresser à un autre État une déclaration non écrite est celui des situations de conflit ou d'antagonisme naissant. Mais les techniques de communication modernes sont telles que, de nos jours, toute déclaration orale est immédiatement couchée par écrit, si bien que la distinction entre l'écrit et l'oral n'a plus de sens.

7. M. Goco n'a pas d'objection importante à formuler concernant l'utilisation du terme « acte », les effets juridiques, « l'autonomie », le caractère « non équivoque de l'acte unilatéral ». Au projet d'article 2 (Capacité de l'État de formuler des actes unilatéraux), peut-être pourrait-on ajouter le mot « compétence ». La discussion concernant le silence, au paragraphe 126, est intéressante mais on peut faire observer que, dans le domaine du droit de la preuve, le silence peut équivaloir à un aveu. Dans une situation de conflit, si un État met au défi un autre État de prouver que ce qu'il affirme à propos d'un acte de cet autre État est faux et que cet autre État reste silencieux, son silence revient à un acquiescement. Quant à l'article sur la nullité de l'acte unilatéral, il serait préférable qu'il soit intitulé « Révocabilité de l'acte unilatéral ». L'acte unilatéral est en effet plus souple qu'un traité et devrait donc être plus facilement révoqué, mais pour les mêmes motifs que ceux qui entraînent la nullité.

8. M. Goco pense que les cinq projets d'articles proposés, de même que les réponses des gouvernements au questionnaire, peuvent être renvoyés au Comité de rédaction ou au Groupe de travail, pour plus ample examen.

9. M. ECONOMIDES remercie le Rapporteur spécial de son troisième rapport, qui constitue un net progrès sur le précédent. Commencant par des observations de caractère général sur ce rapport, il dit que l'intérêt que présente l'étude de la question est évident. L'acte unilatéral de l'État au sens où on l'entend dans le projet existe dans la pratique internationale et constitue même une source du droit international, bien que l'Article 38 du Statut de la CIJ ne le mentionne pas. Certes, cette source peut sous certaines conditions créer pour les États des droits et des obligations de caractère subjectif, mais elle ne peut pas créer en principe du droit objectif, c'est-à-dire des normes internationales d'application générale. Les États ne peuvent pas légiférer par voie unilatérale. Indéniablement, c'est un sujet difficile à traiter. D'abord parce que les constitutions nationales et les droits internes, d'une façon générale, ne disent rien ou presque rien des actes unilatéraux des États qui peuvent engager ceux-ci sur le plan international, à la

différence par exemple des conventions et des règles coutumières qui sont généralement traitées dans le cadre du droit interne des États. Ensuite, parce que la pratique internationale concernant ces actes est loin d'être riche. En effet, il y a peu d'actes par lesquels les États confèrent des droits à d'autres États en assumant eux-mêmes les obligations qui correspondent à ces droits. Il incombe donc à la Commission, avec peu d'outils et d'orientations, de codifier les règles d'un domaine peu connu, et ce, dans un double objectif : protéger les États eux-mêmes contre leurs propres agissements en leur proposant un ensemble cohérent de règles claires concernant les actes unilatéraux qui peuvent les lier sur le plan international, et servir l'intérêt de la communauté internationale en dégagant les règles essentielles de cette nouvelle source du droit.

10. La deuxième observation générale de M. Economides concerne le rapport entre les actes unilatéraux des États et la Convention de Vienne de 1969. Comme l'explique fort bien le Rapporteur spécial, ce rapport est évident. Si la Convention de Vienne n'existait pas, il ne serait en effet pas possible de codifier les actes unilatéraux des États qui sont contraignants pour eux sur le plan du droit international. La Convention a véritablement ouvert la voie de la codification des actes unilatéraux des États ainsi d'ailleurs que celle des actes des organisations internationales. Il convient cependant d'éviter de reproduire à l'identique les solutions de la Convention. Cette dernière doit être utilisée raisonnablement et avec beaucoup de prudence comme source d'inspiration, là où les caractéristiques de l'acte unilatéral contraignant coïncident parfaitement avec celles de l'acte conventionnel. En d'autres termes, il faudrait, à partir de l'étude de l'acte unilatéral de l'État, se diriger éventuellement vers les solutions de la Convention, et non pas suivre la démarche inverse.

11. En troisième lieu, M. Economides aurait préféré que l'estoppel et le silence, en tant que comportements unilatéraux des États pouvant engendrer des effets de droit sur le plan international, soient inclus dans le projet. Mais, pour le moment, il peut accepter que cette question soit laissée de côté pour être examinée ultérieurement.

12. Passant au projet d'articles proprement dit, M. Economides estime qu'en ce qui concerne l'article premier les éléments essentiels de la définition de l'acte unilatéral sont au nombre de trois. En premier lieu, la volonté de l'État de s'engager par cet acte en créant des droits et des obligations. M. Economides préfère parler de droits et d'obligations plutôt que d'effets juridiques, notion plus large et assez vague. En deuxième lieu, le caractère autonome, non dépendant ou « non lié » de l'acte, c'est-à-dire le fait que cet acte n'est pas conditionné par les autres sources du droit international, notamment par des traités internationaux ou des normes coutumières préexistantes. Il est en effet préférable – certainement plus facile et plus sûr – de se limiter au caractère autonome de l'acte plutôt que de vouloir exclure du champ d'application du projet tous les autres actes unilatéraux des États qui n'intéressent pas effectivement le projet d'articles et qui sont extrêmement nombreux et variés. En troisième lieu, les destinataires de l'acte, qui peuvent être d'autres États ou des organisations internationales. Ici, il faut plus particulièrement se demander si la communauté internationale dans son ensemble peut également être le bénéficiaire

d'un droit découlant d'un acte unilatéral d'un seul, de plusieurs, ou de tous les États. M. Economides pense qu'il faut répondre affirmativement à cette question. Il peut également accepter l'élément proposé par M. Pellet à la séance précédente, selon lequel l'acte unilatéral est soumis au droit international et régi par ce dernier, à l'instar du traité international. Il est également d'accord avec MM. Candiotti, Herdocia Sacasa et d'autres membres pour ne pas traiter dans la définition les éléments de caractère non équivoque de l'acte et sa publicité. Ces éléments pourraient l'être dans la partie qui concerne les conditions de validité de l'acte international. En revanche, dans la définition donnée à l'article premier, l'autonomie de l'acte unilatéral n'est pas suffisamment soulignée, alors que pour M. Economides, c'est un élément décisif pour distinguer les actes unilatéraux créateurs de droits et obligations sur le plan international des autres actes unilatéraux des États.

13. Le projet d'article 2 reprend la disposition de l'article 6 de la Convention de Vienne de 1969. Cette disposition qui résulte implicitement du projet d'article premier devrait, selon M. Economides, être complétée ainsi : « Tout État a la capacité de formuler des actes unilatéraux susceptibles de créer des droits et des obligations sur le plan international ».

14. Le paragraphe 1 du projet d'article 3 (Personnes habilitées à formuler des actes unilatéraux au nom de l'État) rencontre l'agrément de M. Economides. Celui-ci pense toutefois que cette disposition gagnerait à être libellée d'une façon plus forte et plus directe, comme l'a proposé M. Pambou-Tchivounda. Il faudrait au moins remplacer les mots « sont réputés représenter » par le mot « représentent ». Les mots « États intéressés » qui figurent au paragraphe 2 n'ont pas leur place dans cette disposition. D'ailleurs, ce paragraphe pourrait être libellé comme suit :

« Une personne est considérée comme habilitée par l'État pour accomplir en son nom un acte unilatéral s'il est établi sur la base de la pratique de cet État et des circonstances dans lesquelles l'acte a été accompli que cette personne a été habilitée pour agir en son nom ».

15. M. Economides n'a pas d'objection à formuler à l'égard du projet d'article 4 qui pourrait fort bien devenir le paragraphe 3 de l'article 3, conformément à la proposition judicieuse de M. Pambou-Tchivounda.

16. Quant au projet d'article 5, M. Economides a l'impression qu'il a été proposé quelque peu prématurément. Cette disposition devrait être examinée après l'élaboration des dispositions sur la validité des actes unilatéraux, et surtout après l'élaboration de l'article sur la révocation de l'acte unilatéral. En effet, les conditions de validité sont étroitement liées aux causes de nullité et il est par ailleurs évident que, si l'acte unilatéral est révocable, l'État a intérêt à recourir à ce moyen plutôt que d'invoquer une cause de nullité. Les causes de nullité devraient donc concerner essentiellement les actes unilatéraux qui ne sont pas révocables, c'est-à-dire ceux qui lient l'État auteur de l'acte à l'égard d'une autre entité.

17. M. Economides n'a aucune objection à ce que ces projets d'articles soient renvoyés au Comité de rédaction.

18. M. KATEKA félicite le Rapporteur spécial pour son excellent troisième rapport, qui tient compte à la fois des

commentaires des membres de la Commission et des observations formulées par les gouvernements à la Sixième Commission. Les réponses des gouvernements au questionnaire, arrivées malheureusement trop tard pour être incorporées dans le rapport, font apparaître une grande divergence de vues quant à la possibilité d'édicter des règles générales applicables à tous les actes unilatéraux et quant aux types d'actes qui seraient couverts par de telles règles.

19. C'est donc à la Commission qu'il appartient de guider la communauté internationale en délimitant clairement le sujet et en trouvant un compromis entre l'approche « maximaliste » qui consisterait à codifier tous les types d'actes unilatéraux et l'approche « minimaliste » selon laquelle les différents « actes créant des obligations » seraient examinés un par un.

20. Après avoir été d'un avis contraire, M. Kateka s'est maintenant rangé aux arguments de ceux qui estiment que l'on ne peut se dispenser, en la matière, de se référer à la Convention de Vienne de 1969, même si certains estiment que c'est donner ainsi la prééminence au régime de Vienne. Le Rapporteur spécial a décidé de s'en écarter dans son nouveau projet d'article premier et de ne pas inclure une disposition inspirée de l'article 3 de la Convention, marquant ainsi bien la différence entre les actes unilatéraux et les traités.

21. En ce qui concerne la définition des actes unilatéraux, M. Kateka pense qu'elle devrait englober tous les actes unilatéraux formulés par un État sous quelque forme que ce soit (c'est-à-dire aussi bien oralement que par écrit). En revanche, il ne lui semble pas nécessaire de préciser qu'il doit s'agir d'une expression de volonté « non équivoque », car cela peut être difficile à apprécier dans la pratique. Le dernier membre de phrase du projet d'article premier, d'où il ressort que l'acte ne produirait des effets juridiques qu'à partir du moment où son « destinataire » (c'est-à-dire un ou plusieurs États ou une ou plusieurs organisations internationales) en aurait eu connaissance n'est peut-être pas non plus très bien venu, car cela revient à donner à l'auteur de l'acte unilatéral un avantage sur le destinataire, qui ne peut être averti qu'après coup.

22. Le projet d'article 2 ne pose pas de problème. Par contre, le libellé du projet d'article 3, en particulier de son paragraphe 2, est peut-être trop restrictif. Si l'on se réfère à la pratique diplomatique et à la Convention de Vienne sur la représentation des États dans leurs relations avec les organisations internationales de caractère universel, en particulier son article 12, il apparaît que certains envoyés des États sont implicitement habilités, dans leur domaine de compétence respectif, à formuler des actes unilatéraux au nom de l'État qu'ils représentent.

23. Aux paragraphes 103 et 104 du rapport, le Rapporteur spécial soulève la question de savoir si les actes unilatéraux – en l'occurrence les engagements – formulés par un État à l'occasion d'une conférence d'annonce de contributions volontaires doivent être considérés comme de simples actes politiques, ou comme des actes liant juridiquement l'État auteur de la déclaration. En théorie, l'auteur de la déclaration devrait être considéré comme juridiquement lié, car il est censé faire, de bonne foi, une promesse qui crée une attente chez les destinataires. Mal-

heureusement, la pratique montre que les engagements de ce genre ne sont souvent pas honorés. Les archives de l'ONU et d'autres organisations internationales regorgent d'exemples. Aussi le Rapporteur spécial ferait-il mieux de considérer ces déclarations comme des déclarations politiques plutôt que comme des actes produisant des effets juridiques.

24. Le projet d'article 4 est acceptable. Quant à la question de savoir si un État, en gardant le silence, peut effectivement accomplir un acte unilatéral, le Rapporteur spécial a eu parfaitement raison de dire, au paragraphe 129 du rapport, qu'« il paraît impossible qu'un État puisse promettre ou offrir quelque chose en gardant le silence ». S'il est utile d'envisager des notions comme le consentement, la protestation, la renonciation ou l'estoppel, une disposition sur le silence et les actes unilatéraux n'a pas sa place dans le projet d'articles.

25. Le projet d'article 5 est directement inspiré de la partie V, section 2, de la Convention de Vienne de 1969. L'alinéa g de cet article prévoit, parmi les causes de nullité, le fait que l'acte unilatéral contrevienne à une décision du Conseil de sécurité. À la lumière de remarques formulées par M. Lukashuk à la séance précédente, M. Kateka se demande s'il ne vaudrait pas mieux supprimer cette disposition et traiter plutôt de cette question dans le commentaire.

26. Pour terminer, M. Kateka rappelle que l'expérience prouve que des actes unilatéraux qui semblaient a priori contraires aux normes du droit international en vigueur ont en fait contribué à faire évoluer ce droit. On peut citer, à titre d'exemple, la « doctrine Nyerere »⁶ – lancée par le Président tanzanien du même nom – qui consiste à rejeter, dans le cas d'une succession d'États, le principe de la succession automatique pour des traités bilatéraux conclus par l'ancienne puissance coloniale. Cette doctrine, fortement critiquée au départ, a finalement été prise en compte dans la partie III, section 3, de la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités (ci-après dénommée « Convention de Vienne de 1978 »).

27. M. HAFNER rend hommage au Rapporteur spécial, qui s'est attaqué à une tâche difficile dont la faisabilité a été plusieurs fois mise en doute : certains membres, comme M. Simma, ont estimé qu'il n'était pas possible de formuler des règles générales applicables à tous les actes unilatéraux, tandis que d'autres, comme M. Pellet, ont souligné que cette codification correspondait à un besoin réel. Lui-même est d'avis que la Commission se doit tout au moins d'essayer, même si la codification s'avère en fin de compte impossible. Le Rapporteur spécial n'a pas pu prendre en compte les observations des gouvernements qui ne lui étaient pas encore parvenues lorsqu'il a élaboré son rapport, mais la Commission doit maintenant travailler à la lumière de leurs réponses au questionnaire si elle veut que les projets d'articles qui seront rédigés soient acceptables pour les États et ne restent pas lettre morte. Elle doit aussi tenir compte davantage de la pratique des États. À cet égard, M. Hafner se permet de corriger une légère erreur faite par le Rapporteur spécial au paragraphe 53 du rap-

port. L'établissement d'un statut de neutralité permanente ne peut se faire par un acte unilatéral : il doit s'agir au minimum d'un acte bilatéral. En revanche, une déclaration de neutralité faite en temps de guerre est un acte purement unilatéral qui ne dépend pas de l'acceptation des belligérants. La note de bas de page relative à la déclaration de l'Autriche mentionnée au paragraphe 53 n'a rien à voir avec la neutralité. L'exemple qui y est cité concerne seulement des notifications adressées par le Gouvernement autrichien à quatre signataires de son Traité d'État portant rétablissement d'une Autriche indépendante et démocratique. Mais la pratique en la matière est très riche, et le Rapporteur spécial aurait pu, par exemple, se référer utilement aux déclarations faites dans le cadre du conflit des îles Falkland (Malvinas) ou de la guerre du Golfe.

28. Avant d'examiner les projets d'articles un à un, M. Hafner voudrait faire observer que, dans deux notes de bas de page de la version française du rapport, plusieurs membres de la Commission ont été appelés « Mme ». Il souhaiterait, d'une manière générale, que les traductions soient établies plus soigneusement et avec plus de rigueur.

29. En ce qui concerne le projet d'article premier, il partage les doutes déjà exprimés quant à l'utilité d'exiger une manifestation de volonté « non équivoque ». Si l'on exigeait la même chose en matière de traités, cela reviendrait à exclure du champ d'application du droit des traités tous les traités qui comprennent des « ambiguïtés constructives ». Or, dans la pratique, chacun sait que cela ne s'est jamais fait. Il ne semble donc pas nécessaire d'inclure cette précision dans l'article premier. Cela ne veut pas dire qu'il ne faut pas restreindre le champ d'application de cet article. Il doit être clair que les actes visés sont des actes unilatéraux autonomes, et non des actes accomplis en corrélation avec un traité. Les actes unilatéraux sont en effet de nature très diverse : par de tels actes, les États peuvent simplement « déclencher » des droits et obligations préétablis par un régime conventionnel ou même par le droit coutumier, mais ils peuvent aussi « modeler » eux-mêmes les obligations qu'ils entendent assumer. M. Hafner suggère de s'en tenir pour l'instant aux actes entrant dans la deuxième catégorie.

30. Dans le projet d'article premier, il est dit aussi que l'acte unilatéral est formulé dans l'intention de produire des « effets juridiques », mais sans que l'on précise si ces effets seront produits en droit interne ou en droit international. Comme l'a souligné M. Pellet, il faudrait indiquer clairement que les actes unilatéraux visés sont soumis au droit international.

31. En ce qui concerne le projet d'article 2, et pour autant que la traduction anglaise *formulate unilateral acts* corresponde à l'original espagnol, M. Hafner fait remarquer que n'importe qui peut « formuler » un acte unilatéral. À son avis, le verbe *issue* aurait été plus approprié, mais c'est là une question qui pourrait être réglée par le Comité de rédaction.

32. Il lui est difficile de porter un jugement sur le projet d'article 3 tant que l'on n'aura pas déterminé définitivement, à l'article premier, quels sont les actes qui entreront dans le champ d'application du projet d'articles. Toutefois, il ne peut adhérer à la proposition de M. Economides de remplacer, au paragraphe 1, les mots « sont réputés

⁶ Voir la Déclaration d'Arusha de 1967 (J. K. Nyerere, *Ujamaa: Essays on Socialism*, Londres, Oxford University Press, 1968, p. 13).

représenter » par le verbe « représentent ». Non seulement cela risquerait de poser des problèmes d'incompatibilité avec la constitution de certains pays, mais la présence du mot « réputés » crée une présomption réfragable qui est nécessaire dans cet article.

33. Le projet d'article 5, que M. Simma a comparé alternativement à une mine d'or ou à un champ de mines, contient effectivement trop de choses. Les différents motifs de nullité qui y sont énumérés auraient dû être traités dans des articles séparés comme cela a été fait, à juste raison, dans la Convention de Vienne de 1969, car les conséquences à chaque fois sont différentes. Ainsi, l'alinéa g sur la nullité des actes unilatéraux qui contreviennent aux décisions du Conseil de sécurité pose plus de problèmes qu'il n'en résout : comme l'a fort justement rappelé M. Simma, les obligations au titre de la Charte des Nations Unies prévalent sur les obligations en vertu d'un traité (Art. 103). Or, par obligation au titre de la Charte, on entend aussi les obligations découlant de résolutions ou de décisions contraignantes prises par les organes de l'ONU (et pas seulement par le Conseil de sécurité). De plus, il arrive souvent que certaines parties seulement de ces décisions ou de ces résolutions soient contraignantes, de sorte qu'il faudrait également le préciser.

34. M. Hafner considère par ailleurs qu'il n'y a pas lieu d'établir de différence, s'agissant des motifs de nullité, entre les actes unilatéraux et les traités; or, dans la Convention de Vienne de 1969, il n'existe aucune disposition prévoyant qu'un traité pourrait être déclaré nul s'il contrevient à des obligations au titre de la Charte des Nations Unies. Pour toutes ces raisons, il lui semble que l'alinéa g ne s'impose pas.

35. Le motif de nullité énoncé à l'alinéa h, à savoir le conflit avec une norme d'importance fondamentale du droit interne, pose lui aussi un problème. Cette norme d'importance fondamentale peut découler, par exemple, de la Constitution de l'État auteur de l'acte unilatéral. Est-ce à dire qu'un État qui, en formulant un acte unilatéral, contreviendrait à une obligation constitutionnelle pourrait déclarer a posteriori que cet acte unilatéral est nul ? Cela reviendrait à donner la primauté au droit interne, ce qui n'est pas admissible.

36. M. Hafner partage aussi les réserves émises par M. Lukashuk sur l'utilisation de l'article indéfini « Un » dans la phrase d'introduction de l'article. Il faudrait préciser clairement quel est l'État qui est habilité à invoquer la nullité d'un acte unilatéral. La raison voudrait que cette possibilité soit réservée uniquement à l'État auteur de l'acte, à l'exclusion de tout autre, car on risque autrement d'ouvrir la boîte de Pandore.

37. Dans ce contexte, la proposition de M. Economides de se concentrer d'abord sur les conditions de « révocation » des actes unilatéraux avant de passer à la question de la nullité n'est pas sans intérêt, car cette approche offrirait probablement l'avantage d'être plus pratique.

38. Compte tenu de toutes ces remarques, M. Hafner estime que seuls les articles 1 à 4 proposés par le Rapporteur spécial peuvent être renvoyés au Comité de rédaction. Le projet d'article 5 demande, lui, à être entièrement repensé.

39. M. KAMTO estime que le troisième rapport du Rapporteur spécial marque un progrès significatif car on y perçoit le souci de ce dernier de tenir compte des débats qui ont eu lieu à la Commission et des vues exprimées par les États à la Sixième Commission. Comme on l'a dit et répété, le sujet est complexe, mais cela ne veut pas dire qu'on ne peut le codifier. Il s'agit d'une catégorie d'actes trop importants dans la vie internationale, au moins aussi anciens que les traités, et qui, comme ces derniers, constituent une source du droit international contemporain. Il appartient à la Commission d'exhorter le Rapporteur spécial, qui n'a pas eu pour rédiger son rapport le bénéfice des observations soumises par les gouvernements en réponse au questionnaire, de faire un effort supplémentaire pour s'enquérir de la pratique en la matière. Cela étant, le Rapporteur spécial adopte une approche large pour avoir une vue globale de l'ensemble des actes concernés, et cette approche est pertinente pour autant qu'elle lui permette ensuite de bien cadrer son sujet et de définir de façon précise le champ des actes unilatéraux. Les propositions faites çà et là, y compris à la Sixième Commission, tendant à limiter l'étude à certains types d'actes comme la promesse et la reconnaissance sont trop restrictives, car leur adoption laisserait de côté une bonne partie des actes unilatéraux des États.

40. En ce qui concerne les questions préliminaires examinées par le Rapporteur spécial, il faut bien sûr éviter toute analogie trop poussée, source potentielle de confusion, avec le droit des traités. Quant à l'estoppel, il ne s'agit pas en lui-même d'un acte juridique, mais plutôt d'un fait générateur d'effets juridiques, et M. Kamto pense avec M. Pellet qu'il devrait être examiné dans le cadre des effets des actes unilatéraux.

41. S'agissant précisément de ces effets, il convient de les étudier en profondeur et on ne peut le faire sans examiner l'attitude ou la réaction des destinataires de l'acte. Deux observations s'imposent à cet égard. Premièrement, dans certains cas, un acte unilatéral peut devenir un élément constitutif d'un accord international. Il est logique, et la pratique le confirme, que, dès lors qu'il y a rencontre de deux volontés exprimées simultanément ou successivement, que ce soit dans un document unique ou dans des documents distincts, on soit en présence d'un accord international au sens de la Convention de Vienne de 1969. Le Rapporteur spécial se doit d'examiner la question pour mieux définir quels sont les actes qui entrent dans la catégorie des actes unilatéraux proprement dits par opposition aux actes unilatéraux « conventionnels ». Cette question ne doit pas nécessairement faire l'objet d'un projet d'article et pourrait être abordée dans le commentaire.

42. En second lieu, M. Kamto n'est pas persuadé qu'il faille d'emblée écarter le silence. Le silence en effet, et la doctrine l'admet, peut constituer un véritable acte juridique. Le silence opérant comme un acquiescement peut dans certaines situations permettre à l'acte unilatéral initial de produire tous ses effets juridiques, notamment lorsque cet acte vise à créer des obligations à la charge d'un ou plusieurs autres États. Un État peut dans certains cas exprimer son consentement par le silence, même si en droit des traités le consentement doit être explicite. Quoi qu'il en soit, la question du silence mérite d'être examinée. Pour ce qui est de l'article premier proposé par le Rapporteur spécial, M. Kamto préférerait que l'on s'en

tienne à la définition traditionnelle de l'acte juridique unilatéral, à savoir une manifestation de volonté destinée à produire des effets juridiques. Mentionner l'intention comme le fait le Rapporteur spécial dans le projet d'article premier équivaut, du point de vue juridique, à une tautologie : l'intention est en effet consubstantielle à la manifestation de la volonté et s'il y a expression de la volonté il y a forcément intention. Quant au terme « non équivoque », déjà critiqué par plusieurs membres de la Commission, le Rapporteur spécial veut par ce terme exprimer les idées qu'il développe aux paragraphes 73 et 76 de son rapport, à savoir les idées de clarté et de certitude. Pour M. Kamto, il s'agit là d'un élément d'appréciation qui traditionnellement relève du pouvoir du juge et n'a pas sa place dans la définition de l'acte unilatéral. L'idée sur laquelle il faudrait plutôt insister est celle de la nécessaire précision de l'acte unilatéral. Quant à la dernière proposition de l'article premier, « et dont ledit ou lesdits États ou ladite ou lesdites organisations internationales ont connaissance », M. Kamto pense avec M. Economides qu'il s'agit plutôt d'une condition de validité de l'acte unilatéral. Il appuie d'ailleurs la proposition de ce dernier d'élaborer sur les conditions de validité de l'acte unilatéral une disposition distincte qui précéderait celle relative à la nullité de l'acte unilatéral.

43. Toujours au sujet de l'article premier, le Rapporteur spécial fait une distinction entre les déclarations politiques et les actes unilatéraux destinés à produire des effets juridiques. À cet égard, M. Kamto ne voit pas très bien quel peut être le critère de distinction. S'agit-il d'un critère formel, ou s'agit-il d'un critère touchant le contenu de l'acte, que l'on pourrait rattacher au *negotium* ? Si la nature de certains actes est évidente en raison de leur forme, celle d'autres actes ne peut être déterminée que par une analyse du contexte. On peut à cet égard regretter que le Rapporteur spécial n'ait pas suffisamment insisté sur cette notion de contexte, sur laquelle, par exemple, la CIJ s'est appuyée dans l'affaire de la *Délimitation maritime et questions territoriales entre le Qatar et Bahreïn* pour conclure qu'un communiqué conjoint constituait un accord international. Le contexte peut être tout aussi déterminant s'agissant de la nature d'un acte unilatéral.

44. Le projet d'article 2 ne pose pas de problème à M. Kamto, mais le projet d'article 3 appelle une observation. Le Rapporteur spécial a à juste titre évoqué l'exemple d'une législation interne ayant des effets extraterritoriaux, à savoir la loi Helms-Burton⁷. Peut-on laisser de côté ces actes internes à effets extraterritoriaux et, dans l'affirmative, pour quelles raisons ? Si, par contre, on doit considérer qu'ils entrent dans le champ de l'étude, le projet d'article 3 devra peut-être être revu pour inclure, par exemple, le Parlement dans les « personnes habilitées à formuler des actes unilatéraux au nom de l'État ». On peut douter que cette catégorie d'auteurs d'actes unilatéraux soit couverte par l'actuel paragraphe 2 de ce projet d'article.

45. Le projet d'article 4 n'appelle aucune observation particulière, mais le projet d'article 5 ne peut faire l'objet d'un examen approfondi tant qu'on n'aura pas étudié les conditions de validité de l'acte unilatéral.

46. En conclusion, M. Kamto estime que les projets d'articles 1 à 4 peuvent être renvoyés au Comité de rédaction.

47. M. PELLET dit que le problème des actes unilatéraux internes ayant des effets extraterritoriaux évoqués par M. Kamto est extrêmement important et aucunement résolu au stade actuel. En ce qui concerne la loi Helms-Burton, il rappelle qu'à son avis, en l'espèce, le Congrès des États-Unis n'avait pas entendu se placer sur le terrain du droit international. Il estime que, pour entrer dans le champ de l'étude, les actes unilatéraux doivent être régis par le droit international.

48. Quant à l'idée de mentionner la nécessaire précision des actes unilatéraux, M. Pellet est sur ce point en total désaccord avec M. Kamto. Les obligations peuvent être précises ou imprécises, cela ne les empêche pas d'être des obligations, et il en va de même de celles découlant des actes unilatéraux des États. Introduire la notion de précision dans la définition semble dangereux pour la suite des travaux.

49. M. KAMTO craint de s'être fait mal comprendre : il souhaiterait seulement que l'on dise dans le commentaire que dans certains cas le degré de précision d'un acte unilatéral peut lui permettre de produire pleinement ses effets.

50. M. TOMKA constate que le Rapporteur spécial a fait beaucoup d'efforts pour tenir compte des critiques exprimées à la session précédente par des membres de la Commission en élargissant le champ de son étude à tous les actes unilatéraux produisant des effets juridiques. Il n'a par contre pas pu tenir compte des observations écrites présentées par les gouvernements en réponse au questionnaire, et M. Tomka remarque à cet égard que dans bon nombre de réponses les gouvernements expriment des doutes en ce qui concerne l'approche d'ensemble adoptée, estimant en particulier qu'il n'est pas judicieux d'essayer d'assujettir différents types d'actes unilatéraux à un ensemble de règles générales uniques. Pour un État, l'exercice est même inutile, et selon un autre le mieux que puisse faire la Commission est d'élaborer une étude didactique traitant des caractéristiques propres aux différents actes unilatéraux.

51. Le principal problème que pose la définition proposée au projet d'article premier tient à l'expression « produire des effets juridiques dans ses relations avec un ou plusieurs États ». On aboutit ainsi à une définition très large des actes unilatéraux et il est de ce fait impossible en pratique de formuler des règles communes à un éventail d'actes aussi disparates que la reconnaissance d'une part et une loi établissant une zone économique exclusive de l'autre. Ce dernier exemple, que le Rapporteur spécial envisage au paragraphe 54 de son rapport, montre qu'en l'espèce un acte unilatéral peut être un instrument activant des droits prévus dans un traité ou par le droit international général. En l'occurrence, les conséquences juridiques de l'acte en question sont déterminées par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ou, pour les États qui ne sont pas parties à celle-ci, par le droit international général, et non par les règles relatives aux actes unilatéraux que la Commission est en train d'élaborer. Quelle serait, par exemple, la pertinence du projet d'article 3

⁷ Voir 2629^e séance, note 10.

s'agissant d'un acte formulé par un parlement ? Doivent donc être exclus du champ de l'étude ce que le Gouvernement italien appelle, dans sa réponse au questionnaire, les « actes unilatéraux nécessaires à l'exercice d'un droit souverain ». Pour d'autres actes, comme la reconnaissance, la protestation ou la renonciation, il semble difficile d'élaborer des règles communes. M. Tomka rappelle que la reconnaissance des États et des gouvernements figurait parmi les sujets d'étude possibles soumis en 1949 par le Secrétariat à la première session de la Commission⁸ et que cette dernière n'a jamais cru bon de l'inscrire à son programme de travail. Pour M. Tomka, il faut prendre très au sérieux la mise en garde de certains États, et une approche par étapes lui semble préférable. À cet égard, la catégorie des actes unilatéraux créant des obligations est sans doute celle qui se prête le mieux à l'identification et à l'élaboration de règles. Quand le Rapporteur spécial étudie des notions comme l'intention de l'État auteur de l'acte ou les effets juridiques, il se réfère presque toujours à des obligations ou des engagements, comme indiqué au paragraphe 35 de son rapport.

52. En ce qui concerne le projet d'article premier, M. Tomka préfère s'abstenir de le commenter au stade actuel, car son libellé dépendra de la portée du projet d'articles, et d'une décision que la Commission va devoir prendre si elle veut progresser dans ses travaux et que le résultat de ceux-ci aient une chance de ne pas être rejeté ou « gelé » par les États à la Sixième Commission.

53. Les projets d'articles 2 et 3 ne posent pas de problème particulier et sont acceptables. Pour ce qui est du projet d'article 4, un acte unilatéral accompli sans autorisation peut être confirmé non seulement expressément, comme le propose le Rapporteur spécial, mais aussi *per concludentiam*, lorsque l'État n'invoque pas l'absence d'autorisation pour annuler l'acte mais exécute l'obligation qui a été assumée.

54. Le projet d'article 5 est celui qui pose le plus de problèmes et il devra probablement être reformulé. Il convient en effet de distinguer les cas dans lesquels un acte ne peut être annulé que si un motif de nullité est invoqué par un État (nullité relative) des cas dans lesquels la nullité est une sanction imposée par le droit, ou découle directement du droit international (nullité absolue ou *ex lege*). L'erreur, la fraude, ou la corruption, qui font l'objet des alinéas *a*, *b* et *c* du projet d'article 5, peuvent être invoquées par les États comme causes de nullité d'actes unilatéraux formulés en leur nom. Il en va de même de la situation qu'entend régir l'alinéa *h*, à savoir celle de l'acte unilatéral contraire à une norme d'importance fondamentale du droit interne de l'État qui en est l'auteur, bien que cette disposition ne doive pas être interprétée comme donnant la primauté au droit interne sur les engagements assumés en droit international. Pour M. Tomka, l'alinéa en question aurait dû être conçu différemment, de manière à mettre en évidence le fait que lorsque l'acte unilatéral a été formulé, une norme d'importance fondamentale du droit interne ou constitutionnel concernant la faculté d'assumer des obligations internationales ou de formuler des actes juridiques sur le plan international a été violée.

55. La menace d'emploi de la force ou le recours à la force en violation des principes de droit international consacrés par la Charte des Nations Unies pour obtenir la formulation de l'acte et le conflit de l'acte unilatéral avec une norme impérative du droit international, qui font l'objet, respectivement, des alinéas *e* et *f* du projet d'article 5, sont des cas de nullité absolue découlant directement du droit, et ces actes sont nuls *ab initio*.

56. L'exercice d'une contrainte sur la personne qui accomplit l'acte, prévu à l'alinéa *d* du projet d'article 5, constitue un cas à part puisqu'en l'espèce la personne en question n'exprime pas la volonté de l'État qu'elle est censée représenter, mais celle de l'État qui exerce la contrainte. Sans volonté, il n'y a pas d'acte juridique et s'il n'y a pas eu d'acte, il n'y a rien à annuler. Si les cas précédents étaient des cas de *negotium nullum*, on est ici en présence d'un cas de *non negotium*.

57. Enfin, pour ce qui est de l'alinéa *g* du projet d'article 5, M. Tomka rappelle le doute qu'il a exprimé à cet égard lors de la séance précédente et souscrit sur ce point aux opinions que M. Hafner a formulées.

Les réserves aux traités⁹ (A/CN.4/504, sect. B, A/CN.4/508 et Add.1 à 4¹⁰, A/CN.4/L.599)

[Point 5 de l'ordre du jour]

CINQUIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

58. M. PELLET (Rapporteur spécial), présentant son cinquième rapport sur les réserves aux traités (A/CN.4/508 et Add.1 à 4), dit que celui-ci comprend deux parties. La première, qui sert d'introduction, est une version révisée et complétée de la présentation qu'il a faite à la cinquante et unième session de son quatrième rapport¹¹, que la Commission, faute de temps, n'a pas pu examiner à l'époque. Un chapitre traite des alternatives aux réserves et aux déclarations interprétatives. Une annexe renferme le texte consolidé de l'ensemble des projets de directives consacrés aux définitions adoptés en première lecture ou proposés dans le cinquième rapport, dont neuf nouveaux projets de directives figurant en italique et portant à titre provisoire les numéros 1.1.8, 1.4.6 à 1.4.8 et 1.7.1 à 1.7.5. Cette partie sera suivie, au cours de la seconde partie de la session, d'une deuxième partie portant sur la procédure relative aux réserves et aux déclarations interprétatives, qui sera divisée en deux chapitres, consacrés le premier à la formulation, à la modification et au retrait des réserves et déclarations interprétatives, et le second à la formulation et au retrait des acceptations et des objections aux réserves et aux déclarations interprétatives.

59. Le Rapporteur spécial dit que, dans l'introduction, il a brièvement retracé les travaux antérieurs de la Commission sur le sujet et les suites qui leur ont été réservées, et donné un aperçu de quelques faits marquants survenus

⁹ Pour le texte des projets de directives provisoirement adoptés par la Commission à ses cinquantième et cinquante et unième sessions, voir *Annuaire... 1999*, vol. II (2^e partie), par. 470, p. 96.

¹⁰ Voir *supra* note 1.

¹¹ *Annuaire... 1999*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/499 et A/CN.4/478/Rev.1.

⁸ Voir *Yearbook... 1949*, par. 15, p. 280.

dans ce domaine depuis l'examen du troisième rapport¹², en commençant par faire le point sur les réponses au questionnaire qui a été adressé aux États et aux organisations internationales¹³. Il relève que si le taux de réponse est satisfaisant par rapport à celui habituellement enregistré, il ne l'est pas dans l'absolu : en effet, seuls 33 des 188 États Membres de l'Organisation des Nations Unies ont répondu, et parmi ceux qui ne l'ont pas fait figurent beaucoup d'États dont un ressortissant siège à la Commission. En ce qui concerne les organisations internationales, le taux de réponse est plus satisfaisant, puisqu'il est de 40 %, mais il est à noter que brillent par leur silence des organisations internationales d'intégration et surtout les Communautés européennes, dont il serait pourtant extrêmement important de connaître exactement la pratique et les positions. Il est regrettable que les Communautés européennes, riches et bien dotées en personnel compétent, sans problèmes financiers, adoptent cette attitude alors qu'elles exigent de plus en plus fréquemment d'être parties aux traités multilatéraux sur un pied d'égalité avec les États.

60. Le Rapporteur spécial appelle ensuite l'attention de la Commission sur la décision en date du 2 novembre 1999 que le Comité des droits de l'homme a prise dans l'affaire *Rawle Kennedy c. Trinité-et-Tobago*¹⁴, dont de larges extraits sont reproduits au paragraphe 12 de son rapport. C'est la première fois, à sa connaissance, que le Comité applique la doctrine de son observation générale n° 24 (Questions touchant les réserves formulées au moment de la ratification du Pacte [international relatif aux droits civils et politiques] ou des Protocoles facultatifs y relatifs ou de l'adhésion à ces instruments, ou en rapport avec des déclarations formulées au titre de l'article 41 du Pacte) à un cas concret¹⁵. Il s'agissait en substance dans cette affaire de savoir si une réserve émise par la Trinité-et-Tobago excluant la possibilité pour les condamnés à mort de saisir le Comité était licite. Ce dernier a décidé, à tort ou à raison, que cette réserve n'était pas licite et conclu : « La conséquence est que le Comité n'est pas empêché d'examiner la présente communication en vertu du Protocole facultatif »¹⁶. Cette position est conforme à l'observation générale n° 24, mais elle est évidemment incompatible avec le paragraphe 10 des conclusions préliminaires concernant les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme que la Commission a adoptés à sa quarante-neuvième session, en 1997¹⁷, et où elle a noté que c'est à l'État réservataire, et à lui seul, qu'il appartient de tirer les conséquences de l'illicéité d'une réserve lorsque celle-ci a été constatée par un organe de contrôle des droits de l'homme, dont la compétence est reconnue au paragraphe 5 des dites conclusions préliminaires. En d'autres termes, dans l'affaire susmentionnée, le Comité des droits de l'homme maintient sa position en confirmant son observation géné-

rale n° 24 et, comme il l'indique aux paragraphes 10 à 15 de son rapport, c'est d'ailleurs plus généralement le cas de l'ensemble des organes de contrôle des droits de l'homme qui ont fait part de leurs observations à propos des conclusions préliminaires. Il apparaît ainsi qu'il y a entre le Comité des droits de l'homme et la Commission accord en ce qui concerne la possibilité pour les organes de contrôle des droits de l'homme d'apprécier la validité d'une réserve, mais désaccord en ce qui concerne les conséquences découlant de la constatation de l'illicéité d'une réserve. La question se pose donc de savoir quel sort la Commission doit réserver à ses conclusions préliminaires, qu'elle a adoptées à sa quarante-neuvième session. Le Rapporteur spécial croit comprendre que certains membres de la Commission jugent bon de revoir la question dès la session en cours, ou, en tout état de cause, sans aucun doute à la suivante. Comme il l'indique au paragraphe 18 du rapport, il n'y est pas très favorable. En effet, il estime qu'il était judicieux pour la Commission, en tant qu'organe composé d'internationalistes généralistes, de donner ce qui lui semblait être la bonne solution en droit international. Toutefois, il ne voit pas l'intérêt de croiser le fer à nouveau avec les organes de contrôle des droits de l'homme à ce stade. Les conclusions sont des conclusions préliminaires et la Commission devra y revenir, mais, pour cela, il faut que deux conditions soient remplies. Premièrement, il faudrait que non seulement les organes de contrôle des droits de l'homme mais aussi les États aient réagi aux conclusions préliminaires. Or, les premiers ne l'ont pas fait sérieusement; quant aux seconds, ils ne sont que cinq à l'avoir fait, et les réponses ne sont pas suffisamment représentatives pour pouvoir en tirer une tendance significative (par. 16 du rapport). Deuxièmement, il faudrait que la Commission ait achevé l'examen du cœur du projet de guide de la pratique, notamment s'agissant de la licéité des réserves d'une part et des effets des réserves d'autre part. Ce n'est qu'alors qu'elle pourra tester le bien-fondé des conclusions préliminaires au regard des droits de l'homme. Mais, au mieux, elle ne pourra le faire qu'à sa session suivante en 2001, et plus probablement à sa cinquante-quatrième session en 2002. C'est pourquoi le Rapporteur spécial croit que mieux vaut laisser les choses se décanter. Somme toute, l'objectif n'est pas de damer le pion aux organes de contrôle des droits de l'homme, mais de tenter de dégager la solution la plus raisonnable et la plus conforme à l'intérêt général.

61. Le Rapporteur spécial tient à souligner un autre fait important en rapport avec le sujet dont il n'avait pas connaissance lors de l'établissement de son cinquième rapport. À sa cinquanteième session, la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, par sa décision 1998/113 du 26 août 1998 intitulée « Réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme », a décidé de demander à l'un de ses membres, Mme Françoise Hampson, d'établir un document de travail sur la question des réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme¹⁸. S'acquittant de sa tâche, Mme Hampson a présenté un document de travail assez succinct¹⁹, dans lequel elle s'est contentée de présenter « quelques-unes des questions en jeu » (par. 3), mais qui est intéressant et qu'il serait utile de distribuer aux mem-

¹² *Annuaire... 1998*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/491 et Add.1 à 6.

¹³ Voir *Annuaire... 1995*, vol. II (2^e partie), par. 489, p. 113.

¹⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, Supplément n° 40 (A/55/40)*, vol. II, annexe XI, communication n° 845/1999, *Rawle Kennedy c. Trinité-et-Tobago*, p. 270.

¹⁵ *Ibid.*, cinquante-cinquième session, *Supplément n° 40 (A/50/40)*, vol. I, annexe V, p. 122.

¹⁶ *Ibid.*, cinquante-cinquième session, *Supplément n° 40 (A/55/40)*, vol. II, annexe XI, par. 6.7.

¹⁷ *Annuaire... 1997*, vol. II (2^e partie), par. 157, p. 57 et 58.

¹⁸ Voir E/CN.4/1999/4-E/CN.4/Sub.2/1998/45, p. 89.

¹⁹ E/CN.4/Sub.2/1999/28.

bres de la Commission. Il apparaît que Mme Hampson a pris connaissance du deuxième rapport du Rapporteur spécial sur les réserves aux traités²⁰, mais pas, semble-t-il, des conclusions préliminaires de la Commission. Mme Hampson part du principe de la « singularité » des traités relatifs aux droits de l'homme pour conclure, après avoir posé de bonnes questions qu'elle laisse sans réponse, qu'une étude plus approfondie s'impose sur la base essentiellement des réponses à des questionnaires détaillés qui seraient adressés aux États. Elle précise, au paragraphe 34 de son rapport, qu'« une telle étude aurait des incidences financières. Il faudrait que la personne qui en serait chargée soit secondée dans ses recherches, probablement par deux assistants à plein temps, pour qu'elles soient exhaustives ». Le Rapporteur spécial ne peut s'empêcher de constater à ce propos que les rapporteurs de la Sous-Commission ont plus d'exigences que les rapporteurs spéciaux de la Commission et renvoie sur ce point à la note de bas de page relative au paragraphe 37 de son cinquième rapport. Par sa résolution 1999/27 du 26 août 1999, la Sous-Commission, devenue Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, a pris note du document de travail susmentionné, nommé Mme Hampson rapporteuse spéciale et prié le Secrétaire général de lui fournir toute l'assistance dont elle aurait besoin pour accomplir sa tâche. Pour sa part, la Commission des droits de l'homme, par sa décision 2000/108 du 26 avril 2000, a demandé à la Sous-Commission de prier Mme Hampson de lui soumettre à sa cinquante-deuxième session un mandat révisé concernant sa proposition d'étude sur les réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme qui contienne de plus amples éclaircissements sur la façon dont cette étude compléterait les travaux déjà engagés en la matière, notamment par la Commission du droit international. Le Rapporteur spécial se propose donc de prendre contact avec Mme Hampson – qui n'a pas cru devoir le faire de son côté – et se demande s'il devrait se borner à l'interroger sur ses intentions ou s'il devrait aller plus loin et lui proposer une collaboration plus étroite. Personnellement, il est convaincu que la Commission a tout intérêt à se montrer ouverte à un dialogue mutuellement fructueux avec les organes de contrôle des droits de l'homme. Par exemple, elle pourrait inviter la Rapporteuse spéciale de la Sous-Commission à une de ses séances, publique ou privée, de sa session suivante pour procéder à un échange de vues avec elle. Mais d'autres modalités de coopération sont envisageables, et le Rapporteur spécial saurait gré aux membres de la Commission de lui faire part de leur sentiment et de leurs suggestions. Cela dit, il lui semble qu'il y a là une raison de plus pour ne pas se précipiter pour « verrouiller » les conclusions préliminaires. Il serait fâcheux que la Commission donne l'impression de vouloir passer en force sans attendre de savoir ce que les spécialistes des droits de l'homme ont à dire sur la question.

62. Revenant, après cette mise à jour, à la partie introductive de son cinquième rapport à l'étude, le Rapporteur spécial précise que les paragraphes 22 à 31 sont consacrés à un rappel des conditions dans lesquelles la Commission a examiné le troisième rapport. Il a rendu compte aux paragraphes 32 à 49 des conditions dans lesquelles la Sixième Commission a examiné les chapitres correspondants des

rapports de la Commission. Ce faisant, il s'est efforcé de se montrer attentif aux réactions des États et d'en tenir compte, même s'il n'entend pas se montrer servile à cet égard : la Commission et la Sixième Commission ont des fonctions différentes, mais elles doivent s'écouter mutuellement, et la Commission n'a pas à s'incliner systématiquement avant d'avoir essayé de montrer le point de vue du droit. De plus, il a pu ainsi mettre l'accent sur ce qui lui a paru le plus problématique, ou au contraire le plus fécond, dans les réactions des États.

63. Pour en terminer avec la partie introductive du rapport, le Rapporteur spécial appelle l'attention sur les paragraphes 51 à 56, dans lesquels il résume les initiatives prises par d'autres organes, qu'il s'agisse du Comité consultatif juridique afro-asiatique ou du Groupe d'experts sur les réserves aux traités internationaux du Conseil de l'Europe, qui fait preuve d'un dynamisme exceptionnel en la matière et qui l'a invité à participer en septembre 2000 à une réunion du Comité ad hoc des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI) du Conseil de l'Europe consacrée aux réserves aux traités. Les paragraphes 57 à 65 font une brève présentation générale du cinquième rapport, dont le Rapporteur spécial a repris les grandes lignes au cours de sa présentation orale. Enfin, est joint en annexe à la partie introductive du cinquième rapport un tableau de concordance entre les projets de directives proposés par le Rapporteur spécial et ceux adoptés en première lecture par la Commission.

64. Passant à la présentation de la première partie du rapport au fond, et en premier lieu aux alternatives aux réserves et aux déclarations interprétatives, le Rapporteur spécial fait observer qu'à sa connaissance aucune étude sur les alternatives aux réserves n'a jamais été effectuée systématiquement, à l'exception d'une étude assez sommaire présentée par Virally au cours d'un colloque organisé en 1978 par l'Université catholique de Louvain (Belgique) sur les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme²¹. Et c'est bien autour de cette idée que s'articule cette partie du rapport : les réserves constituent un des moyens permettant de limiter l'effet obligatoire d'un traité vis-à-vis de l'État ou de l'organisation internationale qui les formule. Ce n'est cependant pas le seul, et il est tout à fait intéressant et instructif de comparer les réserves aux autres moyens qui permettent d'atteindre les mêmes buts, ne serait-ce d'ailleurs que pour les en distinguer et voir s'il n'y a pas de leçon à tirer de ces autres moyens en ce qui concerne le régime juridique des réserves. C'est dans cet esprit que le Rapporteur spécial propose à l'examen de la Commission neuf nouveaux projets de directives.

65. Dans un premier temps, le Rapporteur spécial a brossé un tableau général des différentes techniques de modulation ou d'interprétation des engagements conventionnels (par. 71 à 103), avant de revenir ensuite sur chacune de ces techniques de façon plus précise. Il reconnaît que cette méthode manque quelque peu de rigueur, mais

²⁰ *Annuaire... 1996*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/477 et Add.1 et A/CN.4/478.

²¹ M. Virally, « Des moyens utilisés dans la pratique pour limiter l'effet obligatoire des traités », *Les clauses échappatoires en matière d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1982, p. 5.

elle présente l'avantage de mettre en exergue une idée qui semble anodine, tout en étant assez fondamentale : les réserves ne sont pas l'alpha et l'oméga de la souplesse des engagements conventionnels. Il existe bien d'autres procédés qui ont le même effet que les réserves ou des effets comparables, et qui, dans certains cas au moins, sont sans doute préférables et plus maniables. Cette idée se reflète, sans fioriture, dans le projet de directive 1.7.1, reproduit au paragraphe 94 du rapport et libellé comme suit :

« 1.7.1 *Alternatives aux réserves*

Afin de moduler les effets des dispositions d'un traité dans leur application aux parties contractantes, les États et les organisations internationales peuvent recourir à des procédés autres que les réserves. »

Le Rapporteur spécial ne méconnaît nullement ce qu'une telle disposition aurait d'inhabituel et sans doute de critiquable si elle devait figurer dans un traité. Mais justement, le guide de la pratique envisagé n'est pas un traité et n'a pas la prétention de l'être. Il est destiné à fournir aux États des directives générales sur lesquelles ils puissent fonder leur conduite. Et, dans cette perspective, il semble qu'une directive de ce genre serait utile, car elle aurait pour mérite d'appeler l'attention des diplomates et des dirigeants sur le fait qu'il existe d'autres procédés qui pourraient avoir les mêmes vertus que des réserves sans forcément en présenter les inconvénients dans un cas donné. Tel qu'il est conçu, ce projet de directive est peut-être un peu elliptique, voire ésotérique, et c'est pourquoi le Rapporteur spécial propose, au paragraphe 95, le projet de directive 1.7.2, à titre d'illustration. Bien sûr, on pourrait considérer qu'une disposition de ce genre n'aurait pas sa place dans un traité, ne fût-ce que parce que, vraisemblablement, l'énumération proposée n'est pas complète et qu'elle ne saurait de toute manière l'être. Certes, il est toujours possible de renvoyer les exemples illustrant une proposition générale au commentaire, mais le Rapporteur spécial est rarement convaincu par ce procédé, par cette solution de facilité, et il l'est en l'occurrence d'autant moins que le guide pratique y perdrait beaucoup justement en « lisibilité pratique ». C'est pourquoi le projet de directive 1.7.2 énumère, de manière non limitative, divers procédés permettant de moduler les effets des dispositions d'un traité, procédés regroupés sous deux rubriques, consacrées l'une aux techniques prévues dans le traité lui-même, et l'autre aux techniques extérieures aux traités. Comme indiqué aux paragraphes 86 à 92 du rapport, ce classement des alternatives aux réserves semble le plus logique et le plus opérationnel. Il s'agit de rappeler, à des fins pratiques, aux négociateurs qui constatent l'impossibilité de se mettre d'accord sur une clause de réserve qu'il peut exister des échappatoires qui, pour une raison ou pour une autre, peuvent être plus faciles à mettre en œuvre tout en produisant des résultats similaires, comparables à ceux des réserves. L'ensemble de ces institutions, concurrentes des réserves, pourrait être regroupé sous le vocable unique de « facultés », mais à condition de garder à l'esprit que ces procédés sont tout de même extrêmement divers et qu'ils fonctionnent de façon souvent très différente – ce qui en fait d'ailleurs le prix.

66. Suspendant pour le moment la présentation de son rapport, le Rapporteur spécial propose que le débat qui suivra se concentre sur des observations générales et les projets de directives 1.7.1 et 1.7.2, dans l'espoir qu'ils seront

renvoyés au Comité de rédaction. Une fois le sort de ces projets scellé, il présentera ensemble dans un premier temps les projets de directives 1.7.3, 1.7.4 et 1.1.8, puis les projets de directives 1.4.6 à 1.4.8, et enfin le projet de directive 1.7.5.

La séance est levée à 13 h 5.

2631^e SÉANCE

Vendredi 2 juin 2000, à 10 h 5

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Tomka.

Les réserves aux traités¹ (*suite*) [A/CN.4/504, sect. B, A/CN.4/508 et Add.1 à 4², A/CN.4/L.599]

[Point 5 de l'ordre du jour]

CINQUIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. M. KATEKA relève l'utilité du compte rendu des travaux antérieurs de la Commission sur le sujet, qui figure dans la partie introductive du cinquième rapport (A/CN.4/508 et Add.1 à 4). Le fait, signalé au paragraphe 5, que 33 États Membres et 24 organisations internationales seulement ont répondu aux questionnaires de la Commission sur les réserves aux traités ne manque pas de préoccuper. Il est particulièrement regrettable qu'aucune réponse n'ait été reçue à cette date d'un pays africain. Pour M. Kateka, cette carence tient davantage à un manque de moyens qu'à un manque d'intérêt. Il est urgent de prendre des mesures pour renforcer la capacité des services juridiques des ministères des affaires étrangères des pays en développement. Mais, dans d'autres contextes aussi, les réponses aux questionnaires ne proviennent en général que d'une seule région géographique, et cette situation n'est pas saine.

¹ Pour le texte des projets de directives provisoirement adoptés par la Commission à ses cinquantième et cinquante et unième sessions, voir *Annuaire... 1999*, vol. II (2^e partie), par. 470, p. 96.

² Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

2. S'agissant de l'avis exprimé par le Rapporteur spécial au paragraphe 17 de son rapport selon lequel il ne serait pas utile de discuter à nouveau à ce stade des conclusions préliminaires adoptées par la Commission à sa quarante-neuvième session³, il est à noter que certains organes conventionnels sont apparemment allés jusqu'à demander à la Commission d'adapter ses conclusions préliminaires à la philosophie qui sous-tend l'observation générale n° 24 du Comité des droits de l'homme. Souscrivant à la remarque évoquée au paragraphe 16 selon laquelle les organes créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme devraient rester dans le cadre strict de leur mandat, M. Kateka relève que certains d'entre eux cherchent à se servir des rapports du Rapporteur spécial pour amener les États parties à retirer ou modifier leurs réserves, ainsi qu'il est signalé au paragraphe 15. C'est pour le moins une procédure inhabituelle.

3. Se référant à l'explication donnée par le Rapporteur spécial au paragraphe 28 à propos du système de numérotation des directives du Guide de la pratique qu'il a adopté – système que certains membres, lui y compris, ont critiqué –, M. Kateka déclare ne pas comprendre la conclusion selon laquelle le mode de numérotation retenu, passé un temps d'adaptation, ne posera pas de problème particulier. Le temps à lui seul ne rend pas une situation fâcheuse acceptable, et le silence des membres de la Sixième Commission ne vaut pas approbation. M. Kateka invite instamment le Rapporteur spécial à simplifier le système de numérotation, ajoutant qu'il voit mal l'utilité du tableau de concordance figurant à l'annexe de la partie introductive du cinquième rapport.

4. Au paragraphe 30, le Rapporteur spécial rappelle que le chapitre premier du Guide de la pratique a pour seul objet de définir ce qu'il faut entendre par le mot « réserves » en distinguant celles-ci d'autres déclarations unilatérales. Au paragraphe 31, après avoir admis ses « hésitations initiales », il indique qu'il conviendra, dans les chapitres suivants du Guide de la pratique, de déterminer le régime juridique des réserves elles-mêmes, ainsi que celui des déclarations interprétatives. Pour éviter d'élargir à l'infini le champ d'application du sujet, ne vaudrait-il pas mieux trancher le problème des définitions avant que d'élaborer les chapitres suivants ? À cet égard, M. Kateka partage l'avis du Royaume-Uni évoqué dans une note de bas de page relative au paragraphe 37, et appelle l'attention sur la note suivante, qui n'a aucune raison d'être et dans laquelle le Rapporteur spécial lui-même qualifie le sujet de « fort tentaculaire et complexe ».

5. S'agissant de la section consacrée à la présentation générale du cinquième rapport (par. 57 à 65) et du chapitre traitant des alternatives aux réserves et aux déclarations interprétatives, M. Kateka croit comprendre que l'objet des réserves et autres déclarations unilatérales analogues est de contribuer à faire d'un traité un instrument universel en donnant une certaine latitude aux États et aux organisations internationales qui éprouvent quelques difficultés à propos de certaines de ses dispositions. Dans ce sens, les réserves et les déclarations interprétatives sembleraient suffire à protéger l'objet essentiel d'un traité, tout en permettant au plus grand nombre possible d'États d'y devenir

parties. M. Kateka ne voit aucun intérêt à examiner les procédés alternatifs énumérés par le Rapporteur spécial, qui, loin d'éclairer la question, ne font que la rendre plus complexe.

6. Au paragraphe 93 du rapport, le Rapporteur spécial avoue avoir longuement hésité avant de proposer l'inclusion, dans le Guide de la pratique, de projets de directives relatifs aux alternatives aux réserves. La décision qu'il a fini par prendre d'inclure des projets de directives de ce type ne peut qu'être désapprouvée. Nonobstant les arguments mis en avant au paragraphe 95, il eût mieux valu mentionner les alternatives aux réserves dans le commentaire. Qui plus est, bien qu'il soit précisé dans ce même paragraphe que le Guide n'a pas vocation à être un traité international, il est indiqué au paragraphe 36 du rapport que la Commission n'a jamais écarté l'option d'un projet de convention. Il serait bon que la Commission se prononce sur la question de la forme finale du Guide de la pratique une fois l'élaboration de l'ensemble des directives achevée.

7. Alors que la directive 1.7.1 élargit inutilement le champ d'application du sujet, la directive 1.7.2 semble malvenue, certaines de ses dispositions se trouvant déjà dans les directives 1.4.1 et 1.4.2. Le régime de Vienne couvre de façon satisfaisante la question de la suspension d'un traité, des amendements à un traité et des accords complémentaires. Enfin, M. Kateka souligne que le guide en cours d'élaboration doit être pratique et facile à utiliser et indique de nouveau qu'à son avis c'est dans le commentaire qu'il conviendrait de traiter des alternatives possibles aux réserves et aux déclarations interprétatives.

8. M. ROSENSTOCK félicite le Rapporteur spécial, qui a soumis un cinquième rapport qu'il juge intéressant et impressionnant. Tout en partageant certaines des observations de M. Kateka sur le système de numérotation adopté, il trouve la lecture du résumé des travaux antérieurs de la Commission fascinante, tout comme celle de l'analyse développée et celle des propositions énoncées. Force est cependant de reconnaître que le projet dans son ensemble ne paraît pas pouvoir être finalisé en un quinquennat et qu'il semble en fait n'en plus finir. M. Rosenstock rejoint sur ce point aussi M. Kateka. La Commission ne gagnera rien en promettant une chose et en faisant une autre.

9. Non seulement la proposition visant à inclure des directives sur les alternatives aux réserves et aux déclarations interprétatives amène à se demander si elle s'inscrit dans le mandat de la Commission et soulève un problème de calendrier, mais encore les procédés alternatifs recensés risquent de n'être rien de moins que des conseils sur la manière de rendre un traité moins efficace. Il reste que les techniques exposées dans le rapport, comme les réserves elles-mêmes, permettent effectivement aux parties ayant des intérêts différents de trouver un terrain d'entente plus large. C'est pour cette raison, et aussi pour les raisons exposées au paragraphe 93 du rapport, que M. Rosenstock souscrit à la décision du Rapporteur spécial d'élaborer dans le cadre des travaux de la Commission un guide dans cet esprit.

10. Il y a lieu de se demander si certains des éléments inclus dans la directive 1.7.3 sont vraiment nécessaires.

³ Voir 2630^e séance, note 17.

En l'absence d'une disposition ou d'une directive indiquant expressément qu'elles ne sont pas des réserves, les clauses finales doivent-elles être considérées comme telles ? La directive 1.7.4 proposée suscite des préoccupations analogues, et M. Rosenstock se plaît à noter que le Rapporteur spécial serait disposé à la supprimer. De même, les concessions que le Rapporteur spécial est prêt à faire et qu'il indique aux paragraphes 168 et 178 sont les bienvenues.

11. Le seul point du rapport que M. Rosenstock juge obscur réside dans l'analyse des clauses d'exclusion et des réserves développée aux paragraphes 160 et suivants. Pourquoi n'est-il pas mentionné le fait que, dans le cas d'une clause d'exclusion, un État non réservataire n'a pas capacité pour décider de ne pas être dans un traité le partenaire d'un État réservataire ? Cela dit, M. Rosenstock est fermement favorable au renvoi sans délai du texte consolidé au Comité de rédaction.

12. Pour ce qui est de la question des conclusions préliminaires de la Commission au regard de l'observation générale n° 24 du Comité des droits de l'homme, M. Rosenstock est enclin à partager le souhait exprimé par le Rapporteur spécial d'éviter de croiser le fer. Malheureusement, il se pourrait que cette attitude responsable, qui repose sur l'intérêt de toutes les parties concernées plutôt que sur celui d'un groupe d'intérêts particulier, ne soit pas partagée par ceux qui sembleraient prêts à accepter la désintégration du droit des traités si elle doit servir leurs fins. En refusant de prendre en compte l'expression de la volonté des États ou de lui accorder tout son poids, d'aucuns semblent disposés à mettre en danger le principe du consentement sur lequel repose nécessairement tout le régime des traités. Le jour viendra où l'attitude de retenue dans ce contexte équivaudra à un abandon de responsabilité. Sur ce point également, M. Rosenstock partage les observations de M. Kateka. Serait-il envisageable, à titre de « mesure conservatoire » et pour promouvoir la voie de la coopération, d'explorer la possibilité de conduire conjointement avec les partisans de l'observation générale n° 24 une campagne en vue d'encourager les États à assumer leurs responsabilités en soulevant des objections aux réserves inacceptables ? Il s'agirait de combler, ou de réduire, le vide que les premiers abhorrent et qu'ils ont entrepris de combattre sur fond de responsabilité usurpée. Pareille démarche ne résoudra pas le problème, mais elle pourrait à tout le moins le circonscrire et déboucher sur une amélioration de la coopération en général.

13. M. LUKASHUK dit qu'après avoir achevé, à son grand regret, la lecture du rapport magistral du Rapporteur spécial il n'a pu s'empêcher de se demander s'il existe un lien direct entre le sujet des réserves aux traités et la question plus générale de l'élaboration des traités. Il est arrivé à la conclusion que si un lien existe vraiment, il est loin d'être direct. Les définitions proposées peuvent être réparties en deux catégories, comprenant la première les définitions données dans les projets de directives 1.1.8, 1.4.6, 1.4.7 et 1.4.8 et la seconde les définitions données dans les directives 1.7.2 à 1.7.5. Les définitions relevant de la première catégorie peuvent utilement contribuer à un débat sur l'élaboration des traités, mais elles n'ont aucun lien direct avec le sujet des réserves aux traités. Celles qui relèvent de la seconde catégorie concernent les alternatives aux réserves et aux déclarations interprétatives. Étant

donné que le Rapporteur spécial lui-même a admis que le nombre de ces techniques alternatives est pratiquement illimité et compte tenu des arguments mis en avant par MM. Kateka et Rosenstock, M. Lukashuk est enclin à penser que l'incorporation des définitions en question dans le futur instrument ne pourra aboutir à aucun résultat satisfaisant. Il prie instamment le Rapporteur spécial de tenir sa promesse de limiter strictement ses travaux futurs aux réserves.

14. M. KAMTO déclare apprécier le résumé des travaux antérieurs de la Commission sur le sujet qui est donné dans la partie introductive du rapport et qui est d'une utilité remarquable pour les membres de la Commission de fraîche date. Se référant à la section consacrée aux suites du deuxième rapport⁴, il se demande si, dans le cas où un sujet dont la Commission est déjà saisie apparaît au programme de travail d'un organe créé en vertu d'un instrument relatif aux droits de l'homme, il ne serait pas rationnel que celui-ci diffère ses travaux jusqu'à ce que la Commission ait achevé son projet. Il convient avec d'autres membres que le lien entre la question des alternatives aux réserves et aux déclarations interprétatives et le sujet à l'examen est, tout au plus, indirect. Tout en tenant compte des considérations formulées aux paragraphes 66 et 68 du rapport, il doute qu'il soit dans l'intérêt de la Commission d'adopter l'orientation préconisée par le Rapporteur spécial. Premièrement, relève-t-il vraiment du rôle ou du devoir de la Commission de proposer aux États une multitude de techniques destinées à affaiblir un traité ? Lors de la présentation de son rapport, le Rapporteur spécial a fait observer que l'idéal, pour le diplomate et pour l'homme politique, c'est en définitive l'obligation non contraignante. Quoi qu'il en soit, M. Kamto n'est pas certain que la Commission ait pour mission d'aider à atteindre cet idéal. Le soin de découvrir des moyens d'échapper aux contraintes d'un traité peut sans peine être laissé aux services juridiques des ministères des affaires étrangères. Le régime des traités est déjà hétérogène du fait de l'existence de réserves, et l'introduction de nouveaux procédés alternatifs ou de clauses de sauvegarde ne pourrait que l'affaiblir davantage.

15. L'idée émise au paragraphe 73 du rapport que les traités sont des « pièges à volonté » est séduisante, mais elle ne rend qu'imparfaitement compte de la réalité du droit des traités. Elle donne à penser que les États sont pris par surprise, alors qu'ils sont entièrement libres d'exprimer leur volonté tout au long du processus de négociation du traité et à l'occasion de la formulation de réserves. Ce ne sont ni les réserves ni les alternatives aux réserves qui permettraient aux États d'éviter les « pièges » en question, mais bien plutôt le droit de tous les États parties à un traité de suspendre son application ou de s'en retirer. Dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon*, la CIJ a vu dans le droit de contracter un engagement international un attribut de la souveraineté des États. Il s'ensuit que lorsqu'un État formule une réserve et qu'un autre État l'accepte, il exprime sa volonté et ne tombe pas dans un piège.

16. Enfin, M. Kamto propose de maintenir le projet de directive 1.7.1 et de s'en tenir là en mettant ainsi un point final aux alternatives aux réserves, ou alors de supprimer

⁴ Ibid., note 20.

les dispositions figurant dans les projets de directives 1.7.1 et 1.7.2 s'il est jugé qu'elles n'entrent pas dans le cadre du projet.

17. M. SIMMA fait observer que le cinquième rapport offre une lecture extrêmement intéressante et renferme l'élément de défi intellectuel et de suspense auquel le Rapporteur spécial a habitué la Commission. Contrairement à d'autres membres de la Commission, il croit que le Rapporteur spécial a eu raison d'aborder la question des alternatives aux réserves. Ces alternatives existent effectivement dans la pratique des États, et il est vain de se demander si la Commission est bien avisée de suggérer aux États des moyens d'affaiblir des obligations conventionnelles. Certaines d'entre elles ont du reste un effet moins destructeur que des réserves.

18. Pour ce qui est du document de travail sur les réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme présenté par Mme Françoise Hampson à la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités⁵, devenue la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, il illustre un phénomène que M. Brownlie a qualifié, dans un autre contexte, de « corporatisme », à savoir les tentatives faites par des groupes d'intérêts pour préserver leur pré carré contre l'incursion d'autres groupes. Si la Sous-Commission portait un intérêt à la question des réserves, elle aurait pu tout simplement encourager la Commission du droit international à poursuivre ses travaux dans ce domaine. Bien que Mme Hampson se soit déclarée toute disposée à travailler avec le Rapporteur spécial, il est évident que la Sous-Commission cherche à suivre sa propre voie et à élaborer des normes qui se substitueraient à celles sur lesquelles la Commission travaille et qui seraient axées sur les droits de l'homme. Cela est bien sûr contraire aux impératifs de rentabilité et rationalité, mais il en va ainsi à l'ONU.

19. La démarche adoptée par le Rapporteur spécial dans son cinquième rapport est un exemple de plus de l'attention croissante que la question des réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme suscite dans toute la communauté internationale. De plus en plus, les États travaillent de conserve, peut-être en partie suite à l'adoption par la Commission du principe selon lequel la responsabilité de déterminer si un État réservataire n'a pas été trop loin en formulant une réserve ne devrait pas être laissée uniquement aux organes créés en vertu des traités relatifs aux droits de l'homme mais qu'elle doit être partagée par l'État réservataire lui-même et les autres États parties. Au paragraphe 55 de son rapport, le Rapporteur spécial a évoqué l'action coordonnée du Conseil de l'Europe, et il existe d'autres procédures au sein de l'Union européenne. Toutes ces méthodes ont pour but d'assurer une meilleure homogénéité et de permettre aux États de surmonter les hésitations qu'ils éprouvent à braver d'autres États. On peut trouver un exposé plus complet des méthodes en usage au sein des institutions européennes dans l'article de Cede en l'honneur de Konrad Ginther⁶.

⁵ Ibid., note 19.

⁶ F. Cede, "European responses to questionable reservations", *Development and Developing International and European Law: Essays in Honour of Konrad Ginther on the Occasion of his 65th Birthday*, sous la direction de W. Benedek, H. Isak et R. Kicker (Francfort-sur-le-Main, Peter Lang, 1999, p. 21).

20. De plus, la doctrine dite « de la divisibilité », selon laquelle, si un État émet une réserve jugée non admissible, il n'en est pas moins considéré comme étant lié par l'ensemble du traité sans jouir du bénéfice de la réserve, est désormais appliquée non seulement par les organes conventionnels des Nations Unies et de l'Union européenne, mais aussi par les États. Il serait intéressant de savoir si des États ont réagi à l'application de cette doctrine ou s'ils ont élevé des protestations. Dans certains cas, des réserves jugées non admissibles semblent avoir été retirées ou modifiées sensiblement, en réponse à des réactions émanant d'États. M. Simma songe à une réserve formulée par la République arabe syrienne et à une autre par les Maldives lors de leur adhésion à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes⁷. Peut-on dire qu'il y a évolution du droit ? La doctrine de la divisibilité est-elle désormais appliquée par des États aussi bien que par des organes conventionnels ? Dans l'affirmative, la Commission devra réagir à cette évolution. M. Simma souhaiterait que le Rapporteur spécial donne son avis sur ce point. Selon toute vraisemblance, celui-ci considérera, comme beaucoup de membres de la Commission, que la doctrine de la divisibilité est contraire au principe cardinal du processus d'élaboration des traités, celui du consentement. Peut-être la divisibilité peut-elle être conciliée avec le consentement, si l'État réservataire prend conscience du fait que d'autres États risquent de soulever des objections à ses réserves et de réagir d'une manière qui s'apparenterait à l'application de la doctrine de la divisibilité.

21. Dans une note relative au paragraphe 30 de son cinquième rapport, le Rapporteur spécial qualifie d'« injurieux » un article de Karl Zemanek, internationaliste autrichien⁸. Le point de vue de Zemanek, selon lequel les réserves de nature générale ne doivent pas être considérées comme étant des réserves, diffère sans aucun doute de celui du Rapporteur spécial. Pour autant, il devrait être considéré non pas comme « injurieux », mais comme exprimant un désaccord intellectuel. M. Simma lui-même se range aux côtés du Rapporteur spécial, dans la mesure où la démarche de Zemanek laisserait les catégories les plus dangereuses de réserves à l'écart de tout régime quel qu'il soit, alors que les réserves font l'objet d'un régime plutôt élaboré.

22. Le Rapporteur spécial a proposé de séparer l'examen des procédés alternatifs et celui des réserves. Il est difficile de dissocier ces techniques. Un certain nombre d'États ont fait la déclaration prévue à l'article 28 de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, qui, aux termes du projet de directive 1.1.8, est une réserve en ce sens qu'elle constitue une clause d'exclusion. Cette convention est soumise au régime général de la Convention de Vienne de 1969, dont l'article 19 dispose que, dans les cas où un traité prévoit que seules des réserves déterminées peuvent être faites, les autres réserves ne sont pas admis-

⁷ *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.00.V.2), doc. ST/LEG/SER.E/18 (vol. I), p. 198.

⁸ K. Zemanek, "Alain Pellet's definition of a reservation", *Austrian Review of International and European Law*, vol. 3, n° 2, 1998, p. 295 à 299.

sibles. Il s'ensuit qu'une déclaration faite en vertu de l'article 28 de la Convention contre la torture, c'est-à-dire une déclaration de non-acceptation d'une des procédures qui y sont visées, est l'unique réserve que cet instrument admet. Mais, en fait, un certain nombre des réserves qui ont été formulées à son propos justement n'ont rien à voir avec ces procédures. Il serait bon de revenir sur la question de savoir si les clauses conventionnelles qui permettent aux États de se soustraire à l'application de certaines procédures devraient être effectivement tenues pour des réserves.

23. M. HAFNER interprète la solution du problème des réserves non admissibles telle qu'exposée par M. Simma comme signifiant que si un État formule une réserve que d'autres États ne jugent pas admissible, deux options s'offrent : soit l'État réservataire modifie sa réserve, soit il se retire du traité. Mais qu'en est-il si le traité est un traité « pérenne » et si l'État ne peut s'en retirer parce que le traité ne renferme aucune disposition prévoyant son extinction ou le retrait ?

24. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit que les observations de M. Simma éclairent singulièrement la question des alternatives aux réserves recensées par le Rapporteur spécial et l'amènent à s'interroger sur leur sort. Sont-elles appelées à être incorporées dans un régime nouveau, complémentaire, qui serait applicable à tous ces procédés, ou bien sont-elles énoncées là juste à titre d'information ? Les réserves sont dans une certaine mesure déjà traitées et organisées par les Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Qu'en est-il des alternatives ?

25. Si les techniques alternatives sont des clauses restrictives ou des clauses de sauvegarde, comment peuvent-elles être considérées comme étant des réserves, puisque, par définition, ce sont des dispositions qui ont donné lieu à des négociations, à des convergences ou des divergences de volonté ? Si elles entraînent des réactions hostiles, que sont les réserves ? Les réactions suscitées par les clauses ou les clauses elles-mêmes ?

26. M. SIMMA, répondant à la question de M. Hafner, dit n'avoir pas utilisé le mot « retrait » au sens technique du terme. Il a tout simplement souligné que l'État réservataire peut être considéré comme ayant adhéré sous condition au traité et que, si les réactions à une réserve formulée au plus tard lors de l'adhésion ou de la ratification font intervenir la doctrine de la divisibilité, l'État ne sera effectivement pas considéré comme étant partie au traité.

27. M. PELLET (Rapporteur spécial) annonce qu'il est en train d'établir un autre chapitre de son rapport, consacré à la formulation non pas des réserves mais des réactions aux réserves et aux déclarations interprétatives, dont le titre provisoire est « Dialogue réservataire ». Il n'est pas sûr que les démarches adoptées par certaines institutions européennes et les pays scandinaves puissent être interprétées comme créant de nouvelles règles juridiques, même si elles remettent quelque peu en cause le principe de la non-divisibilité des dispositions d'un traité. Il a ce problème présent à l'esprit. Il sera nécessaire de voir s'il conviendrait d'inclure des directives sur ce qui demeure encore une pratique limitée presque exclusivement aux pays européens.

28. M. BROWNLIE félicite le Rapporteur spécial pour son rapport extrêmement fouillé qui atteste la très haute qualité des travaux de recherche effectués et constitue un apport précieux à la doctrine, ce qui n'est certainement pas le cas de tous les rapports. Il souscrit d'une manière générale à la manière dont les éléments d'information sont présentés et les solutions proposées. Il pense cependant, comme MM. Kateka et Rosenstock, qu'il importe de ne pas perdre de vue la portée effective du sujet et les relations de la Commission avec l'Assemblée générale.

29. À propos des projets de directives 1.7.1 et 1.7.2, M. Brownlie approuve la méthode suivie par le Rapporteur spécial consistant à préciser quelles sont les pratiques qui ne constituent pas des réserves, mais il se déclare troublé par la question des techniques alternatives, qui dépasse le cadre du mandat de la Commission et devrait assurément être traitée dans une introduction.

30. Pour ce qui est des relations difficiles entre la Commission et le Comité des droits de l'homme et d'autres organes de surveillance des traités relatifs aux droits de l'homme, il faut procéder avec prudence. M. Simma a mentionné le rapprochement que lui-même a fait avec le corporatisme, et s'ajoute naturellement la question générale de la concurrence entre la Commission et les organes créés en vertu de traités relatifs aux droits de l'homme. Ces organes n'ont pas été mis en place pour faire le droit, même s'ils peuvent le faire incidemment dans le cours de leurs travaux.

31. Avec moins d'acuité, le même problème se pose à propos de la prise en compte, pour ainsi dire *de jure*, par le Rapporteur spécial des vues de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme et d'autres organes. Le Rapporteur spécial ne peut faire abstraction de ces vues, et il n'est pas dans son habitude de le faire. Tout est affaire de qualification : comment poser le problème lorsqu'un organe de suivi formule une constatation sur le sujet ? Outrepasse-t-il son mandat ? Il importe de ne pas traiter cette question comme s'il s'agissait d'un problème institutionnel interne à l'Organisation des Nations Unies. La Commission doit s'intéresser aux aspects techniques du sujet.

32. En analysant les pratiques des organes de suivi, la Commission doit prendre en considération le contexte politique et diplomatique dans lequel ceux-ci évoluent. De temps à autre, elle doit examiner les problèmes d'orientation générale qui se greffent sur le fonctionnement des organes qui appliquent des principes juridiques. Par exemple, suite à la décision du Comité des droits de l'homme dans l'affaire *Rawle Kennedy c. Trinité-et-Tobago*⁹, les États hésiteront-ils davantage dans l'avenir à accepter la compétence des organes de suivi ? Quant à l'attitude du Comité des ministres du Conseil de l'Europe dans le cadre de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme, c'est encore une autre question. Le fonctionnement des processus dans le contexte politique et diplomatique général est une question délicate. Si la Commission doit prendre position sur l'attitude du Comité des droits de l'homme, elle ne doit pas s'en tenir aux seuls aspects techniques : il est d'autres

⁹ Voir 2630^e séance, note 14.

aspects politiques et diplomatiques pertinents à prendre en considération.

33. M. LUKASHUK fait observer que les observations de M. Simma sortent du cadre du sujet à l'étude. La Commission a décidé de reporter l'examen des réserves aux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme.

34. M. SIMMA rappelle à M. Lukashuk qu'il est tout à fait légitime de discuter au fond la partie introductive du cinquième rapport qui porte sur cette question même, ainsi qu'un certain nombre de membres de la Commission l'ont déjà souligné.

35. M. PELLET (Rapporteur spécial) déclare souhaiter non seulement les réactions des membres de la Commission mais aussi des directives sur la manière de répondre au document de travail de Mme Hampson¹⁰, avec laquelle il pourra prendre contact si la Commission lui en donne le mandat. Il se demande pourquoi Mme Hampson n'a pas cherché à prendre contact avec la Commission.

36. Le PRÉSIDENT, prenant la parole en sa qualité de membre de la Commission, relève que le paragraphe 12 du rapport du Rapporteur spécial a trait à une décision en date du 2 novembre 1999 dans l'affaire *Rawle Kennedy c. Trinité-et-Tobago*, par laquelle le Comité des droits de l'homme a déclaré qu'une plainte émanant d'un ressortissant de la Trinité-et-Tobago qui avait été condamné à mort était recevable en vertu de l'observation générale n° 24, nonobstant la réserve formulée par le Gouvernement trinidadien au Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques excluant la recevabilité des communications de ce genre. M. Yamada convient avec le Rapporteur spécial que la Commission ne doit pas pour le moment revoir ses conclusions préliminaires concernant les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme. Il serait toutefois utile que le Rapporteur spécial noue un dialogue étroit avec les organes créés en vertu des instruments relatifs aux droits de l'homme et avec Mme Hampson en particulier.

37. Le 26 mai 1998, la Trinité-et-Tobago a dénoncé le Protocole facultatif, pour y adhérer à nouveau le même jour avec la réserve analysée au paragraphe 12 du rapport¹¹. Le Guyana a fait de même le 5 janvier 1999¹². Ces procédés équivalent à la formulation de réserves après acceptation par un État de l'effet contraignant du traité dans son ensemble et, en tant que tels, ils constituent une violation de l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969. Il reste que, sur le plan technique, les deux Gouvernements n'ont violé aucune règle de droit international. La Commission devra peut-être se pencher sur cette pratique non souhaitable.

38. D'un autre côté, M. Yamada émet des doutes sérieux sur la décision du Comité des droits de l'homme. Celle-ci ignore un principe fondamental du droit international : le consentement de l'État souverain à être lié par le traité. Elle a allumé un contre-feu. La Trinité-et-Tobago a de nouveau dénoncé le Protocole facultatif, avec effet au

27 juin 2000. Le Comité ne pourra plus recevoir de plainte de ressortissants de ce pays.

39. À propos des projets de directives 1.7.1 et 1.7.2, M. Yamada convient que les États pourraient recourir à des procédés autres que les réserves pour modifier les effets juridiques des dispositions d'un traité. C'est pourquoi il ne s'oppose pas à l'énumération de ces procédés dans le projet de directive 1.7.2, tout en se demandant s'ils devraient être théorisés en tant qu'alternatives aux réserves. Un régime des réserves doit réaliser un équilibre entre l'unité du traité et son universalité.

40. Les trois premiers procédés énumérés dans le projet de directive 1.7.2 concernent des techniques prévues dans le traité lui-même. Par exemple, l'article 309 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer stipule que la Convention n'admet ni réserves ni exceptions autres que celles qu'elle autorise expressément dans d'autres articles. Aux termes du paragraphe 1 de l'article 92, les navires naviguent sous le pavillon d'un seul État et sont soumis, sauf dans les cas exceptionnels expressément prévus par des traités internationaux ou par la Convention, à sa juridiction exclusive en haute mer. C'est là une confirmation du principe fondamental selon lequel seuls les États du pavillon exercent une juridiction sur les navires en haute mer. Mais ledit paragraphe autorise aussi une exception. Par exemple, pour combattre le trafic de drogue, la Chine, le Japon et les Philippines pourraient convenir d'exercer une juridiction conjointe sur leurs navires respectifs en haute mer. Pareil arrangement fait partie intégrante du traité. Le Comité de rédaction pourra peut-être dire s'il s'agit d'une clause restrictive ou d'une alternative à une réserve.

41. M. ELARABY dit que, comme chacun en convient, le régime de Vienne ne s'étend pas aux déclarations interprétatives. Si elle doit traiter de celles-ci, la Commission doit veiller scrupuleusement à ne pas faire pencher la balance d'un côté ou de l'autre, sous peine de compromettre l'universalité des traités. Il importe aussi d'éviter de se perdre dans les complications et les détails et, à cet égard, M. Elaraby se réfère au passage au système de numérotation adopté par le Rapporteur spécial.

42. À propos des projets de directives 1.7.1 et 1.7.2, il pense, en tant que praticien, que ces propositions sont des plus utiles. Contrairement à M. Kamto, il ne croit pas que ces questions devraient être laissées aux services juridiques. Comme M. Brownlie l'a fait observer, ces directives pourraient aussi trouver leur place dans la partie introductive. M. Elaraby appuie la proposition du Rapporteur spécial de prendre contact avec Mme Hampson. Il n'est guère dans l'intérêt de la Commission qu'elle emprunte une voie et les organes de contrôle des droits de l'homme une autre voie.

43. Enfin, M. Elaraby déclare avoir lu l'article de Zemanek et partage nombre de ses observations, en particulier celles qui concernent les réserves de nature générale.

44. M. KAMTO déclare que sa position sur l'orientation adoptée dans le cinquième rapport n'a guère changé au fil du débat. Pour M. Simma, tout ce que le Rapporteur spécial essaie d'inclure dans les alternatives aux réserves existe dans la pratique. Pour M. Elaraby, les propositions formulées sont utiles. La question est en fait de savoir si

¹⁰ Ibid., note 19.

¹¹ *Traités multilatéraux...* (voir *supra* note 7), p. 183 et note 5.

¹² Ibid., p. 182 et note 3.

le sujet, tel qu'il est abordé dans la partie du rapport à l'étude, s'inscrit dans le cadre du mandat du Rapporteur spécial, ou en tout état de cause relève du sujet des réserves. M. Kamto y répond par la négative. Tous les procédés énumérés dans le projet de directive 1.7.2 sont des clauses conventionnelles. À l'exception du troisième, ils semblent être tous des clauses négociées qui figureront ensuite dans le texte final du traité appelé à être adopté, ce qui donne à penser que le régime applicable à ces clauses sera justement le régime des traités parce qu'il s'agit de clauses négociées acceptées dans le traité. Cela amoindrit la rigueur de l'obligation juridique contractée, mais ne vise pas à limiter le champ des effets qu'elle peut produire une fois le traité adopté. M. Kamto a du mal à voir comment la Commission pourrait associer ces clauses restrictives, qui sont des clauses conventionnelles, aux réserves aux traités, qui, par nature, sont au départ des déclarations ou des actes unilatéraux et auxquels d'autres parties au traité réagiront dans un sens ou dans un autre. L'accent mis sur les alternatives aux réserves risque de causer davantage de problèmes qu'il n'en résoudrait, ce dont le Rapporteur spécial lui-même est conscient dans la mesure où il parle d'alternatives, c'est-à-dire d'autre chose que les réserves. La première partie renferme déjà une directive relative aux déclarations autres que les réserves, qui couvre en partie des aspects qui n'entrent pas dans le champ des réserves. Le projet de directive 1.7.1 pourrait venir la compléter, et le projet de directive 1.7.2 pourrait alors être supprimé.

45. Si la Commission souhaite se transformer en un organe consultatif appelé à élaborer des règles pour aider les ministères des affaires étrangères à négocier des traités, M. Kamto n'y voit aucune objection, mais cela n'a aucun rapport avec l'étude des règles relatives aux réserves.

46. M. SIMMA se demande de quelle marge de manœuvre un rapporteur spécial dispose pour développer le sujet dont il est chargé. À son avis, le Rapporteur spécial est libre d'explorer certaines alternatives.

47. M. ROSENSTOCK dit que la Sixième Commission ne soulèvera pas d'objection à l'élargissement du mandat du Rapporteur spécial, mais, à un moment ou à un autre, elle insistera probablement sur les conséquences que pourraient avoir tout retard dans l'achèvement de la tâche entreprise et toute complication inutile. Il importe donc de procéder avec précaution.

48. M. PELLET (Rapporteur spécial) ne peut que se réjouir qu'un praticien, en l'occurrence M. Elaraby, juge son travail utile, nonobstant son caractère parfois théorique. Il a proposé des projets de directives sur les alternatives aux réserves afin de montrer aux services juridiques des ministères des affaires étrangères qu'il est possible d'assouplir les procédés conventionnels en recourant à des moyens autres que les réserves. Il ne voit pas du tout en quoi ces propositions outrepassent le cadre du sujet : elles sont au contraire au cœur même du sujet. L'objet d'une réserve est de moduler l'effet du traité. Pour une raison ou pour une autre, il se peut qu'aucun accord ne se dégage sur des réserves de nature particulière. Dans ce cas, il est utile que les conseillers juridiques disposent d'un ensemble de directives sur les réserves montrant qu'il est malgré tout possible d'arriver au même résultat par d'autres moyens. Soucieux de dissiper un grave malentendu qui semble s'être installé dans l'esprit de certains membres de la Com-

mission, le Rapporteur spécial souligne qu'il n'a aucunement l'intention de définir le régime applicable à ces procédés alternatifs. Conformément au mandat élargi qu'il a proposé et que la Commission a accepté, il se limitera, dans le reste du projet, aux déclarations interprétatives simples ou conditionnelles. S'il étudie les procédés alternatifs à ce stade, c'est parce qu'ils sont parfois difficiles à distinguer des réserves.

49. En réponse au reproche qui lui a été fait d'avoir inclus dans le projet de directive 1.7.2 des procédés qui ne sont de toute évidence ni des réserves ni des déclarations unilatérales, mais des clauses conventionnelles, le Rapporteur spécial tient à souligner que des internationalistes aussi éminents que sir Gerald Fitzmaurice et Georges Scelle ont appelé certains de ces procédés « réserves ». Il est en conséquence bon d'insister sur le fait que ces procédés ne sont pas des réserves, et, à son avis, ce serait une erreur pratique et intellectuelle que de jeter un voile sur la question des alternatives aux réserves et aux déclarations interprétatives. Il précise qu'avec le projet de directive 1.7.5 sur les alternatives, il a achevé le chapitre premier du Guide de la pratique, consacré aux définitions. Il est à espérer que la Commission passera à l'examen du chapitre suivant, qui traite de la formulation des réserves, avant la fin de la session en cours.

50. Le Rapporteur spécial ne peut souscrire à l'observation de M. Kamto selon laquelle les procédés alternatifs tendent à affaiblir les traités. Il défend les réserves en soi. Il pense que les réserves devraient être considérées non pas seulement comme un mal nécessaire, mais plutôt comme une technique destinée à rendre acceptables le plus d'éléments possible d'un traité, étant entendu que, grâce au système panaméricain de 1951, l'essentiel du traité est préservé. À son sens, le rôle de la Commission consiste non pas à renforcer le droit obligatoire, mais plutôt à essayer d'unifier les concepts et de formuler des règles générales raisonnablement acceptables. Ainsi que M. Simma l'a d'ailleurs fait observer, certains de ces procédés alternatifs sont finalement sans doute moins dangereux pour les traités que les réserves elles-mêmes. Quoi qu'il en soit, les procédés alternatifs, tout comme les réserves, sont un fait de la vie juridique, et les États devraient pouvoir peser les avantages et les inconvénients qu'ils présentent.

51. En qualifiant les traités de « pièges à volonté », le Rapporteur spécial a voulu dire qu'un État, une fois qu'il a adhéré à un traité, ne peut plus en sortir. M. Kamto a évoqué le droit de suspension ou de retrait prévu dans la Convention de Vienne de 1969, mais ce droit s'inscrit dans des limites extraordinairement étroites. La seule vraie possibilité de retrait que la Convention reconnaît, c'est en fait celle découlant de l'application du principe *rebus sic stantibus*, à savoir l'existence d'un changement fondamental de circonstances. Les réserves permettent à un État d'indiquer que, bien qu'il accepte en général le piège, il souhaite se ménager une porte de sortie parce que le traité lui pose certains problèmes. Le Rapporteur spécial a déjà expliqué la portée de ses propositions, et les interventions de M. Pambou-Tchivounda semblent être plutôt un plaidoyer en faveur de l'inclusion dans le projet des procédés alternatifs.

52. L'idée émise par M. Brownlie de procéder à une étude sociopolitique de l'état d'esprit des diplomates et des politiciens lorsqu'ils incluent une clause de réserve dans un traité est assurément fort intéressante, mais nécessiterait une armée d'assistants de recherche.

53. M. Yamada a estimé que les mesures prises par la Trinité-et-Tobago constituent une violation sinon de la lettre, du moins de l'esprit de l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969. Le Rapporteur spécial n'est pas aussi catégorique, considérant que le droit des traités contient quelques échappatoires qui pourraient s'appliquer en l'espèce. Il reste que les organes de défense des droits de l'homme jouent avec le feu. La décision du Comité des droits de l'homme dans l'affaire *Rawle Kennedy c. Trinité-et-Tobago* a conduit l'État partie à dénoncer le Protocole facultatif et prive ses ressortissants de la possibilité de soumettre des communications individuelles. Le Comité a adopté une position beaucoup trop rigide, exemple du droit relatif aux droits de l'homme poussé à outrance en droit international public. Le Rapporteur spécial abordera dans le chapitre suivant, sur la formulation des réserves, les problèmes du genre de ceux évoqués par M. Yamada.

54. En réponse à M. Elaraby, le Rapporteur spécial précise que son intention était non pas de provoquer, mais d'être constructif. Il est entré dans les détails parce que le sujet est très particulier et, à son avis, d'une importance fondamentale. Il ne suffit pas de reprendre simplement les dispositions de la Convention de Vienne de 1969.

55. Le Rapporteur spécial se sent quelque peu frustré par l'absence de suggestions sur la manière dont il devrait répondre à Mme Hampson, mais il croit comprendre que la Commission est généralement d'accord pour établir des contacts avec elle. Cela dit, Mme Hampson n'a pas encore reçu le feu vert de la Commission des droits de l'homme, qui a appelé l'attention sur le fait que la Commission du droit international est saisie de ce sujet. La Commission pourra peut-être prendre des dispositions en vue d'établir un dialogue avec Mme Hampson au sein d'un groupe de travail à la session suivante, ou encore l'inviter à prendre la parole devant elle afin que le Rapporteur spécial puisse lui donner l'assurance que ses préoccupations sont prises en compte.

56. M. BROWNLIE dit que l'étude à laquelle il songe ne devrait pas être nécessairement très complexe. M. Yamada a donné un exemple du type d'information qui pourrait être recueilli : la manière dont les États réagissent à certaines prises de position des organes de suivi.

57. M. DUGARD dit que la suggestion d'une réunion avec Mme Hampson faite par le Rapporteur spécial est à ce point raisonnable que le silence de la Commission devrait être interprété comme un consentement.

58. M. LUKASHUK pense que le Rapporteur spécial a mal interprété la réaction de la Commission à son rapport. La contribution sur le plan théorique qu'il a apportée au sujet est éminemment précieuse et les dispositions controversées présentent, du point de vue pratique, beaucoup d'intérêt. Il reste que la Commission n'est pas en train d'élaborer un manuel, voire de formuler des instructions à l'intention des praticiens : elle prépare en quelque sorte un document normatif. Les procédés alternatifs devraient

donc trouver leur place dans le commentaire et non dans le corps du projet lui-même.

59. M. PELLET (Rapporteur spécial), présentant les projets de directives 1.7.3, 1.7.4 et 1.1.8, fait observer que, comme précisé dans le projet de directive 1.7.2 et le commentaire y relatif, il existe divers procédés qui ne sont pas des réserves auxquels il serait possible de recourir et qui produisent les mêmes effets que les réserves. Les paragraphes 104 à 210 du rapport traitent de ces procédés, en mettant en évidence les caractéristiques qu'ils ont en commun avec les réserves et celles qui les en distinguent, étant entendu que la désignation qui leur est donnée dans un traité ne suffit pas à déterminer leur nature. S'il est prévu dans un traité un procédé autorisant la modulation de ses effets, il n'est pas possible de déterminer à partir de la désignation du procédé s'il s'agit d'une réserve, parce que, conformément à la définition figurant dans la Convention de Vienne de 1969 et reprise dans le projet de directive 1.1, le libellé ou la désignation d'une déclaration unilatérale ne suffit pas à définir le procédé. Tout au plus, il peut s'agir d'un indice quant à la nature du procédé, comme noté dans certains des projets de directives déjà adoptés.

60. Il reste que parfois les procédés par lesquels les parties contractantes à un traité en modulent les effets ne sont manifestement pas des réserves, au sens de la définition donnée dans le projet de directive 1.1 ou au sens des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 : il en est ainsi par exemple des clauses conventionnelles de modulation des effets d'un traité, en d'autres termes les dispositions conventionnelles qui limitent, en faveur de certaines parties ou de certains groupes de parties, l'obligation découlant du traité. Un certain nombre d'exemples de ce type sont donnés aux paragraphes 111 à 113 du rapport et dans les notes de bas de page correspondantes. Il apparaît clairement de la définition donnée dans la Convention de Vienne de 1969 que ces clauses ne sont pas des réserves, pour la raison absolument évidente qu'elles sont non pas des déclarations unilatérales, mais des éléments du traité lui-même. Le Rapporteur spécial propose en conséquence de les évoquer dans le projet de directive 1.7.3, dont le texte est reproduit au paragraphe 116 du rapport.

61. Certains membres ont déjà reproché au Rapporteur spécial d'enfoncer une porte ouverte. Or, il se trouve que cette question a agité l'esprit d'éminents auteurs, cités aux paragraphes 114 et 115. En particulier, M. Zoricic, juge, a déclaré dans l'opinion dissidente qu'il a jointe à l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire *Ambatielos* qu'une réserve est une stipulation convenue entre les parties à un traité en vue de restreindre l'application d'une ou de plusieurs de ses dispositions. Les auteurs en question appellent « réserve » ce qui est en réalité une clause conventionnelle. La notion de réserve est couramment utilisée dans ce sens, et l'on parle de « réserve de compétence nationale », de « réserve de compétence exclusive » ou de « réserve de non-arbitrabilité ». Le Rapporteur spécial recommande donc fermement l'incorporation dans le Guide de la pratique du projet de directive 1.7.3.

62. Les amendements au traité sont un autre procédé auquel il serait possible de recourir pour moduler un traité ou diversifier ses effets, mais ils n'entrent en vigueur que vis-à-vis de certaines parties. Contrairement aux clauses

restrictives que le Rapporteur spécial vient de mentionner, il n'ont donné lieu, à sa connaissance, à aucune confusion, de sorte qu'un projet de directive sur cette question serait superflu.

63. Il en va de même pour les déclarations par lesquelles un État ou une organisation internationale cherche à suspendre l'application d'un traité ou de certaines de ses dispositions. Comme indiqué au paragraphe 1 de l'article 65 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, ces procédés sont des déclarations unilatérales. Ils ont un impact sur l'effet juridique du traité ou de certaines de ses dispositions à l'égard de l'État auteur de la déclaration, tout en laissant le traité intact. Bien que ces déclarations suspensives semblent ainsi à première vue ressembler à des réserves, elles interviennent en fait lorsque le traité est déjà en vigueur et non au moment de l'expression du consentement à être lié. Elles relèvent donc d'un régime distinct du régime des réserves prévu dans les Conventions de Vienne. De plus, nul n'a jamais prétendu qu'une déclaration unilatérale faite en vertu d'une clause de sauvegarde ou de dérogation est assimilable à une réserve. Il est donc inutile d'inclure un projet de directive sur ce point, et la directive présentée au paragraphe 143 ne vise qu'à illustrer l'argumentation du Rapporteur spécial; mais si la Commission le souhaite, elle pourrait être incorporée dans la section 1.4 – qualifiée de « zoo » – « Déclarations unilatérales autres que les réserves et les déclarations interprétatives ».

64. Il n'en va pas de même pour le phénomène extrêmement intéressant de la « bilatéralisation » des réserves, décrit aux paragraphes 120 à 130 du rapport et concrétisé dans le projet de directive 1.7.4, dont deux versions sont proposées au paragraphe 129. Dans sa version la plus restrictive, ce projet de directive se lirait comme suit :

« Un accord, conclu en vertu d'une disposition expresse d'un traité, par lequel deux ou plusieurs États visent à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions d'un traité ou du traité dans son ensemble dans leur application à leurs rapports *inter se* ne constitue pas une réserve au sens du présent Guide de la pratique. »

65. La technique des réserves bilatéralisées a été théorisée et systématisée lors de l'élaboration de la Convention sur la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers en matière civile et commerciale dans le cadre de la Conférence de La Haye de droit international privé. Elle consiste à insérer dans le traité des clauses qui subordonnent son entrée en vigueur pour deux États signataires à la conclusion d'un accord bilatéral entre lesdits États. Les parties à l'accord bilatéral peuvent apporter au traité de base des précisions ou des modifications applicables à leurs relations entre elles. Il reste que l'assujettissement de l'entrée en vigueur du traité de base à la conclusion d'un accord de ce genre ne relève pas de l'étude des réserves. En revanche, l'arrangement conclu par deux États leur permettant de modifier l'effet juridique d'un traité s'apparente davantage à la matière à l'étude. Mais, en réalité, ces accords bilatéraux ne sauraient être tenus pour des réserves puisqu'ils ne sont pas des déclarations unilatérales.

66. Ce procédé de bilatéralisation présentant un caractère particulier, le Rapporteur spécial pense qu'il devrait

être mentionné dans le Guide de la pratique comme n'entrant pas dans le cadre de la définition d'une réserve. La rédaction plus large du projet de directive 1.7.4 couvrirait non seulement le phénomène de la bilatéralisation au sens strict, mais aussi celui des accords entre États qui ne sont pas envisagés dans le traité de base mais qui ont le même objet que les réserves. À l'évidence, comme le Rapporteur spécial l'a souligné, ces accords ne sauraient être désignés sous le nom de « réserves », parce qu'ils ne sont pas des déclarations unilatérales. La seconde version du projet de directive se lirait comme suit :

« Un accord par lequel deux ou plusieurs États visent à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions d'un traité ou du traité dans son ensemble dans leur application à leurs rapports *inter se* ne constitue pas une réserve au sens du présent Guide de la pratique. »

67. Comme il doute qu'il soit opportun de viser deux catégories différentes de procédés dans une seule et même directive, le Rapporteur spécial est enclin à opter pour la version restrictive du projet de directive 1.7.4, qui s'en tient aux réserves bilatéralisées, mais il souhaiterait les vues des membres de la Commission sur ce point.

La séance est levée à 13 heures.

2632^e SÉANCE

Mardi 6 juin 2000, à 10 heures

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma.

Les réserves aux traités¹ (suite) [A/CN.4/504, sect. B, A/CN.4/508 et Add.1 à 4², A/CN.4/L.599]

[Point 5 de l'ordre du jour]

¹ Pour le texte des projets de directives adoptés provisoirement par la Commission à ses cinquantième et cinquante et unième sessions, voir *Annuaire... 1999*, vol. II (2^e partie), par. 470, p. 96 et suiv.

² Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

CINQUIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. M. KABATSI tient à féliciter à son tour le Rapporteur spécial pour son excellent cinquième rapport (A/CN.4/508 et Add.1 à 4) et le remercie en particulier du point qu'il a fait des divers travaux réalisés sur la question à l'étude, qui est ainsi utilement mise en perspective. Ce sont d'ailleurs ces travaux qui ont aidé le Rapporteur spécial dans ses recherches et permis à la Commission d'adopter des conclusions préliminaires importantes sur un certain nombre de problèmes clefs en la matière, notamment : il n'est pas question, à ce stade, de porter atteinte à l'intégrité du régime de Vienne sur les réserves aux traités; il n'est pas question non plus de modifier les dispositions pertinentes des Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986; enfin, un guide de la pratique serait établi à l'intention des États et des organisations internationales, composé de directives accompagnées de commentaires et, au besoin, de clauses types. Il semble aussi pratiquement acquis que le titre de la matière demeurera inchangé : « Les réserves aux traités ».

2. Il reste que, du point de vue de la forme, M. Kabatsi, à l'instar d'autres membres de la Commission, a du mal à suivre le système de numérotation adopté par le Rapporteur spécial. Les deux explications que ce dernier donne au paragraphe 28 du rapport ne le convainquent guère.

3. En ce qui concerne les vues, les positions et les travaux d'autres organes, en particulier les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, M. Kabatsi considère que la Commission devrait en prendre dûment note avant de se prononcer définitivement. En effet, ces organes possèdent un savoir-faire dans leurs domaines de compétence respectifs et sont généralement bien équipés pour s'attaquer aux problèmes en jeu. En outre, ils sont normalement bien placés pour analyser et déterminer la pratique des États en la matière. Il serait par conséquent utile que le Rapporteur spécial poursuive sa collaboration avec eux.

4. Passant aux directives proposées en ce qui concerne les alternatives aux réserves et aux déclarations interprétatives, M. Kabatsi pense que le Rapporteur spécial a eu raison de rappeler les procédés auxquels des États recourent parfois pour modifier l'application de dispositions d'instruments auxquels ils sont parties, sans pour autant les désigner sous le nom de « réserves », et aussi d'apporter à ce propos, au paragraphe 80, des précisions qui s'imposent. Notant qu'au paragraphe 93 le Rapporteur spécial a avoué avoir longuement hésité avant de proposer l'inclusion, dans le Guide de la pratique à l'étude, de projets de directives relatifs aux alternatives aux réserves, M. Kabatsi suppose que ce doute est dû essentiellement au fait qu'il n'est pas toujours aisé de distinguer ces alternatives des réserves et se demande alors comment les utilisateurs potentiels du Guide de la pratique pourront s'y retrouver. Un guide de la pratique doit être aussi clair et précis que possible. Les options ouvertes ne devraient pas disparaître sous des alternatives obscures. Les États ont le droit souverain de contracter ou non des obligations internationales, avec ou sans réserves. M. Kabatsi ne partage pas l'avis exprimé par le Rapporteur spécial aux paragraphes 73 et 74 de son rapport, selon lequel les alternatives aux réserves permettent d'éviter les « pièges à volonté » que sont les traités pour les parties, ou du moins d'en atténuer la rigueur, l'idéal étant en définitive l'obligation non contrai-

gnante. Il pense personnellement que les réserves sont des procédés suffisamment souples pour protéger les États. De plus, les alternatives ne sont que des réserves déguisées, et c'est peut-être la raison pour laquelle il n'est pas toujours facile d'opérer une distinction entre les unes et les autres. En tout état de cause, que le procédé soit « chirurgical » ou « thérapeutique », il aboutit au même résultat : modifier l'application de dispositions de traités auxquels des États ou des organisations internationales sont parties.

5. Dès lors que les alternatives aux réserves existent de fait, M. Kabatsi ne verrait aucun inconvénient à ce qu'il en soit fait état dans les commentaires des directives relatives à la définition des réserves, ou ailleurs dans le rapport, mais elles n'ont pas leur place dans le corps même du Guide de la pratique, qu'elles risquent de rendre confus.

6. M. MOMTAZ sait gré au Rapporteur spécial d'avoir présenté sur la question des réserves aux traités un chapitre consacré aux alternatives aux réserves et aux déclarations interprétatives, suivant ainsi le plan de travail qu'il a annoncé en son temps à la Commission et qui n'a pas soulevé d'objection.

7. M. Momtaz se demande néanmoins si, comme le Rapporteur spécial le pense, les États, en recourant à ces alternatives, pourraient réellement, le cas échéant, surmonter certains problèmes posés par les réserves. Il n'est pas sûr que les organes d'exécution et de contrôle soient en mesure d'accepter ces alternatives et qu'ils ne soient pas amenés à mettre en cause leur validité au même titre que les réserves qu'ils ont rejetées. Il doute ainsi de l'exercice auquel le Rapporteur spécial s'est livré, dans la mesure où ces alternatives présentent le grand avantage d'aider les hommes politiques à atteindre leur but, qui est en dernier ressort la soumission à une obligation si possible non contraignante. Il accueillerait cependant favorablement l'inclusion de ces alternatives dans le commentaire.

8. Quoiqu'il en soit, il ne faut pas perdre de vue le fait que les observations éminemment pertinentes du Rapporteur spécial sur les alternatives aux réserves vont à l'encontre du but fixé par le Programme d'action de Vienne adopté par la Conférence mondiale sur les droits de l'homme, où est soulignée la nécessité de limiter le nombre et la portée des réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme³. C'est d'ailleurs ce qui a amené la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités à demander à un de ses membres, Mme Hampson, d'établir un document de travail sur la question des réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme⁴. Ce document extrêmement stimulant⁵ montre clairement que le travail que son auteur a accompli et se propose d'approfondir si la Commission des droits de l'homme lui en donne le mandat ne fait pas double emploi avec le mandat que l'Assemblée générale a confié à la Commission du droit international en l'occurrence. En effet, Mme Hampson s'est penchée plus particulièrement sur les inconvénients présentés par la

³ A/CONF.157/24 (Partie I), chap. III, par. 5.

⁴ Voir 2630^e séance, note 18.

⁵ Ibid., note 19.

Convention de Vienne de 1969, et notamment par l'article 20, qui fixe à 12 mois à compter de la notification de la réserve le délai imparti pour y formuler des objections. Mme Hampson a d'ailleurs l'intention de contester cet article et de remettre en cause ce délai, qui n'est pas applicable à l'ensemble des traités. En conséquence, une coopération entre la Commission et la Commission des droits de l'homme pourrait s'avérer fructueuse, surtout en ce qui concerne l'étude des effets de la non-validité des réserves prononcées par des organes de contrôle, sujet que Mme Hampson se propose d'étudier à fond. Une telle coopération permettrait en outre d'éviter que les deux organes n'aboutissent à des conclusions diamétralement opposées, le risque étant d'autant plus grand qu'au paragraphe 13 de son rapport Mme Hampson qualifie les normes relatives aux droits de l'homme d'éléments constitutifs d'un ordre juridique international. Pour toutes ces raisons, M. Momtaz est partisan d'une collaboration, dans la mesure du possible permanente, entre les deux rapporteurs spéciaux.

9. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA déclare porter sur le chapitre II du rapport à l'étude une appréciation « modulée », en ce sens qu'il ne méconnaît pas le travail considérable accompli par le Rapporteur spécial mais qu'il s'interroge sur son utilité pratique.

10. L'importance du cinquième rapport du Rapporteur spécial réside principalement dans le « noyau dur » que constituent les alternatives aux réserves et aux déclarations interprétatives. C'est là l'essentiel du rapport, et M. Pambou-Tchivounda y trouve un intérêt certain, mais avant tout doctrinal : le Rapporteur spécial a livré une œuvre de science, riche en informations fouillées et étayées, une contribution majeure à la littérature juridique, notamment de langue française. Cette étude est appelée à faire naître de nouveaux travaux portant, au-delà de la matière des traités internationaux, sur la théorie générale des sources du droit international général, car elle renvoie à ce qui fait depuis longtemps l'essentiel du droit international considéré du point de vue de ses sources, à savoir le rôle de la volonté des États. Les alternatives aux réserves sont le produit de ce que les parties au traité auront voulu et non ce qu'une des parties seulement aura voulu. Il s'agit pour M. Pambou-Tchivounda de « traités dans le traité », autrement dit de moyens d'échapper à telle ou telle contrainte. La question se pose dans ces conditions de savoir si elles permettent pour autant de sauvegarder l'essentiel.

11. M. Pambou-Tchivounda s'interroge ensuite sur l'utilité concrète des alternatives aux réserves dans la perspective de l'élaboration d'un guide de la pratique. Il rappelle que l'étude engagée n'aura d'intérêt que si elle débouche sur l'élaboration d'un régime minimum. Certes, elle peut servir à circonscrire la définition des réserves, mais cela ne suffit pas. La question est de savoir quelle est la portée des techniques évoquées. Le Rapporteur spécial parle de « techniques de modulation », alors qu'en fait il s'agit plutôt de limitation des effets d'un traité, comme il ressort du texte des projets de directives figurant dans l'annexe. M. Pambou-Tchivounda a beaucoup de mal à imaginer que la modulation s'entende uniquement d'une flexibilité de l'acte juridique dans un sens restrictif et non dans un sens amplificateur aussi. Or, si la modulation s'entend d'une flexibilité dans ce dernier sens, s'agit-il réellement d'une « réserve » ?

12. M. Pambou-Tchivounda pense que le Rapporteur aurait pu s'en tenir aux projets de directives 1.7.3 et 1.7.4 et se contenter d'éclairer la Commission sur ce qu'il entend par « alternatives aux réserves » à l'aide d'illustrations. Les projets de directives 1.7.1 et 1.7.2 occupent une place disproportionnée par rapport à la fonction des alternatives aux réserves, qui consiste à aider à limiter la notion de réserve. Il vaudrait donc mieux transférer le contenu soit dans le commentaire, soit dans des notes, sous peine de créer la confusion dans les esprits.

13. M. PELLET (Rapporteur spécial), poursuivant sa présentation du projet de directive 1.1.8, dit que celui-ci porte sur des déclarations unilatérales qui ont le même objectif que les réserves puisqu'elles visent à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions d'un traité dans leur application à l'État ou à l'organisation internationale auteur de la déclaration, ce qui correspond très exactement à la définition que donnent des réserves l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 2 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 et le projet de directive 1.1. À cet égard, il signale à M. Pambou-Tchivounda que la Commission n'a jamais défini les réserves – au regret d'ailleurs de certains membres, par exemple M. Economides – comme visant exclusivement à limiter les effets d'un traité. Cette possibilité est envisagée dans le projet de directive 1.1.5, mais le mot « limiter » a soigneusement été évité dans la définition même des réserves qui figure dans les Conventions de Vienne. Les déclarations unilatérales visées par le projet de directive 1.1.8 sont bel et bien des réserves, ce qui justifie l'intégration de ce projet dans le chapitre premier de la partie consacrée aux définitions du Guide de la pratique. Ce sont tout de même des réserves un peu particulières, puisqu'elles sont faites en vertu d'une disposition expresse du traité autorisant les parties ou certaines d'entre elles à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines de ses dispositions. Ces clauses qui autorisent les parties à ne pas appliquer certaines dispositions du traité sont appelées « clauses de réserve » lorsque y figure le mot « réserve ». Lorsque le mot « réserve » n'est pas utilisé, on parle plutôt de clauses d'*opting-out* ou de *contracting-out* (clauses d'exclusion). En commençant la rédaction de cette partie de son rapport, le Rapporteur spécial n'avait pas d'idée très arrêtée sur la nature de ces clauses et sur celle des déclarations unilatérales formulées en application de celles-ci. Il n'avait qu'une seule certitude : les clauses d'*opting-out* présentaient suffisamment de ressemblance avec les clauses de réserve, et les déclarations faites en vertu de ces clauses d'*opting-out* présentaient suffisamment de ressemblance avec les réserves elles-mêmes pour qu'il soit indispensable de s'interroger sur leur nature. Conformément aux promesses qu'il avait faites à la Commission dans ses premier⁶ et deuxième⁷ rapports, promesses qu'a rappelées M. Momtaz, c'est là la raison fondamentale qui l'a conduit à considérer qu'il était indispensable que la Commission s'intéresse à ce qu'il a appelé les « alternatives aux réserves ». Le point de départ de son raisonnement, qui semble avoir dérouté certains membres, est donc que les clauses d'*opting-out* ressemblent beaucoup à des clauses de réserve alors qu'en général on

⁶ *Annuaire... 1995*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/470.

⁷ *Annuaire... 1996*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/477 et Add.1 et A/CN.4/478.

ne les présente pas comme telles. Et c'est en étudiant ce phénomène qu'il s'est finalement rendu à ce qui lui paraît maintenant être une évidence : ces clauses d'exclusion sont tout simplement des clauses de réserve, et les déclarations unilatérales qu'elles permettent sont tout simplement des réserves autorisées par le traité. C'est ce qu'il essaie d'expliquer aux paragraphes 148 à 178 de son cinquième rapport.

14. Le procédé de la clause d'*opting-out* est extrêmement fréquent et, comme le montrent les paragraphes 152 à 154, on trouve de telles clauses dans des traités très variés. L'argument le plus fort pour ne pas considérer ces dispositions comme des clauses de réserve tient probablement à la position que l'Organisation internationale du Travail maintient fermement depuis sa création, consistant, d'une part, à assortir généreusement ses conventions de telles clauses d'*opting-out* et, d'autre part, à soutenir contre toute raison doctrinale qu'il ne s'agit pas de clauses de réserve, si bien que les déclarations faites en application de ces dispositions ne seraient pas des réserves non plus. Pour le Rapporteur spécial, cette position n'est pas tenable. Elle a d'ailleurs été contestée par tous les spécialistes des réserves, pour des raisons qui lui paraissent difficiles à réfuter. En particulier, contrairement à ce que semblent croire les juristes de l'OIT (du moins officiellement), il n'est nullement conforme à la définition des réserves d'y voir des déclarations unilatérales formulées forcément et exclusivement en vertu du droit international général. Elles peuvent parfaitement l'être, et le sont très souvent, en vertu d'une disposition expresse d'un traité n'autorisant que certaines réserves déterminées. Cela ne veut pas dire que, lorsqu'un traité autorise des réserves, les déclarations unilatérales faites en vertu de cette autorisation ne sont pas des réserves. C'est pourtant ce que semble considérer l'OIT, et c'est la seule explication que ses juristes donnent à cette position bizarre qu'ils maintiennent envers et contre tout depuis longtemps. L'alinéa *b* de l'article 19 ou l'article 20 de la Convention de Vienne de 1969 ne laissent d'ailleurs aucun doute sur le fait que des réserves peuvent parfaitement être expressément autorisées par le traité et qu'il peut en résulter – mais qu'il n'en résulte pas forcément – que les autres réserves sont interdites. Tout ce qu'on peut déduire de la pratique de l'OIT, c'est que les réserves qui ne sont pas expressément autorisées sont interdites. Cela ne veut pas dire que les déclarations unilatérales faites en vertu de clauses d'*opting-out* figurant dans les conventions de l'OIT ne sont pas des réserves. Quand, par exemple, le paragraphe 1 de l'article 17 de la Convention (n° 119) concernant la protection des machines dispose : « Les dispositions de la présente convention s'appliquent à tous les secteurs d'activité économique, à moins que le Membre ratifiant la convention n'en restreigne l'application par une déclaration annexée à sa ratification », on voit mal ce qui distingue la déclaration en question d'une réserve et ce qui distingue une telle disposition d'une clause de réserve. Ce qui est vrai, c'est qu'en vertu des règles propres à l'OIT, règles qui sont sans aucun doute de nature coutumière car la pratique de l'OIT est considérée comme étant le droit, une réserve aux conventions adoptées sous les auspices de cette organisation n'est pas permise si elle n'est pas expressément autorisée. Mais c'est un tout autre problème.

15. M. Simma a invoqué un autre argument plus général pour contester l'assimilation des déclarations faites en

vertu d'une clause d'exclusion à des réserves. Il s'est demandé si la qualification de réserves donnée aux déclarations faites en vertu d'une clause d'*opting-out* était compatible avec l'alinéa *b* de l'article 19 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, au terme duquel une réserve ne peut être formulée si le traité dispose que « seules des réserves déterminées, parmi lesquelles ne figure pas la réserve en question, peuvent être faites ». Pour le Rapporteur spécial, il n'y a pas là une objection dirimante. L'alinéa *b* de l'article 19 ne dit pas que toutes les autres réserves sont interdites si certaines sont expressément prévues. Il dit, et c'est tout différent, que les autres réserves sont interdites si le traité dispose que seules des réserves déterminées peuvent être faites – ce qui va de soi. Par conséquent, le raisonnement de M. Simma ne constitue pas un argument pour nier que les déclarations faites en vertu d'une clause d'*opting-out* soient des réserves. En fait, son objection ne s'applique que si le traité dit au surplus que seules ces déclarations sont permises. Or ce n'est pas ce qui se passe dans la majorité des cas.

16. M. Rosenstock a lui aussi exprimé des doutes à cet égard en faisant valoir qu'un État partie ne saurait objecter à une déclaration faite en vertu d'une clause d'exclusion (*contracting-out*). C'est sans doute exact. Mais à son sens cela n'exclut pas pour autant ce type de déclaration de la catégorie générale des réserves. D'une part, ce n'est pas un problème de définition, mais toujours de régime juridique. D'autre part, et peut-être surtout, cela est sans doute vrai de toute réserve formulée en vertu d'une clause de réserve et en tout cas de ce que l'on appelle une « réserve négociée ». Dès lors qu'une réserve est expressément prévue dans le traité, les États contractants savent à quoi s'attendre : ils ont accepté par avance dans le traité lui-même la ou les réserves en question. A priori, il semble en conséquence que les règles de l'article 20 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, relatives aussi bien aux acceptations des réserves qu'aux objections aux réserves, ne s'appliquent pas aux réserves expressément prévues, y compris les clauses d'*opting-out* ou dispositions d'exclusion. Le Rapporteur spécial considère donc que, bien qu'il soit d'accord sur le fond avec ce qu'a dit M. Rosenstock, il n'y a pas dans les propos de ce dernier une objection à considérer les déclarations d'*opting-out* comme étant des réserves. Ces déclarations seront soumises d'une façon générale au régime juridique applicable aux réserves formulées en vertu d'une clause de réserve. C'est pourquoi aucun argument sérieux ne semble s'opposer à ce que l'on considère les clauses d'*opting-out* comme des clauses de réserve et les déclarations faites en application de ces clauses comme des réserves si, en tout cas, elles sont faites lors de l'expression du consentement à être liés.

17. En revanche, il semble plus discutable de considérer ces déclarations comme des réserves lorsqu'elles sont faites, comme certains traités peuvent l'autoriser, à un autre moment. Le Rapporteur spécial en donne des exemples au paragraphe 173 du cinquième rapport. Le problème ne tient pas tant au moment en tant que tel, puisque les dispositions des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 et à plus forte raison le Guide de la pratique n'ont qu'un caractère supplétif, mais plutôt à ce que les déclarations faites à un moment autre que celui de l'expression du consentement à être lié ne sont plus du tout liées à l'entrée en vigueur du traité à l'égard de l'État ou de l'organisation

internationale qui les font. Or une réserve est bien liée au processus d'entrée en vigueur du traité ainsi qu'en disposent les articles 19 et suivants des Conventions de Vienne consacrés aux réserves. Cela étant, bien qu'il ait envisagé un projet de directive pour préciser tout ceci, le Rapporteur spécial ne croit pas qu'il soit indispensable de le dire expressément dans le Guide de la pratique puisque ce n'est que l'autre face de ce qui est dit dans le projet de directive 1.1.8. Toutefois, si les membres de la Commission étaient d'un avis contraire, il ne verrait pas d'inconvénient à l'inclusion de ce projet de directive, esquissé au paragraphe 177 du cinquième rapport, dans le Guide de la pratique.

18. De la même manière, comme il essaie de l'expliquer aux paragraphes 168 et 169, il ne lui paraît pas indispensable de consacrer un projet de directive spécifique aux « réserves négociées » qui ne sont au fond que des clauses de réserve – pas des réserves – indiquant de manière précise et limitative les réserves pouvant être apportées à un traité. Cette terminologie très trompeuse est habituelle dans la doctrine où l'on parle de réserves négociées, mais il est clair que ce ne sont pas des réserves au sens de l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention de Vienne de 1969. Le Rapporteur spécial a néanmoins tenté de rédiger un projet indiquant ce que pourrait dire une directive définissant les réserves négociées, qui figure au paragraphe 169 du rapport et pourrait lui aussi être inclus dans le Guide de la pratique, mais il ne pense pas que cela soit indispensable. En revanche, il faudra sans doute définir, peut-être dans les clauses finales du Guide de la pratique, ce que l'on entend plus généralement par « clauses de réserve ».

19. Passant à la présentation des projets de directives 1.4.6, 1.4.7 et 1.4.8, le Rapporteur spécial dit qu'ils sont inclus dans la section 4 du chapitre premier du Guide de la pratique, consacrée aux déclarations unilatérales autres que les réserves et les déclarations interprétatives. Il s'agit bien de déclarations unilatérales, mais ce ne sont pas des réserves. Elles sont faites en vertu non pas de clauses d'*opting-out* mais de clauses de *contracting-in* ou d'*opting-in* (clauses facultatives) ou de clauses proches qui sont les clauses de choix entre les dispositions des traités.

20. A priori, on pouvait penser qu'il n'y avait guère de raisons de faire un sort différent aux déclarations faites en vertu de ces deux types de clause (*opting-in* et *opting-out*). Ce sont des dispositions qui se ressemblent beaucoup. Et pourtant, la distinction entre les déclarations unilatérales faites en vertu d'une clause de *contracting-in*, d'une part, et d'une clause de *contracting-out*, d'autre part, paraît dictée par la définition même des réserves adoptées dans le projet de directive 1.1 à la suite de la définition figurant dans les Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Les clauses d'*opting-in* sont très fréquentes. On pense immédiatement au célèbre paragraphe 2 de l'Article 36 du Statut de la CIJ. Mais ce procédé n'est pas du tout limité aux traités d'arbitrage ou de juridiction. Le Rapporteur spécial en donne plusieurs exemples au paragraphe 183 et dans les notes de bas de page y relatives. Contrairement à ce que l'on a dit, ces clauses de *contracting-in* ne fonctionnent nullement comme des clauses de réserve. D'abord et surtout, les déclarations faites en vertu de clauses d'*opting-in* ne visent pas à exclure ou à modifier l'effet juridique de

certaines dispositions du traité; elles visent à accroître les obligations résultant de la ratification du traité. En outre, cela ne conditionne nullement l'entrée en vigueur du traité à l'égard de l'État ou de l'organisation internationale auteur de la déclaration; au contraire, la déclaration d'*opting-in* n'intervient qu'une fois le traité en vigueur. Enfin, et ceci découle de ce qui précède, ces déclarations peuvent être formulées à n'importe quel moment.

21. Les déclarations faites en vertu de clauses de *contracting-in* ne sont donc pas des réserves, alors même que ce sont des déclarations unilatérales visant à, et ayant pour effet de, moduler les effets du traité. Et il paraît difficile de faire l'économie du projet de directive les concernant, ne fût-ce que par symétrie avec les déclarations faites en vertu de clauses d'*opting-out* qui, elles, sont bien des réserves. C'est la raison pour laquelle le Rapporteur spécial propose le projet de directive 1.4.6.

22. Les déclarations d'*opting-in* peuvent elles-mêmes être assorties de ce que l'on appelle communément des réserves. Là encore, l'exemple le plus fameux (mais loin d'être unique) est constitué par les « réserves » souvent nombreuses dont sont assorties les déclarations facultatives d'acceptation de la juridiction obligatoire de la CIJ, qui sont des déclarations d'*opting-in*. Ici encore, ce n'est que par abus de langage que l'on qualifie ces restrictions de « réserves ». Et c'est l'objet du projet de directive 1.4.7 que de le dire clairement.

23. Certes, ces conditions et restrictions visent comme les réserves à limiter l'application d'une disposition du traité, c'est-à-dire de la clause facultative en vertu de laquelle elles sont faites. Certes aussi, ces restrictions figurent dans une déclaration unilatérale. Mais elles n'en sont pas l'objet même, et ce qu'elles limitent, ce ne sont pas à proprement parler les effets du traité, mais ceux de la déclaration facultative elle-même. Ce sont, si l'on veut, des clauses, des dispositions, d'une déclaration unilatérale, mais ce ne sont pas des déclarations unilatérales. Et donc, ce ne sont décidément pas des réserves au sens où l'entendent tant les Conventions de Vienne de 1969 et 1986 que le Guide de la pratique.

24. Il en va de même des déclarations qui sont formulées en vertu de clauses complexes, qui ne sont pas des clauses d'*opting-in* au sens strict ni de véritables clauses d'*opting-out*, mais que l'on peut sans doute considérer comme étant à mi-chemin des unes et des autres. Ce sont les « clauses de choix », qui imposent à un État ou à une organisation internationale d'effectuer un choix entre les dispositions du traité. Ces dispositions fonctionnent comme des clauses d'*opting-in* pour ce qui est de ce que l'État a choisi et d'*opting-out* pour ce qui est de ce qu'il exclut. On pourrait en conclure a priori que les déclarations par lesquelles l'État exclut certaines dispositions sont des réserves, ainsi que le Rapporteur spécial a proposé de le dire dans le projet de directive 1.1.8, et qu'au contraire celles par lesquelles l'État exprime son consentement à être lié par certaines dispositions ne sont pas des réserves, conformément au projet de directive 1.4.6. Malheureusement, cette solution n'est pas viable car ce double mouvement, d'inclusion et d'exclusion, se traduit par une déclaration unique. Il faut donc trancher.

25. On peut faire trois constatations. La première est que ces clauses sont plus nombreuses qu'on pourrait le penser, et plus nombreuses que ne l'avait dit la Commission dans son commentaire de ce qui est devenu le paragraphe 2 de l'article 17 de la Convention de Vienne de 1969, qui porte justement sur ce phénomène de traité offrant aux parties contractantes un choix entre ses différentes dispositions. Le Rapporteur spécial en donne de nombreux exemples aux paragraphes 200, 201 et 206 de son cinquième rapport. La deuxième est que ces clauses de choix se subdivisent à leur tour en deux catégories. Certaines, selon par exemple le système de la Charte sociale européenne, amènent les États à retenir librement un certain nombre de dispositions de fond parmi l'ensemble des dispositions du traité. D'autres, moins fréquentes, entrant dans la seconde catégorie, peuvent être qualifiées de clauses alternatives en ce sens qu'elles obligent les États à choisir soit une disposition (ou un bloc de dispositions), soit une autre disposition (ou un autre bloc de dispositions). Le célèbre article XIV (sect. 1) des statuts du FMI cité dans le rapport en offre un bon exemple. Mais, et c'est la troisième constatation, les déclarations unilatérales opérant un choix en vertu de l'une comme de l'autre de ces catégories ne paraissent pas pouvoir être qualifiées de réserves même si elles s'en rapprochent à certains points de vue, notamment par le fait qu'il s'agit de déclarations faites en règle générale au moment de l'expression du consentement à être lié. Là s'arrêtent les ressemblances car, et c'est une différence essentielle, d'une part, ces choix sont la condition de la participation de l'État au traité et, d'autre part, cette condition est fixée non pas par l'État mais par le traité. En cela, elles ne ressemblent pas du tout, en fin de compte, à des réserves. D'où le texte que propose le Rapporteur spécial pour le projet de directive 1.4.8.

26. Il reste au Rapporteur spécial à présenter le projet de directive 1.7.5, le seul qui, dans le chapitre II du cinquième rapport, soit relatif aux déclarations interprétatives. Les clauses d'exclusion, optionnelles, alternatives, etc., dont il vient de traiter ne posent pas vraiment de problèmes par rapport aux déclarations interprétatives. Elles ne posent véritablement de problèmes (de distinction ou de rapprochement) que par rapport aux réserves. Il ne paraît pas superflu de préciser dans le Guide de la pratique (parce qu'il s'agit d'un exercice pratique) qu'il existe à côté des déclarations interprétatives proprement dites d'autres procédés qui permettent aux États et aux organisations internationales parties à un traité de préciser ou de clarifier le sens ou la portée du traité ou de certaines de ses dispositions. Ces procédés ne sont guère nombreux. Le Rapporteur spécial n'en a dégagé que deux, brièvement décrits aux paragraphes 96 à 100 de son rapport. Il s'agit, d'une part, des clauses interprétatives incluses dans le traité lui-même et, d'autre part, des accords interprétatifs conclus entre les parties ou certaines d'entre elles et, en particulier, de ce que l'on pourrait appeler les « interprétations bilatéralisées » qui sont aux déclarations interprétatives ce que les « réserves bilatéralisées » sont aux réserves. Sur un plan universitaire ou intellectuel, le Rapporteur spécial a conscience que ces procédés sont hors sujet, mais il ne s'agit pas ici de rédiger un manuel universitaire. Dans une perspective pratique, il pense, comme l'a fort bien dit M. Elaraby, qu'il n'est pas superflu de rappeler aux États, c'est-à-dire aux conseillers juridiques des ministères des

affaires étrangères et aux diplomates, les possibilités qui leur sont ouvertes.

27. Le Rapporteur spécial propose de renvoyer tous ces projets de directives au Comité de rédaction qui, il l'espère, n'aura pas trop de difficultés à finaliser ces propositions, certainement perfectibles.

28. M. GAJA dit qu'en réfléchissant au contenu des projets de directives de la section 1.7 proposés par le Rapporteur spécial il a pensé à deux exemples concrets. Le premier est celui de la Convention européenne en matière d'adoption des enfants, dont l'article 6 prévoit qu'un enfant peut être adopté « par deux personnes unies en mariage [...] ou par un seul adoptant ». Un État européen qui devient partie à cette convention n'est pas contraint d'admettre ces deux possibilités dans son droit interne, mais il est libre de le faire. Il s'agit là d'un exemple de clause limitant l'objet d'une obligation internationale, qui, à ce titre, entre dans le champ d'application du projet de directive 1.7.2.

29. Un deuxième exemple est celui de la Convention relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance, adoptée par la Conférence de droit international privé de La Haye. L'article 13 de cette convention dispose qu'« Aucun État n'est tenu de reconnaître un trust dont les éléments significatifs [...] sont rattachés plus étroitement à des États qui ne connaissent pas l'institution du trust ou la catégorie de trust en cause ». Là encore, un État dont la législation ne connaît pas l'institution n'a pas l'obligation de reconnaître le trust, mais il est libre de le faire. S'il le fait, il n'étend pas le champ d'application de ses obligations résultant de la Convention, mais se borne à reproduire dans son droit interne ce qui est écrit dans le traité, lequel n'est nullement modifié dans ses effets à l'égard de cet État, contrairement à ce qui se passerait dans le cas d'une réserve. Dans cet exemple, du fait que la « clause restrictive » figure dans la Convention elle-même, on est dans le champ d'application soit du projet de directive 1.7.2 soit du projet de directive 1.7.3. À ce propos, M. Gaja se demande s'il était vraiment utile d'inclure dans la section 1.7 une directive spécialement consacrée aux clauses restrictives. À son avis, toutes les « alternatives aux réserves » auraient pu être regroupées dans une seule et même directive. Or, une clause restrictive a une incidence sur la portée de l'obligation et il s'agit en tout cas d'une alternative aux réserves. Si le Rapporteur spécial tenait à maintenir une distinction, il aurait dû à tout le moins rédiger la directive 1.7.3 sur le modèle de la directive 1.7.2 et ne pas préciser que la clause restrictive « ne constitue pas une réserve au sens du présent Guide de la pratique », alors que cette formule ne figure pas dans la directive 1.7.2.

30. M. ROSENSTOCK dit que, s'il a bien compris la réponse donnée par le Rapporteur spécial à sa question, une clause d'exclusion (*opting-out clause*) et une réserve auraient des effets identiques. Mais est-ce vraiment le cas s'agissant des effets à l'égard des tierces parties ? Lorsqu'un État formule une *opting-out clause*, un État tiers n'a aucun pouvoir d'émettre des objections. Il en va différemment dans le cas d'une réserve. Si un État tiers a des objections contre une réserve émise par un État signataire, il peut refuser d'être lié par le traité aux côtés de l'État qui entend se soustraire à certaines obligations. La

réponse du Rapporteur spécial ne couvrirait donc pas tous les aspects de la question.

31. M. HAFNER remercie le Rapporteur spécial d'avoir fourni à la Commission un rapport très riche sur un sujet encore mal connu de ceux qui n'ont pas directement participé à l'élaboration de traités internationaux. Il espère que ce rapport permettra aussi d'attirer l'attention de la doctrine sur la manière dont les États peuvent modeler leurs relations conventionnelles sans recourir à l'instrument des réserves. Ces « alternatives aux réserves » qui permettent aux États de prendre des engagements « sur mesure » ne sont certes pas un gage d'homogénéité dans l'application des traités, mais elles sont souvent nécessaires pour obtenir l'adhésion d'un plus grand nombre de signataires.

32. Faisant quelques observations générales sur le rapport, M. Hafner dit que, premièrement, il partage les regrets exprimés par le Rapporteur spécial au paragraphe 5 concernant l'absence de commentaires des Communautés européennes. Non seulement elles pourraient fournir en la matière de nombreux exemples qui aideraient à faire le point sur la pratique existante, mais le fait qu'elles aient souvent besoin d'un statut juridique particulier pour devenir partie à une convention internationale montre qu'elles sont directement intéressées par la question. Deuxièmement, il ne peut que souscrire aux remarques du Rapporteur spécial sur la nécessité d'une plus grande coordination avec les travaux des organes de l'ONU qui s'occupent des droits de l'homme tels que le Comité des droits de l'homme ou la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme. Non seulement l'absence de coopération avec ces organes risque de se traduire par des doubles emplois coûteux dans l'étude de certains sujets, mais elle risque aussi d'entraîner une véritable fragmentation du droit international par suite de l'adoption de solutions divergentes. Aussi suggérerait-il que la Commission joue, à cet égard, le rôle de coordonnateur que lui assigne le paragraphe 1 de l'article 17 de son statut. La Division de la codification pourrait, de son côté, attirer l'attention des organes en question sur les questions examinées au sein de la CDI. Enfin, la Commission pourrait s'intéresser de plus près aux travaux menés à l'échelon européen, et il se demande s'il serait possible de procurer à tous les membres le document du Conseil de l'Europe intitulé « Éléments pratiques concernant la formulation des réserves aux traités internationaux »⁸ cité par le Rapporteur spécial au paragraphe 56 de son rapport.

33. Troisièmement, il lui semble que la thèse soutenue par le Rapporteur spécial au paragraphe 30 du rapport selon laquelle on peut fort bien définir les réserves sans se préoccuper de leur licéité n'est pas sans incidence sur l'interprétation que l'on pourrait donner de l'article 20 de la Convention de Vienne de 1969. Dans cet article, le mot « réserve » est utilisé sans aucun qualificatif : faudrait-il en conclure que la définition très large des réserves donnée dans la directive 1.1, qui n'exclut aucunement les réserves inadmissibles ou illicites, s'appliquerait automatiquement ? M. Hafner pense qu'une telle conclusion ne serait pas sans danger. Peut-être le Rapporteur spécial pourrait-il revenir sur cette question dans la deuxième partie de son rapport.

34. En ce qui concerne les projets de directives proprement dits, M. Hafner est tout à fait d'accord avec le Rapporteur spécial sur le fait que les réserves ne constituent pas le seul moyen de moduler les effets d'un traité. Mais fallait-il pour autant consacrer toute une série de directives aux « alternatives aux réserves » ? Il craint que le Rapporteur spécial ne se soit laissé entraîner hors de son sujet, ce qui risque de retarder les travaux de la Commission. Le texte du projet de directive 1.7.1 n'est au demeurant pas très clair. Dans l'expression « moduler les effets des dispositions d'un traité » le mot « traité » couvre-t-il également les traités bilatéraux ? Si tel est le cas, quel sens faut-il donner au mot « traités » dans le reste des directives ? Cela devrait être précisé. De plus, l'utilisation de la formule « peuvent recourir à des procédés » dans le second membre de phrase donne l'impression que le recours à d'autres procédés est une possibilité ou un droit ouvert par le droit international général alors que, dans certains cas, cette possibilité n'existe que si elle est spécialement prévue dans le traité lui-même. La difficulté tient à l'emploi, dans la version anglaise, du verbe *may* qui peut être interprété de différentes manières.

35. M. Hafner comprend bien que la liste des procédés permettant de moduler les effets des dispositions d'un traité qui figure dans la directive 1.7.2 a simplement valeur d'exemple et n'est pas exhaustive. Mais il se demande s'il était utile d'inclure dans le projet de directives une liste d'actes qui, à l'évidence, ne sont pas des réserves répondant à la définition donnée dans la directive 1.1. À son avis, cette énumération aurait été mieux à sa place dans le commentaire. De plus, les exemples donnés ne sont pas toujours très clairs. Ainsi, il ne comprend pas très bien ce que le Rapporteur spécial entend par des « clauses restrictives limitant l'objet des obligations résultant du traité ». Le Rapporteur spécial pense probablement à des clauses telles que les articles 296 et 297 du Traité instituant la Communauté européenne (numérotation révisée conformément au Traité d'Amsterdam), ou encore à l'article 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou à l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme, que l'on a parfois appelées « réserves de souveraineté », mais cette notion n'est pas reconnue sur le plan technique et ne devrait pas servir de justification à cette directive.

36. On pourrait également se passer de la directive 1.7.3, qui traite des clauses restrictives. Même si, par de telles clauses, les États peuvent modifier d'un commun accord les effets d'un traité, les clauses restrictives ne peuvent certainement pas être confondues avec des réserves telles que définies dans la directive 1.1, du moins pas depuis l'adoption de la Convention de Vienne de 1969.

37. Sur le plan de la formulation proprement dite, l'expression « l'application de règles plus générales figurant dans le traité » prête à confusion. Il eut été plus clair de dire « l'application d'une autre règle figurant dans le traité », à moins que le Rapporteur spécial n'ait vraiment eu l'intention de limiter le champ d'application de la directive aux dispositions à caractère général.

38. M. Hafner signale incidemment que, dans la version anglaise du paragraphe 110, l'inclusion du mot *any* entre le mot *exclusion* et le mot *clauses* rend la phrase incompréhensible.

⁸ CAHDI (2000) 12 rev., annexe V.

39. En ce qui concerne le projet de directive 1.7.4, M. Hafner reconnaît qu'il y a entre les accords *inter se* et les réserves une certaine similitude dans la mesure notamment où ni les uns ni les autres ne doivent porter atteinte à l'objet et au but du traité. Mais la grande différence entre les deux réside dans le caractère unilatéral de la réserve. En conséquence, ce projet de directive ne paraît pas nécessaire. La question qui mériterait d'être examinée à cet égard est celle de savoir, dans le cas où un traité autorise les réserves, si un État serait en droit d'exclure l'effet juridique d'une disposition donnée d'un traité dans son application à un ou certains autres États parties et si une telle déclaration serait assimilée à une réserve même si le traité ne prévoit pas expressément ce droit. Étant donné que le Rapporteur spécial exclut du champ des réserves les déclarations permettant d'écarter l'application d'une obligation pour une durée limitée, on peut penser que de telles déclarations, qui écartent l'application d'une obligation en vertu d'un traité pour certains États seulement, se situeraient en dehors du champ des réserves, mais M. Hafner n'en est pas absolument certain.

40. Les clauses d'exclusion, visées dans la directive 1.1.8, sont très fréquemment utilisées dans la pratique et posent beaucoup de problèmes. Il semble n'y avoir presque aucune différence entre de telles clauses et les clauses autorisant les réserves. Lorsque, par exemple, un article d'un traité comme la Convention sur la notification rapide d'un accident nucléaire autorise les États parties à déclarer qu'ils n'appliqueront pas un article donné concernant la responsabilité, quelle différence y a-t-il entre une telle disposition et un article qui autorise les États à faire des réserves en ce qui concerne une disposition particulière du traité ? Dans les deux cas, des négociations ont eu lieu afin de définir précisément quelle disposition peut faire l'objet d'une telle déclaration, de telle manière que les unes comme les autres constituent des « réserves négociées ». La conclusion du Rapporteur spécial selon laquelle cette expression est « trompeuse » (par. 168) est donc correcte, et elle ne devrait pas figurer dans les directives. Il n'en reste pas moins que la question de ces clauses doit être examinée car elles sont fréquentes et posent des problèmes en ce qui concerne l'admissibilité d'autres réserves. À cet égard, M. Hafner indique qu'il ne partage pas l'interprétation de l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969 qu'a donnée le Rapporteur spécial en réponse à une question de M. Simma : on conçoit mal que des États se mettent d'accord sur une liste d'articles auxquels les réserves sont admises et ajoutent le mot « seulement » pour exclure toute autre réserve.

41. Lorsque le Statut de Rome de la Cour pénale internationale a été élaboré, il y a eu de longs débats au sujet des réserves. L'article 120 a finalement été adopté, qui interdit toute réserve. Bien que le Statut ne définisse pas expressément les dispositions susceptibles de faire l'objet de réserves, on peut néanmoins arguer que certaines de ces dispositions autorisent les États à faire des déclarations ayant un effet comparable à celui des réserves. Le premier exemple qui vient à l'esprit est la disposition transitoire de l'article 124, qui autorise les États parties à déclarer qu'ils n'acceptent pas certains effets juridiques de l'article 8, relatif à la compétence de la Cour. Une déclaration faite par un État en vertu de l'article 124 est sans aucun doute une déclaration visant à « exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet

État ». Si l'on comprend l'article 124 dans ce sens et si une déclaration faite en vertu de cet article est assimilable à une réserve, aucune autre réserve n'est admissible en application de l'alinéa *b* de l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969, même en l'absence de clause interdisant les réserves; à la lumière de ces considérations, l'article 120 pourrait être considéré comme redondant. Naturellement, on pourrait aussi dire qu'une déclaration faite en vertu de l'article 124 n'équivaut pas à une réserve parce que son application est limitée dans le temps (sept ans). Si, par contre, on la considère comme une réserve, il y aurait incompatibilité entre l'article 120 et l'article 124. Mais on peut aussi considérer qu'il s'agit là d'un exemple de « l'incertitude terminologique » dont parle le Rapporteur spécial au paragraphe 162 de son rapport.

42. Dans son évaluation finale, le Rapporteur spécial conclut que les déclarations formulées en vertu de clauses d'exclusion et les réserves sont identiques. Pour M. Hafner, néanmoins, une distinction est possible. Plusieurs années auparavant, lorsqu'il s'est occupé de ce problème dans le cadre de la Convention sur la notification rapide d'un accident nucléaire, il a eu le sentiment qu'il y avait une différence entre les deux en ce sens qu'une réserve, en application de l'article 21 de la Convention de Vienne de 1969, a un effet réciproque, alors que, dans le cas d'une clause d'exclusion de responsabilité, l'effet est uniquement unilatéral. Il ne sait pas si cette particularité est due uniquement à l'objet de la convention en question, mais il serait intéressant de savoir si une distinction similaire existe dans d'autres conventions. Bien entendu, cette question entraînerait une nouvelle difficulté, car les réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme en général posent le problème de l'effet réciproque. Ce problème particulier doit, à n'en pas douter, être envisagé dans les directives, et M. Hafner hésite toujours à l'attribuer à une incertitude terminologique.

43. En ce qui concerne les procédés permettant de choisir entre les dispositions d'un traité au moyen d'une déclaration unilatérale, M. Hafner souscrit à l'opinion exprimée au paragraphe 177 du rapport, à savoir que les déclarations unilatérales formulées en vertu d'une clause d'exclusion après l'entrée en vigueur du traité ne relèvent pas des réserves. Cette conclusion découle déjà de la définition donnée dans le projet de directive 1.1 et ne peut donc figurer que dans le commentaire.

44. Avec le projet de directive 1.4.6, la Commission est de nouveau en présence des clauses facultatives. À cet égard, on peut se demander pourquoi les projets de directives font une distinction entre les déclarations par lesquelles un État accepte expressément des obligations prévues dans un traité et les déclarations formulées en vertu de clauses d'exclusion. Dans l'élaboration des dispositions concernant le règlement des différends qui figurent dans les conventions universelles, on assiste à une sorte de transition de l'inclusion à l'exclusion, à savoir des clauses visées par le projet de directive 1.4.6 à celles visées par le projet de directive 1.1.8 : alors qu'auparavant les États pouvaient accepter une procédure judiciaire obligatoire par une déclaration, il y a maintenant une tendance à prévoir une telle procédure et à autoriser les États à l'exclure par une déclaration unilatérale. Bien que les deux types de clauses soient très voisins du point de vue politique, la distinction faite dans les directives semble

néanmoins correcte, car les unes et les autres peuvent faire l'objet d'un traitement différent en droit interne. Une directive comme la directive 1.4.6 est donc assurément nécessaire puisque les déclarations en question sont de nature unilatérale et ne relèvent pas de la directive 1.4.1.

45. Pour ce qui est du projet de directive 1.4.7, M. Hafner fait siennes les vues exprimées par le Rapporteur spécial en se fondant sur l'arrêt rendu dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*. Néanmoins, on pourrait là encore arguer que la définition des réserves exclut déjà de telles déclarations puisqu'elles n'ont pas trait directement à un traité, mais à une déclaration faite en vertu d'un traité. Il suffirait donc d'en parler dans le commentaire, même si dans ce cas particulier M. Hafner pourrait accepter une directive particulière.

46. S'agissant du projet de directive 1.4.8, M. Hafner doute que les clauses qui y sont visées appellent une directive distincte; elles pourraient être associées aux déclarations formulées en vertu d'une clause facultative visées dans le projet de directive 1.4.6 sans toutefois se confondre avec elles. Ces clauses sont très voisines, au point que l'article 20 de la Charte sociale européenne les associe dans une même disposition. L'exemple de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires est un peu plus complexe que ne l'indique le rapport, ce qu'attestent les déclarations volumineuses faites par les États en vertu de la clause en question. Ainsi, le paragraphe 2 de l'article 2 et l'article 3, qui doit être lu à la lumière de l'article 2, visent différents types de déclarations : celles qui sont envisagées au paragraphe 202 du rapport et celles qui font l'objet de l'article 3 de la Charte puisque, avant de faire une déclaration, les États doivent déclarer en vertu de l'article 3, dont M. Hafner donne lecture, à quelle langue la Charte s'appliquera. Assurément, une déclaration faite en vertu du paragraphe 1 de l'article 3 ne relève pas du projet de directive 1.4.8 puisque cet article ne donne pas de choix aux États parties; elle pourrait être rangée dans les clauses visées dans le projet de directive 1.4.6. Mais on peut aussi en douter puisque l'article en question n'autorise pas les États à accepter une obligation mais les oblige à indiquer le champ d'application de la Charte. Ainsi, si toutes les autres clauses font l'objet de directives distinctes, on peut se demander s'il ne serait pas également nécessaire d'envisager les « déclarations unilatérales faites conformément à une clause obligeant un État à définir le champ d'application d'un traité ».

47. Pour ce qui est du projet de directive 1.7.5, M. Hafner le juge acceptable même s'il estime que la seconde phrase n'est pas nécessaire. Par contre, il ne partage pas l'opinion exprimée par le Rapporteur spécial au paragraphe 99 de son rapport en ce qui concerne l'article 31 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 : les mots « les parties » ont en effet toujours été interprétés comme visant toutes les parties à un traité et, de ce fait, si certaines parties seulement veulent conclure un accord sur une interprétation particulière du traité, il s'agira alors d'un accord *inter se* ne relevant pas de l'article 31.

48. En conclusion, M. Hafner recommande de renvoyer les projets de directives 1.1.8, 1.4.6, 1.4.7, 1.4.8 (ce dernier pouvant être rattaché au projet de directive 1.4.6 sans se fondre avec lui), 1.7.1 et 1.7.5 au Comité de rédaction.

49. Le PRÉSIDENT propose, afin d'utiliser au mieux le temps réservé au Comité de rédaction, de lui renvoyer provisoirement les projets de directives 1.7.1, 1.7.2, 1.7.3 et 1.7.4, qui sont étroitement liés, étant entendu que des membres doivent encore les commenter et que le Comité tiendra dûment compte des observations qui seront faites en séance plénière. Cette solution permettrait au Comité de commencer ses travaux, et le Président dit qu'en l'absence d'objection il considérera que la Commission souscrit à sa proposition.

Il en est ainsi décidé.

50. M. GAJA (Président du Comité de rédaction) informe que le Comité de rédaction sur les réserves comprend les membres suivants : M. Pellet (Rapporteur spécial), M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Economides, M. Elaraby, M. Kamto, M. Pambou-Tchivounda, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka et M. Rodríguez Cedeño, membre de droit.

51. M. BROWNLIE, se référant au projet de directive 1.1.8, dit qu'il pense comme M. Hafner que les réserves formulées en vertu de clauses d'exclusion sont effectivement très proches des réserves négociées.

52. M. HE note qu'il ressort du débat que les projets de directives 1.7.1 et 1.7.2 doivent avoir leur place dans le Guide de la pratique. Avec les commentaires qui les accompagnent, elles rendront plus claires pour les praticiens, y compris les diplomates et les juristes non spécialistes, un grand nombre de questions complexes.

53. S'agissant du projet de directive 1.7.2 sur les alternatives aux réserves et du paragraphe 83 du rapport, la première catégorie, celle des clauses restrictives, correspond à ce que Mme Higgins a appelé des *clawback clauses*⁹. Pour M. He, de telles dérogations peuvent aussi être rangées dans la deuxième catégorie proposée par le Rapporteur spécial, celle des « clauses d'exception », si l'on se réfère à la définition donnée dans le projet de directive 1.7.2 et aux paragraphes 83 et 140 du rapport. Compte tenu toutefois de l'importance des clauses dérogatoires, qui sont largement utilisées dans les traités, il serait souhaitable d'en faire une catégorie à part dans les procédés permettant de moduler les effets des dispositions d'un traité. À défaut, pour en souligner l'importance, on pourrait ajouter les mots « ou de déroger à ces obligations » après le mot « générales » figurant dans la définition des clauses d'exception dans le projet de directive 1.7.2.

54. Notant que le Rapporteur spécial propose deux variantes pour le titre de la directive 1.7.4, M. He estime que c'est la seconde, « Accords entre États ayant le même objet que des réserves », qui doit être retenue, car elle a l'avantage d'être plus générale en ce qu'elle couvre tous les accords, y compris les réserves bilatéralisées et les amendements et protocoles pouvant être conclus par certaines parties au traité.

55. En ce qui concerne la nouvelle directive envisagée par le Rapporteur spécial au paragraphe 143 de son

⁹ R. Higgins, "Derogations under human rights treaties", *The British Year Book of International Law, 1976-1977*, p. 281.

rapport, M. He pense aussi comme lui qu'elle n'est pas essentielle, mais que l'on pourrait par contre, par souci d'exhaustivité, développer les points qui y figurent dans le commentaire.

56. Enfin, notant que les projets de directive 1.1.8, 1.4.6 et 1.4.7 sont proposés en vue de compléter les projets de directives déjà adoptés à titre provisoire, M. He propose de les renvoyer au Comité de rédaction pour qu'il en améliore le libellé et détermine où ils doivent être insérés dans le Guide de la pratique.

57. M. SIMMA, se référant aux déclarations faites en vertu d'une clause d'exclusion (*opting-out*), estime que la référence à l'article 17 de la Convention de Vienne de 1969 au paragraphe 148 du rapport est trompeuse. Cet article concerne en effet l'accession ou l'adhésion à certaines parties d'un traité seulement et il ressort du texte de l'article comme du commentaire de la Commission qu'il y a une différence au regard de la Convention entre un État qui adhère à une partie seulement d'un traité en vertu de l'article 17 et un État qui adhère en principe à l'ensemble d'un traité mais sous le bénéfice de certaines réserves, régies par les articles 19 et suivants.

58. S'agissant de son interprétation de l'alinéa *b* de l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969 et de l'observation faite à ce sujet par le Rapporteur spécial, M. Hafner a donné l'exemple intéressant d'une convention multilatérale qui exclut les réserves mais permet certaines déclarations. Si on considère à tort que ces déclarations sont des réserves, on aboutit alors à une contradiction entre les diverses dispositions du traité. Plus généralement, M. Simma demande au Rapporteur spécial à quoi sert d'appeler une déclaration une « réserve » si pratiquement aucune des dispositions de la Convention relatives aux réserves ne lui est applicable. Si le Rapporteur spécial maintient sa position, peut-être pourrait-il distinguer entre les déclarations qui excluent l'application de certaines dispositions de fond du traité et celles qui excluent l'application de certaines procédures et seraient donc différentes des réserves.

59. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit qu'il n'est pas sûr, comme le Rapporteur spécial, qu'on puisse déduire du fait qu'un traité n'autorise que des réserves déterminées qu'il interdit toutes les autres.

La séance est levée à 13 heures.

2633^e SÉANCE

Mercredi 7 juin 2000, à 10 h 5

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kusuma-Atmadja,

M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma.

Les réserves aux traités¹ (*suite*) [A/CN.4/504, sect. B, A/CN.4/508 et Add.1 à 4², A/CN.4/L.599]

[Point 5 de l'ordre du jour]

CINQUIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. M. ECONOMIDES dit que le chapitre du cinquième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/508 et Add.1 à 4) consacré aux alternatives aux réserves et aux déclarations interprétatives est particulièrement remarquable. C'est la première fois, à sa connaissance, qu'est présentée sur cette question difficile et peu connue une étude aussi brillante et aussi complète, qui sera dorénavant sans aucun doute une référence indispensable.

2. À propos des conclusions préliminaires concernant les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme que la Commission a adoptés à sa quarante-neuvième session³, il indique qu'il a toujours considéré cette initiative de la Commission comme prématurée, pour ne pas dire hâtive, mais il est d'accord avec le Rapporteur spécial pour que la Commission réexamine les conclusions préliminaires, comme celui-ci le propose au paragraphe 18 de son rapport, lorsqu'elle en aura terminé avec les questions de fond relatives au régime des réserves.

3. En ce qui concerne l'objectif du projet en cours d'élaboration, les membres sont tous d'accord pour ne pas modifier le régime des réserves prévu par les Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Néanmoins, dans tous les cas où la Commission aurait détecté dans ce régime une erreur, une ambiguïté ou une lacune, il faudrait à son avis y remédier au moyen des directives : celles-ci ne doivent pas seulement éclairer et préciser cette matière qui évolue rapidement, mais encore apporter des solutions pratiques aux problèmes qui existent actuellement et aussi combler les lacunes éventuelles.

4. Un problème important qui n'a pas encore été réglé de façon satisfaisante est celui de la définition des réserves, surtout à la lumière de certaines nouvelles propositions du Rapporteur spécial. Selon la définition des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, une réserve est une déclaration unilatérale qui vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions d'un traité. Or, le verbe « modifier » peut être entendu dans les deux sens, restrictif et extensif, alors qu'une réserve est toujours prise dans un sens restrictif, caractéristique d'ailleurs soulignée dans les projets de directives 1.1.5, 1.1.6, 1.4.1 et

¹ Pour le texte des projets de directives adoptés provisoirement par la Commission à ses cinquantième et cinquante et unième sessions, voir *Annuaire... 1999*, vol. II (2^e partie), par. 470, p. 96 et suiv.

² Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

³ Voir 2630^e séance, note 17.

1.4.2. De son côté, le Rapporteur spécial note au paragraphe 118 de son rapport que les réserves ne peuvent que limiter les obligations conventionnelles de leurs auteurs. M. Economides pense donc qu'il faudrait modifier la définition des Conventions de Vienne pour préciser avec plus de force que les réserves sont toujours limitatives.

5. Les procédés définis dans les projets de directives 1.7.1 à 1.7.4 n'ont rien à voir avec les réserves, encore qu'ils puissent parfois jouer un rôle analogue. Par ailleurs, la plupart de ces nouvelles directives ne concernent pas des déclarations unilatérales mais des dispositions conventionnelles prévues par les parties dans le traité ou des accords complémentaires conclus entre elles. Il est évident par conséquent qu'elles n'entrent pas dans le mandat de la Commission.

6. Il faut pourtant se demander si ces directives sont utiles. En ce qui concerne le projet de directive liminaire 1.7.1, intitulé « Alternatives aux réserves », M. Economides, comme M. Pambou-Tchivounda, conteste l'emploi du verbe « moduler », qui se prête à plusieurs interprétations : restrictive, extensive ou intermédiaire. Il faudrait le remplacer par un verbe à connotation restrictive comme « limiter », « restreindre », « réduire » ou « amoindrir ».

7. Le troisième alinéa de la première partie du projet de directive 1.7.2 visant les clauses facultatives devrait être supprimé. Il va à l'encontre de la notion même de réserve, puisque les parties qui y souscrivent consentent en fait à être liées par des obligations qui ne s'imposent pas à elles et accroissent ainsi leurs obligations au lieu de les limiter. Ces clauses ne constituent donc pas des alternatives aux réserves.

8. La seconde partie du projet de directive 1.7.2 s'éloigne trop, elle aussi, de la notion de réserve, en particulier sur le plan de la technique juridique. Il serait donc préférable de ne pas retenir les procédés qui y sont énumérés et qui sont en tout état de cause bien connus des conseillers juridiques des États et des organisations internationales.

9. Quant au projet de directive 1.7.3, relatif aux clauses restrictives, il est superflu, car sa teneur est déjà couverte par le premier procédé mentionné dans le projet de directive 1.7.2. De même, le projet de directive 1.7.4 devrait être supprimé, pour les mêmes raisons que la seconde partie du projet de directive 1.7.2. M. Economides est donc d'avis, comme M. Hafner, que les projets de directives 1.7.3 et 1.7.4 ne devraient pas figurer dans le Guide de la pratique.

10. Pour conclure, il propose que le projet de directive 1.7.1 et les deux premiers alinéas du projet de directive 1.7.2 soient combinés en un projet de directive unique, qui pourrait être ainsi conçu :

« Afin de restreindre les effets des dispositions d'un traité dans leur application aux parties, les États et les organisations internationales peuvent recourir à des procédés autres que les réserves, tels que, notamment, l'insertion dans le traité :

– de clauses restrictives visant à limiter l'objet, la portée ou l'application des obligations résultant du traité;

– de clauses d'exception permettant d'écarter l'application des obligations résultant du traité dans des hypothèses particulières et pour une durée limitée. »

11. Ce projet de directive s'accompagnerait bien entendu d'un commentaire étoffé et solidement argumenté qui contiendrait tous les éléments utiles exposés dans les commentaires actuels des projets de directives 1.7.1 à 1.7.4.

12. M. GALICKI rappelle que la question du caractère exclusivement restrictif des réserves a été discutée à fond au sein du Comité de rédaction, lequel a noté qu'il pouvait y avoir des réserves destinées à étendre la portée de certaines dispositions, par exemple celles de certains pays d'Europe orientale à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Le libellé proposé par le Rapporteur spécial est donc préférable, du fait qu'il couvre toutes les situations possibles.

13. M. BROWNLIE, tout en admettant qu'un certain nombre de réserves sont destinées à restreindre le champ d'application des dispositions, dit que le but d'une réserve s'analyse comme une modulation de ces dispositions. La métaphore physique de la restriction ou de l'extension reste à la surface des choses et ne rend compte ni du comportement des États ni de leur mobile, qui est de modifier la portée des instruments dans le sens de leurs intérêts.

14. M. GOCO est d'accord avec M. Economides pour considérer que la décision d'adopter des conclusions préliminaires concernant les réserves aux traités avait paru quelque peu prématurée à l'époque. Le Gouvernement philippin, dans sa réaction aux conclusions préliminaires, a déjà exprimé certaines appréhensions, mais il réservera son jugement jusqu'à la présentation de la version finale du Guide de la pratique.

15. M. ROSENSTOCK suggère à M. Economides de modifier le début du texte du nouveau projet de directive qu'il propose comme suit : « Afin de restreindre plus facilement les effets des dispositions d'un traité ».

16. M. ECONOMIDES répond qu'il a toujours considéré que les réserves doivent s'entendre dans un sens restrictif, puisque les États en formulent généralement en vue d'écarter un élément ou un autre d'une clause conventionnelle. Durant les 35 années qu'il a passées au service juridique du Ministère grec des affaires étrangères, il n'a jamais vu de réserve allant au-delà de l'obligation prévue par un traité. Les procédés réputés relever de cette catégorie ne sont généralement pas des réserves au sens strict, mais des déclarations unilatérales allant au-delà des obligations imposées par le traité, comme d'ailleurs le disent déjà les projets de directives 1.4.1 et 1.4.2. La notion de réserves restrictives est donc solidement établie.

17. M. PELLET (Rapporteur spécial) observe que le débat sur ce point a été clos par la décision de la Commission concernant les projets de directives 1.1, 1.1.6, 1.4.1 et 1.4.2.

18. M. BAENA SOARES est très impressionné par les recherches méticuleuses auxquelles le Rapporteur spécial s'est astreint et par l'envergure des directives proposées. Le Guide de la pratique est destiné à offrir des conseils et des indications aux États, et il sera d'autant plus efficace qu'il sera aisément compréhensible pour le lecteur.

19. L'orateur se demande si, une fois les réserves et les déclarations interprétatives définies, il y a lieu de développer le texte en y ajoutant les projets de directives 1.7.1, 1.7.2 et 1.7.5. Il est certainement utile d'examiner des procédés autres que les réserves qui peuvent servir à moduler les dispositions d'un traité, mais, si la teneur de ces directives était reprise dans les commentaires, la continuité du Guide de la pratique et, pour reprendre l'expression du Rapporteur spécial lui-même, sa « vocation utilitaire » seraient préservées. Le rapport établit fermement la validité des procédés en question, qui ont pour but, à l'instar des réserves, de réaliser un équilibre entre le souci de préserver l'objet et le but du traité et celui d'attirer le plus grand nombre possible d'États parties.

20. Les arguments et les exemples fournis par le Rapporteur spécial justifient pleinement le libellé du projet de directive 1.1.8, relatif aux réserves formulées en vertu de clauses d'exclusion, qu'il propose au paragraphe 167.

21. M. Baena Soares partage l'opinion du Rapporteur spécial, exprimée au paragraphe 168, sur les « réserves négociées », à savoir qu'il serait injustifié de leur consacrer un projet de directive. Il est du même avis en ce qui concerne le projet de directive figurant au paragraphe 177 : ce qui y est dit au sujet des déclarations unilatérales formulées en vertu d'une clause d'exclusion après l'entrée en vigueur du traité pourrait être amplement traité dans le commentaire.

22. Pour ce qui est du document de travail sur les réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme établi par Mme Françoise Hampson à l'intention de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme⁴, M. Baena Soares est favorable à la promotion du dialogue sur un sujet qui intéresse les deux organes, pourvu que leurs travaux soient complémentaires et qu'il n'y ait pas d'empiètement sur le mandat de la Commission. L'information mutuelle et la coordination sont indispensables, non seulement en l'occurrence, mais encore dans tous les cas où d'autres institutions internationales, et en particulier les organes de contrôle de l'application des traités des Nations Unies, s'occupent de questions qui font partie du programme de travail de la Commission.

23. M. DUGARD suggère que le Rapporteur spécial précise la distinction entre les clauses limitatives et les *clawback clauses* évoquées dans la première note relative au paragraphe 83 du rapport. Le fait que les réserves puissent servir à restreindre les obligations imposées par les traités multilatéraux en matière de droits de l'homme est extrêmement préoccupant, et c'est le sujet du document de travail de Mme Hampson. Cela dit, comme le Rapporteur spécial l'a justement signalé, il est également possible de restreindre ces obligations par des clauses inscrites dans les traités relatifs aux droits de l'homme eux-mêmes. On parle à leur propos soit de « clause limitative », soit de *clawback clauses*. Dans cette note, le Rapporteur spécial a tendance à les confondre. Dans le cas d'une clause limitative, un organe de contrôle décide si une partie à un traité est en droit de restreindre les obligations que celui-ci impose pour des raisons de santé publique, de sécurité nationale, de moralité et ainsi de suite. Quant à la *claw-*

back clause, elle a été correctement définie, non pas par Rosalyn Higgins⁵ mais par Gittleman, comme une disposition donnant à un État le droit de réduire les droits accordés dans la mesure permise par le droit interne⁶. On trouve un exemple d'une telle clause, qui est fondamentalement différente d'une clause de limitation, dans l'article 6 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, où il est dit que « Nul ne peut être privé de la liberté sauf pour des motifs et dans des conditions préalablement déterminés par la loi ». C'est là une restriction très grave, parce qu'elle permet à l'État de décider lui-même s'il est lié par les obligations résultant du traité.

24. Vu le rôle important que les réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme jouent à présent dans le débat de la Commission, M. Baena Soares pense qu'il faudrait prêter plus d'attention à ces questions. C'est pourquoi il importe de retenir le projet de directive 1.7.3, qui indique que les clauses restrictives et les *clawback clauses* ne sont pas des réserves.

25. M. PELLET (Rapporteur spécial), pour résumer le débat, commencera par un certain nombre de remarques générales.

26. M. Kateka et, dans une certaine mesure, M. Lukas-huk ont affirmé que la Commission n'avait jamais pris position sur la forme finale du projet. À strictement parler, c'est vrai. Le Rapporteur spécial n'a jamais voulu lui forcer la main pour qu'elle prenne une décision formelle sur le produit final, mais il n'a jamais caché sa préférence pour un instrument de codification souple qui puisse servir de référence aux États dans leur pratique en matière de réserves. C'est ce qu'il voulait dire par un guide de la pratique. Il a toujours interprété de cette manière la décision prise par la Commission à sa quarante-septième session⁷. Il n'est pas impossible qu'un projet de protocole puisse être tiré du Guide de la pratique, encore que personnellement il ne soit pas favorable à cette solution, mais, sous leur forme actuelle, les projets de directives ne se prêtent pas à l'insertion dans un traité. Le projet demanderait à être passablement revu s'il devait déboucher sur un traité. Le rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante et unième session est très clair en ce qui concerne la forme que le Guide revêtira⁸.

27. Cela amène le Rapporteur spécial à une question, soulevée par M. Elaraby, et en partie par M. Kabatsi, qui concerne le degré de détail. Vu la nature de l'exercice, la Commission est obligée d'aller plus loin dans le détail que pour un projet de convention. Après tout, il y a déjà des conventions en vigueur, et avant tout la Convention de Vienne de 1969, qui renferment des dispositions relatives aux réserves. Le but du Rapporteur spécial est de préciser les choses, ce qui oblige nécessairement à entrer dans les détails. Quelques projets de directives ne font que reprendre ce qui est déjà dit dans la Convention, et cela paraît indispensable à des fins pratiques pour que les États dis-

⁵ Voir 2632^e séance, note 9.

⁶ R. Gittleman, "The African Charter on Human and Peoples' Rights: A legal analysis", *Virginia Journal of International Law*, vol. 22, n^o 4, été 1982, p. 667, en particulier p. 691.

⁷ Voir *Annuaire... 1995*, vol. II (2^e partie), doc. A/50/10, par. 487, al. b, p. 113.

⁸ *Annuaire... 1999*, vol. II (2^e partie), doc. A/54/10, par. 457, p. 94.

⁴ Ibid., note 19.

posent, avec le Guide, d'un panorama complet du droit applicable aux réserves. Mais il ne rimerait à rien d'en rester au même degré de généralité que la Convention. On se trouve ici dans un cas de figure très particulier : la Commission n'est jamais revenue à un sujet qu'elle avait déjà traité pour le préciser davantage. Les travaux préparatoires de la Convention avaient déjà beaucoup développé la réflexion sur les réserves. Le Rapporteur spécial tâche simplement de la développer encore un peu plus. Autrement, l'exercice ne présenterait, semble-t-il, strictement aucun intérêt.

28. D'autre part, on a soulevé la question de la coopération avec les organes qui s'occupent de droits de l'homme. La Commission des droits de l'homme n'ayant pas confirmé la décision de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme de nommer Mme Hampson rapporteur spécial⁹, cela pose un problème. Le Rapporteur spécial a l'intention de lui demander si tous deux pourraient convenir d'un certain nombre de questions à discuter, tout en ayant quelques doutes sur sa qualité officielle.

29. En ce qui concerne l'état des travaux sur le sujet, il fournira d'autres documents dans la seconde partie de la session. La matière s'est révélée beaucoup plus compliquée qu'il ne l'avait imaginé au départ. Il espérait être en mesure à la cinquante-troisième session, en 2001, de présenter un rapport complet sur la licéité des réserves, mais il est hors de question pour lui d'exposer l'année suivante la question des effets des réserves licites ou de la succession d'États. En d'autres termes, le sujet a pris deux ans de retard, et il ne sera pas possible de rattraper le temps perdu. Il n'est pas inutile de noter que certains des problèmes posés par le droit des réserves aux traités, et en particulier la question de l'interprétation des réserves aux traités, ne figuraient pas dans la liste présentée dans son premier rapport¹⁰. Le Rapporteur spécial devra trouver un moyen de faire une place à cette question, peut-être dans le chapitre consacré aux effets des réserves.

30. Un certain nombre de membres ont l'impression que le Rapporteur spécial est hostile aux réserves, tandis que d'autres pensent qu'il en est fermement partisan. Or, en fait, il est d'une neutralité totale sur la question. Les réserves représentent une avancée du droit international, parce qu'elles permettent aux États d'adhérer à un traité dans son ensemble tout en conservant une certaine liberté d'action. À ce propos, le Rapporteur spécial n'est pas de l'avis de M. Kamto : la Commission n'a pas à préserver l'intégrité des traités; par contre, il lui appartient de favoriser des solutions raisonnables de façon que le droit des réserves fonctionne le mieux possible sans porter atteinte à l'essentiel d'un traité.

31. MM. Lukashuk, Pambou-Tchivounda et Rosenstock ont mal interprété ses propositions, qui toutes, sauf le projet de directive 1.1.8, visent à en finir avec des problèmes qui intriguent, des « choses » qui ressemblent à des réserves. Certains de ces objets mal identifiés en droit international sont des déclarations unilatérales qui auraient pu

être traitées dans la section « fourre-tout » des années précédentes. Le Rapporteur spécial s'est abstenu de le faire parce qu'il avait en tête l'idée des clauses facultatives (*opting-in*) et d'exclusion (*opting-out*) et qu'il était difficile de les séparer. En vertu de ces deux types de clauses, les États font des déclarations unilatérales. À ses yeux, si ces déclarations unilatérales sont des réserves, il fallait les placer dans la section 1.1 du projet, d'où le projet de directive 1.1.8. Dans le cas contraire, il fallait les mettre dans la section « fourre-tout », c'est-à-dire la section 1.4. Mais il restait des procédés qui ne pouvaient pas être entièrement écartés du Guide de la pratique et qui ne sont pas des déclarations unilatérales. L'un d'eux au moins ressemble énormément aux réserves, c'est celui des réserves bilatéralisées (projet de directive 1.7.4). En fait, les réserves bilatéralisées sont des accords, et il faut s'en occuper à un endroit ou un autre dans le Guide. Le Rapporteur spécial ne croit pas un instant que les futurs utilisateurs du Guide se reporteront systématiquement au commentaire, pas plus que les utilisateurs actuels de la Convention de Vienne de 1969 ne se reportent systématiquement au commentaire de 1966 de la Commission¹¹. Aussi le Rapporteur spécial est-il opposé à ce que l'on renvoie tout au commentaire.

32. L'autre raison de l'élaboration du projet de directive 1.7.3 relatif aux clauses restrictives est que ces clauses, qui visent à limiter la portée du traité, sont comprises dans le traité et ne sont donc de toute évidence pas des réserves, mais elles ont été dénommées réserves dans le passé, par exemple par Fitzmaurice, Scelle et Zoricic. L'usage terminologique actuel demeure très ambigu; des termes comme « réserves de compétence nationale » ou « de non-arbitrabilité » continuent à être employés, et c'est pourquoi le Rapporteur spécial a prévu un projet de directive spécial 1.7.3. C'est ce qui l'a amené à faire une distinction entre les clauses restrictives et les réserves bilatéralisées, qui sont de simples illustrations du projet de directive 1.7.2. À l'intention de M. Gaja, il tient à redire que ces « animaux bizarres » dont il a parlé sont simplement des clauses restrictives relevant uniquement du projet de directive 1.7.3, lequel est un développement du premier alinéa du projet de directive 1.7.2. Le Rapporteur spécial tient à rassurer les membres à ce sujet : les projets de directives dont la numérotation commence par 1.4 et 1.7 sont destinés à débarrasser la Commission de tout cela, une fois pour toutes. Dans la partie de son cinquième rapport qui sera abordée dans la seconde partie de la session, les membres verront qu'il est parfois nécessaire de revenir à ces alternatives. À titre d'exemple, un État ne saurait utiliser une alternative pour revenir sur l'interdiction d'une réserve tardive. Partant, la définition de ces alternatives sera utile ultérieurement. La partie suivante du rapport comprend un projet de directive disant qu'un État ne peut pas, par le biais de certaines alternatives aux réserves ou de l'interprétation de réserves antérieures, revenir sur la règle en vertu de laquelle une réserve ne peut pas être faite après qu'a été exprimé le consentement définitif à être lié. Cela prouve que les projets d'alternatives aux réserves ne sont pas sans intérêt, car ils seront utiles plus tard.

⁹ Voir *Documents officiels du Conseil économique et social, 2000, Supplément n° 3 (E/2000/23)*, chap. II, sect. B, décision 2000/108, et chap. XVII, par. 467 et 468.

¹⁰ Voir 2632^e séance, note 6.

¹¹ *Annuaire... 1966*, vol. II, p. 203 et suiv.

33. À propos des observations de MM. Rosenstock et Simma, le Rapporteur spécial dit que, selon l'alinéa *b* de l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969, les clauses de réserves doivent exclure toutes les réserves autres que celles qui sont permises. Il est très courant qu'un traité précise que certaines réserves sont permises et toute autre interdite, et l'on en trouve de nombreux exemples parmi les conventions du Conseil de l'Europe. Cette question entre sans aucun doute dans le cadre de l'alinéa *b* de l'article 19. M. Rosenstock semble penser qu'il est possible de formuler des objections à ces réserves. Le Rapporteur spécial n'est pas de cet avis. Bien que ce ne soit pas expressément précisé à l'article 20 de la Convention, dès lors qu'une réserve est expressément autorisée par un traité, elle ne peut plus faire l'objet d'objections. Ce point deviendra sans doute plus clair lorsque le Rapporteur spécial en viendra à la question des objections aux réserves.

34. Pour répondre à une question de M. Hafner, le Rapporteur spécial dit qu'il n'exclut ni les réserves *ratione personae*, ni les réserves *ratione temporis*. Il est cependant un peu ébranlé; il pensait au départ que les réserves de non-reconnaissance excluant l'application à une entité non reconnue étaient des réserves, mais M. Hafner a dit que non, et sa proposition a été modifiée en conséquence; aussi ne sait-il plus trop que penser à présent.

35. M. Simma a voulu introduire une distinction entre les clauses d'exclusion en disant que des déclarations unilatérales faites en vertu d'une clause d'exclusion portant sur le fond seraient des réserves, alors que des déclarations unilatérales faites en vertu d'une clause d'exclusion portant sur la procédure n'en seraient pas. Le Rapporteur spécial a du mal à le suivre. On peut faire la distinction, mais pourquoi conclure par l'affirmative dans un cas et par la négative dans l'autre? Quelle est la logique de cette proposition? Il n'a rien contre les compromis, à condition qu'ils aient une base logique.

36. Pour finir, la seule opposition réelle suscitée par ses propositions visait le projet de directive 1.1.8, mais le Rapporteur spécial n'a pas encore entendu d'objection décisive, et il ne voit pas comment la Commission pourrait dire qu'une déclaration unilatérale faite en vertu d'une clause d'exclusion n'est pas une réserve. Certains pourraient arguer que s'il s'agissait de réserves, elles seraient sans doute soumises à certains égards à un régime juridique particulier; c'est déjà en partie le cas à l'article 20 de la Convention de Vienne de 1969, et il en est d'accord. Néanmoins, aucun membre n'a avancé d'argument convaincant démontrant pourquoi il ne s'agit pas de réserves. Peut-être le Comité de rédaction pourra-t-il atténuer la vigueur du projet de directive 1.1.8.

37. Le PRÉSIDENT note que la Commission a achevé son débat sur le cinquième rapport du Rapporteur spécial. Comme il y a des divergences de vues sur le traitement à réserver à certains des projets de directives, il suggère qu'ils soient tous renvoyés au Comité de rédaction.

38. M. ROSENSTOCK considère que cette décision serait sans préjudice des positions des membres sur l'insertion de telle ou telle directive.

39. Le PRÉSIDENT confirme que l'interprétation de M. Rosenstock est exacte. Sauf objection, il considérera que

la Commission souhaite renvoyer tous les projets de directives au Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

Actes unilatéraux des États (*fin**) [A/CN.4/504, sect. C, A/CN.4/505¹², A/CN.4/511¹³]

[Point 7 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL¹⁴ (*fin**)

40. M. GALICKI, après avoir félicité le Rapporteur spécial de ses efforts pour tenir compte le plus possible des vues divergentes exprimées par les membres de la Commission et de la Sixième Commission, juge regrettable que le troisième rapport (A/CN.4/505) n'ait pas pu rendre compte des réponses au questionnaire adressé aux gouvernements en septembre 1999¹⁵. On ne peut que regretter aussi le nombre relativement réduit de réponses reçues.

41. En ce qui concerne les observations et propositions contenues dans le troisième rapport, la principale différence entre la précédente et la nouvelle définition des actes unilatéraux réside dans la suppression de la condition d'« autonomie » de ces actes. De plus, la condition de « l'intention de contracter des obligations juridiques sur le plan international » a été remplacée par celle de « l'intention de créer des effets juridiques », et la condition de « publicité » de l'acte par la condition que l'État ou l'organisation internationale destinataire ait connaissance de l'acte. Enfin, la notion d'actes unilatéraux « multilatéraux » a été abandonnée, ce qui est un pas en avant dans la bonne direction. M. Galicki approuve la suppression du paragraphe 3 de l'ancien article 4 dans le nouveau texte proposé pour l'article 3; il ne paraît pas approprié dans ce contexte de retenir une formule empruntée à l'article 7 de la Convention de Vienne de 1969. Quant à la décision de supprimer l'ancien article 6, relatif à l'expression du consentement, qui est expliquée au paragraphe 125 du rapport, elle paraît parfaitement acceptable, encore qu'elle laisse de côté la question du silence comme moyen de formuler un acte juridique unilatéral.

42. La démarche adoptée pour reformuler les articles 1 à 7 proposés dans le deuxième rapport¹⁶ pêche en ceci que, dans la quasi-totalité des cas, le Rapporteur spécial s'est senti obligé de se rallier à un seul groupe d'avis exprimés à la Commission et à la Sixième Commission. La difficulté est déjà perceptible avec la définition proposée pour l'acte unilatéral. Il n'y a nulle part, pas plus dans la pratique des États qu'en doctrine, de définition précise et unifiée de l'acte unilatéral, et les décisions de juridictions internationales à ce sujet ne sont pas nombreuses et

* Reprise des débats de la 2630^e séance.

¹² Voir *supra* note 2.

¹³ Ibid.

¹⁴ Pour le texte des projets d'articles figurant dans son troisième rapport, voir 2624^e séance, par. 35.

¹⁵ Voir 2624^e séance, par. 36, et 2628^e séance, par. 11.

¹⁶ Voir 2624^e séance, note 4.

pas particulièrement utiles. Cette situation tient surtout, semble-t-il, à une tendance, qui transparait aussi dans certaines des réponses au questionnaire, à regrouper trop de catégories d'actes différentes sous la même rubrique. Les réponses d'El Salvador et de l'Italie, en particulier, couvrent un éventail trop large pour être d'une quelconque utilité pratique. La vérité, comme le Rapporteur spécial le reconnaît au paragraphe 41 de son troisième rapport, est que les actes unilatéraux peuvent revêtir diverses formes. En conséquence, il paraît absolument nécessaire de prévoir une définition de la portée du projet d'articles, et M. Galicki ne peut approuver la décision du Rapporteur spécial de se contenter de la remplacer par un article prétendant définir l'acte unilatéral. Placée en tête du projet et renfermant une liste exhaustive des actes qui en sont exclus, tels ceux des organisations internationales, les actes plurilatéraux et les actes faits en application de régimes conventionnels, la définition de la portée du projet permettrait finalement de définir plus facilement ce que sont en fait les actes unilatéraux des États.

43. Diverses opinions contradictoires ont été exprimées quant à l'opportunité de conserver la notion d'autonomie dans la définition de l'acte unilatéral. Sans doute le terme « autonomie » n'est-il pas entièrement satisfaisant, mais l'idée de non-dépendance, en tant que caractéristique de l'acte unilatéral, ne mérite pas, aux yeux de M. Galicki, d'être totalement écartée. Ce problème pourrait peut-être lui aussi être réglé par l'insertion d'une disposition appropriée définissant la portée du projet d'articles.

44. Les difficultés liées à la définition de l'acte unilatéral et à la rédaction des articles suivants ne sont pas fortuites. Comme M. Simma l'a signalé (2629^e séance), elles procèdent du fait que, par le biais des actes unilatéraux, les États espèrent s'assurer plus de liberté qu'ils n'en auraient avec les règles plus rigides et solidement établies du droit international des traités. Si telle est bien leur intention – si l'attrait de l'acte unilatéral réside précisément dans sa plus grande souplesse et son moindre formalisme –, il y a lieu de reconsidérer la question de la nécessité et de l'arrière-plan juridique de la codification des règles régissant les actes unilatéraux. De l'avis de M. Galicki, cette question n'a pas encore reçu de réponse définitive.

45. Le questionnaire invitait les gouvernements à indiquer dans quelle mesure il serait possible, selon eux, d'adapter les règles de la Convention de Vienne de 1969, *mutatis mutandis*, aux actes unilatéraux. C'est l'Argentine qui a fourni la réponse la plus pondérée à cette question, en notant que beaucoup des règles de la Convention de Vienne pourraient être ainsi adaptées, mais en mettant aussi en garde contre leur transposition automatique. Les changements apportés à l'ancien article 4 (nouvel article 3), relatif aux personnes autorisées à formuler des actes unilatéraux au nom de l'État, cadrent avec cette approche, et M. Galicki accepte par conséquent l'article.

46. En revanche, il faudra étudier encore de près le nouveau projet d'article 5 pour voir dans quelle mesure les règles existant en matière de nullité des traités sont applicables aux actes unilatéraux. Faudrait-il, par exemple, traiter l'erreur, traditionnellement retenue parmi les causes de nullité d'un traité, de la même façon dans le cas de l'acte unilatéral ? Quant à l'alinéa g, relatif à l'acte unilatéral

contrevenant à une décision du Conseil de sécurité, qui a été introduit dans ce projet, le débat en cours au sein de la Commission montre qu'il demande à être développé plus en détail. En tout état de cause, il faudrait bien préciser que cette disposition ne vise que les décisions prises en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Enfin, l'alinéa h du nouveau projet d'article 5 laisse M. Galicki très sceptique; dans le cadre du paragraphe 1 de l'article 46 de la Convention de Vienne de 1969, l'expression « une règle de son droit interne d'importance fondamentale » a un sens entièrement différent.

47. Pour conclure, tant les projets d'articles que le rapport auraient beaucoup gagné à une analyse approfondie de la pratique des États sur le chapitre des actes unilatéraux. Il serait utile, pour ses travaux à venir, que le Rapporteur spécial poursuive ses recherches en la matière, peut-être avec une assistance extérieure. Bref, M. Galicki ne voit pas d'objection au renvoi des projets d'articles 1 à 4 au Comité de rédaction, mais il estime que le projet d'article 5 exige d'être étudié plus avant, de préférence au sein du Groupe de travail.

48. M. BROWNLIE, tout en saluant les efforts du Rapporteur spécial pour adapter sa démarche initiale aux vues exprimées à la Commission, dit que le principal problème que pose la méthode adoptée jusqu'ici vient de ce que les actes non dépendants ou autonomes ne peuvent pas avoir d'effet juridique en l'absence de réaction de la part des autres États, même si cette réaction se résume au silence. La réaction peut revêtir la forme de l'acceptation – expresse ou tacite – ou du rejet. Autre problème, sur lequel M. Brownlie ne s'étendra pas pour l'instant, il peut y avoir chevauchement avec le cas où le comportement des États constitue un accord informel. L'affaire du *Statut juridique du Groënland oriental*, par exemple, où certains auteurs voient un exemple classique d'acte unilatéral, peut aussi être considérée comme une affaire d'accord informel entre la Norvège et le Danemark, et il se peut que les problèmes de classement de ce genre puissent être réglés par une clause de sauvegarde.

49. L'estoppel lui aussi implique la réaction d'autres États à l'acte unilatéral initial. Dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, par exemple, la Thaïlande a été jugée, de par sa conduite, avoir adopté la frontière tracée sur la carte de l'annexe I. Alors que cet épisode comportait sans nul doute un acte ou un comportement unilatéral de la part de la Thaïlande, la conduite de ce pays a été jugée opposable au Cambodge. En d'autres termes, il y avait un cadre préexistant dans lequel s'inscrivaient les relations entre les deux États.

50. Ces considérations amènent M. Brownlie à une remarque générale sur la définition du sujet, et en particulier la nature du comportement ou facteur générateur. La notion de déclaration a maintenant été écartée, mais l'expression même « actes unilatéraux » est probablement elle aussi trop étroite. Tout dépend de la conduite tant de l'État « générateur » que d'autres États – en d'autres termes, de la relation entre un État et d'autres. La question générale connexe de la preuve de l'intention est une raison de plus de définir le facteur ou la conduite en question en des termes passablement généraux. La notion d'« acte » est trop restrictive. La situation juridique ne

peut pas s'envisager simplement sous l'angle d'un « acte » unique. Le contexte et les antécédents du prétendu « acte unilatéral » ont souvent une portée juridique.

51. Dans cette perspective, les références faites à l'effet du silence impliquent peut-être aussi un déplacement du problème. Ce qu'il y a à évaluer, c'est le silence dans un contexte particulier et par rapport à un certain acte générateur; ce n'est pas le silence en soi ou considéré isolément.

52. De manière générale, le sujet à l'examen et le droit des traités diffèrent en ce que, dans le cas des traités, il existe une ligne de démarcation suffisamment nette entre le comportement générateur – le traité – et l'analyse juridique des conséquences, alors que pour l'acte ou le comportement unilatéral il est souvent très difficile de dissocier l'acte ou le comportement générateur de l'opération de construction des résultats juridiques. Cette observation peut elle aussi être illustrée par l'affaire du *Temple de Préah Vihear*.

53. M. MOMTAZ, après avoir félicité le Rapporteur spécial d'avoir accepté de s'atteler à ce sujet extrêmement complexe, dit que, si bien des pays ont eu du mal à répondre au questionnaire, c'est à cause de la grande diversité des actes unilatéraux et du fait que la pratique des États en la matière n'a encore jamais fait l'objet d'un recensement systématique. À ce propos, il suggère que les États qui n'ont pas encore répondu au questionnaire soient invités à donner davantage d'exemples de leur propre pratique. Il ne fait guère de doute que ces renseignements, surtout de la part d'États destinataires, sont de nature à faciliter grandement au Rapporteur spécial la suite de ses travaux.

54. Sur le fond du troisième rapport, le Rapporteur spécial aurait peut-être pu, dans ses références à la doctrine, faire une plus grande place aux vues des auteurs qui écrivent en français, et à ce propos il mentionne un article de M. Economides¹⁷.

55. L'acte unilatéral est un instrument de la diplomatie du quotidien, qui constitue un utile substitut de l'engagement conventionnel. C'est un instrument irremplaçable pour tourner les obstacles idéologiques et politiques qui bien souvent empêchent des États de s'engager par la conclusion d'un traité. Dans ces conditions, il est tout aussi opportun que judicieux d'identifier les règles coutumières dégagées de la pratique des États et de les préconiser en vue de mieux assurer la stabilité des relations internationales.

56. Les réponses au questionnaire reçues jusqu'ici confirment qu'il existe une relation solide entre les projets d'articles à l'examen et la Convention de Vienne de 1969. Celle-ci pourrait en particulier servir de base aux dispositions relatives à l'interprétation de l'acte unilatéral et à sa validité. En même temps, comme le Rapporteur spécial l'a très justement relevé, il y a une différence de nature entre le traité et l'acte unilatéral. Il est bon de rappeler à ce propos que la CIJ a renoncé, dans l'affaire des *Essais nucléai-*

res, à l'idée que l'acte unilatéral possède un fondement consensuel. Dans ces conditions, sauf sur l'interprétation et la validité de l'acte unilatéral, toute référence à la Convention doit se faire avec beaucoup de précaution et de souplesse. Quant à l'estoppel, M. Momtaz rappelle à la suite de Jacqué que, contrairement à l'acte unilatéral, il a pour trait fondamental le comportement du destinataire. À l'opposé, dans le cas de l'acte unilatéral, le comportement du destinataire n'ajoute rien, sauf exception, à la force obligatoire de l'acte¹⁸. Ce même auteur consacre aussi des développements à la stipulation pour autrui, question qui mérite d'être étudiée plus avant.

57. Le Rapporteur spécial a raison de faire la distinction entre le simple fait juridique et l'acte juridique : le fait juridique international est un fait auquel l'ordre international attache des effets de droit, alors que l'acte juridique ou l'acte unilatéral est une manifestation de volonté d'un sujet de droit, État ou organisation internationale. Pour ce qui est de la définition qu'il donne de l'acte unilatéral au nouveau projet d'article premier, M. Momtaz est tout à fait de son avis, exprimé au paragraphe 36 de son rapport, quant à la validité du critère de l'intention de l'État auteur. À ce propos, il rappelle à nouveau l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire des *Essais nucléaires*, où la Cour insiste sur l'intention de l'auteur de l'acte de se lier.

58. Dans une étude, Charpentier indique que, lorsqu'on parle d'« autonomie » de l'acte ou de l'engagement unilatéral, on sous-entend que sa valeur juridique ne s'apprécie qu'en fonction de l'intention normative de son auteur¹⁹. En d'autres termes, l'auteur d'un acte unilatéral doit avoir l'intention de s'engager et de s'imposer une ligne de conduite obligatoire. Dans les affaires des *Essais nucléaires*, la CIJ a désigné l'autonomie comme une caractéristique importante de l'acte unilatéral, et le Rapporteur spécial le souligne aussi au paragraphe 63 de son rapport. Cette intention de l'auteur de l'acte unilatéral suffit donc pour que l'acte produise des effets juridiques, et le fondement du caractère obligatoire des engagements souscrits dans le cadre de l'acte unilatéral est cette autonomie de la volonté de l'auteur. Le recours à des notions comme l'estoppel et la bonne foi apparaît superflu pour justifier la force obligatoire de l'acte unilatéral.

59. M. Momtaz est d'accord avec le Rapporteur spécial quand celui-ci soutient que l'auteur de l'acte unilatéral ne peut pas imposer d'obligations à un autre État. L'exemple qu'il cite au paragraphe 58, celui de la loi Helms-Burton²⁰, est très judicieux, et l'on pourrait aussi citer la loi D'Amato-Kennedy²¹ dans ce contexte. Comme le Rapporteur spécial le signale, en citant au paragraphe 52 de son rapport une étude de Skubiszewski, un acte unilatéral

¹⁸ Voir J.-P. Jacqué, *Éléments pour une théorie de l'acte juridique en droit international public*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1972.

¹⁹ J. Charpentier, « Engagements unilatéraux et engagements conventionnels : différences et convergences », *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century: Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski*, publié sous la direction de J. Makarczyk, La Haye, Kluwer Law International, 1996, p. 367 à 380, en particulier p. 371.

²⁰ Voir 2629^e séance, note 9.

²¹ *Iran and Libya Sanctions Act of 1996*; voir ILM, vol. XXXV, n° 5, septembre 1996, p. 1274.

¹⁷ C. Economides, « Les actes institutionnels internationaux et les sources du droit international », *Annuaire français de droit international*, vol. 34, 1988, p. 131.

peut activer certains devoirs qui incombent aux États destinataires en vertu du droit international²² – tel est le cas, par exemple, de la déclaration de guerre ou de l'acte par lequel l'État annonce le début d'un conflit armé international, à la suite duquel les États neutres seraient tenus de laisser les navires de guerre de cet État inspecter en haute mer leurs navires de commerce pour s'assurer qu'ils ne transportent pas de contrebande de guerre à destination du territoire ennemi.

60. Pour M. Momtaz, les nouveaux projets d'articles 1 et 2 ne soulèvent pas de difficulté. Sur le projet d'article 3, il souscrit aux remarques de M. Kamto (2630^e séance) et tient à demander à nouveau pourquoi les organes de l'État, et plus particulièrement les organes pléniers et les organes législatifs, ne pourraient pas formuler d'actes unilatéraux. Il songe aux parlements, mais aussi aux organes et aux conseils qui se mettent spontanément en place après une période d'instabilité intérieure et concentrent entre leurs mains la réalité du pouvoir, qu'ils sont en mesure d'exercer effectivement en attendant la mise en place d'institutions permanentes. C'est un rôle que le Conseil de la révolution a joué en République islamique d'Iran après la chute de l'ancien régime, et il a formulé de très nombreux actes unilatéraux pendant la période intérimaire.

61. Au sujet du projet d'article 5, M. Momtaz souscrit à l'idée de M. Economides qu'il devrait être précédé d'une disposition traitant des conditions de validité de l'acte unilatéral. De plus, il faudrait insérer une disposition relative à l'incapacité de l'État auteur de l'acte unilatéral. Tout engagement unilatéral d'un État qui serait incompatible avec le statut objectif de cet État serait à l'évidence dépourvu de toute validité juridique. Si, par exemple, un État neutre formule un acte unilatéral qui est en contradiction avec ses engagements internationaux en matière de neutralité, cet acte ne sera pas valide.

62. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA a été séduit par l'exposé remarquable que M. Momtaz a fait de l'acte unilatéral comme instrument de la diplomatie du quotidien, mais il était moins à l'aise lorsque celui-ci a poursuivi en parlant à son sujet de « substitut d'un engagement conventionnel ». Les deux techniques sont entièrement indépendantes en termes d'efficacité, d'utilité pratique, et même du point de vue de la chronologie. Elles sont concomitantes, mais l'une ne conditionne nullement l'autre, pas plus qu'elle ne la remplace en aucun sens.

63. M. MOMTAZ précise que l'acte unilatéral pourrait être considéré comme un substitut de l'engagement conventionnel lorsque l'environnement politique empêcherait deux États de s'engager par la voie conventionnelle.

64. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial), avant de résumer le débat, tient à remercier les membres de leurs observations. L'importance du sujet a été clairement réaffirmée, et le fait que le recours aux actes unilatéraux est de plus en plus fréquent dans les relations internationales a été généralement reconnu. Certains doutes ont cependant été exprimés, tant au sein de la Commission que dans les réponses des gouvernements au questionnaire, sur la

possibilité de définir des règles communes pour tous les actes unilatéraux. Jusqu'à un certain point, le Rapporteur spécial partage ces doutes. Pourtant, la définition et les règles générales de formulation de l'acte unilatéral figurant dans le rapport s'appliquent à tous les actes unilatéraux des États. Le Rapporteur spécial s'efforcera de classer dans son rapport suivant les règles spécifiques applicables aux divers actes unilatéraux. Il pourrait y avoir une catégorie comprenant les actes par lesquels les États assument des obligations et une autre recouvrant les actes par lesquels les États acquièrent, répudient ou réaffirment un droit. C'est le classement qui a été suggéré par un membre. Comme un autre membre l'a indiqué, une fois les actes classés en catégories, les effets juridiques et toutes les questions relatives à l'application, l'interprétation et la durée des actes par lesquels les États contractent des obligations pourraient être examinés.

65. Les projets d'articles 1 à 4 devraient être renvoyés au Comité de rédaction pour examen à la lumière des observations faites sur chaque article, et le Groupe de travail devrait de son côté poursuivre son étude approfondie du projet d'article 5, y compris l'idée de le faire précéder de dispositions relatives aux conditions de validité.

66. En ce qui concerne le nouvel article premier, quelques membres discernent une évolution entre la démarche restrictive adoptée dans le premier rapport²³ et la formulation actuelle beaucoup plus large. C'était là une transition nécessaire mais, à cause d'elle, il se peut que la réaction des États à cet article soit différente de la position qu'ils ont prise dans le questionnaire. On a laissé entendre que le Rapporteur spécial suivait de trop près la pente des réflexions de la Commission. Naturellement, il a ses propres idées depuis le départ, mais il ne serait pas réaliste de chercher à les imposer. C'est l'effort pour parvenir à un consensus, quelle que soit son opinion personnelle, qui compte. À titre d'exemple, le Rapporteur spécial s'est incliné devant l'opinion majoritaire en supprimant de la définition certains termes qu'il lui avait paru utile de garder.

67. Quelques membres ont parlé d'un risque de tautologie à propos des termes « manifestation de volonté » et « intention » à l'article premier, mais il y a une différence très tranchée entre le premier, qui est la réalisation effective de l'acte, et le second, qui est le sens donné par l'État à l'accomplissement de cet acte. Ils sont complémentaires et devraient tous deux être maintenus.

68. La notion d'« effets juridiques » est plus large que les « obligations », visées dans son premier rapport, qui ne couvrent pas certains actes unilatéraux. Quelques membres l'ont cependant jugée trop générale et ont dit qu'il convenait d'employer l'expression « droits et obligations ». Ce point pourra être examiné par le Comité de rédaction.

69. Le projet d'articles vise la formulation d'actes unilatéraux par les États, mais cela ne signifie pas qu'il soit impossible d'adresser ces actes, non seulement à d'autres États ou à la communauté internationale dans son ensemble, mais encore à des organisations internationales. D'où

²² K. Skubiszewski, « Les actes unilatéraux des États », *Droit international : bilan et perspectives*, t. 1, publié sous la direction de M. Bedjaoui, Paris, Pedone, 1991, p. 246 et 247.

²³ Voir 2624^e séance, note 6.

la question qui a été posée de savoir pourquoi ils ne pourraient pas être destinés à d'autres entités. Elle est intéressante, encore que le Rapporteur spécial s'inquiète quelque peu de la tendance que l'on observe dans tout le système des Nations Unies, et non pas seulement au sein de la Commission, à introduire dans les relations internationales des entités autres que les États. En réalité, le régime de la responsabilité s'applique aux seuls États, et il n'est peut-être pas indiqué que des entités autres que les États et les organisations internationales jouissent de certains droits en vertu des obligations contractées par un État. Ce point pourra être examiné par le Groupe de travail au cours de la seconde partie de la session.

70. Bien qu'une majorité de membres aient suggéré la suppression du terme « non équivoque », le Rapporteur spécial persiste à penser qu'il est utile et devrait être maintenu, ne serait-ce que dans le commentaire, pour expliquer la clarté avec laquelle la volonté doit être manifestée.

71. La formule « dont ... ont connaissance », préférée à la précédente mention de la publicité, est plus large et plus appropriée mais elle a été contestée au motif qu'il est difficile de déterminer à quel moment un État a connaissance de quelque chose. Selon une suggestion, le texte définitif de la disposition contenant cette formule devrait être remplacé par un libellé emprunté à la Convention de Vienne de 1969 pour indiquer que l'acte est régi par le droit international.

72. Quelques membres ont évoqué la possibilité de réinsérer un article relatif à la portée du projet, comme le Rapporteur spécial le proposait dans son deuxième rapport, et si la majorité des membres en est d'accord cet article devra être élaboré par le Comité de rédaction en parfaite conformité avec l'article premier, sur la définition de l'acte unilatéral. Il a aussi été suggéré de réincorporer la clause de sauvegarde de l'ancien article 3, qui visait à empêcher l'exclusion d'autres actes unilatéraux. Le Rapporteur spécial pense cependant que la définition actuelle de l'acte unilatéral est suffisamment large.

73. Le nouvel article 2 n'a fait l'objet d'aucune critique sur le fond. Le paragraphe 2 du nouvel article 3 constitue une innovation, qui marque un certain développement progressif du droit international en ce qu'il retient la possibilité pour une personne autre que le chef de l'État, le chef du gouvernement ou le ministre des affaires étrangères d'être considérée comme habilitée à agir au nom de l'État. Cette disposition paraît avoir été généralement acceptée, mais le Comité de rédaction pourrait se pencher sur les questions qui ont été soulevées à propos des formules « la pratique des États intéressés » et « d'autres circonstances ».

74. Dans le nouvel article 4, l'emploi du mot « explicitement » rend cette disposition plus restrictive que son équivalent dans la Convention de Vienne de 1969. Il a donné lieu à quelques commentaires, la majorité des membres étant favorable à un réalignement sur cet instrument. C'est aussi là un point qui pourrait être examiné par le Groupe de travail.

75. Le nouvel article 5 sera examiné à fond par le Groupe de travail. Un membre a fait la très intéressante suggestion de ne pas s'en tenir, à l'alinéa g de cet article, à

la simple mention d'une décision du Conseil de sécurité et de préciser qu'il s'agit d'une décision prise en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. L'omission de cette précision était délibérée de la part du Rapporteur spécial, parce qu'ainsi le paragraphe couvre aussi les décisions que le Conseil prend lorsqu'il établit des commissions d'enquête en vertu du Chapitre VI de la Charte. Cela également peut être discuté. Un membre a évoqué la nécessité d'indiquer qui peut invoquer la nullité d'un acte et donc de distinguer les diverses causes de nullité.

76. L'estoppel et le silence ont donné lieu à un certain nombre de commentaires. S'il n'y a sans doute guère de raison de les faire figurer dans les textes relatifs à la formulation de l'acte unilatéral, le Rapporteur spécial pense qu'ils doivent en revanche être traités dans le contexte du comportement de l'État et par conséquent trouver place dans la partie consacrée aux effets juridiques de l'acte unilatéral.

77. Sans entrer dans les détails au sujet des questions qui seront traitées dans son rapport suivant, le Rapporteur spécial tient à dire que le Groupe de travail a attentivement examiné les déclarations unilatérales dans lesquelles les États offrent des garanties négatives de sécurité, et dont certaines sont considérées par certains États comme des actes juridiques et par d'autres comme des actes politiques. Beaucoup de ces actes laissent certes des traces écrites, mais il est difficile de savoir comment les États les interprètent. La pratique des États est par conséquent difficile à analyser. On a dit qu'elle n'avait pas été suffisamment recensée et cataloguée, et un effort sera fait dans ce sens afin qu'elle puisse servir de référence dans le rapport suivant.

78. M. GOCO, notant qu'une dizaine d'États ont répondu au questionnaire et que ces réponses aideront à affiner les travaux sur le sujet, demande si l'on peut y discerner un profil général.

79. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial) dit que certaines des réponses critiquaient le traitement du sujet. Cela tient au stade où en est actuellement son examen; à mesure que l'étude du sujet avancera, les États le trouveront peut-être plus facile à accepter. Dans leurs réponses, certains États, parce que ces actes correspondent à leur propre pratique, en reconnaissent l'existence. D'autres réponses, plus doctrinales et plus théoriques, évoquaient les diverses catégories d'acte unilatéral. En tout cas, ces réponses ont été très utiles, et il sera tenu compte de la suggestion de présenter un additif aux commentaires.

80. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que la Commission accepte la proposition du Rapporteur spécial.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 13 h 5.

2634^e SÉANCE

Jeudi 8 juin 2000, à 10 h 5

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma.

Responsabilité des États¹ (suite*) [A/CN.4/504, sect. A, A/CN.4/507 et Add.1 à 4², A/CN.4/L.600]

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à reprendre l'examen du sujet de la responsabilité des États sur la base de la section B du chapitre premier du troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/507 et Add.1 à 4).

2. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) indique que, conformément à l'approche approuvée par la Commission, le chapitre II de la deuxième partie du projet d'articles traite des différentes formes que peut prendre la réparation du point de vue des obligations de l'État qui a commis le fait internationalement illicite. Dans le texte adopté en première lecture, outre les assurances et garanties de non-répétition, trois formes de réparation étaient prévues, à savoir la restitution en nature, l'indemnisation et la satisfaction. En outre, le Rapporteur spécial a estimé que les dispositions du paragraphe 2 de l'article 42 adoptées en première lecture relatives à la faute contributive et l'atténuation de la responsabilité avaient leur place dans le chapitre II plutôt que dans le chapitre premier, puisqu'il s'agit de restrictions aux formes de la réparation. Par ailleurs, dans son deuxième rapport, le rapporteur spécial de l'époque, M. Arangio Ruiz, avait proposé un article distinct sur les intérêts³ qui avait été vivement critiqué et finalement abandonné parce qu'il était axé sur des éléments non essentiels plutôt que sur les intérêts proprement dits. Il ressort du débat qui a eu lieu à l'époque que la plupart des membres de la Commission admettaient l'existence d'un principe général en faveur du paiement d'intérêts et que si

une disposition appropriée avait été présentée à l'époque à la Commission, celle-ci l'aurait adoptée. C'est pourquoi le Rapporteur spécial propose un nouvel article sur les intérêts. Dans le même temps, il a supprimé, dans le nouvel article 44 qu'il propose, la référence aux intérêts.

3. S'agissant des articles 42 et 43, aucun État n'a proposé de supprimer de dispositions de ces articles. Il y a certes eu des critiques quant à leur libellé, en particulier en ce qui concerne les exceptions figurant à l'article 43, et les États ont aussi demandé que les dispositions relatives à certaines questions comme l'indemnisation soient plus détaillées, mais ils ont souscrit à l'idée que la restitution, l'indemnisation et la satisfaction constituaient trois formes distinctes de réparation et ont d'une manière générale souscrit à la position adoptée en première lecture quant à la relation qui les unissent. Le Rapporteur spécial dit qu'il s'est toutefois penché sur la question de cette relation dans son troisième rapport, et notamment sur celle de la relation entre restitution et indemnisation, parce qu'elle demeure controversée en doctrine.

4. L'article 43 adopté en première lecture posait le principe de la priorité de la restitution en nature et prévoyait quatre exceptions. La restitution est considérée comme la première forme de réparation, et l'indemnisation comme une forme supplétive à utiliser dans la mesure où la restitution ne réparerait pas intégralement le préjudice. Le Rapporteur spécial indique incidemment qu'il a préféré utiliser *restitution* à *restitution in kind* dans le texte anglais, afin d'éviter tout malentendu, mais qu'il ne s'opposera pas bien entendu à ce que l'on continue de parler de « restitution en nature » dans le texte français. En effet, compte tenu du contexte de la teneur de l'article 43, il n'y a pas de confusion possible quant à la notion.

5. Sur le fond, la relation entre la restitution et la cessation constitue un problème complexe, celui du contenu de l'obligation de restitution dans les cas où l'obligation primaire n'est plus en vigueur. Ce problème s'est posé dans plusieurs affaires récentes. Ainsi, dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, la restitution n'avait pas d'objet si l'obligation sous-jacente n'était pas maintenue en vigueur. Par contre, dans l'affaire du *Grand-Belt*, le problème de la restitution se posait dans le contexte d'une obligation continue de respecter la liberté de passage par le Grand-Belt, de telle manière que s'il y avait eu entrave illicite à ce passage – ce point était bien entendu en litige – la restitution aurait été importante. La relation entre cessation et réparation est traitée au chapitre premier, et cette question se prête à l'analyse théorique mais n'a pas à être mentionnée dans le projet d'article, même si elle pourrait faire l'objet de développements dans le commentaire. La relation entre restitution et indemnisation est par contre plus importante en ce qui concerne le libellé. M. Arangio Ruiz a défendu avec force l'idée que la restitution était la forme de réparation par excellence et que les autres formes de réparation n'en étaient que des substituts dans les cas où elle n'était pas possible. Le problème que soulève cette position est que, dans la grande majorité des cas, la forme de réparation effectivement utilisée est l'indemnisation. Quoi qu'il en soit du point de vue théorique, les affaires individuelles ne peuvent être résolues qu'en tenant compte des circonstances propres à l'espèce et en particulier des règles primaires, car souvent l'État qui demande

* Reprise des débats de la 2623^e séance.

¹ Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire...* 1996, vol. II (2^e partie), chap. III, sect. D, p. 62.

² Reproduit dans *Annuaire...* 2000, vol. II (1^{re} partie).

³ Voir 2616^e séance, note 5.

la restitution cherche à obtenir ce faisant quelque chose auquel il n'avait peut-être pas droit. Ainsi, dans le cas du Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran, les États-Unis avaient l'obligation de mettre fin à certaines instances judiciaires mais non de prévoir que de nouvelles instances ne puissent être engagées ultérieurement grâce à un autre amendement de sa législation. C'est ainsi également qu'un État tenu d'effectuer une étude d'impact sur l'environnement ou de procéder à une notification avant d'engager une activité peut ne pas le faire, mais a néanmoins parfaitement le droit d'exercer l'activité en question. Le lien entre la violation et ce que l'on veut obtenir par la restitution est dans de tels cas indirect et contingent et cela affecte l'analyse à laquelle doit se livrer la juridiction saisie. Les réserves suscitées par la priorité accordée à la restitution procèdent de la crainte que l'on demande aux États de « défaire » tout ce qu'ils ont fait dans le cadre d'une activité licite en invoquant une violation incidente de droit international. Pour le Rapporteur spécial, les problèmes que posent de telles situations peuvent être résolus sans nier la priorité de la restitution. Dans le cadre des relations d'État à État, la restitution reste la première forme de réparation, en particulier lorsqu'elle est associée à une obligation continue, et il faut le faire ressortir clairement dans l'article 43 et dans le commentaire, car à défaut les États pourraient, en offrant de payer, se soustraire à l'exécution de leurs obligations internationales. La confusion qui règne en doctrine à ce sujet a pour le Rapporteur spécial son origine dans une tendance à mélanger la restitution dans les relations d'État à État et la question de la restitution en cas d'expropriation. En matière d'expropriation, l'État d'accueil a en effet un droit de domaine éminent sur son territoire et ses ressources, et cela affecte l'application du principe de la restitution. La seule décision favorable à une restitution intégrale dans ce contexte est la sentence rendue dans l'affaire *Texaco* et elle a été vivement critiquée; en pratique, elle signifie qu'une indemnisation d'un montant supérieur doit être versée. Pour le Rapporteur spécial, ces questions peuvent être laissées de côté parce qu'elles ont trait au contenu de l'obligation primaire de fond dans le domaine de l'expropriation et touchent à la relation entre investisseurs et États importateurs de capitaux; elles ne concernent pas la responsabilité telle que celle-ci est envisagée dans la deuxième partie du projet d'articles, et ne justifient pas que l'on module la position adoptée en première lecture, à savoir que la restitution est le mode de réparation prioritaire.

6. Les exceptions à la restitution énumérées aux alinéas *a* à *d* de l'article 43 adopté en première lecture ont été critiquées par les gouvernements au motif qu'elles vidaient de son contenu la règle énoncée dans le chapeau de cet article. Sur ces quatre exceptions, le Rapporteur spécial propose d'en supprimer deux.

7. La première exception, l'impossibilité matérielle, qui fait l'objet de l'alinéa *a*, est universellement acceptée : même le droit international ne demande pas l'impossible, et cet alinéa a été considéré comme satisfaisant.

8. La deuxième exception, à savoir le cas où la restitution entraînerait la violation d'une obligation découlant d'une norme impérative de droit international général (al. *b*), a été critiquée pour diverses raisons. C'est ainsi qu'à l'époque où elle a formulé ses observations, la France

n'acceptait pas la notion de norme impérative⁴. Néanmoins, la critique la plus pertinente était qu'il était pratiquement impossible d'imaginer une situation dans laquelle la restitution entraînerait la violation d'une obligation découlant d'une norme impérative de droit international général, en particulier lorsque la restitution est envisagée dans sa relation avec la cessation et avec une obligation qui demeure en vigueur. Pour le Rapporteur spécial, les circonstances excluant l'illicéité prévues au chapitre V de la première partie s'appliquent à la deuxième partie et une de ces circonstances a trait au respect des normes impératives. De ce fait, même s'il peut exister une situation telle que celle prévue à l'alinéa *b* de l'article 43, elle serait couverte par les dispositions du chapitre V. C'est pourquoi le Rapporteur spécial propose de supprimer cet alinéa *b*.

9. La troisième exception, le cas où la restitution imposerait une charge hors de toute proportion avec l'avantage que l'État lésé gagnerait en obtenant la restitution en nature plutôt que l'indemnisation, procède d'un principe raisonnable consacré dans les systèmes juridiques nationaux. En effet, lorsque le rétablissement du *statu quo ante*, bien qu'il soit possible, serait si onéreux et si lourd de conséquences qu'il serait hors de proportion avec l'avantage qui en découlerait pour la partie lésée, il est légitime d'écarter la restitution et d'autoriser l'indemnisation, qui doit bien entendu être intégrale. D'une manière générale, de telles situations ne concernent pas les faits illicites continus. M. Brownlie a souvent insisté sur le fait que le principe en cause devait être appliqué dans le contexte de l'obligation primaire et compte tenu de la manière dont celle-ci opérait dans le cas d'espèce. Le Rapporteur spécial estime qu'il faut conserver l'alinéa *c*, et il propose en ce qui le concerne un libellé très proche du texte adopté en première lecture.

10. La quatrième exception a trait au cas dans lequel la restitution menacerait sérieusement l'indépendance politique ou la stabilité économique de l'État auteur du fait illicite alors que l'État lésé ne serait pas affecté dans la même mesure s'il n'obtenait pas la restitution en nature. Les controverses ont été nombreuses au sujet des mots « alors que » qui ne figurent pas dans la rédaction initiale de M. Arangio Ruiz, qui mettait essentiellement l'accent sur la situation de l'État auteur. Dans certaines situations, c'est pourtant l'existence même de l'État lésé qui est en jeu. Cet alinéa est certainement la disposition des articles à l'examen qui a été la plus critiquée. Selon la majorité des États, la situation qu'il envisage n'a jamais existé et il est donc irréaliste, et son libellé est si large et vague qu'on voit mal de toute façon à quelles situations il s'appliquerait. Pour le Rapporteur spécial, la situation qu'il prévoit est de toute manière couverte par l'alinéa *c*, et il propose donc de supprimer cet alinéa *d*. Il indique que le libellé qu'il propose pour l'ensemble de l'article sur la restitution figure au paragraphe 146 du rapport et est reproduit à la fin de ce dernier. Il reprend pour l'essentiel la disposition adoptée en première lecture moyennant quelques simplifications d'ordre rédactionnel et la suppression des alinéas *b* et *d*.

⁴ Voir *Annuaire... 1998*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/488 et Add.1 à 3.

11. Le projet d'article 44 tel qu'adopté en première lecture comportait deux paragraphes. Le premier complète la réparation en ce qui concerne le préjudice matériel, le préjudice moral devant, lui, être réparé par la satisfaction. Dans le deuxième paragraphe, la Commission s'efforçait de définir l'indemnisation, mais ce paragraphe contient de vagues références aux intérêts et au manque à gagner en des termes qui ne donnent aucune indication concrète et donnent à penser qu'il s'agit d'éléments facultatifs. Laisant de côté la question des intérêts, au sujet desquels il propose un article distinct, le Rapporteur spécial estime qu'il n'est pas douteux que l'indemnisation doit couvrir tout dommage susceptible d'évaluation économique subi par l'État lésé et que cette formulation a sa place au paragraphe premier. L'essentiel du débat sur ce projet d'article portait sur le point de savoir si l'énoncé relativement simple de principes généraux figurant au paragraphe 1 complétés par certains éléments du paragraphe 2 devaient être conservés ou si une définition plus détaillée de l'indemnisation était nécessaire. Pour certains États et aussi pour certains membres de la Commission, cette disposition était trop succincte; la fixation du montant de l'indemnisation posait en effet beaucoup de problèmes, la pratique en la matière était abondante et la Commission devait développer cette notion. Comparé aux projets d'articles 43 et 45, le projet d'article 44 était trop succinct.

12. Pour le Rapporteur spécial, il convient de se montrer prudent avant d'essayer d'élaborer des principes plus détaillés sur l'indemnisation. On a tenté de le faire ces dernières années dans le domaine de l'indemnisation en cas d'expropriation et l'OCDE s'y est efforcée dans le cadre plus général de ses travaux sur la protection des investissements. La difficulté en matière d'expropriation tient au contenu de la règle primaire exigeant une indemnisation. D'une manière générale, les États ont le droit d'exproprier des biens appartenant à des étrangers dès lors qu'ils agissent à des fins d'intérêt général et de manière non discriminatoire. Il n'y a en la matière de violation que lorsque l'État refuse de verser une indemnisation quand il y est tenu en vertu du droit international et conformément à celui-ci. Des questions peuvent alors se poser, mais pas au stade de la fixation du montant de l'indemnisation. Cette distinction importante a été énoncée dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* et elle est toujours valide. La Commission doit s'abstenir d'énoncer le contenu d'une règle primaire spécifique ou de développer la distinction entre expropriation licite et expropriation illicite. Si telle est son intention, elle doit le faire dans le cadre du sujet de la protection diplomatique.

13. La deuxième raison pour laquelle il faut être prudent est que l'indemnisation est une notion extrêmement dynamique. Les cours des droits de l'homme ont en effet commencé avec des objectifs très modestes en la matière et les indemnisations allouées par exemple par la Cour européenne des droits de l'homme ont été dans un premier temps très faibles. Tout récemment, aussi bien la Cour européenne des droits de l'homme que la Cour interaméricaine des droits de l'homme sont devenues plus audacieuses en matière d'indemnisation et le Rapporteur spécial indique qu'au paragraphe 157 de son rapport il cite la décision majeure rendue par chacune de ces juridictions, qui ont toutes deux été influencées par l'arrêt rendu dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* et les travaux de la Com-

mission sur la responsabilité des États. Pour ces raisons, une formulation assez générale semble justifiée et, si des indications supplémentaires sont jugées nécessaires, elles peuvent figurer dans le commentaire sous une forme qui ne fige pas le droit en la matière.

14. Quant aux limitations à l'indemnisation, les arguments avancés en faveur du paragraphe 3 de l'article 42 adopté en première lecture, la clause relative aux « moyens de subsistance », sont plus persuasifs en ce qui concerne l'indemnisation car il peut arriver qu'un État cause dans un autre État un dommage catastrophique qui n'était pas prévisible lorsque le fait illicite a été commis. Les systèmes juridiques internes règlent la question de diverses manières, et tout d'abord en faisant appel à la notion de cause directe, dont la Commission a admis qu'elle devait être consacrée dans les projets d'articles sur la réparation et sur l'indemnisation en particulier. Certains faits sont en effet trop éloignés du dommage pour donner lieu à une indemnisation. Deuxièmement, les systèmes juridiques nationaux prennent en considération les types de dommages couverts par la règle primaire et, troisièmement, ils instituent des limitations de responsabilité dans les régimes applicables à certaines activités. Pour le Rapporteur spécial, que l'on choisisse ou non l'approche vigoureuse envisagée au paragraphe 163 de son rapport, il semble que la question doive être réglée au cas par cas soit par le tribunal saisi soit par les États eux-mêmes dans leur législation.

15. Revenant à la question du manque à gagner, le Rapporteur spécial indique que le fait de mentionner le concept dans le corps de l'article sans plus de précision reviendrait à agiter le chiffon rouge. Aussi propose-t-il, au paragraphe 165, une version simplifiée de l'article 44, étant entendu qu'il pourrait être expliqué dans le commentaire que le manque à gagner peut dans certaines circonstances donner lieu à indemnisation : cela dépendra du contenu de la règle primaire en cause et des faits de l'espèce. Si la Commission souhaite sur la question de l'indemnisation une disposition plus élaborée, le Rapporteur spécial se pliera volontiers à ce souhait, mais non sans instructions très précises.

16. M. BROWNLIE fait observer que la Commission a encore énormément à faire pour venir à bout d'un sujet qui est éminemment important mais qui se prête mal à une réglementation. Il ne croit pas beaucoup au succès des activités normatives mais pense que, dans la plupart des cas, le meilleur moyen d'évaluer et d'exploiter les données d'expérience consiste à rassembler des indices plutôt qu'à s'en remettre à des règles prétendument générales. C'est pourquoi il n'approuve guère les méthodes qui aboutissent à l'élaboration de séries de propositions apparemment générales. Mais il se trouve que la Commission a un mandat. Elle doit donc en l'occurrence mettre au point des règles utiles dûment assorties de clauses restrictives afin d'échapper aux généralités qui semblent caractériser la partie à l'étude du rapport.

17. M. Brownlie note avec satisfaction que le Rapporteur spécial reconnaît l'importance des règles primaires, mais regrette qu'il n'en ait pas tiré les conséquences qui s'imposent. Il ne suffit pas d'admettre le principe que les règles primaires jouent un grand rôle dans la détermination du bien-fondé et de la nature de l'indemnisation, du

bien-fondé des intérêts par exemple. Encore faut-il sérier les cas dans lesquels elles s'appliquent.

18. Passant au problème connexe des sources, M. Brownlie relève que le rapport à l'étude aurait dû s'appuyer moins sur la doctrine et plus sur la jurisprudence, en particulier les sentences arbitrales. Il regrette en particulier qu'il n'y soit pas fait état de la sentence arbitrale rendue dans l'arbitrage *Aminoil-Kuwait* mettant en jeu une série d'accords interdépendants, dont il ressort que le droit applicable, ce sont les accords eux-mêmes. Et il est vrai que la réparation dépend de la branche du droit en cause. Cela vaut d'ailleurs aussi pour la restitution.

19. S'agissant précisément de la question de la restitution, M. Brownlie n'est pas convaincu que la restitution soit la forme première de la réparation. L'incertitude est grande en la matière. En fait, si l'on accorde aux règles primaires l'importance pratique qu'elles doivent avoir, point n'est besoin de déterminer si la restitution est ou non une forme de réparation généralement applicable, la forme première de la réparation. Le problème peut être résolu d'une autre manière. Là encore, il est tout à fait possible d'éviter les formules par trop générales, en prévoyant des clauses restrictives, à moins que les règles primaires considérées ne contiennent en elles la solution. Quant aux sources, M. Brownlie note qu'il conviendrait là aussi de s'appuyer davantage sur la jurisprudence, mais en agissant avec circonspection parce que le droit applicable n'est pas toujours clairement énoncé, comme le montre le cas des réclamations portées devant le Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran. Il considère en outre qu'il importe peu que le droit applicable soit ou non le droit international général. Il faudrait peut-être indiquer dans le commentaire qu'il est des affaires qui peuvent être réglées par voie de déclaration des droits ou de jugement déclaratoire par un tribunal sans donner lieu à une restitution à proprement parler, par exemple à un retrait de territoire dans le cas de différends territoriaux.

20. Enfin, M. Brownlie désapprouve la mention des dommages-intérêts punitifs et du préjudice moral dans la rubrique « satisfaction ».

21. M. GAJA dit que les propositions du Rapporteur spécial lui semblent généralement convaincantes et, qu'en tout état de cause, elles constituent un progrès par rapport aux textes correspondants adoptés en première lecture. À son avis, la Commission n'a d'autre choix que d'énoncer des règles issues de décisions judiciaires et de sentences arbitrales. Mais le problème est que ces règles ne sont appliquées qu'occasionnellement.

22. Se référant au nouvel article 43 proposé, qui est consacré à la restitution, M. Gaja se demande à quoi peut bien renvoyer l'expression « ceux qui sont lésés » employée à l'alinéa c. Renvoie-t-elle à l'État, comme le prévoit l'ancienne disposition correspondante ? Englobe-t-elle aussi les particuliers, par exemple lorsque l'obligation violée met en jeu le traitement des étrangers ou des droits fondamentaux ? Si tel est le cas, la restitution est-elle due à un autre État, ou au particulier lésé, ou encore à l'État au bénéfice de ce dernier ? Le libellé de l'alinéa c devrait être modifié de manière à supprimer toute référence à l'entité lésée. Mais est-il possible de limiter la responsabilité des

États aux relations interétatiques et d'ignorer les particuliers ?

23. S'agissant de la question de l'impossibilité matérielle, M. Gaja n'est pas convaincu par les explications données par le Rapporteur spécial au paragraphe 141, en ce qui concerne notamment les affaires relatives à la peine de mort. De même, il n'est pas convaincu par l'argument exposé au paragraphe 142, selon lequel la restitution peut être exclue dans le cas où l'État défendeur aurait pu atteindre de manière licite un résultat similaire ou identique dans la pratique sans violer l'obligation; cela vaut essentiellement pour les obligations de nature procédurale. On pourrait avancer que s'il existe un moyen licite d'atteindre un résultat donné, le fait que l'État défendeur ne s'est pas prévalu de ce moyen ne l'exonère pas en soi de l'obligation de restitution. L'État doit mettre en mouvement ce moyen; la restitution est possible et le problème de la disproportion ne se pose pas. La question n'est pas de savoir en quoi consiste la restitution, laquelle dépend du contenu des règles primaires en cause. Elle est plutôt de savoir si la violation d'une obligation justifie la restitution.

24. M. HAFNER s'interroge sur les deux projets d'articles présentés, et notamment sur le projet d'article 43 qui concerne la restitution. Il apparaît que la restitution est une obligation, à laquelle de ce fait sont applicables toutes les dispositions du projet d'articles en cours d'élaboration, même celles qui ont trait aux circonstances excluant l'illicéité. La question se pose alors de savoir quelles en sont les conséquences. Si une circonstance excluant l'illicéité surgit, l'État est alors dégagé de l'obligation de restitution, mais non pas de l'obligation d'indemnisation, par exemple, parce qu'à l'évidence, l'obligation originale subsiste. Quel est donc le rapport entre les dispositions relatives aux circonstances excluant l'illicéité et les dispositions relatives à la restitution dans sa relation avec l'indemnisation ? Quel est le rapport entre le cas d'impossibilité matérielle visé à l'article 43 et la force majeure, par exemple ? Les exceptions à la restitution se substituent-elles aux circonstances excluant l'illicéité en tant que *lex specialis*, ou alors les dispositions sur les circonstances excluant l'illicéité s'ajoutent-elles auxdites exceptions ?

25. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), répondant sur ce dernier point, précise que, si une des conditions énoncées à l'article 43 est établie, l'obligation de fournir la restitution est éteinte; seul se pose le problème de l'indemnisation; quant aux circonstances excluant l'illicéité énumérées dans la première partie du projet d'articles, à supposer qu'elles soient applicables dans tous les cas, elles ont pour effet, notamment, de suspendre pour un temps l'exécution de l'obligation considérée. Il en est ainsi par exemple de la situation de détresse et de l'état de nécessité. Mais il se pourrait aussi que la durée de la suspension soit suffisamment longue pour rendre l'obligation caduque. La jurisprudence a toujours dissocié le maintien de l'obligation originale de l'exonération de l'exécution de l'obligation à un moment donné.

26. Le Rapporteur spécial pense que, de façon générale, les circonstances excluant l'illicéité complètent les exceptions énoncées à l'article 43. En conséquence, l'impossi-

bilité de procéder à la restitution renvoie à une impossibilité permanente plutôt qu'à une impossibilité temporaire.

27. M. LUKASHUK remercie le Rapporteur spécial d'avoir présenté un rapport fouillé. Il souscrit à l'orientation générale suivie et juge les textes proposés pour les articles 43 et 44 plus faciles à appliquer que les textes adoptés en première lecture parce que plus proches de la réalité.

28. M. Lukashuk se réserve le droit de revenir plus en détail sur les propositions du Rapporteur spécial.

29. M. ECONOMIDES pense qu'on ne peut régler la question de la réparation que d'une manière générale et avec beaucoup de prudence, en laissant à la pratique, notamment à la jurisprudence tant internationale qu'interne, le soin d'établir les détails d'application. Il n'a pas été convaincu par les arguments, qu'il juge insuffisants, du Rapporteur spécial en faveur de la suppression des mots « en nature » après le mot « restitution ». Les dispositions nouvelles que propose le Rapporteur spécial sont moins précises que celles déjà adoptées en première lecture. L'article 43, par exemple, ne dit pas à qui la restitution doit être fournie. Implicitement, bien entendu, c'est à l'État lésé. Mais dans un texte aussi important, il convient d'être très précis. L'article 44 présente le même défaut, la relation bilatérale entre l'État responsable et les États lésés, qui apparaissait clairement dans les anciennes dispositions, ayant été abandonnée. M. Economides doute que les circonstances excluant l'illicéité de l'acte s'appliquent également dans la partie à l'étude et estime que cette question doit être examinée attentivement. Par ailleurs, la notion d'État responsable n'est pas utilisée dans ces projets d'articles. On sait naturellement que l'État est responsable parce qu'il a commis un fait internationalement illicite. Mais les notions de responsabilité internationale et d'État responsable devraient occuper une place prépondérante dans ce cadre. Enfin, M. Economides réserve sa position quant au fait que deux exceptions ont été éliminées de l'article 43. Non pas qu'il soit en faveur de ces exceptions, mais il n'a pas encore pu se former une opinion définitive et se réserve le droit d'y revenir ultérieurement.

30. Le PRÉSIDENT constate que les projets d'articles sont formulés de façon à garantir à l'État lésé le droit de choisir un mode de réparation. On pourrait considérer que l'auteur du fait illicite a également un choix à exercer. Le Président demande au Rapporteur spécial si l'on peut déduire du paragraphe 123 de son rapport qu'il a l'intention de prévoir un article spécifique à ce sujet dans la deuxième partie *bis*.

31. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) répond par l'affirmative à la question du Président. La raison pour laquelle les articles sont formulés en termes d'obligation de l'État responsable est qu'on laisse ainsi ouverte la question de savoir qui a le droit d'invoquer la responsabilité, de même que la question des choix qui peuvent être faits au moment de l'invocation. Il ne faut pas perdre de vue que l'on traite d'obligations à l'égard de différentes entités, et même de non-entités. Ainsi, la communauté internationale dans son ensemble n'est pas une personne morale mais il existe des obligations à son endroit. Dans certaines situations, plusieurs États sont lésés. Parler d'obligation « envers l'État lésé » suppose une forme purement bilaté-

rale de responsabilité, ce qui n'est pas le cas. Aucune solution à ce problème n'a été tentée en première lecture. On y revient maintenant dans la deuxième partie *bis* qui établit une distinction entre l'obligation de l'État responsable de donner réparation sous l'une des formes visées et l'invocation de cette responsabilité par d'autres États susceptibles de choisir la forme de réparation. À l'évidence, l'État lésé peut préférer l'indemnisation à la restitution, sauf dans des circonstances exceptionnelles. Ces dispositions entreront dans un cadre où l'on indiquera quelles sont les responsabilités de l'État auteur de la violation, puis ce que peuvent faire les États pour invoquer ces responsabilités. La raison pour laquelle les articles précédents étaient considérés comme impliquant un choix entre, par exemple, l'indemnisation et la restitution est tout simplement qu'ils se référaient à un droit, et que ce droit était censé entraîner le droit de choisir. Il est clair que, dans un contexte bilatéral, l'État lésé a le droit d'exercer un choix, et il faudrait le dire expressément plutôt que de le sous-entendre.

32. M. SIMMA n'exclut pas a priori qu'un État n'appartenant pas à la catégorie des États lésés puisse demander la restitution. Mais la distinction entre cessation et restitution soulève un difficile problème en ce qui concerne par exemple les violations des droits de l'homme. À cet égard, le texte du commentaire dans sa forme actuelle devrait être considéré comme provisoire.

33. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit qu'il est bien entendu que l'État lésé, qui a subi lui-même le dommage, aura le droit de choisir le mode de réparation. Dans certaines circonstances, d'autres États pourront invoquer la responsabilité. M. Gaja a évoqué à juste titre la possibilité que ces États se substituent en fait à l'État lésé. Ils ne seraient évidemment pas eux-mêmes indemnisés mais ils auraient le droit d'exiger non seulement la cessation mais encore la restitution. C'est précisément en raison de cette possibilité que le Rapporteur spécial a formulé la disposition pertinente de l'article 43 de la manière dont il l'a fait. Il faut mettre en balance les inconvénients pour l'État qui intervient et le préjudice subi par les victimes, les personnes réellement affectées par le fait illicite. La façon dont les projets d'articles sont formulés laisse ouverte la possibilité pour l'État lésé de faire valoir ses droits pour lui-même et la possibilité pour les autres États de défendre ces droits d'une manière pour ainsi dire plus générale.

34. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit à propos de la question posée par M. Hafner, qui a demandé où était la place des circonstances excluant l'illicéité dans les différentes formes de réparation, que deux réponses sont envisageables. La première est de dire que le chapitre II part du postulat que l'illicéité n'est pas exclue. À partir de là, on traiterait les divers cas de figure de l'indemnisation des faits illicites commis. La deuxième consiste à aborder la question dans le cadre de l'atténuation de la responsabilité. Et c'est peut-être dans ce cadre qu'un écho pourrait être donné à cette préoccupation que M. Pambou-Tchivounda partage.

35. En ce qui concerne les projets d'articles 43 et 44, M. Pambou-Tchivounda exprime sa préférence pour la formulation envisagée par Roberto Ago. Certes, les articles proposés par le Rapporteur spécial sont plus concis, mais on peut se demander s'il ne sacrifie pas certaines

questions non pas accessoires mais essentielles. Ainsi, l'exception contenue dans l'alinéa *d* de l'article 43 adopté en première lecture est sacrifiée. De ce fait, la question de savoir s'il y aurait le cas échéant plus d'un État « concerné » par la commission d'un fait internationalement illicite ne trouve pratiquement pas de réponse dans la nouvelle mouture, et c'est pourtant une question de fond.

36. De même, dans le traitement global de la réparation, le Rapporteur spécial prend le parti de l'inversion. Dans le projet Ago, c'était plutôt l'État auteur du fait internationalement illicite qui était mis sur la sellette dans la première partie, les pleins feux étant mis sur l'État lésé dans la deuxième partie. Ici, la démarche est inverse : les projets d'articles commencent par la formule « Tout État qui a commis un fait internationalement illicite ».

37. Dans la première partie, il s'agissait de poser des principes. Il semble que, dans l'énoncé des règles qui font l'objet de la deuxième partie, il conviendrait de dépasser les principes et d'aller plus avant. Pour cela, il aurait été préférable de maintenir l'État lésé dans un rôle plus actif afin de montrer qu'il est le principal moteur de la réparation.

38. Il y a un point sur lequel M. Pambou-Tchivounda est en parfait accord avec le Rapporteur spécial, celui de la suppression des mots « en nature ». Soit on parle de restitution, soit on parle de réparation en nature. On ne peut restituer que l'intégralité de ce qui a été indûment exproprié. Ce n'est pas seulement une question de sémantique, c'est aussi une question de fond. À partir du moment où la construction du système repose sur la violation d'une obligation internationale, toute la question est de savoir comment restituer ce qui serait en quelque sorte un droit, l'inverse de l'obligation. Il y a une matérialité de la chose à restituer que l'on ne saisit pas à travers la construction que la Commission a fait sienne, consistant à fonder tout le système du droit de la responsabilité sur la violation de l'obligation internationale, c'est-à-dire la commission d'un fait internationalement illicite.

39. Quant à la question de l'indemnisation, elle ne se prête pas à un traitement aussi condensé que celui que lui réserve le Rapporteur spécial dans sa nouvelle livraison. On se demande pourquoi, dans la disposition qu'il propose au paragraphe 165, il réintroduit la restitution. L'indemnisation est un mode de réparation qui découle de la restitution. Or, on a l'impression que le principe général est la restitution et rien que cela, et que, sur le plan technique, l'indemnisation intervient s'il n'y a pas restitution. Il en serait de même pour la satisfaction. Dans leur sobriété, ces projets d'articles posent des questions qui appellent un traitement de la part du Comité de rédaction.

40. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) rappelle à M. Pambou-Tchivounda que la deuxième partie du projet d'articles a été rédigée non pas par M. Ago, mais par les rapporteurs spéciaux suivants, MM. Riphagen et Arangio-Ruiz, et qu'on ne peut donc pas savoir si M. Ago aurait attribué le « rôle actif » à l'État lésé ou à l'État responsable dans les articles relatifs à la restitution et à l'indemnisation. En tant que rapporteur spécial, il s'est surtout attaché à débrouiller la question sans prétendre l'avoir résolue de manière satisfaisante. Son objectif était de donner effet, dans le contexte d'un chapitre traitant de la mise en œuvre

de la responsabilité, à ce qu'il considère comme étant l'ensemble de valeurs implicitement contenues dans les articles 1 et 3, renouant ainsi avec une approche, qui, à son avis, avait été abandonnée à tort par les rapporteurs spéciaux précédents.

41. M. ROSENSTOCK dit qu'il est très difficile de prendre position sur les projets d'articles proposés par le Rapporteur spécial sans les replacer dans le contexte général du projet. Il est essentiel, par exemple, d'avoir une vision claire des liens entre l'article 40 et le reste du régime. La teneur de l'article 44 ne peut être appréciée qu'en fonction de ce qui sera dit dans le commentaire. Ses remarques concernant les articles 43 et 44 ne peuvent donc être que préliminaires.

42. Cela dit, M. Rosenstock approuve la proposition du Rapporteur spécial de remplacer l'ancien titre du chapitre II « Droits de l'État lésé et obligations de l'État auteur du fait internationalement illicite » par la formule plus brève « Les formes de la réparation ». Ce titre est non seulement plus court et plus simple mais il permet aussi – comme l'a souligné le Rapporteur spécial au paragraphe 120 – d'éviter de donner l'impression que les droits des « États lésés » sont dans tous les cas en corrélation stricte avec les obligations de l'État responsable.

43. En ce qui concerne l'article 43, la nouvelle formulation proposée par le Rapporteur spécial lui semble acceptable pour autant que soit aussi acceptée la nouvelle version de l'article 45.

44. La nouvelle rédaction de l'article 44 lui pose davantage de problèmes car il se demande si la suppression de la référence au manque à gagner ne risque pas d'entraîner des malentendus. Certes, comme l'a fait remarquer le Rapporteur spécial au paragraphe 149 de son rapport, cette référence était peut-être trop « tiède » dans l'ancienne version mais ce n'était pas une raison pour la supprimer. Le manque à gagner doit absolument être mentionné, sinon sous forme d'une référence expresse dans l'article 44, solution qui aurait sa préférence, du moins dans un article séparé ou dans le commentaire.

45. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit qu'il semble y avoir un malentendu concernant le manque à gagner. L'adoption d'une deuxième partie *bis* relative à la mise en œuvre de la responsabilité influera bien entendu sur le contenu de l'article 44. Dans son deuxième rapport, M. Arangio-Ruiz avait déjà proposé deux versions (une longue et une courte) de cet article (art. 8)⁵. La version longue posait des problèmes car elle n'était pas beaucoup plus explicite que la version courte mais donnait de surcroît matière à controverse. Aussi la Commission et le Comité de rédaction avaient-ils opté pour la version courte⁶; toutefois, celle-ci a finalement été jugée insuffisante par les gouvernements et par certains membres.

46. La Commission a maintenant le choix entre deux solutions : ou bien rédiger l'article 44 de manière concise

⁵ Voir *Annuaire...* 1989, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/425 et Add.1, par. 191, p. 60.

⁶ Voir l'article 8 et le commentaire y relatif, *Annuaire...* 1993, vol. II (2^e partie), p. 70 à 79.

en énonçant en termes souples un principe très général, ou bien essayer d'être détaillé et exhaustif. Une solution intermédiaire ne semble guère possible dans ce cas. Si l'on opte pour une version longue – ce qui constituerait un changement de stratégie par rapport à la solution adoptée en première lecture –, cette version devrait effectivement comprendre une référence au manque à gagner. Mais c'est à la Commission qu'il appartient d'en décider en dernier ressort et le Rapporteur spécial compte sur les membres pour le guider à ce sujet.

47. M. GALICKI dit qu'à l'instar des orateurs précédents il se contentera de faire une remarque préliminaire, car la section B du chapitre premier du troisième rapport qui vient d'être distribuée mérite d'être étudiée plus attentivement.

48. Pour ce qui est de la formulation de l'article 44, le Rapporteur spécial semble rejeter a priori toute solution intermédiaire entre l'actuelle version raccourcie qui ne mentionne pas le manque à gagner et une version longue et analytique inspirée de celle adoptée en première lecture. Pourtant, compte tenu des commentaires formulés par les gouvernements et des prises de position de certains membres, cette solution de compromis permettrait peut-être de faire l'unanimité. Bien qu'il n'ait pas de proposition concrète à faire à ce stade, il ne lui semble pas impossible de mentionner le manque à gagner même dans une version concise de l'article 44. Des problèmes à première vue complexes trouvent parfois une solution simple, ainsi qu'en témoigne le nouveau titre de l'article 43 dans lequel la suppression des mots « en nature » a permis de régler la question de savoir s'il fallait parler de restitution en nature ou de restitution intégrale.

49. M. ROSENSTOCK partage entièrement l'avis de M. Galicki. Il pourrait parfaitement être fait référence au manque à gagner dans un article 44 rédigé de manière concise, quitte à donner des explications complémentaires dans le commentaire.

50. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) n'est pas opposé à cette solution mais il tient à apporter une clarification : à son avis, la Commission n'aura pas – comme l'a dit M. Galicki – à choisir entre l'article 44 adopté en première lecture et la nouvelle version qu'il vient de proposer, mais entre cette nouvelle version et l'article détaillé présenté par M. Arangio-Ruiz dans son deuxième rapport. En effet, il ne pense pas avoir modifié la substance de l'article 44 adopté en première lecture : certes, il en a enlevé la notion d'intérêts, qui a été traitée et développée à part, mais il n'a supprimé la référence au manque à gagner que parce que certains gouvernements estimaient qu'elle était formulée de manière si faible qu'elle avait pour effet de « décodifier » le droit international. C'est pourquoi il a préféré aborder cette question dans le commentaire.

51. L'article proposé par M. Arangio-Ruiz dans son deuxième rapport était, lui, beaucoup plus analytique et expliquait dans quatre ou cinq paragraphes les différentes modalités de l'indemnisation.

52. M. GALICKI dit que, s'il ne conteste pas la décision du Rapporteur spécial de supprimer la référence aux « intérêts » qui n'ont pas à être mentionnés dans l'article

44, il continue en revanche à penser que la question du manque à gagner n'est toujours pas résolue.

53. M. ELARABY partage l'avis des précédents orateurs et en particulier l'opinion de M. Rosenstock : l'article 44 devrait contenir une référence au manque à gagner, même s'il est souhaitable que cet article soit rédigé de manière concise.

54. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), revenant sur les observations de M. Brownlie, dit que le problème des relations entre règles primaires et règles secondaires se pose effectivement de manière évidente dans le domaine de la réparation. Contrairement à ce que l'on a parfois tendance à penser, les règles secondaires ne « fonctionnent » pas de manière autonome et indépendamment des règles primaires. Cela n'est en particulier pas suffisamment pris en compte dans le contexte de la *lex specialis*.

55. Toutefois, quelle que soit l'importance des règles primaires, il était difficile d'en tirer les conséquences dans la formulation des articles eux-mêmes. C'est pourquoi il a préféré aborder cette question dans le commentaire. Il fait du reste remarquer que, d'une manière générale, il n'est pas fait référence au contenu des obligations primaires dans le texte des articles proprement dit. Une tentative en ce sens avait été faite dans les articles 19 et 40 adoptés en première lecture, mais elle s'est avérée désastreuse.

56. Quant à la question de savoir si le préjudice moral/les dommages-intérêts punitifs devraient avoir leur place dans l'article 44, il rappelle que M. Arangio-Ruiz avait réglé le problème en disant que l'article 44 (ancien article 8) couvrirait la question du préjudice moral causé aux individus et l'article 45 (ancien article 10) celle du préjudice moral causé aux États. Cette solution avait donné lieu à une controverse car l'expression « préjudice moral » peut s'appliquer à des choses aussi disparates que la souffrance d'un individu soumis à la torture ou l'affront subi par un État à la suite de la violation d'un traité. Il faudra probablement revenir sur cette question après l'examen de l'article 45.

57. La remarque de M. Gaja est très pertinente : le retour au *statu quo ante* n'est évidemment pas la seule forme de restitution même s'il en est en quelque sorte le prototype. Tout est au fond une question de degré. En réalité, le principal problème posé par l'article 43 est, une fois de plus, la relation entre règles primaires et règles secondaires. Dans la théorie de la responsabilité des États, la restitution est une forme de réparation bien établie; mais dans la pratique elle ne l'est pas, ainsi que le montrent les exemples cités au paragraphe 143. La difficulté est donc de réconcilier théorie et pratique.

58. Le Rapporteur spécial remercie M. Economides d'avoir attiré son attention sur l'imprécision de certains éléments. Il s'efforcera d'y remédier.

59. Il reconnaît que le problème de la pluralité d'États lésés soulevé par M. Pambou-Tchivounda est tout à fait réel. Deux « États lésés » ne peuvent, par exemple, obtenir simultanément l'extradition d'une seule et même personne. Mais ce problème est atténué si l'on fait la distinction entre l'obligation sous-jacente de réparer et son

invocation par l'État lésé ou d'autres États. C'est ce qu'il a essayé de démontrer dans la première partie du texte.

60. À la lumière des premières réactions des membres, il lui semble qu'en laissant pour le moment de côté le problème du manque à gagner la Commission est majoritairement favorable à un article 44 concis, complété par des explications détaillées dans le commentaire.

61. M. GOCO est lui aussi en faveur de cette solution. À son avis, la discussion doit se poursuivre sur la base de la nouvelle version de l'article 44 figurant au paragraphe 165 du rapport, dont le texte pourra être affiné par le Comité de rédaction. Mais, bien entendu, on ne peut négliger les observations formulées sur cette question par les gouvernements. Au paragraphe 152, il est dit par exemple que les États-Unis, s'appuyant sur les décisions du Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran et de la Commission d'indemnisation des Nations Unies, ont fait valoir que « la rédaction actuelle du paragraphe 2 (de l'ancienne version de l'article 44) "non seulement va à l'encontre de l'immense majorité des précédents sur le sujet mais porte en outre atteinte au principe de la "réparation intégrale" »⁷.

62. Doit-on considérer que, dans la nouvelle version, l'expression « tout dommage susceptible d'évaluation économique (qui figurait aussi dans l'ancienne version) couvre – implicitement cette fois – le manque à gagner et les intérêts » ? C'est là une question qui devra être prise en considération par le Comité de rédaction.

63. M. ROSENSTOCK approuve pleinement la solution que vient de suggérer le Rapporteur spécial, soit rédiger l'article 44 de manière concise, en y incluant néanmoins une référence au manque à gagner et en donnant des explications détaillées dans le commentaire.

64. M. HE dit qu'à son avis le principal problème qui se pose dans l'article 44 est de définir la portée de l'indemnisation : aussi, il lui semble que cet article devrait être plus développé, afin de couvrir tous les cas dans lesquels l'État auteur du fait internationalement illicite doit une indemnisation.

65. Dans l'article proprement dit, il faudrait définir ce que l'on entend par « dommage susceptible d'évaluation économique » en précisant que ce dommage est lié au fait internationalement illicite. Le lien de causalité devrait ressortir nettement. Une référence au manque à gagner devrait également être introduite dans le texte.

La séance est levée à 13 heures.

2635^e SÉANCE

Vendredi 9 juin 2000, à 10 h 5

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Baena Soares, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma.

Responsabilité des États¹ (*suite*) [A/CN.4/504, sect. A, A/CN.4/507 et Add.1 à 4², A/CN.4/L.600]

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à poursuivre la présentation de la section B du chapitre premier de son troisième rapport (A/CN.4/507 et Add.1 à 4).

2. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit qu'en présentant la fin de la section B du chapitre premier il ne cherche pas à prendre les devants sur le débat qui sera consacré aux articles 43 et 44. Peut-être pourrait-on réserver le début de la première séance plénière de la reprise de la session pour prendre l'avis des membres sur ces deux articles avant de les renvoyer au Comité de rédaction. Les délibérations pourraient alors se poursuivre sur les trois autres articles qu'il propose dans son troisième rapport, les articles 45 (Satisfaction), 45 *bis* (Intérêts) et 46 *bis* (Atténuation de la responsabilité). Pour l'heure, ce sont ces trois articles qu'il se propose de présenter.

3. Pour ce qui est d'abord de l'article 45, le membre de phrase clef du paragraphe 1 du projet adopté en première lecture, reproduit au paragraphe 167, est bien : « ... satisfaction pour le dommage, notamment moral, causé par ce fait si, et dans la mesure où, cela est nécessaire pour que la réparation soit intégrale ». Comme on le voit, l'expression « dommage moral » est utilisée dans le contexte de la satisfaction. Le paragraphe 2 présente la liste des formes que peut prendre la satisfaction.

4. Malgré l'existence au fond d'un terrain d'entente, l'article 45 a fait apparaître un certain nombre de difficultés. La mention du dommage « moral » au paragraphe 1 en soulève une première. D'abord, l'expression « dommage moral » a un sens raisonnablement bien établi lorsqu'il s'agit de personnes physiques. Comme l'ancien

⁷ Voir *supra* note 4.

¹ Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), chap. III, sect. D, p. 62.

² Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

rapporteur spécial sur le sujet, M. Arangio-Ruiz, l'a maintes fois répété, la demande d'indemnisation présentée au nom de personnes physiques, par exemple pour souffrances, douleurs ou violations scandaleuses de leurs droits, relève de la réparation plutôt que de la satisfaction. Il est donc assez malaisé de parler de dommage moral dans le contexte de l'article 44 et dans celui de l'article 45. Ensuite, il est malencontreux de parler de dommage moral à propos des États, car cela revient à leur imputer toutes sortes de sentiments ou d'états d'âme, par exemple le sens de l'honneur ou celui de la dignité. Il y a là un problème réel, et il y a eu individuellement des cas où des États ou des gouvernements ont pu se sentir humiliés par tel ou tel fait illicite. Quoi qu'il en soit, il serait sage de maintenir dans les limites du raisonnable les expressions à connotation affective quand il s'agit des États, et d'éviter toute confusion avec le préjudice moral que peut subir une personne physique. Comme l'a dit Dominicé, il faudrait qualifier la matière sur laquelle porte la satisfaction de préjudice « immatériel » – et non « moral »³.

5. Le membre de phrase « dans la mesure où cela est nécessaire pour que la réparation soit intégrale » indique qu'il y a des circonstances dans lesquelles la question de la satisfaction ne se pose pas. Il s'agit simplement de réparer les pertes découlant du dommage causé, auquel cas les articles 43 et 44 couvrent suffisamment cette éventualité.

6. On voit mal, d'après les travaux préparatoires, si le paragraphe 2 cherche à donner ou non une liste exhaustive des formes de satisfaction : un paragraphe du commentaire dit que la disposition est exhaustive, un autre dit qu'elle ne l'est pas⁴. Lorsqu'il a présenté ce paragraphe, le Président du Comité de rédaction a déclaré qu'il s'agissait d'une liste complète, mais le texte introductif du paragraphe 2 laisse entendre qu'elle ne l'est pas. En tout état de cause, la liste en question ne devrait pas être exhaustive.

7. Dans la pratique judiciaire, la forme principale de la satisfaction est la déclaration, procédure bien établie à la suite de l'affaire du *Détroit de Corfou*, de celle du *Rainbow Warrior* et d'autres encore. Dans la première, la CIJ a clairement dit que la constatation de l'illégalité de l'opération de déminage était une satisfaction suffisante. La même formule a été reprise depuis dans maintes affaires. Si le paragraphe 2 est censé être exhaustif, il laisse de côté la forme de réparation la plus courante dans la pratique judiciaire, argument que M. Arangio-Ruiz lui-même avait fait valoir, qui avait proposé de faire de la déclaration une forme de satisfaction⁵, suivi en cela par un certain nombre de gouvernements, y compris le Gouvernement français⁶. Le problème que soulève la déclaration est qu'elle est par définition le fait d'une tierce partie. Elle ne peut pas être faite à l'égard de soi-même. Pourtant, les articles sont

libellés comme s'ils s'appliquaient directement aux relations d'État à État et comme si l'action judiciaire venait ensuite. En d'autres termes, les articles relèvent de la tradition « déclaratoire », c'est-à-dire qu'ils sont fondés sur l'idée qu'un tribunal a pour fonction de constater les relations juridiques qui existent entre les États parties à un différend. Cette constatation peut bien évidemment avoir un effet contraignant parce qu'elle vaut chose jugée, mais c'est là une question distincte. Il est donc assez difficile du point de vue de l'économie de la rédaction de parler de la figure de la déclaration au paragraphe 2. Il est indubitable qu'elle doit être prévue, sauf que ce paragraphe 2 dispose ce qu'un État doit faire pour répondre à une allégation de violation du droit international portée à juste titre contre lui par un autre État.

8. Le Rapporteur spécial propose en conséquence la notion de « reconnaissance » par un État, dont la pratique étatique offre plusieurs exemples : dans l'affaire *LaGrand* et dans l'affaire *Paraguay c. États-Unis d'Amérique*, les États-Unis ont reconnu la réalité d'une violation du paragraphe 1 de l'article 36 de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. Il va sans dire qu'ils n'ont pas déclaré qu'il y avait effectivement une infraction puisqu'ils parlaient de leur propre comportement; ils ont simplement reconnu que cette violation avait existé. Si l'on suppose par hypothèse qu'il n'y a pas eu reconnaissance du fait qu'un différend s'est élevé sur le point de savoir s'il y a eu ou non violation, qu'il n'y a pas eu de dommage matériel et que la personne physique concernée a par la suite été libérée, on voit bien que le juge n'accordera alors qu'une réparation sous forme de déclaration, que la violation est mineure et qu'il suffit de la dénoncer. Ainsi, la reconnaissance de sa responsabilité par l'État semble l'équivalent, sur le plan des rapports d'État à État, de la déclaration accordée par un tribunal. Elle est la forme la plus faible de la satisfaction, mais elle offre un remède efficace et fréquemment utilisé. Le Rapporteur spécial propose en conséquence de faire de la reconnaissance de la violation la première forme de la satisfaction. Le commentaire expliquerait que, lorsqu'un État refuse de reconnaître qu'il a commis une violation, la réparation correspondante qui pourrait lui être demandée à l'issue d'une procédure devant tierce partie serait une déclaration.

9. Le paragraphe 2 parle aussi des « excuses » que les États présentent fréquemment à d'autres États. De la même manière qu'un État ne peut pas faire une déclaration à l'égard de lui-même, un tribunal ne peut pas faire des excuses au nom d'un État; seul l'État concerné peut exprimer des regrets pour ce qu'il a fait. On connaît cependant des exemples de tribunaux ou de tiers ayant jugé qu'il y avait lieu de présenter des excuses ou ayant proposé cette solution. Dans son arbitrage du *Rainbow Warrior*, le Secrétaire général a décidé que la France présenterait des excuses. Les excuses – ou les « regrets » comme la France propose de dire – se situent légèrement au-dessus de la reconnaissance, qui est plus neutre. En tout état de cause, il semble qu'il faille prévoir le cas des excuses.

10. Le Rapporteur spécial propose de traiter séparément la reconnaissance et les excuses d'une part et les autres formes de satisfaction de l'autre, dans un nouveau paragraphe 2, car c'est sur la base des premières qu'est

³ C. Dominicé, « De la réparation constructive du préjudice immatériel souffert par un État », *L'ordre juridique international entre tradition et innovation : recueil d'études*, sous la direction de J. Belhumeur et L. Condorelli, Paris, Presses universitaires de France, 1997, p. 349, notamment p. 354.

⁴ Voir les paragraphes 9 et 16 du commentaire de l'article 10, *Annuaire... 1993*, vol. II (2^e partie), p. 82 et 83.

⁵ Voir le paragraphe 3 de l'article 10, *Annuaire... 1989*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/425 et Add.1, par. 191, p. 60.

⁶ Voir *Annuaire... 1998*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/488 et Add.1 à 3.

accordée la réparation, quelle qu'en soit la forme. Il s'agit d'ailleurs de la forme minimale de la satisfaction. Il est utile de souligner la valeur réparatrice des déclarations de résipiscence, et c'est ce que font les sources citées dans le rapport. Les mettre ainsi en exergue a le mérite de faire percevoir la distinction entre les formes de satisfaction les plus bénignes et les autres qui, pour être exceptionnelles, s'imposent pourtant dans certains cas et qui figureraient au paragraphe 3.

11. Passant ensuite aux autres formes de satisfaction, le Rapporteur spécial rappelle que la première que cite le paragraphe 2 est celle des « dommages-intérêts symboliques ». La pratique de ce type de réparation n'est pas inconnue en droit international, mais il n'est pas certain qu'elle soit utile. Il vaut mieux considérer, comme la Cour permanente d'arbitrage dans les affaires du *Carthage* et du *Manouba*, que, lorsque le juge constate formellement l'existence d'une infraction, il devient inutile d'accorder le franc symbolique. Les dommages-intérêts symboliques ont, au moins dans la tradition de *common law*, trois fonctions. La première est de marquer qu'il y a eu infraction – mais cela, c'était avant que les tribunaux des pays du Commonwealth ne mettent au point le remède de la déclaration. Autrement dit, c'était une modalité antérieure de la satisfaction par voie de déclaration. La deuxième fonction est de servir d'acte de procédure auquel on peut rattacher les frais et dépens : si le franc symbolique est accordé à titre de dommages-intérêts, les frais et dépens peuvent l'être aussi, qui peuvent représenter une somme très importante. La troisième fonction est de mortifier le plaignant. L'exemple classique est celui de la plainte pour diffamation dans laquelle l'intéressé allègue une atteinte à sa réputation. En lui accordant un shilling de dommages-intérêts, le jury fait comprendre dans quelle estime il tient cette réputation. Ainsi, les dommages-intérêts symboliques servent aussi à exprimer le fait que, même si la cause du plaignant est techniquement juste, elle n'est pas valable au fond.

12. Ces trois fonctions de la tradition de *common law* ne peuvent se transposer dans le contentieux international. La « déclaration » peut tenir lieu de dommages-intérêts symboliques selon la Cour permanente d'arbitrage. Il n'y a pas de pratique établie en matière d'octroi des frais et dépens : dans le contentieux international, ils ne suivent pas la procédure et, quant ils le font, ce n'est certainement pas à ce point; quant à la troisième fonction, elle est une raison supplémentaire de ne pas parler des dommages-intérêts symboliques.

13. Cela ne veut pas dire que les dommages-intérêts d'un faible montant soient à écarter; il y en a des exemples récents, certains n'atteignant que 100 florins. On connaît aussi des cas dans lesquels de petites sommes d'argent ont été attribuées au titre de ce qu'on pourrait qualifier de « préjudice général », sans que soit établie la distinction entre réparation et satisfaction. Mais il ne s'agit pas là des dommages-intérêts symboliques que connaît le droit interne. Pour le Rapporteur spécial, le paragraphe 3 qu'il propose offrirait une liste non exhaustive, car il est facile de citer des exemples de procédure entreprise au titre de la satisfaction et qu'il serait assurément impossible de ranger dans l'une des catégories existantes, tels les remèdes les plus novateurs offerts dans l'affaire du *Rainbow Warrior*. Si, donc, le paragraphe envisagé n'est pas exhaustif, il sera

inutile d'y mentionner les dommages-intérêts symboliques. À l'époque moderne, rares sont les cas où ce type de réparation est accordé; ils sont cités dans une note relative au paragraphe 188. La dernière affaire entre deux États dans laquelle ils apparaissent est celle des *Phares*. Mais il y a une affaire plus récente encore dans laquelle le tribunal a accordé trois francs français de manque à gagner, ce qui laisse entendre que le *lucrum* perdu devait être bien médiocre. Le Rapporteur spécial propose donc de supprimer l'expression « dommages-intérêts symboliques » de l'article 45; il l'a placée entre crochets pour l'instant, non pas parce que la notion n'aura jamais à être appliquée, mais parce qu'elle ne mérite pas d'être ainsi mise en relief.

14. La troisième catégorie que vise le paragraphe 2, et la première qui pourrait figurer dans le nouveau paragraphe 3, est celle des « dommages-intérêts correspondant à la gravité de l'atteinte ». Dans le texte adopté en première lecture, on ne parlait que des violations graves des droits de l'État lésé. Le problème tenait non seulement à la difficile définition du qualificatif « graves » mais aussi au fait que, dans la pratique des États, l'octroi de dommages-intérêts tient souvent lieu de satisfaction dans des situations où, de l'avis du Rapporteur spécial, il n'y a pas atteinte grave et où le montant accordé n'est pas spécialement élevé. Les dommages-intérêts attribués à titre de satisfaction à l'issue de la première phase de l'affaire du *Rainbow Warrior* peuvent être considérés comme une réponse à une atteinte grave : le montant – 7 millions de dollars de 1986 – en était pour l'époque spectaculaire. Dans l'affaire du *I'm Alone*, 25 000 dollars ont été octroyés au Canada à titre de satisfaction. Aucune indemnisation ne lui a été offerte parce que le navire en cause était en fait la propriété de nationaux des États-Unis qui essayaient de faire de la contrebande d'alcool pour contourner la région de la prohibition, mais les dommages-intérêts étaient censés lui faire honte d'avoir coulé un navire d'immatriculation canadienne. Vu les circonstances, il serait exagéré de voir dans cette initiative une atteinte grave. Il y avait certes infraction, mais elle n'avait pas un caractère massif et les dommages-intérêts accordés n'ont donc pas été particulièrement élevés. La pratique internationale offre d'autres exemples d'affaires dans lesquelles des dommages-intérêts modérés sont accordés à titre de satisfaction pour des infractions relativement mineures. Ainsi donc, l'expression « en cas d'atteinte grave » limite malencontreusement la fonction normale de la satisfaction en cas d'atteinte de gravité normale.

15. Ce qui soulève la question de l'utilité de l'alinéa c du paragraphe 3 : s'agit-il de fixer la règle des dommages-intérêts punitifs en droit international, ou s'agit-il d'autre chose ? Dans la première version de l'article 45 proposée par M. Arangio-Ruiz dans son deuxième rapport, le terme « dommages-intérêts punitifs » figurait explicitement dans le paragraphe 1⁷. Le Comité de rédaction l'a écarté à la quarante-quatrième session de la Commission, pour adopter à la place la notion de « dommages-intérêts exemplaires »⁸, terme qui relève lui aussi d'une certaine

⁷ Voir *supra* note 5.

⁸ Voir *Annuaire... 1992*, vol. I, 2288^e séance, par. 57, p. 235 et 236.

tradition des dommages-intérêts. Ces dommages-intérêts exemplaires ne sont pas punitifs, ils ne cherchent pas à imposer une pénalité, mais à donner un exemple. La distinction peut être parfois subtile, mais lorsque l'infraction est manifeste et qu'il est réellement fait injure au demandeur, on peut accorder des dommages-intérêts exemplaires. Si, par exemple, il y a violation grave du domicile ou atteinte à la vie privée dans le cadre d'une perquisition, ou encore injure grave dans le contexte de la diffamation, ils peuvent être octroyés, même s'ils n'ont pas de caractère punitif. Le trait caractéristique des dommages-intérêts punitifs est qu'ils sont calculés par application d'un coefficient, tels les « dommages-intérêts au triple » de la législation antitrust américaine. La Commission et le Comité de rédaction ont souhaité en rejeter la notion, et le libellé donné à l'alinéa *c* du paragraphe 3 cherche à rendre celle de « dommages-intérêts exemplaires ». Ce qui soulève deux problèmes. Le premier a trait aux dommages-intérêts punitifs, le second est celui du sort réservé à cet alinéa. Pour ce qui est du premier problème, les arguments sont nombreux, en partant déjà de l'affaire du *Lusitania*, qui permettent d'affirmer que le droit international ignore les dommages-intérêts punitifs. S'ils étaient connus, ils seraient limités aux cas de violations criantes. « Atteinte grave » pourrait être retenu, mais la Commission doit disposer de quelque chose de mieux défini et de plus ferme si elle veut en faire un cas de figure distinct. Ce qui est indiscutable, c'est qu'hormis cette nouvelle catégorie – si on en retient l'idée – il n'y a pas à prévoir une place pour les dommages-intérêts punitifs.

16. Le Rapporteur spécial souscrit donc à la décision qu'a prise la Commission en première lecture, à savoir qu'on ne parlerait pas des dommages-intérêts punitifs à l'alinéa *c* du paragraphe 3. Reste encore à savoir si cet alinéa doit prévoir les dommages-intérêts exemplaires. Pour le Rapporteur spécial, il serait conforme aux décisions prises en droit international général de supprimer le membre de phrase « en cas d'atteinte grave aux droits de l'État lésé », et de ne prévoir que le cas général des dommages-intérêts, attribués le cas échéant à titre de satisfaction, conformément aux décisions prises dans des affaires comme celles du *I'm Alone*. Cela n'écarterait pas l'éventualité de dommages-intérêts que l'on peut qualifier d'« exemplaires » et permettrait d'exclure les dommages-intérêts punitifs, lesquels seraient à réexaminer du point de vue d'une catégorie distincte que l'on pourrait créer, celle des « atteintes graves », à laquelle s'attacheraient des conditions particulières. Si la Commission décide de conserver une disposition ressemblant tant soit peu à l'article 19, il serait illogique du point de vue de cet article de ne pas prévoir de dommages-intérêts punitifs. Si l'on fait référence à des « crimes », on ne peut exclure les dommages-intérêts punitifs. Le Rapporteur spécial se dit loin d'être convaincu par les commentateurs et tous ceux qui se déclarent en faveur de la catégorie des « crimes » tout en rejetant la catégorie des dommages-intérêts punitifs. S'il y a lieu d'éviter d'employer un langage « pénal », il faut l'éviter systématiquement.

17. La quatrième forme que peut prendre la satisfaction est celle de l'action disciplinaire ou pénale à l'encontre des responsables, qui peuvent être des agents de l'État ou des personnes privées. La France fait observer à juste titre que le terme « châtement » évoque une culpabilité indivi-

duelle⁹. Comme dans les accords d'extradition, il faudrait prévoir que l'affaire est dûment renvoyée aux organes de poursuites, qui la traitent alors comme une affaire criminelle. Dans l'idée de la Commission, l'action dont il est question à l'alinéa *d* du paragraphe 2 de l'article 45 adopté en première lecture ne devrait être entreprise que dans des circonstances exceptionnelles, mais il y a des cas où cette action est opportune, indépendamment de l'obligation primaire dont l'État peut être tenu, par exemple au titre d'un traité international de justice pénale. Le Rapporteur spécial propose donc de conserver cet alinéa, en le reformulant quelque peu sur le modèle des propositions de la France.

18. Il est indubitable que d'autres procédures peuvent se ranger sous le titre de « satisfaction », par exemple celle qui consiste à entreprendre une enquête conjointe sur les causes de l'incident à l'origine du dommage. Cela dit, si le paragraphe 2 adopté en première lecture est compris comme n'étant pas exhaustif, il n'est pas nécessaire de lui faire couvrir toutes les variantes que peut prendre la satisfaction. Il devrait suffire de donner des exemples dans le commentaire.

19. La question des limites de la satisfaction est réglée par le paragraphe 3 adopté en première lecture. Un certain nombre d'États ont dit ne pas comprendre ce qu'il fallait entendre par « dignité ». Considérant que cette disposition soit offre une échappatoire pour éviter de donner satisfaction, soit n'a aucun sens, ils proposent de la supprimer. On s'est aussi inquiété de ce que les demandes de réparation symbolique sous leurs diverses formes pouvaient être abusives. Les deux cas cités par M. Arangio-Ruiz mettaient en jeu en effet des exigences collectives qui avaient quelque chose d'humiliant¹⁰. Le Rapporteur spécial propose donc de maintenir le paragraphe 3, mais en le modifiant légèrement.

20. Le paragraphe 1 du nouvel article 45 fixe cette disposition liminaire qui veut que l'État soit « obligé d'offrir satisfaction pour tout préjudice immatériel » occasionné par un fait internationalement illicite. Il va sans dire que le principe de causalité ne se présente pas de la même manière dans le contexte de la satisfaction et dans celui de l'indemnisation. Selon le nouveau paragraphe 2, « En premier lieu, la satisfaction devrait prendre la forme d'une reconnaissance de la violation, accompagnée, le cas échéant, par l'expression de regrets ou des excuses formelles ». Le nouveau paragraphe 3 énumère les autres formes que la satisfaction peut aussi prendre, mais le Rapporteur spécial pense qu'il ne faudrait n'en mentionner que deux. Le nouveau paragraphe 4 offre une garantie contre le risque de demandes de satisfaction hors de proportion avec le dommage et prenant une forme humiliante pour l'État responsable.

21. Abordant ensuite la question des intérêts, le Rapporteur spécial rappelle que la Commission a repoussé la proposition de M. Arangio-Ruiz pour des raisons qui, à son avis, ne portaient pas au fond du problème. Cette proposition était fondée sur deux considérations : la composition

⁹ Voir *supra* note 6.

¹⁰ Voir *Annuaire... 1989*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/425 et Add.1, par. 124, p. 40 et 41.

des intérêts d'une part et les dates entre lesquelles ces intérêts doivent courir de l'autre. La première de ces considérations est extrêmement controversée et on constate que la pratique des tribunaux internationaux est en la matière très limitée. La CIJ et la CPI ont accordé les intérêts simples, ou envisagé de le faire, chaque fois que la question du *quantum* s'est posée, par exemple dans l'affaire du *Vapeur Wimbledon*, celle du *Détroit de Corfou (fixation du montant des réparations)* et celle de l'*Usine de Chorzów (fond)*. On peut donc trouver des arguments très puissants contre l'allocation d'intérêts composés. Lorsque M. Arangio-Ruiz a proposé, *de lege ferenda*, un article sur la question, il a omis la proposition fondamentale selon laquelle, lorsqu'un certain montant exigible au titre d'une indemnisation n'a pas été versé, ce montant porte intérêt jusqu'au moment du règlement, proposition dont personne n'a nié la pertinence lors du débat à la quarante-troisième session de la Commission. Le projet d'article a été rejeté. En réponse aux nombreux commentaires des gouvernements, le Rapporteur spécial propose de prévoir dans le projet une disposition qui, au lieu de s'axer sur les intérêts composés, traitera simplement de la question générale de l'allocation d'intérêts.

22. Le Rapporteur spécial a également essayé, par des formules peut-être plus souples, de régler le deuxième des problèmes que soulevait l'article proposé par l'ancien rapporteur spécial, celui de la période pendant laquelle doivent courir les intérêts. Il faut fixer le jour auquel l'indemnité prévue aurait dû être payée. Or, il y a des divergences considérables entre la jurisprudence et la doctrine sur le sujet. Dans certaines traditions juridiques, l'indemnisation est payable le jour du fait générateur. Dans d'autres, elle n'est pas exigible tant qu'une demande de règlement n'a pas été déposée par l'État lésé. Ces deux règles peuvent se défendre dans tel ou tel contexte. Dans d'autres systèmes encore, les intérêts courent du jour où le règlement aurait dû être effectué selon les relations ordinaires entre les deux parties. Comme il faut ménager une certaine latitude dans le choix des diverses dates de valeur, on peut envisager la formule plus générale proposée au paragraphe 2 de l'article 45 *bis*, plus large que celle de l'ancien rapporteur spécial, qui optait pour la date du fait générateur. La question de la date d'exigibilité de l'indemnisation devrait être laissée au soin du tribunal, qui aura à choisir entre celle où se produit le préjudice, un laps de temps raisonnable après la présentation de la demande, ou quelque autre date ultérieure. La nouvelle formule résout certains des problèmes créés par le libellé inutilement rigide du texte précédent de M. Arangio-Ruiz. On s'entend plus facilement sur la date à laquelle les intérêts cessent de courir, c'est-à-dire celle à laquelle l'obligation de payer est effectivement purgée, même si c'est par voie de renonciation ou autrement. Sur ce point, il n'y a aucune raison de s'écarter de la proposition de M. Arangio-Ruiz.

23. Selon certains gouvernements, l'article devrait prévoir les intérêts composés, et Mann s'est prononcé en faveur de cette solution avec la plus grande vigueur¹¹. Les tribunaux pourtant sont restés très prudents. Par exemple, le Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran a

jugé qu'il n'était pas nécessaire qu'une disposition expresse l'habilite à allouer des intérêts composés, puisqu'il tenait cette faculté de son pouvoir juridictionnel général. Cela dit, il ne s'en est prévalu que dans des cas extraordinaires. Pour le Rapporteur spécial, si une réclamation concerne un contrat dans lequel sont prévus des intérêts composés, rien ne devrait s'opposer à ce que de tels intérêts soient alloués au réclamant. Mais, même en pareil cas, les tribunaux internationaux ont été fort circonspects. Aussi peut-on proposer, à la lumière de la jurisprudence internationale, de ne pas écarter totalement la possibilité d'allouer des intérêts composés dans un cas d'espèce, mais il n'est pas nécessaire de la mentionner expressément.

24. Le Rapporteur spécial rappelle la décision prise par un tribunal du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements, dans laquelle ont été adjugés des intérêts composés sur le montant d'une indemnisation pour expropriation qui était restée impayée pendant une vingtaine d'années¹². Comme d'une manière générale on dispose d'une certaine discrétion quant au taux d'intérêt retenu et quant au mode de calcul, ce principe devrait être étendu aux cas particuliers dans lesquels des intérêts composés sont alloués sous une forme ou sous une autre. Cela pourrait être clairement dit dans le commentaire. Si la Commission essaie de traiter la question de façon trop détaillée en s'inspirant des autorités en la matière, elle risque de perdre l'article tout entier.

25. Ayant donné lecture du texte de l'article 45 *bis* qu'il propose à la Commission, le Rapporteur spécial ajoute que la deuxième phrase du paragraphe 1, calquée sur celle de M. Arangio-Ruiz, est rédigée de façon assez lâche mais qu'il est difficile, à lire les auteurs, d'être plus précis. Au paragraphe 2, à propos des dates, l'expression « À moins qu'il en soit autrement décidé ou accepté par accord » se justifie par le fait que les États peuvent toujours convenir qu'il n'y aura pas allocation d'intérêts et aussi parce que les tribunaux se montrent assez libres en matière d'intérêts, liberté qui dément l'idée qu'il existerait normalement un droit à percevoir des intérêts sur telle ou telle période. Ils ont, par exemple, accordé des intérêts qui courent sur une période plus courte que celle qui aurait dû être retenue en toute rigueur, ou qui s'accumulaient à un taux plus faible que celui du marché. Le même membre de phrase revient d'ailleurs à plusieurs reprises dans le projet d'articles relatif à la succession d'États et, s'il est assez vague, il touche à un domaine où il faut se laisser une certaine marge de manœuvre.

26. L'une des deux questions que traite la dernière disposition du chapitre II de la deuxième partie, à savoir l'article 46 *bis* proposé par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport, relatif à l'atténuation du dommage, n'était pas abordée par le projet précédent, et l'autre était traitée au paragraphe 2 de l'article 42 adopté en première lecture, relatif à la négligence contributive. Ce paragraphe envisageait la situation dans laquelle l'État lésé, ou la personne au nom de laquelle l'État intervient, a concouru au dommage par négligence ou par un acte ou une omission

¹¹ F. A. Mann, "Compound interest as an item of damage in international law", *Further Studies in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 377 et suiv., en particulier p. 383.

¹² *Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica* (affaire n° ARB/96/1), sentence du 17 février 2000, par. 103 à 105 (*ICSID Review, Foreign Investment Law Journal*, vol. 15, n° 1, printemps 2000, p. 167 et suiv., notamment p. 202).

délibérés, cas de figure que divers systèmes juridiques désignent des termes de « négligence contributive » ou de « comparaison des fautes ». Selon une jurisprudence bien établie, la faute de la victime, quand il s'agit d'une personne physique, peut être prise en considération dans la réparation. Aucun État n'a remis ce principe en cause dans les commentaires. Cependant, la Commission, en l'étendant aux États lésés, a fait un pas sur la voie du développement progressif. Un ou deux gouvernements se sont interrogés sur cette démarche, le principe de la négligence contributive ne devant pas s'appliquer à leur avis aux affaires d'État à État. On ne voit pas pourquoi, car on risque sinon de se retrouver dans une situation dans laquelle un État responsable finit par indemniser un dommage ou un préjudice que l'État lésé s'est lui-même causé.

27. Le Rapporteur spécial propose donc de maintenir le paragraphe 2, moyennant quelques modifications mineures. Mais ses motifs n'ont rien à voir avec le lien de causalité. M. Arangio-Ruiz avait proposé à l'origine de réduire l'importance de la réparation lorsque le dommage a plusieurs causes¹³. Le Comité de rédaction a rejeté cette façon de voir¹⁴ et le Rapporteur spécial a suivi son exemple dans son rapport. Ce sont des considérations d'équité qui inclinent à conserver le paragraphe 2, qui semble s'appliquer au cas où la comparaison des fautes fait apparaître la défaillance de l'État ou d'un de ses nationaux. On notera cependant que, dans la plupart des cas où un État épouse la réclamation d'un de ses nationaux, il le fait en son nom propre.

28. L'une des préoccupations auxquelles la section B du chapitre premier tend à répondre est qu'il ne faut pas offrir une surcompensation aux États en cas de dommages à causes multiples. Il ne semble pas que le principe de la différenciation des causes, grâce auquel M. Arangio-Ruiz pensait régler le problème, offre ici la bonne solution. Il faudrait plutôt s'efforcer de trouver l'équilibre des termes d'indemnisation entre l'État responsable et l'État lésé. C'est pourquoi on peut proposer une nouvelle disposition portant sur l'atténuation des dommages, inspirée essentiellement par la manière dont ce principe a été formulé par la CIJ dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*.

29. Le Rapporteur spécial a également l'intention, dans le contexte de la deuxième partie *bis*, de proposer une règle pour résoudre le problème de la double indemnisation, règle qui ne serait pas fondée sur le principe de la quantification de la réparation. Par exemple, s'il y a plusieurs États causant chacun un dommage, le plaignant peut obtenir en réparation le même montant de deux États puisque ceux-ci sont également responsables du dommage en cause. Dans aucun système juridique cependant, le plaignant ne peut recouvrer plus que ce qu'il a perdu. C'est ce principe qu'il faut réaffirmer dans le contexte de la responsabilité des États. De l'avis du Rapporteur spécial, il ne s'applique pas en matière de quantification de l'indemnisation, mais en matière de mise en jeu de la responsabilité. L'atténuation du dommage, d'un autre côté, porte sur

l'atténuation du montant principal. L'État qui a refusé d'agir raisonnablement pour atténuer le dommage s'apercevra qu'il ne peut récupérer la totalité de sa perte. C'est un principe simple admis d'une manière générale par les systèmes juridiques et par la CIJ. Il est donc opportun de le faire figurer dans le projet d'articles. Tel est l'objet de l'article 46 *bis* proposé.

30. Le PRÉSIDENT annonce que le débat sur le projet d'articles relatif à la responsabilité des États reprendra au début de la seconde partie de la session. La Commission décidera alors de renvoyer ou non au Comité de rédaction les articles 43 et 44.

Protection diplomatique (*fin**) [A/CN.4/506 et Add.1¹⁵]

[Point 6 de l'ordre du jour]

31. M. DUGARD (Rapporteur spécial) rend compte des consultations dont a fait l'objet le projet d'articles relatif à la protection diplomatique [ILC(LII)/IC/DP/WP.1]. Les délibérations au sein de la Commission avaient fait apparaître que les projets d'articles 5, 7 et 8 devaient, de l'avis général, être renvoyés au Comité de rédaction mais il avait été décidé que l'on attendrait pour trancher le résultat des consultations officieuses sur les articles 1, 3 et 6.

32. Trois séries de consultations ont donc eu lieu. Elles se sont concentrées sur l'article premier, qui vise à définir le champ d'application de la protection diplomatique. Il avait été proposé, notamment par M. Sepúlveda (2626^e séance), d'y prévoir le déni de justice et d'indiquer que la Commission avait l'intention de s'intéresser à la question. Le Rapporteur spécial et d'autres membres se sont opposés à cette idée parce qu'il s'agissait d'une règle primaire et que l'ensemble du projet était axé sur les règles secondaires.

33. Cependant, il a été convenu d'une manière générale que la question du déni de justice ne pouvait être complètement passée sous silence et qu'il fallait en parler dans le commentaire. Des éléments de ce cas de figure seraient un aspect essentiel de la disposition sur l'épuisement des recours internes. Il a été convenu également qu'on ne traiterait du déni de justice ni dans le rapport ni dans le projet d'articles, et que l'article premier n'en ferait donc pas mention.

34. Au cours des délibérations, il a été proposé d'écarter certaines questions du champ de l'étude. Après examen, ceux qui participaient aux consultations officieuses sont convenus qu'il ne fallait pas chercher à régler les questions énumérées aux alinéas *a* à *d* du paragraphe 2 du rapport des consultations officieuses. Aucune clause d'exclusion ne serait attachée à l'article premier, mais le commentaire indiquerait que le projet d'articles ne traite pas des questions considérées.

35. On s'est interrogé sur le point de savoir si les articles devaient se limiter au préjudice subi par les personnes physiques. Selon l'opinion générale, il serait malavisé,

¹³ Voir le paragraphe 5 de l'article 8, *Annuaire... 1989*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/425 et Add.1, par. 191, p. 60.

¹⁴ Voir *Annuaire... 1992*, vol. I, 2288^e séance, par. 20 à 26, p. 231 et 232.

* Reprise des débats de la 2627^e séance.

¹⁵ Voir *supra* note 2.

pour l'instant au moins, de se restreindre ainsi et les articles devraient viser à la fois les personnes morales et les personnes physiques. Le terme « national », qui figure à l'article premier, couvre donc les deux catégories de personnes. On s'est aussi interrogé sur les moyens de règlement « pacifique » des différends. C'est un point dont le Comité de rédaction aura à s'occuper lorsqu'il choisira entre les trois options qui figurent dans le rapport des consultations officielles.

36. L'article 3 n'a pas suscité de longs débats, la seule question soulevée étant celle de savoir si l'État de nationalité avait le droit d'exercer le droit fixé dans cet article ou s'il y était simplement habilité. C'est une question que le Comité de rédaction devra trancher.

37. On se souviendra que l'article 6 avait été assez controversé en séance plénière. Le groupe des consultations officielles, tout en admettant que les opinions divergeaient sur le fond, a décidé de le renvoyer au Comité de rédaction, étant entendu que celui-ci envisagera de prévoir des protections contre le recours abusif au principe qui y est consacré. La section C du rapport à l'examen présente trois façons d'y parvenir.

38. Les projets d'articles 5, 7 et 8 n'ont suscité aucune objection et, à la lumière des consultations officielles, le Rapporteur spécial propose de renvoyer au Comité de rédaction les projets d'articles 1, 3, 5, 6, 7 et 8.

39. M. ECONOMIDES dit qu'aucune des trois variantes de l'article premier proposées ne suffit en elle-même mais qu'on pourrait obtenir un résultat satisfaisant en les combinant. Pour sa part, il n'acceptera que l'article premier soit renvoyé au Comité de rédaction que s'il est entendu que celui-ci envisagera de proposer les trois solutions ensemble. Il faut craindre hélas que cette façon de procéder signifie que le Comité perdra une bonne part de son temps. Il faudra également prendre garde à formuler cet article de façon à bien expliquer que la protection diplomatique n'est pas « un processus » ou « une procédure » au sens de « tout processus » ou de « toute procédure ». Le terme désigne, dans chaque cas, une procédure très particulière et très précise. Il est clair que cette disposition doit être retravaillée.

40. L'article 6 inspire à M. Economides des réserves encore plus sérieuses. La Commission se souviendra qu'il s'était personnellement prononcé contre sa présence dans le projet, car il est contraire au principe de l'égalité des États et n'a pas de fondement dans la pratique des États. Faute d'un critère plus strict, comment le Comité de rédaction fera-t-il pour formuler les dispositions que propose la partie C du document à l'examen ? À vrai dire, cet article devra être réexaminé quand le Rapporteur spécial aura présenté en sa faveur des arguments plus solides.

41. M. CRAWFORD dit n'avoir aucun mal à souscrire à la recommandation tendant à ce que l'article 6, si controversé qu'il soit, soit renvoyé au Comité de rédaction, car telle est la pratique ordinaire de la Commission en tel cas après épuisement du débat en séance plénière. Passant ensuite à l'article premier, il déclare espérer que le Comité de rédaction veillera à ne pas donner à entendre que la protection diplomatique peut s'exercer pour un dommage subi en dehors du territoire de l'État responsable. Quant à l'emploi du terme « national » pour couvrir à la fois les

personnes physiques et les personnes morales, il serait inquiétant si la dernière phrase du paragraphe 3 du rapport des consultations officielles donnait à penser que la Commission exclura probablement les sociétés du champ d'application des articles.

42. M. GALICKI dit partager les doutes que l'article 6 suscite chez M. Economides. À son avis, le temps n'est pas encore venu de le renvoyer au Comité de rédaction. Il reste à concilier trop d'opinions divergentes. Faut-il voir dans cet article un reflet de l'état actuel du droit international coutumier ? M. Galicki en doute très sérieusement. Est-on plutôt dans le cadre du développement progressif du droit international ? Dans l'affirmative, l'article devrait recevoir de la part des membres de la Commission un appui plus ferme que celui qu'il semble susciter pour l'instant. M. Galicki souscrit à l'idée de renvoyer les autres articles au Comité de rédaction mais il lui semble que la Commission devrait poursuivre sa réflexion sur l'article 6 à la reprise de sa session, si possible dans le cadre de consultations privées.

43. M. ROSENSTOCK pense qu'il y a une pratique étatique suffisante pour justifier l'article 6. Ceux qui pensent le contraire semblent ne pas être conscients des réalités contemporaines. Comme nul ne l'ignore, le rôle du Comité de rédaction n'est pas simplement de parachever la rédaction des articles : il s'interroge aussi sur l'équilibre d'ensemble et, dans une certaine mesure, sur le fond des propositions. Cela étant, M. Rosenstock se déclare fermement en faveur de la recommandation issue des consultations officielles, et estime qu'il serait tout à fait inopportun de reprendre le débat en séance plénière.

44. M. SIMMA se déclare lui aussi fermement en faveur du renvoi de l'article 6 au Comité de rédaction. S'il est vrai que quelques membres seulement ont participé aux consultations officielles, ceux qui l'ont fait ont été quasiment unanimes à approuver le principe qu'il consacre. S'il s'agit là d'un effort de développement progressif du droit international, c'est bien la voie que la Commission doit emprunter.

45. M. GOCO dit que, si l'article 6 est renvoyé au Comité de rédaction, celui-ci devra prendre dûment en considération les réserves qu'il a suscitées au cours du débat en séance plénière. Pour ce qui est de l'article premier, il faudrait que le commentaire explique bien que la seule raison de ne pas y mentionner le déni de justice est que cette figure juridique relève du domaine des règles primaires.

46. M. HAFNER dit partager les vues exprimées par MM. Crawford, Rosenstock et Simma quant au renvoi de l'article 6 au Comité de rédaction. Lorsqu'elle examinait la question des réserves aux traités, la Commission a décidé de renvoyer tous les projets de directives au Comité de rédaction, alors même qu'ils n'avaient pas tous été approuvés par l'ensemble des membres. On ne voit pas pourquoi les projets d'articles sur la protection diplomatique recevraient un traitement différent.

47. M. Sreenivasa RAO constate que l'article 6 est une disposition très difficile, qui soulève de grandes questions de politique bilatérale. À son avis, les qualificatifs « dominante » ou « effective » qui accompagnent la « nationalité » sont loin d'être clairs et l'article ne se prête

pas à une lecture univoque. Comme le débat en séance plénière n'a pu aboutir, M. Sreenivasa Rao convient avec les membres qui l'ont précédé qu'un débat plus approfondi permettrait d'y voir plus clair. Pour ce qui est du parallèle que M. Hafner a établi entre le projet de directives sur les réserves aux traités et le projet à l'examen, on notera que le problème politique soulevé dans ce dernier cas est beaucoup moins marginal.

48. M. DUGARD (Rapporteur spécial) constate qu'il n'y aurait aucune difficulté à renvoyer les projets d'articles 1, 3, 5, 7 et 8 au Comité de rédaction et que M. Economides a admis que les problèmes qui restaient à résoudre à propos de l'article premier pouvaient être réglés par celui-ci. Pour ce qui est de l'article 6, les commentaires qui figurent dans son premier rapport (A/CN.4/506 et Add.1) rend compte des deux positions. Le débat approfondi qui s'est tenu en séance plénière a montré que les avis restaient partagés, ce qui a amené à organiser des consultations officielles sur ce point. Peu de membres y ont participé, mais les échanges de vues ont été fructueux et ont permis de décider à l'unanimité de renvoyer l'article 6 au Comité de rédaction, lequel serait prié d'étudier la possibilité d'y inclure des garanties pour prévenir les abus. Si la Commission décide de ne pas renvoyer cet article au Comité de rédaction, on voit mal l'utilité d'un autre débat approfondi ou de nouvelles consultations officielles.

49. M. Sreenivasa RAO pense qu'il serait utile que le Rapporteur spécial rédige une petite note où il définirait ce qu'il faut entendre par « nationalité dominante » et par « nationalité effective ». Si l'on arrive à s'entendre sur ce point décisif, M. Sreenivasa Rao n'aura aucune objection à ce que l'on renvoie l'article 6 au Comité de rédaction.

50. M. ECONOMIDES souscrit à cette observation. Une note dans laquelle le Rapporteur spécial résumerait le débat consacré à l'article 6 serait fort utile. La section C du texte à l'examen indique trois domaines dans lesquels pourraient avancer les travaux sur l'article 6, mais ce sont des travaux que seul le Rapporteur spécial, et non le Comité de rédaction, peut entreprendre. Le Rapporteur spécial présentera ses conclusions à la Commission, qui tiendra éventuellement un débat avant de renvoyer la disposition au Comité de rédaction. Ce nouveau travail se justifie parce que l'article 6 est à la fois délicat et controversé.

51. M. GOCO a des réserves à faire sur les aspects fondamentaux de l'article 6. Il n'est pas convaincu que la Commission doit le renvoyer au Comité de rédaction, même si telle est la procédure qu'il conviendrait de suivre. Si cela ne crée pas trop de difficultés, le mieux serait sans doute de reprendre en séance plénière le débat sur l'article 6.

52. M. ROSENSTOCK dit que le problème à l'examen a été débattu en séance plénière et au cours de consultations officielles auxquelles tous les membres ont été conviés. En rendant compte de leurs conclusions en séance plénière, ceux qui ont participé aux consultations ont recommandé à la Commission de renvoyer l'article 6 au Comité de rédaction. Le moins qu'on puisse dire, c'est qu'il serait mal venu, et peu propice aux travaux sur l'article 6, de soumettre une nouvelle fois cette disposition à des consultations officielles. D'ailleurs, le fait que la Commission renvoie l'article au Comité de rédaction ne signi-

fie pas qu'elle l'approuve. Les questions qui ont été soulevées peuvent être débattues en bonne et due forme sans interrompre le déroulement des travaux si le Rapporteur spécial rédige quelques paragraphes dans lesquels il indiquera, au vu de la pratique actuelle, les critères qu'il faut prendre en considération pour déterminer la nationalité dominante et qui sont pertinents du point de vue de l'article 6.

53. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO dit qu'il est vrai que la question de procédure est étroitement liée à une question de fond. On a procédé à un échange de vues utile, qui a fait apparaître des divergences de fond, qui ont amené à douter que le Comité de rédaction soit à même de débattre de l'article 6. Si le Comité doit quand même en être saisi, il devra l'examiner en vue d'y prévoir les protections qu'envisage la partie C du rapport à l'examen.

54. M. GALICKI dit que les commentaires qu'il a faits sur l'article 6 visaient à parer aux problèmes susceptibles de surgir ultérieurement. Le Comité de rédaction a une liberté de manœuvre plus étroite que les groupes de travail ou que les groupes qui participent aux consultations officielles, et si l'article est renvoyé à la Commission et y fait l'objet d'une forte opposition, il n'y a pas d'autre solution que de le rejeter.

55. Il aurait été plus sage pour la Commission de prier le Rapporteur spécial de rédiger un texte supplémentaire sur le problème de la nationalité dominante, notion que M. Galicki tient pour décisive, et de reprendre l'examen du problème pendant la seconde partie de la session. M. Galicki s'est opposé à l'article sous sa forme d'origine, mais il lui semble qu'un examen plus poussé, dans le contexte de consultations privées, serait utile.

56. Le PRÉSIDENT, faisant le point du débat, rappelle que le fond de l'article 6 a été longuement débattu en séance plénière et que toutes les opinions qui se sont exprimées à cette occasion sont consignées dans le compte rendu analytique des séances correspondantes et le seront aussi dans le rapport de la Commission à l'Assemblée générale. La Commission a tout loisir d'accepter ou de rejeter la recommandation unanime d'un groupe de consultations officielles mais si, s'écartant de sa pratique établie, elle rouvre le débat, elle suscitera de nouvelles difficultés.

57. Le Président propose à la Commission de s'en tenir à la procédure traditionnelle, c'est-à-dire de prier le Comité de rédaction d'examiner tous les articles en tenant compte des considérations exprimées au sein de la Commission, du rapport des consultations officielles et des contributions supplémentaires que le Rapporteur spécial pourrait verser au débat. Si le Comité de rédaction se trouve dans l'impossibilité d'avancer sur l'article 6, son président pourra toujours demander la tenue en séance plénière d'un débat sur le problème sur lequel on aura achoppé.

58. M. CRAWFORD approuve cette solution. Il rappelle que la Commission réunie en séance plénière ne se contente pas d'entériner les conclusions du Comité de rédaction. Lorsque celui-ci a présenté l'article 6, il n'avait pas du tout écarté la possibilité que la majorité des membres qui avaient du mal à l'accepter proposent de le supprimer ou de le modifier. Pour M. Crawford, il importe de

s'en tenir à la procédure ordinaire, étant entendu que l'article 6 sera sans doute modifié d'une manière ou d'une autre.

59. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'entend pas d'objections, il considérera que la Commission souhaite adopter la solution qu'il vient de proposer.

Il en est ainsi décidé.

Organisation des travaux de la session (fin*)

[Point 2 de l'ordre du jour]

60. Le PRÉSIDENT annonce que le Groupe de planification s'est réuni pour examiner la question de la cinquante-troisième session de la Commission, en 2001. Ses travaux n'ont pas abouti, même si l'on voit se former un consensus autour de l'idée d'une session en deux parties. Comme la décision doit être prise en séance plénière à la mi-juillet pour s'assurer des moyens techniques nécessaires, le bureau a décidé de réactiver le groupe de travail sur la structure de la session. À la session précédente, M.

Rosenstock en avait assuré la présidence et il a accepté de le faire encore. Il a également accepté de tenir des consultations officieuses approfondies sur la date et le lieu de cette prochaine session dès la reprise de la session en cours. Les membres qui veulent lui faire des observations doivent se mettre en rapport avec lui.

Conférence commémorative Gilberto Amado

61. M. BAENA SOARES rappelle que la Commission organise tous les deux ans une conférence commémorative en l'honneur de Gilberto Amado, l'un de ses membres fondateurs qui a apporté de précieuses contributions à ses travaux pendant de longues années. La pratique sera maintenue à la présente session, et M. Pellet a accepté de donner la conférence, sur le thème « Droits de l'homme et droit international ». Elle aura lieu le mardi 18 juillet 2000, à 17 heures.

62. Le PRÉSIDENT annonce que la Commission a achevé les travaux de la première partie de sa session. Il remercie le personnel du secrétariat de sa coopération et de son assistance.

La séance est levée à 11 h 45.

* Reprise des débats de la 2622^e séance.

**COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DES SÉANCES
DE LA SECONDE PARTIE DE LA CINQUANTE-DEUXIÈME SESSION**

Tenues à Genève du 10 juillet au 18 août 2000

2636^e SÉANCE

Lundi 10 juillet 2000, à 15 h 5

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Baena Soares, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Illueca, M. Kabatsi, M. Kusuma-Atmadja, M. Luka-shuk, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka.

Responsabilité des États¹ (suite) [A/CN.4/504, sect. A, A/CN.4/507 et Add.1 à 4², A/CN.4/L.600]

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à reprendre l'examen des projets d'articles 43 et 44 figurant dans la section B du chapitre premier du troisième rapport sur la responsabilité des États (A/CN.4/507 et Add.1 à 4) qui ont été présentés par le Rapporteur spécial à la fin de la première partie de la session (2634^e séance).

¹ Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), chap. III, sect. D, p. 62.

² Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

2. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) rappelle que le débat entamé au cours de la première partie de la session a fait ressortir un certain nombre de questions, notamment le lien entre restitution et indemnisation et l'opportunité de consacrer un unique article à l'indemnisation. Pour faire suite à une observation de M. Rosenstock, le Rapporteur spécial a élaboré un projet de commentaire relatif à l'article 44 au vu duquel les membres de la Commission pourront apprécier s'il convient d'étouffer l'article lui-même ou si le libellé relativement simple qu'il propose pour cet article est suffisant.

3. M. ECONOMIDES dit que son intervention portera sur les articles 43 et 44, mais qu'il dira en outre quelques mots à propos de l'article 45 *bis* qu'il considère comme inséparablement lié à l'article 44.

4. S'agissant de l'article 43, M. Economides partage entièrement l'opinion selon laquelle il faut considérer la restitution comme la forme de réparation prioritaire bien que l'indemnisation soit en fait la forme la plus souvent employée. L'objectif est en effet, dans chaque cas de responsabilité, d'effacer aussi complètement que possible les traces du fait internationalement illicite en rétablissant, par la restitution en nature, la situation antérieure, c'est-à-dire le *statu quo ante*. En ce qui concerne les exceptions prévues dans l'article 43 adopté en première lecture, M. Economides serait d'accord pour éliminer celle visée à l'alinéa *d*, c'est-à-dire la menace sérieuse à l'indépendance politique ou à la stabilité économique de l'État responsable, pour deux raisons essentielles que le Rapporteur spécial cite d'ailleurs dans son troisième rapport, à savoir qu'il s'agit d'un cas d'une extrême rareté qui est, de surcroît, couvert dans une mesure non négligeable par l'alinéa *c*. Il serait également d'accord pour biffer l'exception visée à l'alinéa *b* – violation d'une obligation découlant d'une norme de *jus cogens* – à condition d'avoir la certitude que l'article 29 *bis* s'applique en l'occurrence; c'est là un point que le Comité de rédaction devra examiner attentivement.

5. Quelques modifications d'ordre rédactionnel seraient en outre souhaitables : ainsi, l'expression « qui a commis un fait internationalement illicite » devrait être remplacée

par le terme « responsable », comme cela a déjà été fait en plusieurs endroits; le participe « obligé » devrait être remplacé par le participe « tenu » qui est plus juridique et a un sens plus fort; enfin, la disposition gagnerait en précision si l'expression « en nature » était ajoutée à la notion de restitution. Le libellé de la première partie de l'article 43 serait donc le suivant :

« Tout État responsable est tenu de restituer en nature, c'est-à-dire de rétablir la situation qui existait avant qu'il n'ait commis le fait internationalement illicite, dès lors et pour autant que cette restitution en nature ... ».

Par ailleurs, l'expression « ceux qui sont lésés » figurant à l'alinéa *c* pourrait être remplacée par les termes « l'État ou les États lésés ».

6. S'agissant de l'article 44, M. Economides se dit partisan d'une formulation souple mais aussi précise que possible, analogue à celle adoptée en première lecture. Il serait également d'accord pour limiter l'indemnisation par une disposition du type de celle figurant actuellement au paragraphe 3 de l'article 42. Il croit d'autre part que la question des intérêts, qui constituent un élément essentiel de l'indemnisation, a sa place dans l'article 44, dont le paragraphe 2 pourrait être éventuellement développé à cet effet. Les questions du manque à gagner et des intérêts composés devraient quant à elles être traitées avec une grande prudence dans le cadre du projet d'article et non pas exclusivement dans celui du commentaire. M. Economides propose donc que l'article 44 se lise ainsi :

« 1. Tout État responsable est tenu d'indemniser le dommage causé par le fait internationalement illicite qu'il a commis dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution en nature.

2. Aux fins du présent article, l'indemnisation couvre tout dommage susceptible d'évaluation économique, les intérêts sur toute somme principale exigible dans la mesure nécessaire pour assurer la réparation intégrale ainsi qu'éventuellement, dans certains cas, le manque à gagner ou les intérêts composés ».

Enfin, les éléments de la proposition du Rapporteur spécial figurant dans le projet d'article 45 *bis* et concernant le taux d'intérêt et le mode de calcul ainsi que le laps de temps pour le paiement des intérêts pourraient faire l'objet d'un troisième paragraphe à ajouter à l'article 44.

7. M. HE rappelle que le chapitre II de la deuxième partie, intitulé par le Rapporteur spécial « Les formes de la réparation », procède du principe fondamental de droit international selon lequel toute violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer, principe qui, formulé par la CPJI dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, a été confirmé par la CIJ dans d'autres décisions, et est appliqué par différents types de juridictions et tribunaux ayant à connaître de cas de violation d'un engagement propre à entraîner une responsabilité internationale. La teneur de l'obligation de réparation peut être envisagée sous plusieurs angles. Dans un sens général, tout d'abord, la réparation vise, en effaçant autant que possible toutes les conséquences du fait internationalement illicite, à rétablir la situation qui existerait ou qui aurait existé si ce fait n'avait pas été commis. D'où l'objectif général d'une « réparation intégrale »

auquel tendent les dispositions du chapitre II. Deuxièmement, l'obligation de réparation, en tant que principale conséquence juridique du fait internationalement illicite commis par un État, ne vise que les effets directs ou immédiats, et non indirects ou éloignés, d'une violation; l'exigence coutumière d'un lien de causalité suffisant devrait donc être explicitée dans les dispositions pertinentes sur la réparation ou l'indemnisation, ou au moins dans le commentaire. Troisièmement, bien qu'il y ait certains avis divergents sur ce point, la « réparation intégrale » doit couvrir le manque à gagner et les intérêts, sous peine d'aller à l'encontre de la jurisprudence dominante, mais aussi du principe même de réparation intégrale. Enfin, le texte en cause devrait exprimer ou refléter la nécessaire proportionnalité entre la réparation et le dommage subi, l'idée d'une peine qui viendrait s'ajouter à la réparation intégrale étant inacceptable et devant être rejetée puisque l'obligation de réparation que suppose la notion de responsabilité ne doit pas viser à d'autre but que d'effacer toutes les conséquences du fait illicite. Cela est conforme à l'idée qu'il n'y a pas lieu à indemnisation lorsque aucun dommage, matériel ou moral, n'est démontré.

8. S'agissant de la restitution visée dans l'article 43 proposé par le Rapporteur spécial, une première approche, prônant la priorité de la restitution sur toute autre forme de réparation, notamment l'indemnisation, a été critiquée, comme étant trop rigide et contraire à la pratique, par les partisans d'un rapport plus souple entre restitution et indemnisation laissant à l'État lésé la liberté de choisir les formes de réparation qu'il juge appropriées. Le Rapporteur spécial, tout en confirmant la primauté de la restitution, a retenu l'idée d'une priorité relative, notamment celle d'une priorité de la restitution dans des cas mettant en cause des territoires ou des individus illégalement saisis ou capturés, ou des biens de grande valeur historique ou culturelle. Ainsi, le principe de la priorité serait retenu dans l'article 43 proposé, sous réserve de certaines exceptions déterminées. Toutefois, l'article 43 adopté en première lecture prévoyant que, si la restitution correspondant à une réparation intégrale est possible, l'État auteur ne devrait pas pouvoir choisir la voie de l'indemnisation, on peut se demander si, dans ce cas, il serait possible à l'État lésé de préférer une indemnisation.

9. S'agissant de l'article 44 proposé par le Rapporteur spécial, la principale question est de savoir si, comme l'indique le Rapporteur spécial au paragraphe 166 de son troisième rapport, une formulation plus détaillée du principe de l'indemnisation est nécessaire. Compte tenu de l'importance de l'indemnisation comme principal moyen de réparation, et du fait que l'article 44 a pour fonction de définir la portée de l'indemnisation, il paraît nécessaire d'explicitier les principales composantes et conditions de l'indemnisation pour faciliter l'évaluation de son montant. La simple mention de « tout dommage susceptible d'évaluation économique » est insuffisante, en l'absence de quelques éléments d'appréciation. Ainsi, l'exigence coutumière d'un lien de causalité entre le dommage et le fait internationalement illicite devrait être précisée, et le manque à gagner devrait également être mentionné bien qu'il y ait un article distinct sur les intérêts qui porte principalement sur un mode de calcul. Il serait certes difficile, compte tenu de l'état incertain du droit et des divergences dans les pratiques des États, d'élaborer une règle plus détaillée relative à l'indemnisation, mais l'article 44 tel

qu'il est formulé est trop simpliste pour être satisfaisant. S'il peut être envisagé de donner une formulation souple aux modalités de la réparation, le principe fondamental d'une réparation intégrale par la voie de l'indemnisation devrait être pleinement respecté et consacré de manière plus précise dans l'article lui-même. Il faudrait parallèlement veiller à prévenir tout abus éventuel en prévoyant qu'aucune indemnisation ne doit excéder le dommage causé par le fait illicite.

10. M. HAFNER fait observer en premier lieu que toute remarque relative aux articles 43 et 44 étant manifestement subordonnée aux résultats des débats de la Commission sur les articles 40 et 40 *bis*, les observations exprimées à ce stade reposent sur le postulat que les projets d'articles visent avant tout, sinon exclusivement, les États lésés au sens étroit de l'expression, c'est-à-dire ceux qui peuvent prétendre à toutes les formes de réparation découlant d'un fait internationalement illicite. Deuxièmement, le libellé final des projets d'articles étant également tributaire, dans une certaine mesure, de la teneur définitive du commentaire, M. Hafner se réserve la possibilité, en fonction du commentaire, de nuancer la position qu'il aura exprimée dans un premier temps.

11. Dans l'ensemble, M. Hafner approuve l'approche générale adoptée par le Rapporteur spécial pour cette partie du sujet de la responsabilité des États. Il est également partisan d'une formulation relativement générale des projets d'articles, un libellé trop précis risquant de rendre difficile, voire impossible un accord général sur le texte et de créer de nouveaux points de désaccord entre États. Le problème le plus important dans le domaine de la responsabilité des États tient à la reconnaissance de la responsabilité et non à l'évaluation des dommages. C'est ce qu'a confirmé la CIJ dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* où, comme il est indiqué au paragraphe 155 du rapport, « la Cour n'a pas considéré que les questions d'indemnisation ... étaient au cœur du problème ». De fait, dans un bon nombre d'affaires, le montant de l'indemnisation est déterminé par voie de négociation. À cet égard, M. Hafner exprime des réserves quant à l'idée de recourir plus fréquemment à la jurisprudence arbitrale comme expression de la pratique, d'une part parce que cette jurisprudence ne rend pas compte des affaires de responsabilité des États réglées directement entre États ou par des juridictions nationales, et d'autre part parce que l'une des conditions fréquemment posée au règlement des différends par l'arbitrage est que la sentence reste secrète.

12. Passant à l'article 43, M. Hafner dit que la *restitutio in integrum* est certainement la forme de réparation à privilégier, si tel est le choix de l'État lésé. Si elle n'est pas aussi fréquente que, par exemple, l'indemnisation, cela est dû à ses limites et non pas au fait qu'elle a un caractère subsidiaire. Il ressort du paragraphe 142 que le devoir de restitution consiste à établir la situation qui aurait prévalu si le fait illicite n'avait pas été commis, et pas simplement à rétablir le *statu quo ante*. À cet égard, le texte de l'article lui-même soulève certains problèmes : il faut tenir compte de ce que tout est en devenir. En ce qui concerne les limites de cette obligation, la référence à l'impossibilité matérielle soulève elle aussi certains problèmes. On doit se demander si l'impossibilité matérielle inclut l'impossibilité juridique. Les diverses théories sur les relations entre le droit international et le droit interne donnent différentes répon-

ses à cette question. Le point de vue dualiste semble inclure l'impossibilité juridique dans l'impossibilité matérielle, contrairement au point de vue moniste qui donne la priorité au droit international. Sur ce point, il faut aussi considérer la relation qui existe entre l'article 43 et l'article 4 du projet d'articles, qui exclut le recours au droit interne, c'est-à-dire que l'on pourrait affirmer que l'État responsable ne peut se décharger du devoir de rétablir la situation antérieure en invoquant son ordre juridique interne. Telle serait, par exemple, la conséquence d'une formulation analogue à celle de l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969. Toutefois, la formulation du projet d'article 4 n'est pas de nature à produire le même effet. C'est pourquoi la question demeure de savoir si l'impossibilité matérielle inclut ou non l'impossibilité juridique, et il serait utile que cette question soit abordée, au moins dans le commentaire. Pour ce qui est de la restriction prévue à l'alinéa c, l'expression « ceux qui sont lésés » risque de faire problème au regard de l'article 40 *bis*. Il s'agit de savoir si l'avantage serait gagné par les individus victimes du fait illicite ou par l'État concerné. Les entités lésées dont il est question dans l'article 40 *bis* n'étant que les États, il peut se dégager l'impression que seuls les États sont également visés dans ce contexte. C'est pourquoi quelques éclaircissements seraient bienvenus dans le commentaire.

13. La nouvelle version, courte et plus générale, de l'article 44 proposée par le Rapporteur spécial est préférable à la version adoptée en première lecture, contrairement aux vues exprimées à ce sujet par M. Economides. La quantification des dommages-intérêts n'est certainement pas une question de protection diplomatique comme cela est suggéré au paragraphe 158. Cela étant, on ne peut guère approfondir la quantification de l'indemnisation. Les diverses décisions qui ont été prises dans ce domaine prescrivent un certain montant sans indiquer les critères retenus pour le calculer. Dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, par exemple, personne n'a pu réellement découvrir les critères qui ont été jugés décisifs pour déterminer le montant exact de l'indemnisation. Dans l'affaire plus récente du bombardement de l'ambassade de Chine à Belgrade où, au lieu d'une indemnisation au sens strict, il y a eu versement à titre gracieux d'une somme plus ou moins équivalente au montant du dommage, il serait bien difficile de dégager précisément les critères utilisés pour fixer le montant versé. Le principe, semble-t-il, est d'offrir une indemnisation telle qu'elle garantisse que la victime du fait illicite puisse considérer l'affaire réglée.

14. S'agissant du libellé de cet article, la question est de savoir s'il convient d'y conserver le mot « économique » car il pourrait créer certaines difficultés. On peut, par exemple, se demander si ce terme s'appliquerait aux conséquences de l'extinction illicite d'une espèce menacée, surexploitée par l'homme. Il semble qu'il soit utilisé jusqu'à présent de façon très lâche. Bien entendu, la solution au problème dépend aussi de la signification qui sera donnée à l'expression « dommage moral » figurant dans l'article 45. Peut-être cette solution serait-elle d'utiliser l'expression « dommage matériel » dans l'article 44 et l'expression « dommage immatériel » dans l'article 45. L'adjectif « matériel » serait certainement d'acception plus large que l'expression « susceptible d'évaluation économique ». Le choix de cette terminologie se justifierait aussi par d'autres considérations. En effet, l'article 44

traitant de l'indemnisation du dommage susceptible d'évaluation économique, on peut en déduire que les autres formes de dommage entrent dans le champ d'application de l'article 45, où il est question de dommages immatériels. Il s'ensuit que l'article 44 a évidemment pour objet de couvrir le dommage matériel. Il subsiste encore un problème, qui surgit de la comparaison entre l'article 43 et l'article 44. Il est fait mention dans le nouvel article 43 proposé de l'avantage que gagneraient ceux qui sont lésés en obtenant la restitution. L'article 44 ne précise pas à qui le dommage a été infligé, s'il s'agit de l'entité lésée au sens de l'article 40 ou 40 *bis* ou des victimes réelles, par exemple des individus. Pour M. Hafner, il semble que, dans les deux cas, ce soit le même sujet qui soit visé, à savoir l'État ou l'individu ayant souffert du fait illicite. Là encore, il serait utile d'apporter des éclaircissements, au moins dans le commentaire. Une autre question se pose à ce propos, celle de savoir à qui l'indemnisation est due. Est-elle due à la victime réelle ? Cela signifie-t-il que l'État exerçant la protection diplomatique est tenu de remettre les indemnités reçues à la victime ? M. Hafner pense qu'il faudrait, avant de répondre à ces questions, déterminer si elles entrent dans le champ de la protection diplomatique ou dans celui la responsabilité des États. En tout état de cause, il ne serait pas opposé à ce que le devoir d'indemniser, tel qu'il découle du sens ordinaire du mot « indemnisation », soit expressément énoncé, au moins dans le commentaire. Quant à la question des limitations à l'indemnisation évoquée aux paragraphes 161 à 164 du rapport, elle est en général soulevée dans le cadre de la responsabilité sans faute (*liability*), où il n'est pas nécessaire qu'un fait illicite ait été commis pour obtenir une indemnisation. On constate une tendance générale à limiter le montant de l'indemnité parce qu'il serait impossible autrement d'obtenir un contrat d'assurance couvrant certaines activités. Mais cette situation, évoquée au paragraphe 163, n'existe pas dans le contexte de la responsabilité des États. Bien que M. Hafner partage d'une manière générale les vues du Rapporteur spécial à ce sujet, l'exemple des activités particulièrement dangereuses ne lui semble pas approprié en l'occurrence. D'autres considérations pourraient intervenir. Ainsi, on peut se demander si le fait pour un État d'être tenu de verser des indemnités considérables pourrait être contraire à son obligation de respecter les droits de l'homme, de protéger la vie et la santé de ses nationaux. Sous cet angle, certaines limitations à l'indemnisation que l'État tenu d'indemniser pourrait opposer à l'autre État découleraient d'obligations relatives aux droits de l'homme. Enfin, une autre question qui se pose est de savoir si les États tenus d'indemniser peuvent recourir par exemple à l'article 33, relatif à l'état de nécessité, pour limiter leurs obligations. Peut-être pourrait-elle être traitée dans le cadre du commentaire.

15. M. GOCO tire des déclarations de MM. Economides et He l'impression qu'ils établissent une hiérarchie des formes de réparation, en ce sens qu'ils estiment que l'on doit d'abord chercher à obtenir la restitution avant d'exiger l'indemnisation. Or la restitution est un droit, ce qui signifie que l'État lésé est libre de l'exercer ou non. Peut-être le Rapporteur spécial pourrait-il apporter quelques éclaircissements à ce sujet. Selon certaines déclarations, l'État lésé préférerait rechercher directement l'indemnisation, sans passer par le processus de la restitution. On peut se demander si le fait de chercher à obtenir la restitution

doit être considéré comme une condition préalable, s'il doit être prouvé d'abord que la restitution est impossible pour demander l'indemnisation, en d'autres termes s'il y a là une analogie avec le droit civil, où, avant de se retourner contre le garant, on doit chercher à obtenir la restitution.

16. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que, bien entendu, dans les cas où l'État lésé est libre de préférer l'indemnisation, le fait pour lui de rechercher l'indemnisation plutôt que la restitution serait parfaitement licite. Il n'existe certainement aucune prescription selon laquelle toutes les tentatives d'obtenir restitution doivent d'abord être épuisées. Dans les situations ordinaires, l'État lésé est seul maître de son choix. On peut imaginer des cas dans lesquels l'État lésé n'a pas le choix, et où la seule solution possible est la restitution, mais ce sont des cas extrêmes. Ces situations relèveraient d'ailleurs plutôt de la cessation que de la restitution. Ainsi, il sera énoncé clairement dans le projet d'articles, notamment dans la deuxième partie *bis*, que l'État lésé – il s'agit de l'État lésé au sens strict, pour répondre à une préoccupation exprimée par M. Hafner – a le droit de choisir. Ce droit sera effectif dans les situations ordinaires et la restitution perdra toute pertinence, comme c'est souvent le cas dans la pratique. Bien entendu, il y aura d'autres situations dans lesquelles il sera absolument clair que la restitution est exclue, par exemple du fait que la perte est définitive, comme dans le cas d'un décès ou d'une blessure grave et irréparable. Pour ce qui est de la question de la garantie évoquée par M. Goco, on ne traite pas dans le chapitre à l'examen du droit de la garantie ni en particulier des situations dans lesquelles deux États différents sont responsables d'aspects différents d'un comportement illicite. On ne traite que du cas où un seul État est concerné et de la relation entre les différentes formes de réparation relativement à cet État. Les cas dans lesquels plusieurs États sont impliqués seront traités dans la section B du chapitre III de son rapport.

17. M. MOMTAZ dit qu'il croit comprendre que le Rapporteur spécial se penchera sur la question de la pluralité d'États lésés, qu'il évoque au paragraphe 126 et sur laquelle la Commission avait décidé de revenir lors de sa quarante-cinquième session, en 1993. Il attend avec intérêt les développements que le Rapporteur spécial doit y consacrer.

18. En ce qui concerne l'article 43, relatif à la restitution, on admet généralement qu'il s'agit de la forme de réparation la plus conforme au principe général de la responsabilité selon lequel l'État auteur d'un fait internationalement illicite est tenu d'en effacer toutes les conséquences juridiques et matérielles en rétablissant la situation qui aurait existé si ce fait n'avait pas été commis. Il existe aussi une approche de la restitution que l'on peut qualifier de « purement restitutive » et c'est celle pour laquelle le Rapporteur spécial semble avoir opté puisqu'il est dit dans le nouvel article 43 qu'il propose que tout État qui a commis un fait internationalement illicite « est obligé de fournir la restitution, c'est-à-dire de rétablir la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis ». Cette restitution est bien entendu sans préjudice d'une éventuelle indemnisation.

19. Dans ce nouveau projet d'article, le Rapporteur spécial ramène de quatre à deux le nombre des exceptions à l'obligation de fournir la restitution. La première exception, l'impossibilité matérielle, ne soulève guère de difficulté car elle est la conséquence de l'adage « à l'impossible nul n'est tenu ». Il en va de même de la deuxième des exceptions figurant dans le texte adopté en première lecture que le Rapporteur spécial a conservée : il va sans dire que l'État auteur n'a pas à procéder à la restitution si cette dernière imposerait une charge hors de toute proportion avec l'avantage que l'État lésé gagnerait en obtenant la restitution plutôt que l'indemnisation.

20. La suppression des deux autres exceptions soulève pour M. Momtaz quelques problèmes. Pour ce qui est de l'exception concernant la violation d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général, sa suppression semble avoir été motivée par deux arguments. Le premier est celui qui a été formulé par la France dans ses observations³ sous la forme d'une question, à savoir comment le retour au droit pourrait-il être contraire à une norme impérative, et que le Rapporteur spécial semble avoir fait sien. Le deuxième est le fait qu'aucun exemple de situation dans laquelle la restitution violerait une telle norme n'a été fourni par le précédent rapporteur spécial. En fait, il semble que c'est la référence au *jus cogens* qui ait fait problème et ait motivé la suppression de cette exception. Il n'en reste pas moins que, dans certains cas, la restitution risque de se heurter à des obstacles juridiques insurmontables, et il ne s'agit pas d'une simple hypothèse d'école. Dans son rapport préliminaire⁴, M. Arangio-Ruiz, ancien rapporteur spécial, indiquait que l'on pouvait concevoir des situations dans lesquelles la restitution serait contraire à certaines dispositions de la Charte des Nations Unies, et en particulier à l'Article 103 de celle-ci, ou à des règles de droit conventionnel ou coutumier, et il donnait à cet égard l'exemple des nationalisations, dont la légalité n'est désormais plus contestée. En la matière, il est incontestable qu'un État qui procède à une nationalisation licite ne saurait être tenu d'une obligation de restitution. Pour cette raison, M. Momtaz estime qu'il serait peut-être opportun de prévoir une troisième exception à l'obligation de restitution, à savoir le cas où la restitution se heurterait à un obstacle juridique insurmontable, sans nécessairement entraîner la violation d'une norme impérative du droit international général. Une telle exception couvrirait également l'exception de menace sérieuse à l'indépendance politique de l'État auteur du fait illicite, qui figurait à l'alinéa *d* du texte adopté en première lecture et qui peut effectivement être supprimée.

21. En ce qui concerne le texte proposé par le Rapporteur spécial pour l'article 44, relatif à l'indemnisation, il prévoit l'indemnisation de « tout dommage susceptible d'évaluation économique », une formule qui englobe à la fois le préjudice matériel, le préjudice moral et le manque à gagner. La nécessité d'une indemnisation pour le dommage matériel résultant d'un fait internationalement illicite est unanimement admise et ne pose pas de difficulté. Pour ce qui est du préjudice moral, il y a lieu de distinguer entre le préjudice moral causé à la personne du ressortis-

sant ou de l'agent de l'État lésé et le préjudice moral causé à cet État lui-même. Pour M. Momtaz, c'est par la satisfaction que ce dernier préjudice doit être indemnisé, et l'indemnisation du préjudice moral dans le cadre de l'article 44 se limiterait donc au préjudice subi par des personnes physiques. Cela est d'ailleurs conforme à la pratique et on peut citer à cet égard l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, dans laquelle une indemnisation a été accordée pour réparer le préjudice psychologique, ainsi que la sentence rendue dans l'affaire *McNeill* par la Commission anglo-mexicaine des réclamations.

22. Pour ce qui est du manque à gagner (*lucrum cessans*), on ne peut qu'approuver la conclusion à laquelle la Commission est parvenue à sa quarante-cinquième session, et à laquelle le Rapporteur spécial se réfère dans son rapport⁵. L'indemnisation du manque à gagner n'est pas universellement acceptée par la doctrine et dans la pratique, et la jurisprudence étant très partagée à cet égard il est difficile de dégager des règles précises susceptibles de recueillir un large appui. Il n'en demeure pas moins que la formule retenue par le Rapporteur spécial, « tout dommage susceptible d'évaluation économique », devrait être interprétée dans un sens large, comme couvrant également le manque à gagner; il serait peut-être opportun de le préciser dans le commentaire.

23. S'agissant des limitations à l'indemnisation, le Rapporteur spécial reconnaît lui-même au paragraphe 162 de son rapport que la question des « indemnisations écrasantes », c'est-à-dire risquant de priver une population de ses moyens d'existence, mérite d'être examinée. Le problème risque de se poser dans les cas de violations massives et systématiques des droits de l'homme et, sans être partisan d'un régime spécifique pour les droits de l'homme, M. Momtaz estime que la Commission doit se pencher sur la question et faire figurer dans le commentaire des observations allant dans le sens d'une limitation de l'indemnisation dans de tels cas.

24. M. GOCO dit que les commentaires du Rapporteur spécial sur la restitution sont particulièrement instructifs et que les observations qui figurent à la fin du paragraphe 124 et au début du paragraphe 126 du rapport à l'examen méritent d'être soulignées. L'État lésé a le choix, et il peut très bien demander directement l'indemnisation plutôt que la restitution. En cas de pluralité d'États lésés, l'État auteur du fait illicite peut être confronté à des demandes de réparation diverses, certains États demandant la restitution, d'autres l'indemnisation.

25. Parmi les faits illicites générateurs d'une obligation de réparer, il conviendrait de s'arrêter sur l'occupation et l'annexion illicites de territoires dans le cadre d'un conflit, avec les souffrances et les destructions qui les accompagnent. C'est ainsi que les Philippines ont énormément souffert durant la seconde guerre mondiale, et qu'il leur a fallu de nombreuses années pour se relever économiquement. Manille a été pratiquement rasée et a certainement été l'une des villes les plus dévastées par la guerre. En cas de guerre, la restitution est impossible, et c'est pourquoi les Philippines ont conclu un accord de réparations le

³ Voir 2613^e séance, note 3.

⁴ *Annuaire...* 1988, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/416 et Add.1, p. 6.

⁵ Voir le paragraphe 27 du commentaire de l'article 8, *Annuaire...* 1993, vol. II (2^e partie), p. 76.

9 mai 1956⁶. Peu après, le Congrès des Philippines a adopté la loi n° 1789 portant création d'une commission des réparations, chargée de répartir au mieux des intérêts de tous les Philippins les sommes versées à titre de réparations. Il n'était pas question en l'espèce d'envisager un rétablissement du *statu quo ante*, et seule l'indemnisation était possible. Quelle que soit son utilité, l'article 43 ne saurait empêcher les États lésés de conclure des accords sur les formes que doit prendre la réparation. C'est pourquoi pour M. Goco, si l'on conserve cet article, il faudrait aussi prévoir une exception pour les cas de troubles majeurs ou de guerres entraînant la destruction totale d'un pays et la perte de milliers de vies humaines. Quant au libellé proposé par le Rapporteur spécial pour cet article, il est plus clair que le libellé initial et a le mérite d'être axé sur l'obligation de l'État fautif plutôt que sur les droits de l'État lésé.

26. Quant à l'article 44, le nouveau texte proposé par le Rapporteur spécial marque une amélioration, car il est plus simple, clair et concis que celui adopté en première lecture.

27. Revenant sur une observation qu'il a faite précédemment, M. Goco indique qu'il a simplement voulu dire, en évoquant la notion de garantie, que la présentation d'une demande de restitution n'est pas une condition préalable à celle d'une demande d'indemnisation. Quant à l'expression « tout dommage susceptible d'évaluation économique » retenue par le Rapporteur spécial, elle a l'avantage de couvrir tous les types de dommages, y compris le *lucrum cessans* et même les intérêts.

28. M. ROSENSTOCK, se référant à une observation faite par un membre, dit qu'en l'occurrence seule est en cause la restitution par un État dont la responsabilité est engagée, donc une situation où il y a eu un fait illicite. Qu'il s'agisse d'une nationalisation ou d'un transfert de territoire, le fait qu'il aurait pu y être procédé licitement ne saurait faire obstacle à la restitution.

29. Le PRÉSIDENT, intervenant en tant que membre de la Commission, note qu'aux paragraphes 136 à 143 de son rapport, le Rapporteur spécial cite notamment l'affaire du *Passage par le Grand-Belt* et examine assez longuement la question de l'indication de mesures conservatoires. Il estime quant à lui que l'indication de mesures conservatoires ne relève pas de la notion traditionnelle de restitution et il aimerait connaître l'opinion du Rapporteur spécial sur ce point.

30. Pour ce qui est de l'indemnisation, le Président note qu'au paragraphe 155 de son rapport le Rapporteur spécial évoque l'affaire relative au *Projet Gabcikovo-Nagyvaros* pour indiquer que la CIJ a suggéré « un accord à somme nulle ». En outre, dans l'affaire *Klöckner*, le tribunal arbitral a débouté les deux parties, jugeant qu'elles avaient toutes deux également manqué à leurs obligations contractuelles. Le Président demande au Rapporteur spécial s'il a l'intention de faire une place à cette notion dans le projet d'articles.

31. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), répondant au Président, dit qu'il ne considère pas que l'indication de

mesures conservatoires relève de la réparation. S'il a cité l'affaire du *Passage par le Grand-Belt*, c'est parce que, au stade des mesures conservatoires, une partie a avancé l'argument selon lequel, si le pont devait être construit, le désavantage découlant de sa démolition serait supérieur au préjudice de la Finlande, et donc qu'il n'y avait pas lieu d'indiquer de mesures conservatoires. Bien que les préparatifs de la construction du pont fussent assez avancés, le pont n'avait pas encore été construit et la Cour ne pouvait accepter cet argument à ce stade, estimant qu'on ne pouvait exclure qu'elle ordonne la démolition du pont si elle estimait que celui-ci constituait un obstacle au droit de passage.

32. Quant à la deuxième question posée par le Président, le Rapporteur spécial indique qu'il s'agissait pour lui de se pencher sur une question abordée par M. Arangio-Ruiz et souvent traitée en doctrine, à savoir celle de la différence entre le droit et la pratique. Chacun dit en effet que la restitution est le premier mode de réparation, mais en pratique elle est rare. En ce qui concerne la mise en balance des violations de chaque partie pour effectuer une sorte de compensation, c'est pour le Rapporteur spécial une question de procédure qui ne relève pas vraiment du droit de la responsabilité.

33. Enfin, le Rapporteur spécial rappelle qu'une autre question a été abordée dans l'affaire *Klöckner* citée par le Président, à savoir celle de l'exception d'inexécution, et le Rapporteur spécial indique qu'il y reviendra dans le chapitre III de son rapport après avoir examiné les contre-mesures. Il lui semble néanmoins que l'application de cette exception se limite presque totalement aux violations d'obligations d'origine conventionnelle, et donc qu'elle n'a pas sa place dans le projet d'articles.

La séance est levée à 16 h 40.

2637^e SÉANCE

Mardi 11 juillet 2000, à 10 heures

Président : M. Peter TOMKA

Présents : M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Idris, M. Illueca, M. Kabatsi, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma.

⁶ Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 285, n° 4148, p. 3.

Responsabilité des États¹ (*suite*) [A/CN.4/504, sect. A, A/CN.4/507 et Add.1 à 4², A/CN.4/L.600]

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à reprendre l'examen de la section B du chapitre premier du troisième rapport (A/CN.4/507 et Add.1 à 4) et, plus précisément, des d'articles 43 et 44, dans l'optique d'un renvoi de ces dispositions au Comité de rédaction.

2. M. SIMMA dit que le Rapporteur spécial mérite tous les éloges non seulement pour l'abondance du matériau qu'il présente mais aussi et surtout pour ce talent particulier qu'il a d'apporter des améliorations constantes au travail déjà réalisé.

3. Les délibérations n'ont pas encore fait la lumière sur certaines autres parties du projet qui sont en relation avec le travail en cours. Ainsi, à la séance précédente, M. Hafner a déjà signalé les rapports étroits qui unissent les formes de la réparation elles-mêmes et la question de savoir qui peut mettre en mouvement chacun de ces recours, rapports qu'explicite l'article 40 *bis*. Dans le cas par exemple d'une violation massive des droits de l'homme, selon le Rapporteur spécial, un autre État que celui qui est directement lésé doit avoir le droit d'adopter des contre-mesures en vue de faire cesser la violation. M. Hafner en est bien d'accord. Mais de telles contre-mesures, prises par des États qui ne sont pas directement lésés, peuvent-elles aussi être mises en œuvre pour obtenir une indemnisation ou quelque autre forme de réparation au bénéfice de la victime ? Si un État viole les droits de l'homme de la population qui vit sur son territoire, la nécessité d'une telle indemnisation s'impose et la question demeure de savoir qui doit intervenir, et comment, pour l'obtenir. Tout cela ne ressort pas encore clairement des dispositions élaborées jusqu'à présent par le Rapporteur spécial.

4. La distinction établie entre la cessation et la restitution joue sur ce plan un rôle important. Selon le Rapporteur spécial, la restitution consiste à effacer les effets de l'atteinte passée, alors que la cessation vise à mettre un terme à une atteinte en cours. Il serait cependant bon de donner des éclaircissements sur certains cas, mentionnés dans le rapport, où il y a obligation de restitution. Par exemple, si une personne est détenue illégalement, la restitution doit, en règle générale, prendre le pas sur l'indemnisation. Un État ne peut pas exiger simplement une indemnisation, se saisir des montants versés puis passer à autre chose, en laissant le détenu languir en prison. Mais comment parler de restitution, c'est-à-dire en l'occurrence d'effacement des effets d'une atteinte passée, si la personne est toujours en prison illégalement ?

5. Du point de vue de la priorité de la restitution par rapport à l'indemnisation, si le choix est effectivement possi-

ble, c'est l'État lésé qui, seul, peut trancher. Rappelant les observations présentées à la séance précédente par M. Momtaz, M. Hafner juge fort critiquable l'idée que l'État responsable aurait, dans les affaires d'expropriation, le choix entre restituer le bien saisi illégalement ou indemniser la victime. Il s'agit évidemment dans ce contexte de l'indemnisation relevant des règles secondaires, et non du devoir d'indemnisation qui découle des règles primaires qui régissent l'appropriation de biens étrangers.

6. La restitution et l'indemnisation sont toutes deux soumises à des limites : celles qui circonscrivent la restitution sont mentionnées aux alinéas *a* et *c* de l'article 43, celles qui encadrent l'indemnisation le sont dans le commentaire. Avec ces limites, il est difficile de fixer des priorités. La tension entre l'école de pensée inspirée du droit romain et celle qui relève de la tradition de la *common law* commence peut-être à se faire sentir dans le débat. La tradition de la *common law* serait plus facilement satisfaite si l'indemnisation était mise au même niveau que la restitution, alors que les praticiens de tradition romaniste tendent à rechercher la restitution d'abord puis à se rabattre sur l'indemnisation si la première n'est pas possible.

7. L'affaire de l'*Usine de Chorzów* domine la littérature et les premiers travaux de la Commission sur le sujet, alors que la solution mise en œuvre dans cette affaire en matière de réparation était différente de celle qu'a adoptée la Commission. Selon l'arrêt de la CPJI dans cette affaire, la réparation doit dans toute la mesure possible faire disparaître toutes les conséquences du fait illicite et rétablir la situation telle qu'elle aurait probablement existé si ce fait n'avait pas été commis. La question revient donc à savoir ce qu'aurait été cette situation en l'absence de la violation. Dans sa façon d'aborder la restitution, dont on trouve le reflet dans l'article 43 adopté en première lecture, la Commission s'est limitée au rétablissement de la situation qui existait avant l'acte illicite, son objectif étant implicitement, pour ainsi dire, de remonter le temps. Pourtant, si l'on appliquait fidèlement la formule de l'arrêt dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* relative à la réparation intégrale, il faudrait en plus verser une indemnité au titre du *lucrum cessans*, alors que, selon la proposition du Rapporteur spécial, la question du *lucrum cessans* reste sans solution, même si elle peut être réglée cas par cas.

8. La première exception à la restitution, qui fait l'objet de l'alinéa *a* de l'article 43 proposé par le Rapporteur spécial, est celle de l'impossibilité matérielle. M. Hafner a déjà demandé s'il ne conviendrait pas de prévoir aussi l'impossibilité juridique, par exemple le cas où l'État A, victime d'une violation, demande réparation à l'État B sous forme de restitution, mais où cet État B répond qu'il ne peut procéder parce que son droit interne le lui interdit. En fait, il ne s'agit pas là d'une impossibilité juridique, puisque rien dans le droit international n'empêche de modifier une législation nationale. L'ancien article 50, devenu l'article 41, de la Convention européenne des droits de l'homme dispose que, s'il est impossible d'offrir une restitution intégrale, il faut verser une indemnisation. Mais cette disposition, et certaines autres du même ordre, est en fait un accord volontaire entre les États, qui décident de ne pas aller aussi loin que le droit international général le leur permettrait, ce qui est une manière de reconnaître qu'il serait très souvent extrêmement difficile

¹ Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), chap. III, sect. D, p. 62.

² Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

d'exiger d'un État qu'il abroge sa propre législation. Cette difficulté n'en est pas moins très différente de l'impossibilité; ce sont deux situations qu'il ne faut pas confondre.

9. M. Hafner pense comme certains autres membres que le terme « ceux qui sont lésés », qui figure à l'alinéa *c* du nouvel article 43, est malencontreux car il peut être interprété comme désignant d'autres entités que les États. Le paragraphe 3 de l'article 40 *bis* devrait s'appliquer dans ce contexte. Cependant, sa portée devrait s'interpréter largement dans l'ensemble du projet, de sorte que la Commission n'aurait pas à prévoir des clauses ambiguës relatives aux recours offerts aux entités autres que des États.

10. Pour ce qui est de l'analyse que le Rapporteur spécial fait de la restitution dans le contexte de l'affaire du *Passage par le Grand-Belt*, de l'affaire *Paraguay c. États-Unis d'Amérique* et de l'affaire *LaGrand*, les deux dernières relatives à la peine de mort, M. Hafner pense comme M. Yamada qu'il faut établir une distinction entre la restitution dans le contexte des mesures conservatoires et la restitution dans celui du jugement au fond qui s'ensuit.

11. Pour ce qui est de l'article 44, relatif à l'indemnisation, le Rapporteur spécial et beaucoup de membres ont reconnu qu'il était difficile de mettre au point une formule rationnelle, car il arrive souvent que les États s'entendent sur l'indemnisation d'un fait internationalement illicite mais que l'État responsable insiste pour que ce paiement se fasse à titre gracieux. La deuxième difficulté tient à ce que les États, surtout lorsqu'il s'agit de commerce mondial ou de questions d'environnement, créent des régimes d'indemnisation spéciaux, taillés sur mesure, qui excluent l'application des principes généraux à des fins pratiques. Le rapport mentionne les traités sur la responsabilité relevant du droit de l'environnement, mais tous ces régimes visent à limiter la responsabilité de l'exploitant. Autant que l'on sache, aucun régime de la responsabilité des États ne prévoit de telles limitations. Comme le dit le Rapporteur spécial, la seule chose que la Commission puisse faire pour l'heure est de mettre au point une formule souple, reprenant peut-être certains des amendements proposés par M. Economides à la séance précédente. L'élaboration des règles de calcul de cette indemnisation devra se faire dans le cadre des travaux futurs de la Commission.

12. M. Hafner a déjà signalé les difficultés que soulève à son avis le membre de phrase « susceptible d'évaluation économique » qui figure à l'article 44, en demandant s'il ne vaudrait pas mieux dire « dommage matériel ». Au paragraphe 148, le Rapporteur spécial fait couvrir au « dommage susceptible d'évaluation économique » tant le dommage matériel que le préjudice moral. Il serait intéressant de savoir comment on peut évaluer ce dernier en termes financiers. Peut-être vaudrait-il mieux aborder la question sous l'angle du versement de dommages-intérêts symboliques. Enfin, M. Hafner rappelle qu'il a déjà fait observer que, si l'on s'en tient au *dictum* relatif à la réparation intégrale dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, il faut qu'il y ait indemnisation du *lucrum cessans*, alors que si l'on s'en tient à la formule consacrée à l'article 44, ce chef d'indemnisation aura à être déterminé dans chaque cas.

13. Le problème de l'impossibilité juridique est bien réel. Selon les règles primaires du droit international, les États doivent adopter certaines législations. Mais que se passe-t-il si un parlement s'en abstient ? La victime ne se verra offrir peut-être qu'une indemnisation. Il existe assurément des limites aux modifications que l'on peut apporter aux régimes juridiques : ainsi, on ne peut relever appel d'une décision de la juridiction suprême et, en tel cas, la restitution est absolument impossible.

14. M. SIMMA, souhaitant illustrer les difficultés que soulève la notion d'impossibilité juridique, donne l'exemple d'un parlement qui adopte un texte législatif dont on s'aperçoit qu'il est en violation du droit international et que le gouvernement s'efforce en vain d'abroger. Ainsi, une obligation juridique internationale pèse par glissement sur le pouvoir exécutif qui est incapable de faire adopter au parlement la décision qui permettrait le retour à la légalité. Cependant, ce n'est pas ainsi qu'il faut considérer l'État du point de vue de la responsabilité. Il vaut mieux le considérer comme une « boîte noire », aucun organe de gouvernement ne pouvant s'exonérer de l'obligation de remédier à une violation du droit international.

15. Quant à savoir si le jugement d'une juridiction suprême peut ou non être annulé, M. Simma rappelle que, selon une décision de la Cour suprême grecque, la République fédérale d'Allemagne, en tant que successeur du III^e Reich, ne jouissait pas de l'immunité pour les crimes contre l'humanité commis en Grèce pendant la seconde guerre mondiale³. Plus de 50 millions de deutsche mark devaient être versés aux plaignants si l'on voulait éviter une exécution par contrainte sur des biens d'État situés en Grèce. La République fédérale d'Allemagne a considéré que cette décision n'était pas conforme au droit international de l'immunité souveraine. Mais que peut faire un pays lorsqu'il considère qu'un jugement définitif, contre lequel il ne peut faire appel, est illégal ? Payer d'abord puis chercher à se faire indemniser pour le préjudice subi ? Cela confine à l'absurde.

16. M. GAJA dit que, même si le droit interne n'offre pas de recours face à un jugement définitif non susceptible d'appel, cela ne signifie pas que la situation juridique interne ne peut pas être modifiée. On trouve dans plusieurs pays des exemples d'annulation de jugement portant sur des questions de droit international. Une série d'accords bilatéraux de règlement des différends par voie judiciaire et par voie d'arbitrage conclus entre les deux guerres mondiales prévoyaient des dispositions destinées à éviter l'annulation de jugements définitifs. Cela confirme qu'une obligation d'annulation de jugement devrait autrement résulter de l'application du droit international. L'impossibilité juridique, contrairement à l'impossibilité matérielle, n'existe tout simplement pas : la seule exception imaginable étant le cas, très marginal, d'une obligation en vertu du droit international qu'il faudrait violer pour parvenir à la restitution. Du point de vue pratique, l'impossibilité matérielle est la seule chose dont la Commission ait à se préoccuper. Les difficultés rencontrées au plan du droit interne ne devraient l'intéresser qu'au titre

³ Voir I. Bantekas, "Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany", AJIL, vol. 92, n° 4, octobre 1998, p. 765.

des éléments qu'il faut prendre en considération pour décider si c'est la restitution ou l'indemnisation qui convient.

17. Une autre idée de M. Simma n'a pas convaincu M. Gaja. Même si la Commission ne traite que des relations entre États, comme elle en a décidé, elle ne peut ignorer la réalité sous-jacente à l'infraction aux droits de l'État qui affecte une personne physique. Elle ne peut résoudre le problème avec une clause servant d'échappatoire du genre de celle qu'a indiquée M. Simma. Elle doit approfondir sa réflexion sur la question de savoir qui peut invoquer la responsabilité, réclamer l'indemnisation ou la restitution et choisir entre l'une ou l'autre. Elle doit faire une place à la personne privée même si elle ne s'occupe que de la place de cette dernière dans le contexte des relations entre États.

18. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit comprendre les difficultés que soulève la rédaction de l'article 44 étant donné son objectif, qui est de couvrir tout dommage susceptible d'une évaluation économique. M. Simma semble prendre une position minimaliste à l'égard de cette évaluation, qu'il interprète comme portant uniquement sur les dommages matériels, par opposition au préjudice moral. M. Pambou-Tchivounda n'approuve pas cette position et préfère celle qu'a prise la Commission lorsqu'elle a adopté les projets d'articles en première lecture, à savoir que tout dommage est susceptible d'indemnisation et d'évaluation financière. C'est une position qui a des appuis dans la jurisprudence : des juges ou des arbitres ont déjà accordé des indemnisations financières pour préjudice moral.

19. M. GOCO dit que le membre de phrase « susceptible d'évaluation économique » doit viser les dommages que l'on peut évaluer en termes pécuniaires. Or, il est impossible d'estimer en termes pécuniaires certains préjudices. Les dommages-intérêts punitifs, par exemple, relèvent d'une catégorie tout à fait différente.

20. M. KABATSI demande ce qui se passerait si, en vertu de la séparation des pouvoirs, un texte législatif était adopté par un parlement et se trouvait par la suite le point de départ d'un fait illicite. Il pourrait y avoir indemnisation, mais le fait illicite pourrait se perpétuer si le pouvoir exécutif n'était pas en mesure d'abroger la législation en question. Dans de telles circonstances, l'indemnisation ne serait pas un remède utile.

21. M. ECONOMIDES dit que la Commission doit décider si elle souscrit au principe invoqué par M. Simma, à savoir que le manque à gagner doit être indemnisé dans tous les cas, ou adopter la démarche proposée par le Rapporteur spécial, selon lequel ce manque à gagner doit s'apprécier cas par cas. Pour sa part, M. Economides est tenté par cette dernière approche. Mais le principe doit en être explicité dans le projet d'articles lui-même, s'il est adopté, avec toutes les exceptions qu'il pourrait souffrir. Le commentaire servirait à expliquer le raisonnement qui soutient à la fois le principe et les exceptions. Pour ce qui est de la possibilité ou de l'impossibilité de la réparation, et des empêchements matériels ou juridiques, il faudrait interpréter le terme « impossibilité matérielle » de façon extensive et lui faire couvrir tout obstacle juridique découlant du droit interne. Pour ce qui est, enfin, de la question de la séparation des pouvoirs, c'est une notion qui ne s'applique qu'en droit interne, pas en droit international. L'État est responsable des actes des pouvoirs exécutif,

législatif et judiciaire. La situation évoquée par M. Simma relève de cette catégorie.

22. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que le débat le confirme dans l'idée que le Comité de rédaction doit reconsidérer le paragraphe 4 de l'article 42 adopté en première lecture, qui affirme le principe sous-jacent voulant que l'État ne doit pas invoquer son droit interne pour se dispenser d'accomplir ses obligations internationales. Il ne peut pas prétendre que son droit ne peut pas être modifié si le droit international l'exige. En principe, c'est le droit international qui doit prévaloir. En pratique, il est assurément plus facile de modifier les lois dans certains pays que dans d'autres, mais la Commission ne peut pas légiférer en gardant ce genre de considération à l'esprit. C'est pourquoi le Rapporteur spécial reste méfiant à l'égard de l'expression « impossibilité juridique », cas de figure qui pourrait servir par un autre biais à modifier le principe fondamental qu'il a déjà mentionné. Pourtant, il arrive parfois que la situation juridique se modifie et débouche sur une impossibilité véritable. Par exemple, les biens confisqués à une personne physique ne peuvent être restitués s'ils ont déjà été vendus légitimement à un tiers. La situation est plus compliquée lorsque ce sont les droits de l'individu qui sont en cause et que le droit international sert de norme secondaire, comme cela se passe dans le domaine des droits de l'homme. Par exemple, un système juridique conforme aux exigences du droit international peut se révéler inopérant dans tel ou tel cas particulier. Il peut y avoir une obligation juridique internationale de corriger ce système mais, en tout état de cause, le problème individuel demeure. L'article 41 de la Convention européenne des droits de l'homme règle le problème en donnant la préférence à l'indemnisation sur la restitution, encore que l'on puisse débattre du point de savoir s'il s'agit là d'une *lex specialis*. Le Rapporteur spécial souscrit d'une manière générale à l'interprétation de l'« impossibilité matérielle » proposée par M. Economides et s'inquiète de l'éventualité que s'instaure une fausse dichotomie entre impossibilité matérielle et impossibilité juridique.

23. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA se dit inquiet de la manière dont le Rapporteur spécial conçoit le rôle qui revient respectivement à l'auteur du fait internationalement illicite et à l'État lésé en ce qui concerne les formes de la réparation. Il préfère encore le libellé de l'article 43 adopté en première lecture, dans lequel l'accent était mis sur le droit qu'a l'État lésé de trancher la question des obligations internationales, c'est-à-dire d'identifier l'État responsable. Les articles traitant de la réparation, dans la version que propose le Rapporteur spécial, répondent au principe cardinal consacré dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, approche par trop académique. Il serait plus efficace d'adopter un point de vue plus pratique.

24. Il est exact que, sous sa nouvelle forme, l'article 43 n'est pas limité à la restitution en nature. Le problème est que la restitution suppose un transfert dans le temps et dans l'espace. Or, rien n'assure qu'un territoire, par exemple, conserve ses qualités d'origine dans de telles conditions. La question est tout spécialement pertinente alors que le processus de paix au Moyen-Orient doit se poursuivre par un débat sur l'avenir des hauteurs du Golan. La restitution en nature doit donc être toujours considérée en termes relatifs. Il est également important

de définir la portée de la restitution. Par exemple, on peut se demander si le « dommage matériel » couvre aussi le dommage moral. L'article 43, tel qu'adopté en première lecture, ne donne guère de lumière sur ce point. En fait, le mot même de « restitution » n'est pas forcément celui qui convient. Dans certains cas, « restauration », voire « réparation » serait plus précis. La terminologie utilisée dans le projet d'article est trop vague. Elle ne parvient pas à couvrir toutes les ramifications possibles et dessert les intentions de cette disposition.

25. Le projet d'article 44 est moins problématique. M. Pambou-Tchivounda s'interroge seulement sur le terme « susceptible d'évaluation économique », étant donné que beaucoup des activités qui ont été soumises à l'arbitrage dans les années 1970 et 1980, à l'exception des affaires portant sur les hydrocarbures ou sur des nationalisations, ne relevaient pas de cette catégorie. La suppression de la mention « État lésé » est un progrès logique par rapport au texte adopté en première lecture. De la même manière, toute référence à la restitution en nature aurait considérablement réduit le caractère particulier de l'indemnisation en tant que forme de la réparation. Il vaut mieux ne pas préciser de quelle forme d'indemnisation il s'agit, sinon il faudra le faire aussi dans tous les autres articles pertinents. Pour ce qui est, enfin, de la suggestion de M. Economides, M. Pambou-Tchivounda estime que l'article 44 doit mentionner en termes généraux le manque à gagner et les intérêts.

26. M. ADDO rappelle que le but de la restitution en nature est la restauration de la situation qui existait avant que ne soit commis le fait internationalement illicite. Les tribunaux prennent invariablement en considération les difficultés pratiques que cette restitution soulève et, le cas échéant, optent pour une indemnisation en argent. La CIJ a le même pouvoir discrétionnaire en vertu du paragraphe 2 de l'Article 36 de son Statut. Dans le passé récent, la restitution en nature n'a pas été ordonnée souvent, encore que dans l'affaire du *Temple de Préah Vihear*, la Cour ait enjoint à la Thaïlande de restituer la totalité des sculptures et autres articles prélevés sur le temple. Pour M. Addo, la restitution doit rester dans le projet d'articles la forme primordiale de la réparation. Il approuve la manière dont le Rapporteur spécial a reformulé l'article 43, y compris la suppression de l'alinéa *b* qui était inutile, et de l'alinéa *d*, dont les intentions sont déjà exprimées convenablement à l'alinéa *c*. Il approuve également le paragraphe unique proposé par le Rapporteur spécial pour l'article 44, tant est logique l'argumentation qu'il développe.

27. M. Addo s'inquiète cependant du fait que l'article 44 passe sous silence la façon dont doit se calculer l'indemnisation. C'est un point qui a suscité de nombreux différends entre pays en développement et pays industrialisés occidentaux. La position occidentale classique se résume dans la formule Hull, qui parle d'une indemnisation « prompte, adéquate et effective »⁴. En d'autres termes, le paiement doit couvrir la valeur intégrale du bien dont il s'agit, en général au « prix du marché », lorsque ce prix peut être déterminé, en tenant compte, s'il y a lieu, du principe de la continuité d'exploitation. L'indemnisation doit être calculée en fonction de la valeur des biens au moment où ils ont

été pris, et être versée en devises convertibles librement exportables.

28. Cette formule pourtant a des conséquences qui, par le biais des devises, pourrait imposer pratiquement un embargo sur toute restructuration appréciable de l'économie d'un pays en développement connaissant des difficultés de balance des paiements. Pour ce qui est du pays d'origine de M. Addo, la formule Hull aurait empêché le Ghana de participer à l'activité extractive en 1973 jusqu'au moment où il aurait pu mobiliser assez de devises pour que soit possible le rapatriement immédiat de la totalité de l'indemnisation payable aux entreprises minières et forestières. Il va sans dire que, si l'État ghanéen avait disposé de cet excédent de devises, il n'aurait très certainement pas été aussi impatient de se lancer dans ce secteur industriel.

29. Le gouvernement d'un pays africain nouvellement indépendant ne devrait pas être tenu de payer le prix du marché pour une mine acquise à peu de frais ou gratuitement par une société métropolitaine grâce à la protection de la puissance impériale. On peut s'interroger sur le sens véritable du « juste prix du marché » dans de telles circonstances, si l'on considère les revenus extraordinairement élevés tirés pendant 50 ou 100 ans d'une richesse exploitée pour un prix symbolique. On peut aussi se demander si les concessions généreuses accordées à une entreprise au temps de la colonie doivent être ignorées lorsque l'on calcule le prix du marché courant ou même s'il existe de toute manière un prix du marché. On peut, par exemple, se demander si le Gouvernement ghanéen aurait dû verser en 1972 à Lonrho (London and Rhodesian Mining and Land Company) une indemnisation correspondant exactement au cours de l'or, alors en plein essor, pour les mines aurifères ashanti qui étaient exploitées par des entreprises britanniques depuis 1892 à des conditions extrêmement libérales.

30. Ces questions ne sont pas de pure rhétorique. La pratique internationale actuelle fait apparaître que l'on a largement entamé la formule traditionnelle. De plus, dans sa résolution 1830 (XVII) du 14 décembre 1962 relative à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, l'Assemblée générale a prescrit le versement d'une « indemnisation adéquate » en cas de nationalisation, d'expropriation ou de réquisition (par. 4). Le terme « adéquate » est très sensiblement différent de la formule « prompte, adéquate et effective », même si l'Assemblée s'est abstenue de le définir. La Charte des droits et devoirs économiques des États prévoit également une indemnisation « adéquate », mais ne fait à cet égard aucune référence au droit international⁵.

31. M. Addo soulève cette question mais n'a pas l'intention de proposer une formulation plus détaillée du principe de l'indemnisation qui figure à l'article 44. Il ne doute pas cependant que le Rapporteur spécial en tiendra compte lorsqu'il rédigera un commentaire plus explicite. Il faut, lorsque l'on développe le droit, prendre en considération toutes les préoccupations. Le fait que la formule Hull correspond au droit international coutumier est mis en doute même par certains juristes occidentaux, dont

⁴ Voir G. H. Hackworth, *Digest of International Law*, Washington, United States Government Printing Office, 1942, vol. III, p. 659.

⁵ Résolution 3281 (XXIX) de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 1974, chap. II, art. 2, al. c.

Schachter⁶ et feu sir Hersch Lauterpacht, ancien membre de la Commission, qui a analysé la question en 1948⁷.

32. M. PELLET dit que tout ce que M. Addo a déclaré est juste, sauf que les inquiétudes qu'il a exprimées ne se rapportent pas à l'article 44. La nationalisation est un acte licite, alors que cet article traite des actes internationalement illicites. L'indemnisation à verser en cas de nationalisation est donc sans pertinence ici. Le Rapporteur spécial n'a fait que rendre les choses plus confuses avec sa longue note sur la nationalisation, au paragraphe 158 de son rapport.

33. M. BROWNLIE dit que même ceux qui ne souscrivent pas à la manière dont M. Addo expose le droit admettront que des gouvernements comme celui du Ghana font face à de graves problèmes lorsqu'il s'agit d'appliquer la formule standard. À son avis, beaucoup de choses dépendent des circonstances du fait dont il s'agit. Ainsi, la nationalisation entreprise dans le cadre d'une restructuration économique est tout à fait différente de l'expropriation ou de la confiscation s'inscrivant dans une politique de discrimination raciale ou d'épuration ethnique. La Commission doit se garder de procéder à des généralisations trop étendues. À quoi M. Brownlie ajoute que c'est dès 1936 que Lauterpacht a exprimé son opinion.

34. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) se dit d'accord avec M. Pellet. En fait, il est bien dit au paragraphe 158 que la fonction de la Commission n'est pas de préciser la distinction substantielle existant entre saisies licites et illicites ou de déterminer le contenu d'une quelconque obligation primaire. Le but de la note de bas de page était d'attirer l'attention sur l'abondance des publications sur le sujet. D'autre part, il convient de rappeler que les biens expropriés ont parfois à être évalués dans le contexte de la responsabilité des États, comme l'illustre l'affaire de l'*Usine de Chorzów*.

35. M. LUKASHUK félicite le Rapporteur spécial du troisième rapport qui, comme celui qui l'a précédé, est solidement établi sur les dispositions du droit international, essentiellement du droit « dur ». Il faut admirer la façon réaliste dont il aborde le sujet et fait écho au droit existant. Le Rapporteur spécial a évité à juste titre les détails excessifs, surtout lorsque les dispositions considérées ne trouvaient pas leur reflet exact dans les législations nationales. La Commission aura eu le grand mérite de formuler le droit de la responsabilité des États; on croit même savoir que, dans la dernière édition de son cours de droit international, M. Brownlie a prévu un chapitre sur ce sujet. Mais la Commission n'en doit pas moins faire avancer son travail et accomplir sa mission, c'est-à-dire achever l'examen en deuxième lecture à sa prochaine session. La question de la responsabilité des États est une question décisive et, pourtant, différents États ont des intérêts différents, comme on le voit au sein même de la Commission. Si celle-ci souscrit à l'approche que lui propose le Rapporteur spécial, le projet d'articles n'en sera que plus facile à accepter aux yeux des gouvernements.

⁶ Voir O. Schachter, "Compensation for Expropriation", AJIL, vol. 78, n° 1, janvier 1984, p. 121, ou *Recueil des cours... 1982-V*, p. 323.

⁷ Voir L. Oppenheim, *International Law: A Treatise*, 8^e éd. (textes réunis par H. Lauterpacht), Londres, Longmans, vol. I, *Peace*, 1955, p. 352.

36. Abordant plus précisément le texte à l'examen, M. Lukashuk dit que son nouveau titre, « Les formes de la réparation », explique clairement et en peu de mots la teneur du chapitre II. En revanche, il semble que la notion de responsabilité soit souvent implicite et non clairement exposée dans les articles. Tel est le cas des articles 43 et 44. L'article 43, par exemple, pourrait utilement se libeller de la manière suivante : « Tout État qui est responsable (ou "qui assume la responsabilité") d'un fait internationalement illicite est obligé de fournir la restitution en nature ». On pourrait opposer à cette formule qu'elle n'ajoute pas grand-chose au contenu réel de la définition. Mais il faut se rappeler que le droit est un système à la logique stricte. Ainsi, dans certains cas, le fait que la responsabilité ne soit pas mentionnée risque d'avoir des conséquences juridiques indésirables. De surcroît, l'obligation de verser une indemnisation naît directement non pas du fait illicite, mais de la relation juridique, de la responsabilité. Telle est la construction juridique, et il ne faut pas en négliger l'importance.

37. M. LUKASHUK se déclare en faveur de la suppression de l'alinéa *b* de l'article 43, relatif aux normes impératives. Comme les gouvernements le confirment dans leurs commentaires, ce sont des questions que résolvent les règles générales du droit international. Il vaudrait mieux également supprimer l'alinéa *d*, dont le caractère trop général pourrait être interprété de façon extrêmement large en vue d'éviter de mettre la responsabilité en jeu.

38. Quant à la corrélation entre les notions de cessation et de restitution, il est tout à fait correct de définir la cessation comme « la restitution de l'exécution de l'obligation ». La cessation du fait illicite est l'obligation primordiale, plus importante dans certains cas que l'indemnisation. La cessation doit donc avoir la place qui lui revient dans le projet, comme M. Kabatsi l'a déjà fait observer.

39. M. Lukashuk est d'avis de formuler l'article 44 en termes généraux, avec des formules souples, comme le propose le Rapporteur spécial. On peut cependant douter des commentaires de l'article 43, qui semblent séparer le sujet de la protection diplomatique de celui de la responsabilité des États. Au paragraphe 158 du rapport à l'examen, le Rapporteur spécial fait observer à juste titre que la protection diplomatique est un sujet qui s'inscrit dans le domaine général de la responsabilité. Cela devrait être dit explicitement dans le projet, ce qui ferait bien apparaître le lien entre les deux matières. Le point vaut d'être souligné, comme d'autres membres l'ont fait observer, car le problème de la responsabilité des États considéré sous l'angle des violations des droits des personnes physiques et morales n'est pas assez clairement traité dans le projet d'articles. C'est une question d'importance fondamentale, à laquelle le Rapporteur spécial devrait consacrer plus d'attention. Cela dit, les articles 43 et 44 peuvent être renvoyés au Comité de rédaction.

40. M. PELLET dit que, d'une manière générale, la première partie du projet et le chapitre premier de la deuxième partie ne nécessitaient que des ajustements mineurs. Les choses sont bien différentes avec le chapitre II de la deuxième partie. Tel qu'il a été adopté en première lecture, ce chapitre n'est qu'une ébauche, et encore, qui n'est pas toujours convaincante. M. Pellet a des senti-

ments indécis à l'égard des modifications que propose le Rapporteur spécial et, plus généralement, de la méthode qu'il suit et qu'il invite la Commission à suivre. Autant le toilettage de la première partie semblait légitime, autant cette approche paraît discutable lorsque l'on aborde le fond des choses dans la deuxième partie. Cela est tout particulièrement vrai de l'article 44, relatif à l'indemnisation, toujours aussi désespérément vide, heureusement complété, il est vrai, par l'article 45 *bis*, relatif aux intérêts.

41. On sait que le Rapporteur spécial travaille sous pression, dans des conditions difficiles, dans le délai rigide que la Commission lui a fixé. Mais M. Pellet se demande sincèrement si la Commission doit se résigner au traitement homéopathique proposé. Il ne remet pas en cause le travail du Rapporteur spécial : c'est la base sur laquelle ce travail est conduit qu'il critique. Il ne croit pas que l'on puisse améliorer un mauvais projet sans le modifier profondément, le remettre à plat et le repenser sur la base d'une ample réflexion. Il ne souhaite pas se substituer au Rapporteur spécial et ne peut qu'esquisser les grandes orientations d'une réflexion qu'il aurait été nécessaire de mener et qu'il n'est peut-être pas trop tard pour entreprendre.

42. Le point de départ de toute réflexion sur le problème des « formes de la réparation » (peut-être est-il préférable de parler de « formes et modalités de la réparation ») devrait être l'article 42 adopté en première lecture, ou l'article 37 *bis* selon la numérotation du troisième rapport. La réparation doit être intégrale et effacer toutes les conséquences du fait internationalement illicite. Quand un État a commis un fait de cette nature, il en est responsable et il lui faut réparer les conséquences dommageables de cette violation du droit international. Or, un certain nombre de dispositions, aussi bien dans le projet adopté en première lecture que dans celui que propose le Rapporteur spécial, qui marque, il faut le reconnaître, une certaine amélioration par rapport au texte précédent, semblent chercher à protéger les intérêts de l'État responsable plutôt que ceux de la victime. Pourquoi, par exemple, préciser au paragraphe 4 de l'article 45 que la satisfaction « ne devrait pas prendre une forme humiliante pour l'État responsable » ? Outre qu'un conditionnel n'est jamais convaincant dans un texte juridique, on ne voit pas pourquoi on s'attache à ne pas humilier l'État responsable si lui-même a humilié l'État victime. La proportionnalité suffit et il n'est pas nécessaire d'ajouter une prescription qui passe largement à côté du but.

43. Il est décevant de constater que le Rapporteur spécial se borne à effleurer au paragraphe 125 du troisième rapport la question fondamentale de savoir si la restitution en nature doit rétablir la situation qui existait avant la commission du fait illicite, ou celle qui aurait existé s'il n'avait pas été commis. Comme M. Simma l'a souligné, ce problème en rejoint un autre, lui aussi essentiel, dont il n'est pas question dans le rapport, celle de l'indemnisation du *lucrum cessans*. Bien que ce problème n'ait pas été entièrement résolu par le paragraphe 2 de l'article 44 adopté en première lecture, cette disposition avait au moins le mérite d'attirer l'attention sur son existence, alors que la nouvelle formulation de l'article 44 proposée par le Rapporteur spécial le passe entièrement sous silence. Pour M. Pellet, en vertu du principe de la réparation intégrale adopté par la Commission, ce qu'il convient de rétablir, c'est la situation qui aurait existé si le fait illicite n'avait pas été commis, et

le *lucrum cessans* doit faire l'objet d'une indemnisation. Ce ne sont pourtant pas les solutions retenues dans le projet.

44. La deuxième discussion qui fait défaut est, évidemment, celle qui a trait au crime. On regrettera que le Rapporteur spécial n'ait à cet égard tenu aucun compte de l'exemple, sur ce point très fâcheux, de son prédécesseur, M. Arangio-Ruiz, qui avait reculé devant cette discussion. Le résultat a été un méli-mélo qui a conduit la Commission à inclure dans la partie relative aux simples délits des conséquences qu'il eût sans doute été plus avisé de réserver aux seuls crimes, et à vider les articles 51 à 53 d'une bonne partie de ce qui aurait dû constituer leur substance. Le Rapporteur spécial suit la même voie, dont il y a tout lieu de penser qu'elle conduira à la même impasse. Et pourtant, le concept de crime hante encore le paragraphe 126 du rapport, où le Rapporteur spécial est bien obligé de faire une distinction entre les faits contraires à la simple règle du droit international et une violation d'une règle impérative du droit international général – ce qui constitue peut-être une définition acceptable du crime. Dans le premier cas, la renonciation à la remise en état est recevable, elle ne l'est pas dans le second. Telle est l'une des conséquences parmi beaucoup d'autres de la distinction entre crimes et délits, et le Rapporteur spécial semble en convenir. Mais, faute d'avoir réglé cette question fondamentale, le projet finalement n'en souffle mot et, du fait de la suppression de l'ancien alinéa *b* de l'article 43, il constitue en fait une régression à cet égard. Il faudrait conserver cette disposition, mais la déplacer dans l'article 44 pour bien signifier qu'en aucun cas l'indemnisation ne peut être une manière d'acheter les conséquences d'un crime.

45. La notion de crime est également décelable à l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 45, tel que le Rapporteur spécial le propose. Au paragraphe 174 du rapport, il cite assez longuement les développements, fort convaincants, de la République tchèque sur ce problème. Mais, au paragraphe 190, il revient imperturbablement à l'idée qu'il assène sans la discuter qu'il « n'existe pas de précédents, et très peu de justifications, pour l'attribution de véritables dommages-intérêts punitifs ». Pourtant, à l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 45, il prévoit encore des « dommages-intérêts correspondant à la gravité du préjudice », mais en éliminant le garde-fou que constituait au moins la mention de « l'atteinte grave aux droits de l'État lésé ».

46. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), ayant pris la parole pour une motion d'ordre, le PRÉSIDENT demande à M. Pellet de borner ses remarques aux articles 43 et 44, qu'il s'agit de renvoyer au Comité de rédaction avant la fin de la journée.

47. M. PELLET dit que l'argument qu'il voulait faire valoir est qu'en refusant obstinément d'ouvrir un débat sur les crimes le Rapporteur spécial empêche la Commission d'entamer un examen d'ensemble de la question de la réparation. Il aurait fallu prévoir un débat général sur la constellation que constituent les articles 43, 44, 45, 45 *bis* et 46 *bis*.

48. Il se déclare surpris, comme M. Hafner, que, mis à part le pluriel figurant à l'alinéa *c* de l'article 43, les idées

du Rapporteur spécial sur la question des États lésés ne soient pas du tout reflétées dans les projets d'articles proposés. Cette omission constitue un troisième débat manqué. Le Rapporteur spécial a accordé trop d'importance aux projets d'articles existants et s'est abstenu de proposer la refonte radicale qui était nécessaire. De toute manière, le Comité de rédaction doit examiner les articles 43, 44 et 45 à la lumière des décisions qu'il aura prises sur l'article 40 et de la définition de l'État lésé et du dommage.

49. D'une manière générale, les nouveaux articles que propose le Rapporteur spécial diffèrent peu de ceux qui ont été adoptés en première lecture et, lorsqu'ils le font, ce n'est pas toujours pour le mieux. Ainsi, à l'article 43, que M. Pellet souhaite commenter plus en détail, il n'est pas certain que le nouveau titre de « restitution » soit une amélioration par rapport à « restitution en nature ». Il aurait été plus approprié de dire, en anglais comme en français, *Restitutio in integrum*, ce qui correspond exactement à ce que l'on veut dire. De plus, dans la version française, plutôt que « est obligé de », il faudrait dire « a l'obligation de » et l'expression bizarre « fournir la restitution, c'est-à-dire de... » pourrait être supprimée dans les deux langues. Chose plus importante, comme M. Lukashuk l'a signalé, il suffirait de faire commencer les articles 43, 44 et 45 par l'expression « L'État responsable », puisque l'État tenu de réparer n'est pas nécessairement l'État qui a commis le fait internationalement illicite.

50. M. Pellet souhaite répéter qu'il n'est pas prêt à admettre sans explication plus convaincante que l'objet de la restitution est de rétablir la situation qui existait avant la commission de l'acte illicite. Si la restitution doit être intégrale, il semble, a priori au moins, beaucoup plus logique, non pas de reculer dans le temps, mais de reconstituer ce qui se serait passé dans l'intervalle. D'ailleurs, sur ce point, le commentaire du projet d'article adopté en première lecture⁸, cité au paragraphe 125, est confondant parce qu'il mélange deux approches fondamentalement différentes.

51. En ce qui concerne l'alinéa *a* de l'article 43, M. Pellet est d'accord avec M. Simma et ne peut suivre sur ce point M. Economides et le Rapporteur spécial. Contrairement à ce qui est parfois affirmé, le droit interne n'a jamais été et ne devrait jamais être un motif de refuser la restitution et il ne constitue donc pas une cause d'impossibilité matérielle.

52. L'alinéa *a* de l'article 43 ne présente pas d'autre problème, non plus que la suppression de l'alinéa *b*, pour autant que l'on dise quelque part dans le projet, et pas seulement dans le commentaire, que si un crime a été commis ou, si l'on préfère, une norme de *jus cogens* violée, la restitution *in integrum* s'impose à l'exclusion de l'indemnisation. Il y a une excellente raison à la préférence accordée par le droit international à la restitution, à savoir qu'on ne doit pas pouvoir acheter une violation du droit international et que l'État lésé ne doit pas avoir le droit de renoncer à la réparation en faveur de l'indemnisation quand sont en cause les intérêts fondamentaux de la communauté inter-

nationale dans son ensemble. L'alinéa *c* et la suppression de l'alinéa *d* ne soulèvent pas non plus de problème.

53. L'article 44 est en fait un « non-article » qui, tel qu'amendé, a encore moins de substance que la disposition adoptée en première lecture. Avec la suppression du paragraphe 2, il ne reste quasiment plus rien, sauf la priorité donnée à la restitution dans le dernier membre de phrase : « dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution ». Comme MM. Economides et He l'ont dit, il faudrait préciser ce point bien davantage. M. Pellet s'interroge d'autre part sur le terme « économique », qu'il faudrait à son avis remplacer par « financier », puisque le dommage doit être évalué en termes monétaires et financiers. M. Hafner semble croire que les dommages « susceptibles d'une évaluation économique » équivalent aux dommages matériels, ce qui paraît exact pour les préjudices immédiats, ceux qui sont subis directement par l'État lui-même. En revanche, la formule d'Aristote, selon laquelle « L'argent est la mesure de toute chose », s'applique aussi aux préjudices moraux subis par les particuliers et cela est bien fixé par une jurisprudence constante depuis l'affaire du *Lusitania*, en 1923. C'est l'un des points qu'il conviendrait de préciser dans l'article 44. Tel qu'il est actuellement proposé par le Rapporteur spécial, celui-ci n'est que le « chapeau » d'une disposition qui devrait être beaucoup plus précise et ne pas esquiver les problèmes soulevés.

54. M. Pellet dit avoir lu très attentivement les raisons avancées par le Rapporteur spécial à l'appui de sa position minimaliste ou de sa démarche « homéopathique », mais il reste convaincu que la Commission doit faire son travail, qui est de proposer aux États et aux tribunaux des directives dont ils puissent s'inspirer en matière d'indemnisation, comme cela a été demandé sans équivoque par un certain nombre d'États, ainsi qu'il ressort du paragraphe 150 du troisième rapport. Aux paragraphes 154 à 160 de celui-ci, le Rapporteur spécial invoque essentiellement deux arguments à l'appui de la rédaction minimaliste qu'il propose : d'une part, que la pratique serait mal fixée et, d'autre part, que les gouvernements acceptent souvent des règlements amiables. Cependant, il note que, dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la CIJ ne s'est pas prononcée sur la question de l'indemnisation, se contentant d'inviter les parties à un règlement amiable. Or ce type de règlement n'aboutit pas toujours à une réparation intégrale car des considérations extrajuridiques y interviennent. Quelle que soit leur forme future, les règles proposées dans le projet auront toujours un caractère supplétif et les États pourront toujours les écarter dans des cas déterminés s'ils le jugent bon. Cela ne dispense pas la Commission de faire son travail et de codifier ou de faire se développer progressivement les règles existantes, surtout lorsqu'elles correspondent à un besoin et qu'elles sont incertaines. Il n'est pas certain d'ailleurs qu'elles le soient autant que l'écrit le Rapporteur spécial, malgré l'autorité de M. Brownlie sur laquelle il s'appuie dans une note relative au paragraphe 159⁹. Des travaux importants leur ont été consacrés, non seulement par Lillich et en France par Personnaz entre les deux guerres, mais, plus récemment, par Brigitte Stern. On ne peut sans doute pas,

⁸ Voir le commentaire de l'article 7, *Annuaire... 1993*, vol. II (2^e partie), p. 64 à 70.

⁹ I. Brownlie, *System of the Law of Nations: State Responsibility, Part I*, Oxford, Clarendon Press, 1983, p. 223 à 227.

à ce stade, entrer dans le détail, mais il n'empêche que l'on aurait pu trouver une voie moyenne.

55. Après le texte actuel, « chapeau » de la disposition qui est nécessaire, il faudrait au moins préciser cinq points. D'abord, il faudrait dire que l'indemnisation doit constituer l'équivalent effectif du préjudice subi. Cela reviendrait à reprendre ce qui est dit à l'article 37 *bis*, mais il n'y a pas de raison de procéder ainsi dans l'article 43 et pas dans l'article 44. En deuxième lieu, il faudrait dire que l'indemnisation doit compenser aussi bien le dommage matériel que le dommage moral lorsque celui-ci est subi par un particulier. Il faudrait dire en troisième lieu que l'indemnisation doit compenser le *damnum emergens* et le *lucrum cessans* lorsque ceux-ci sont certains. Cette idée de certitude du dommage devrait apparaître quelque part à l'article 43. En quatrième lieu, il faudrait dire que seul, en revanche, est indemnisable le dommage « transitif », celui qui résulte par un lien de causalité nécessaire et certain du fait internationalement illicite. Enfin, il faudrait dire que le dommage devrait être évalué à la date de la commission du fait internationalement illicite, objet de l'article 45 *bis* – qui devrait figurer après l'article 44. Ces cinq points sont le minimum en deçà duquel la Commission ne s'acquitterait pas de sa fonction de développement progressif et de codification du droit international.

56. M. GALICKI appuie ceux qui ont pris la parole en faveur de l'expression « *restitutio in integrum* » au lieu de « restitution en nature », parce que la première s'applique mieux à l'article 43. La formule couvrant les exceptions à la restitution prend à l'alinéa *a* de l'article 43 une forme doublement négative (« n'est pas matériellement impossible ») et il faudrait peut-être envisager de la mettre sous forme positive. Ce sont là deux questions dont pourrait s'occuper le Comité de rédaction.

57. M. LUKASHUK dit que, s'il partage l'opinion de M. Pellet en ce qui concerne l'agression et l'inclusion dans le projet de dispositions à ce sujet, sa propre expérience et les délibérations de la Sixième Commission lui ont enseigné qu'il était loin d'être facile de s'entendre sur les questions relatives aux actes illicites, et qu'il fallait régler le problème des conséquences de ces actes avant d'en venir à la question de l'agression. Il ne faut donc pas retenir la suggestion de M. Pellet, car comme celui-ci et le Rapporteur spécial le comprennent assurément, il serait impossible, pour l'heure, de mettre au point des dispositions détaillées.

58. M. ILLUECA dit qu'au paragraphe 146 de son rapport, le Rapporteur spécial propose de rédiger l'article 43 de telle façon que certaines parties du texte antérieur disparaîtraient. Le Rapporteur spécial établit fondamentalement une équivalence entre la restitution et le rétablissement de la situation qui existait avant la commission de l'acte illicite, mais les exceptions énumérées à l'article 43 s'écartent du principe de la *restitutio in integrum* dont a parlé M. Pellet. Au paragraphe 128, le Rapporteur spécial renvoie au commentaire pour justifier les quatre exceptions à l'obligation de restitution prévues à l'article 43 adopté en première lecture, ce qui n'est pas sans susciter de graves inquiétudes. L'emploi de l'expression « n'est pas matériellement impossible » pourrait amener à une situation telle que l'État responsable du fait internationalement illicite est mis en présence de circonstances dans les-

quelles la restitution est matériellement impossible. Il est indispensable de veiller à ce qu'un bon régime international ne laisse pas aux États les plus puissants la latitude de procéder à des interprétations unilatérales et de prétendre, par exemple, que les obligations internationales qu'ils avaient l'intention d'honorer ne sont malheureusement pas compatibles avec les principes de leur droit interne.

59. Pour ce qui est du premier point du paragraphe 128 du rapport, on peut imaginer une situation dans laquelle, par exemple, un État subit un dommage très grave sur une partie de son territoire en conséquence d'un acte internationalement illicite commis par un État voisin, qui a déversé des déchets toxiques qui se sont infiltrés dans la nappe phréatique : il est en tel cas impossible de rétablir la situation telle qu'elle existait auparavant.

60. À cet égard, le Rapporteur spécial et le Comité de rédaction devraient garder à l'esprit qu'il ne faut pas que l'impossibilité matérielle soit interprétée comme désignant un ensemble de circonstances destinées à se maintenir, alors qu'une partie de la population est privée de ses droits fondamentaux. Il est essentiel de bien expliquer dans le commentaire que l'expression « n'est pas matériellement impossible » n'exonère pas les États responsables de l'acte internationalement illicite dont il s'agit. C'est ce qu'exige la protection des droits de l'homme mise en cause.

61. Passant ensuite à la question de la proportion entre la charge qui pèse sur l'État responsable qui doit assurer la restitution en nature et l'avantage que l'État lésé tirerait de la réparation qu'il obtiendrait sous cette forme particulière et non sous la forme d'une indemnisation, comme il est dit au troisième point du paragraphe 128, le Rapporteur spécial a fait observer à juste titre, lorsqu'il a parlé dans l'alinéa en question du cas de la restitution disproportionnée (par. 144, al. *c*), qu'il serait peut-être utile d'insister, dans un souci de clarté, sur le fait que le critère de proportionnalité concerne non seulement les frais et dépens, mais qu'il suppose aussi que l'on prend en compte la signification de la gravité ou de la violation, par exemple le fait qu'elle touche aux droits de l'homme fondamentaux. Pour M. Illueca, les articles 43 et 44 peuvent être renvoyés au Comité de rédaction.

62. M. HERDOCIA SACASA dit que l'article 43 doit assurément parler de la *restitutio in integrum*, puisque aucune conséquence du fait internationalement illicite ne peut être plus logique que la restauration du *statu quo ante*. La forme de la réparation doit être considérée comme une obligation incombant à l'État responsable plutôt que comme un droit revenant à l'État lésé. Pour ce qui est de l'impossibilité matérielle, et de la distinction que l'on établit parfois entre la restitution matérielle et la restauration juridique (par. 127), il doit être possible de régler dans le commentaire la question de l'impossibilité juridique, question tout à fait différente. Selon l'expression générale de l'arrêt relatif à l'*Usine de Chorzów*, la restitution doit, dans toute la mesure possible, effacer toutes les conséquences du fait illicite, mais l'on notera qu'elle est d'application plus générale que s'il n'avait été question que de restitution « matérielle » ou de restauration « juridique ». C'est une bonne idée que d'omettre l'exception relative à la violation d'une obligation décou-

lant d'une norme impérative du droit international général. On doit se souvenir que le projet forme un tout indissociable et qu'il est vain par conséquent de répéter des principes qui ont déjà été énoncés, en l'occurrence à l'article 29 *bis*.

63. Se référant à la décision de la Cour de justice centraméricaine dans l'affaire *El Salvador c. Nicaragua* mentionnée au deuxième point du paragraphe 128 du rapport – et signalant une erreur dans le texte anglais, qui parle de Cour « interaméricaine » de Justice –, M. Herdocia Sacasa dit que cette juridiction a évité de traiter de la question de la nullité d'un traité entre le Nicaragua et un État tiers (les États-Unis d'Amérique), mais qu'elle n'a pas considéré que la restitution était nécessairement impossible¹⁰. Au contraire, elle a considéré que le Nicaragua était tenu de mettre en œuvre tous les moyens autorisés par le droit international pour restaurer et maintenir la situation juridique qui avait existé avant la conclusion du traité. Il convient d'autre part de souligner qu'il ne s'agissait pas d'une affaire bilatérale entre le Nicaragua et El Salvador, car y était impliqué le Traité de Washington de 1907, traité régional d'amitié. On pourrait aussi prendre en considération un certain nombre d'autres affaires très intéressantes dans lesquelles la Cour s'est très récemment prononcée et, plus particulièrement, le 17 janvier 2000, l'affaire *Nicaragua c. Honduras*.

64. La troisième exception, enfin, celle de la disproportion, est absolument nécessaire et couvre l'alinéa *d* de l'article 43 tel qu'il a été adopté en première lecture, relatif à la mise en danger de l'indépendance politique et de la stabilité économique de l'État auteur. On peut donc supprimer l'alinéa *d*, à condition de bien expliquer dans le commentaire que la disposition correspondante est incluse dans le principe de proportionnalité.

65. Il faut trouver l'équilibre voulu à propos de l'article 44. Il est nécessaire de veiller à ce qu'il y ait un texte général traitant du dommage économique évaluable en termes financiers et que le commentaire au moins, sinon l'article, soit plus général et plus explicite et traite de questions comme le manque à gagner, les intérêts, les circonstances particulières, le dommage matériel et le préjudice moral, et le cas de figure de l'indemnisation.

66. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) se dit contraint de faire bref car, rappelle-t-il, il s'agit de produire un projet d'articles complet avant la fin de la session. Si M. Pellet avait fait connaître son opinion sur l'article 44 et si cette opinion avait été approuvée par la Commission à la fin de la session précédente, quand l'occasion se présentait, il aurait peut-être consacré plus de temps à formuler des articles nouveaux, au lieu de rédiger un commentaire de 20 pages.

67. La question de l'expropriation ressortit principalement à l'obligation primaire dans le cas des expropriations licites, mais on peut imaginer des cas d'expropriation illicites qui soulèvent le problème de l'évaluation.

68. Le Rapporteur spécial appuie les membres de la Commission qui préfèrent employer la formule « État responsable », ou quelque autre équivalente. Le titre du chapitre II doit parler des « modalités », encore qu'à son

avis celles-ci relèveraient davantage de la deuxième partie *bis*. Ce dont il s'agit, ce sont les formes fondamentales de la réparation, en d'autres termes le contenu, en ce qui concerne l'État responsable en tout cas, de l'obligation fondamentale énoncée au chapitre premier.

69. Quant à l'article 43, M. Brownlie a présenté une argumentation très sérieuse selon laquelle la portée de l'obligation de restitution dépendait des règles primaires mises en jeu. Ces règles primaires ne sont pas de simples voyageurs dans le train des règles secondaires de la responsabilité. Le débat a fait apparaître les différences de points de vue entre les membres issus de la tradition de la *common law* et les romanistes. Les règles primaires ont une importance réelle, comme le montre l'exception par laquelle M. Momtaz a proposé de remplacer l'alinéa *b*. Cette exception renvoie à la question du rôle des règles de droit en tant que fondement de la non-restitution, et l'on s'est d'une manière générale entendu sur le fait que l'alinéa *b* était inutile à condition qu'il soit bien expliqué que l'article 29 *bis* s'appliquait à la deuxième partie. Il y a également des situations dans lesquelles la restitution est à l'évidence inopportune, sans qu'il soit nécessaire d'aller aussi loin que de postuler que les règles mises en cause sont des règles de *jus cogens*. La vraie question est celle de savoir s'il est possible d'explicitier ces choses en des termes qui ne créent pas plus de problèmes qu'ils n'en résolvent. C'est en effet ce que semble faire la formule de M. Momtaz, qui laisse entrevoir la situation cauchemardesque dans laquelle les États prétendraient que la restitution est impossible pour des raisons juridiques tenant à leur droit interne et se dispenseraient donc de l'offrir. Ces raisons de droit interne ne sont pas des justifications en droit international, mais il est clair que les règles primaires de celui-ci pourraient entrer en jeu à ce niveau. C'est au Comité de rédaction qu'il appartient de décider s'il existe une formule capable de concilier ces oppositions.

70. Pour ce qui est de la question de l'étroitesse ou de la largeur de la notion de restitution, le Rapporteur spécial se déclare totalement en faveur de la conception étroite dans le contexte de l'article 43. Le *dictum* rendu dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* porte sur la réparation au sens général, et donc sur la *restitutio in integrum* dans son sens général; il ne porte pas sur la restitution au sens de l'article 43, qui avait déjà été exclue au moment où la CPJI a prononcé le *dictum* en question parce qu'il avait été désavoué par l'Allemagne, comme la Cour en avait donné acte à une phase antérieure du procès. La question ne s'est tout simplement pas posée : la réparation, au sens général, doit être intégrale, comme il est déjà dit au chapitre premier. Si « restitution » n'est pas pris dans son sens étroit, on obtiendra un chevauchement inacceptable entre l'article 43 et les autres formes de la réparation. Malgré une certaine ambiguïté du deuxième rapport du Rapporteur spécial Arangio-Ruiz¹¹, la Commission a très clairement adopté au cours de l'examen en première lecture la conception étroite, que n'ont pas critiquée les gouvernements. La conception large de la réparation est celle qui est retenue au chapitre premier, et il s'agit d'une réparation qui doit être intégrale. Le Rapporteur spécial est tout à fait d'accord avec ce qu'a dit M. Pellet à propos de la

¹⁰ Voir AJIL, vol. 11, 1917, p. 674.

¹¹ Voir 2634^e séance, note 5.

réparation intégrale tant qu'il s'agit d'une réparation entendue dans ce sens.

71. MM. Economides et Pambou-Tchivounda ont soulevé la question de savoir au bénéfice de qui doit se faire la restitution. Le problème vient du fait que l'on s'efforce de couvrir toute une série de situations et qu'il est nécessaire, dans une certaine mesure, d'envisager les articles dans une optique préventive car les débats sur l'article 40 ont bien montré ce à quoi il fallait s'attendre. Ces articles doivent être ainsi rédigés qu'ils pourront être invoqués par un État lésé dans un contexte bilatéral, par un État parmi une pluralité d'États lésés dans un contexte bilatéral ou même par des États qui se trouvent dans la situation où se trouvaient l'Éthiopie et le Libéria à l'égard de l'affaire relative au *Sud-Ouest africain*. La restitution peut être réclamée par des États différents et l'indemnisation revendiquée au nom de divers intérêts. La tendance constante à traiter toute chose comme s'il s'agissait d'une question bilatérale est au cœur de la restructuration de la deuxième partie. M. Pellet a reproché au Rapporteur spécial de ne pas prendre suffisamment au sérieux les dispositions détaillées de l'article 44, mais la question reste ouverte et, si la Commission le souhaite, le Rapporteur spécial proposera bien volontiers à la session suivante des articles plus détaillés portant sur des questions plus précises.

72. Le point à retenir est que chacun des articles peut être invoqué par des États différents. Si l'Allemagne, ayant eu gain de cause dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, avait ensuite réclamé une deuxième réparation parce qu'une indemnisation avait déjà été versée au propriétaire de l'usine, cette solution aurait été exclue. Il est essentiel de tenir compte des diverses relations juridiques mises en jeu, y compris les relations juridiques avec des entités qui ne sont pas des États. Il n'est pas possible de tout ramener au bilatéralisme d'État à État. Si le troisième rapport a quelque mérite, c'est qu'il propose une nouvelle conception à plusieurs niveaux de la responsabilité, ce qui est la seule façon de parvenir à une philosophie moderne et adaptée de la responsabilité.

73. À propos de la formulation de la notion de restitution, M. Economides a dit penser comme le Rapporteur spécial qu'il était inutile de préciser que la restitution devait être « en nature », mais c'est là une question dont le Comité de rédaction s'occupera. Pour sa part, le Rapporteur spécial est irrémédiablement opposé à l'idée de mettre du latin dans le texte. Il faut toujours s'efforcer de trouver une formule en langue courante et recourir à une langue morte pour noyer la difficulté est une solution inacceptable.

74. En ce qui concerne la question du *lucrum cessans*, la majorité des membres de la Commission pensent qu'il faut réintroduire la mention qui y renvoie. Cela présenterait cependant la difficulté que l'on « décodifierait » au niveau de l'article 44 le droit relatif au manque à gagner en vigueur. Si la Commission pense qu'il faut en parler quand même, elle devra prévoir un nouvel article. Le Rapporteur spécial a voulu régler les diverses questions que cela soulève dans le commentaire, à la rédaction duquel il a consacré des efforts considérables. Ces questions peuvent également être soulevées à propos de l'article 45 *bis*, et réglées à l'occasion de l'examen de cet article. Pour sa part, le Rapporteur spécial préfère de beaucoup conserver l'article

45 *bis* sous forme d'une disposition distincte, plutôt que de l'intégrer dans l'article 44. La tendance à tout regrouper dans l'article 44, tendance indéniable de la première lecture, est l'une des raisons qui expliquait pourquoi ne sont possibles que les formules générales. Il est possible d'élaborer une formule particulière à propos des intérêts, et aussi de traiter à part la question du manque à gagner. Mais aucune de ces deux initiatives ne devrait déboucher sur des formulations vagues dans des articles de portée générale qui ont des intentions tout à fait différentes.

75. Il est tout à fait clair que l'article 44 couvre le préjudice moral causé aux particuliers, alors que ce que l'on appelle le dommage moral causé aux États devrait être réglé à l'article 45. L'emploi du terme « dommage moral » est en lui-même source de confusion, pour les raisons que le Rapporteur spécial a déjà expliquées à propos de l'article 45. Le contenu de la disposition doit être clair et des termes douteux, « moral » par exemple, être laissés dans le commentaire.

76. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que la Commission souhaite renvoyer les articles 43 et 44 au Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

77. M. ROSENSTOCK, prenant la parole pour une motion d'ordre, demande si les propositions précises qu'a faites M. Economides à propos des articles 43 et 44 seront aussi renvoyées au Comité de rédaction.

78. Le PRÉSIDENT répond qu'elles le seront. Il ajoute que plusieurs membres se sont abstenus de prendre part aux débats parce qu'il était entendu qu'ils pourraient faire connaître leur position au Comité de rédaction.

La séance est levée à 13 h 15.

2638^e SÉANCE

Mercredi 12 juillet 2000, à 10 heures

Président : M. Peter TOMKA

Présents : M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Illueca, M. Kabatsi, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma.

Responsabilité des États¹ (*suite*) [A/CN.4/504, sect. A, A/CN.4/507 et Add.1 à 4², A/CN.4/L.600]

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à poursuivre l'examen des articles 45, 45 *bis* et 46 *bis* proposés par le Rapporteur spécial dans la section B du chapitre premier de son troisième rapport (A/CN.4/507 et Add.1 à 4).

2. M. HAFNER consacre la première partie de son intervention à l'article 45, dans lequel il voit l'une des dispositions les plus épineuses du projet. Il approuve le remplacement de « préjudice moral » par « préjudice immatériel », non seulement pour les raisons données par le Rapporteur spécial, mais aussi parce que l'adjectif « moral » semble renvoyer à la notion de moralité. La satisfaction vise à couvrir tous les préjudices qui ne peuvent pas être réparés par la restitution ou par l'indemnisation, et ce n'est certainement pas seulement le préjudice moral. Il est clair cependant que, même en cas de mort d'homme, il peut y avoir obligation d'indemniser, et non de donner satisfaction. Ainsi, lorsque, au cours d'une partie de chasse officielle en Yougoslavie, l'Ambassadeur d'Autriche a tué accidentellement l'Ambassadeur de France, la veuve a poursuivi l'État autrichien en lui réclamant une certaine somme d'argent. Les tribunaux autrichiens ont calculé très précisément les pertes subies. L'argent versé relèverait certainement de l'indemnisation, et non de la satisfaction. Ce qui, dans un tel contexte, pourrait être couvert par la satisfaction serait la réparation du préjudice moral ou affectif provoqué par cette perte. Incidemment, M. Hafner ne voit pas pourquoi il est question au paragraphe 1 du préjudice « occasionné », et non « causé » comme dans les autres articles.

3. D'une manière générale, M. Hafner pense que la liste des mesures énumérées au paragraphe 3 ne devrait pas être exhaustive. Il doute que la reconnaissance de la violation doive venir en premier, à moins que la victime n'insiste sur cette forme de satisfaction. Il est souvent très important pour l'État auteur de rester dans une situation lui permettant de sauver la face, par exemple d'exprimer ses regrets sans reconnaître expressément la violation. En pareil cas, la question de savoir s'il y a eu ou non fait illicite reste pendante, mais le tribunal éventuellement saisi par la victime devra reconnaître que l'expression des regrets fait partie de la satisfaction donnée par l'État auteur. Cela dit, c'est assurément à la victime de ne se déclarer satisfaite que dans certaines conditions, lesquelles peuvent comprendre la reconnaissance explicite de la violation.

4. Pour ce qui est des dommages-intérêts symboliques, il est inutile de les prévoir dans l'article puisque la liste n'est pas exhaustive et que c'est un cas de figure assez exceptionnel. Quant aux dommages-intérêts punitifs, il faut reconnaître que le droit international ne les connaît pas. Il pourrait être intéressant de consulter à ce propos les grands philosophes, comme Kant, qui en rejetait la notion parce

que les dommages-intérêts punitifs n'existent que dans un système de subordination alors que le droit international est régi par le principe de l'égalité.

5. Il est fait mention à l'alinéa *b* du paragraphe 3 de « dommages-intérêts correspondant à la gravité du préjudice », ce qui n'est pas sans soulever certains problèmes. Le texte laisse entendre que ces dommages-intérêts font partie de la réparation intégrale, c'est-à-dire qu'ils sont nécessaires pour effacer toutes les conséquences du fait illicite. On peut interpréter ce terme de « gravité » de deux manières : il s'agit soit de la gravité du fait illicite, soit de la gravité du dommage subi. Le sens courant des termes incline à choisir la première acception, auquel cas il faut se demander si la réparation intégrale des conséquences du fait illicite est bien l'objet de ces dommages-intérêts, puisque l'on peut déduire du texte que l'importance des conséquences du fait illicite dépend de la gravité de la violation. Ce n'est donc pas le préjudice subi par la victime qui détermine les conséquences du fait illicite, mais ce fait même et les circonstances dans lesquelles il est commis.

6. Si on prend le mot « gravité » dans le deuxième sens, celui de la gravité du dommage subi par la victime, on peut se demander quelles circonstances définissent cette gravité. Il ne peut s'agir de l'importance du dommage, puisque cet aspect est déjà couvert par la définition de la réparation, qui est de rétablir la situation qui existait avant le fait illicite. La gravité ne peut donc être définie que par un jugement subjectif de la victime. Il est à craindre alors que celle-ci n'émette des prétentions exorbitantes dont on ne pourrait, faute de disposer de la procédure nécessaire, évaluer le bien-fondé. La gravité du préjudice dépend-elle alors de la nature particulière de la règle primaire qui a été enfreinte ou de la manière dont le fait illicite a été commis ?

7. Il vaudrait mieux limiter l'éventualité des dommages-intérêts aux cas d'« atteinte grave aux droits de l'État lésé », comme le disait l'alinéa *c* du paragraphe 2 de l'article 45 adopté en première lecture. Le Rapporteur spécial explique au paragraphe 191 pourquoi il a écarté cette restriction, mais il serait intéressant de savoir pourquoi dans les affaires qu'il évoque des dommages-intérêts ont été accordés : était-ce à cause de la gravité de l'atteinte ou pour quelque autre raison ? Il y a d'ailleurs des cas où les dommages-intérêts accordés ne sont pas symboliques mais pas excessifs non plus. Le libellé choisi, pourtant, n'indique aucune limite quantitative et on a l'impression que les dommages-intérêts peuvent toujours être réclamés, qu'ils ne sont soumis qu'à une limite générale. C'est pourquoi M. Hafner préférerait que l'on rédige cette disposition de façon plus stricte.

8. L'alinéa *c* du paragraphe 3 pose la question de savoir ce qu'il faut entendre par « fautes graves ». Le fait qu'un État engage une action contre l'un de ses agents en cas de faute grave uniquement ou aussi en cas de négligence, par exemple, dépend de son droit interne. Comme le membre de phrase qui introduit le paragraphe restreint l'hypothèse aux cas où « les circonstances l'exigent », on peut supprimer le qualificatif « graves ». De plus, si la règle primaire prévoit déjà que les agents de l'État sont poursuivis en cas de faute, ce qualificatif empiète sur la règle primaire.

¹ Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire...* 1996, vol. II (2^e partie), chap. III, sect. D, p. 62.

² Reproduit dans *Annuaire...* 2000, vol. II (1^{re} partie).

9. Au paragraphe 4 de l'article 45, il faut sans doute interpréter la forme verbale « ne devrait pas » comme signifiant que les actes humiliants ne sont pas nécessairement exclus, notamment si le fait illicite initial était lui-même extrêmement humiliant. D'ailleurs, le fait même de reconnaître une violation peut être considéré comme humiliant par certains États et il faut donc indiquer clairement que la règle du paragraphe 4 ne doit pas être entendue *in extenso*.

10. Passant ensuite aux autres articles proposés, M. Hafner dit que les intérêts dont traite l'article 45 *bis* peuvent être considérés comme déjà compris dans l'obligation d'indemniser fixée à l'article 44, au titre du *lucrum cessans*. Aussi pourrait-on se dispenser de cette disposition. S'il paraît cependant nécessaire de parler explicitement des intérêts, on pourrait éliminer la deuxième phrase du paragraphe 1 et la totalité du paragraphe 2, dont le contenu est déjà couvert par l'idée d'indemnisation intégrale.

11. L'article 46 *bis* repose sur deux idées, la faute contributive et l'obligation d'atténuer le dommage. Pour ce qui est de la première, M. Hafner se demande dans quelle mesure le projet d'article 27, relatif à l'aide ou l'assistance, s'applique à la situation envisagée. On pourrait dire que l'État qui contribue au dommage au sens de l'alinéa *a* de l'article 46 *bis* se trouve dans la situation de l'État qui en aide un autre à commettre un fait illicite envisagée à l'article 27. À quoi on pourrait répondre bien sûr que l'État victime ne peut pas commettre un fait illicite contre lui-même, mais, tel qu'il est formulé, l'article 27 n'exige pas que l'État qui prête son concours commette un fait illicite distinct. Il ne s'agit que d'une fiction. On peut aussi soutenir inversement que l'article 46 *bis* ne parle que de la contribution au dommage, et non de la contribution au fait illicite. Des éclaircissements seraient bienvenus.

12. La référence à divers degrés de faute, ou à la *mens rea*, soulève un autre problème : par « négligence » faut-il entendre uniquement la faute lourde ou la faute légère également ? S'appuyant sur la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, l'on retrouve cette notion. M. Hafner pense que seule la négligence « grave » ou faute lourde peut être prise en compte aux fins de la limitation de la réparation.

13. La deuxième idée sur laquelle est fondé cet article est assurément liée à la précédente. On note que l'alinéa *a* parle de « tout État, personne ou entité », alors que l'alinéa *b* ne se réfère, d'après le paragraphe 222 du rapport, qu'à l'État lésé. Ainsi, si c'est une entreprise privée qui subit un dommage, ne peut-on pas présumer qu'elle a pris des mesures pour l'atténuer ? On pourrait bien sûr arguer qu'on ne peut pas imposer d'obligation à des entreprises privées ; mais ni la CIJ dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* ni l'alinéa à l'examen ne postulent qu'il y a obligation juridique d'atténuer les dommages : l'alinéa dit simplement qu'il faut tenir compte, éventuellement, du fait que des mesures d'atténuation ont été prises. On peut s'interroger sur cette différence de traitement.

14. Le calcul financier que suppose cette règle a pour résultat que, si un fait illicite a causé un dommage et que l'État qui l'a subi a pris des mesures de protection, cet État a droit à une réparation intégrale, comprenant, on l'espère,

le coût de ces mesures. S'il n'en a pas pris, ses droits à réparation seront réduits. En conséquence, tous les États doivent toujours envisager la possibilité qu'un fait illicite soit commis et prendre d'avance des mesures pour y parer. En mettant les choses au pire, les États seraient ainsi obligés de se doter d'une armée pour se défendre et obligés de la faire intervenir : en effet, si l'État qui agresse ne rencontrait aucune résistance, l'État agressé ne pourrait exiger de réparation intégrale. Pour M. Hafner, l'obligation de prendre des mesures d'atténuation ne vaut que dans le domaine du droit de l'environnement. Elle se déduit des règles primaires, et il n'est pas nécessaire de la prévoir dans le contexte général où se situe cette disposition.

15. On peut se demander enfin si les conditions d'atténuation de la responsabilité sont également valables dans le cas de la restitution. Dans l'affirmative, l'objet de la restitution pourrait à ce titre être réduit : est-ce à l'État auteur de décider de la partie à restituer ?

16. M. GAJA constate qu'alors que l'État responsable est « obligé de fournir » la restitution et « obligé d'indemniser » selon les articles 43 et 44, l'article 45 lui fait simplement un devoir d'« offrir » une satisfaction pour tout préjudice qu'il a occasionné. Cette idée d'« offrir » s'explique sans doute par le fait que la satisfaction ne peut être définie *in abstracto*. Certes, les autres termes sont vagues eux aussi : le mot « restitution » recouvre une notion qui peut être controversée, mais on s'entend sur le fait qu'il s'agit de rétablir la situation antérieure, et le mot « indemnisation » n'est pas mieux cerné, mais on comprend toujours qu'il s'agit du versement d'une certaine somme d'argent. La « satisfaction » est beaucoup plus floue du fait que ses modalités peuvent être très hétérogènes. En outre, l'État qui a commis un fait illicite répugne en général à donner satisfaction, sauf s'il est certain d'apaiser ainsi celui qui présente une réclamation contre lui.

17. D'une manière générale, en fait, la satisfaction ne peut s'opérer que sur la base d'un accord qui précise la forme qu'elle prendra. On pourrait donner des exemples des diverses formes possibles dans le commentaire. Si l'on adopte cette solution, on pourra simplifier grandement l'article 45, qui se lira : « L'État qui a commis un fait internationalement illicite est obligé de donner satisfaction ... Les modalités de cette satisfaction sont à convenir entre les parties ». Il sera alors plus facile d'inclure dans la notion de satisfaction le cas de la déclaration d'illicéité par le juge ou l'arbitre international. Ce type de réparation, qu'analyse le Rapporteur spécial aux paragraphes 183 à 185 du rapport, a également été accordé par le Tribunal international du droit de la mer dans l'affaire du *Navire « Saiga »* (n° 2). L'accord entre les parties pourrait consister à autoriser un tribunal à définir la forme que prendra la réparation, le cas échéant. En matière de satisfaction, un tribunal peut, par exemple, ordonner que des mesures disciplinaires soient prises contre les agents de l'État fautifs ou juger que la simple constatation qu'il fait de l'illicéité est une satisfaction suffisante. Ce cas de figure sera beaucoup plus difficile à saisir si l'on garde l'idée que la satisfaction doit être « offerte » par l'État auteur.

18. M. GOCO se demande pourquoi M. Hafner approuve le Rapporteur spécial quand celui-ci souhaite remplacer « préjudice moral » par « préjudice immatériel ». La notion de préjudice moral existe en droit interne, où elle ne prête pas à confusion.

19. Se référant à la version de l'article 45 adopté en première lecture, M. Goco croyait avoir compris que la satisfaction était par définition nécessaire pour que la réparation soit intégrale. Or, il semble que l'action en réparation puisse suivre la demande de satisfaction : ainsi, les aborigènes d'Australie ont demandé au chef de gouvernement de ce pays de présenter des excuses à leur peuple pour des faits historiques. L'intéressé refuse, par crainte paraît-il que l'expression de regrets officiels ne déclenche une marée de demandes en réparation.

20. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) répond que le « préjudice moral » que prévoient certaines législations nationales est déjà couvert par l'article 44 : l'indemnisation qui en fait l'objet peut réparer les souffrances des personnes physiques. Reprendre le même terme dans un sens différent à l'article 45 serait source de confusion. Dans cette dernière disposition, il s'agit d'évoquer la notion très vague d'*injuria*, c'est-à-dire d'atteinte qu'il est difficile d'évaluer financièrement. C'est d'ailleurs le grand spécialiste de la question qu'est Dominicé qui propose le terme « immatériel »³.

21. Quant aux excuses qu'un État peut être tenu de présenter, il s'agit d'un mécanisme très connu. Il est ici soumis à la réserve qu'exprime l'expression « le cas échéant ». Il serait étrange en effet qu'un État ayant obtenu réparation et indemnisation réclame encore satisfaction et, ne l'obtenant pas, prenne des contre-mesures.

22. M. Gaja a fait une proposition intéressante qui permettrait en effet d'inclure le rôle du juge ou de l'arbitre international dans le contexte de la satisfaction. Mais la Commission ne peut pas rédiger son projet d'articles du point de vue d'un tribunal international, puisqu'on ne sait pas si un tribunal existera un jour. Si l'on pouvait en être certain, beaucoup de difficultés de rédaction disparaîtraient d'elles-mêmes, en ce qui concerne par exemple la fixation des intérêts.

23. M. HAFNER, reprenant l'observation de M. Goco, rappelle que le droit utilise aussi le terme de « personne morale » sans qu'il y ait jamais confusion. Cela dit, aux raisons qu'a exposées le Rapporteur spécial pour justifier le choix d'« immatériel » s'ajoute le fait que le changement proposé permet d'opposer symétriquement l'article 44, qui concerne les dommages matériels, et l'article 45, qui concerne les dommages immatériels. Cela fait très clairement apparaître que les deux formes de réparation que sont l'indemnisation et la satisfaction ne se recouvrent pas.

24. M. PELLET, revenant sur certaines considérations générales relatives à la démarche adoptée par le Rapporteur spécial qu'il avait commencé à exposer à la séance précédente, dit que selon lui, en repoussant le débat sur le crime ou, au moins, sa conclusion, le Rapporteur spécial, outre qu'il se complique la vie et complique la tâche de la

Commission, risque de se trouver dans la situation de son prédécesseur et de s'apercevoir, mais trop tard, que certains phénomènes qui lui paraissent étranges trouvent leur explication dès que l'on fait intervenir la notion de crime. Ainsi, alors que, normalement, l'État victime a le choix entre la *restitutio in integrum* et l'indemnisation, il n'a plus ce choix dès lors que le fait internationalement illicite constitue un crime, c'est-à-dire au moins la violation d'une norme impérative du droit international général, car il ne peut renoncer seul à l'application d'une norme dont le respect intéresse la communauté internationale dans son ensemble. De même, la République tchèque a, à juste titre, fait valoir l'idée, citée au paragraphe 174 du rapport, selon laquelle, à propos de l'alinéa *c* du paragraphe 2 de l'article 45 adopté en première lecture – qui devient l'alinéa *b* du paragraphe 3 dans le texte proposé par le Rapporteur spécial –, les dommages-intérêts autres que symboliques sont concevables en cas de crime, mais non de « délit » ou de simple fait internationalement illicite⁴. C'est pour cette raison également que M. Pellet a indiqué son opposition à la suppression de la mention de la gravité de l'atteinte, qu'il craint d'ailleurs de devoir expliquer par l'opposition du Rapporteur spécial à la notion de crime plutôt que par des raisons tout à fait rationnelles. L'alinéa *d* du paragraphe 2 de l'ancien article 45, devenu l'alinéa *c* du paragraphe 3 du nouvel article 45 proposé, aurait lui aussi gagné à être examiné à la lumière de la notion de « crime » de l'État et il aurait été utile de mettre en parallèle les « fautes graves des agents de l'État ou les agissements criminels de toute personne » d'une part, et les crimes de l'article 19 d'autre part, et d'étudier les relations qui pourraient exister entre ces deux – ou trois – notions. M. Pellet souligne que les autres considérations générales qu'il a fait valoir à la séance précédente s'appliquent également à l'article 45, s'agissant en particulier et avant tout de l'idée que ce qui doit constituer le guide et la loi d'airain de la Commission, c'est la nécessité d'une réparation intégrale, c'est-à-dire que, d'un côté, le dommage causé par le fait internationalement illicite doit être intégralement réparé mais que, de l'autre, la réparation ne doit pas aller au-delà de la compensation effective du dommage.

25. Ces considérations conduisent M. Pellet à être très réservé sur l'article 45, tant pour ce qui est de l'ancienne version que de celle proposée par le Rapporteur spécial.

26. S'agissant du paragraphe 1, sa rédaction devra manifestement être alignée sur les changements rédactionnels qui seront apportés aux articles relatifs à la *restitutio in integrum* et à l'indemnisation. Par ailleurs et surtout, l'expression « préjudice immatériel » n'est guère convaincante, pour deux raisons. Tout d'abord, si l'expression « dommage – ou préjudice – moral » est bien établie, l'expression « préjudice immatériel » est beaucoup plus innovante quoiqu'elle signifie exactement la même chose. Ce que vise le Rapporteur spécial – et sur le fond, M. Pellet est d'accord avec lui –, c'est le préjudice moral subi directement, immédiatement, par l'État lui-même, par opposition au préjudice moral subi par ses ressortissants au profit desquels il exerce sa protection diplomatique. Le problème, et c'est la seconde raison du désaccord de M. Pellet sur la rédaction proposée, c'est que

³ Voir 2635^e séance, note 3.

⁴ Voir 2613^e séance, note 3.

celle-ci omet cette précision indispensable que la satisfaction a pour vocation – sans doute exclusive – de réparer le préjudice moral subi par l'État lui-même. Dans une note relative au paragraphe 181 du rapport, le Rapporteur spécial indique d'ailleurs que l'expression « préjudice immatériel » lui a été inspirée par un article de Dominicé. Après avoir pensé qu'il pourrait suffire d'apporter une précision de ce genre au paragraphe 1 de l'article 45, en visant le « préjudice moral subi par l'État », M. Pellet convient que ce n'est pas là la solution car, lorsqu'un État exerce sa protection diplomatique « en faveur de l'un des siens », il est censé faire valoir son droit propre. Peut-être faudrait-il donc introduire en outre la notion – bien connue dans la doctrine francophone – de « préjudice moral immédiat » dans le paragraphe 1, en la définissant dans le commentaire. En tout état de cause, il est indispensable que cette précision soit introduite.

27. Pour ce qui est du paragraphe 2, M. Pellet remarque que l'expression « en premier lieu » est totalement superflue. Il est ensuite très réticent à l'emploi du conditionnel – « devrait prendre » – dans un texte juridique. La déclaration étant à son avis la forme minimale de la satisfaction, la précaution liée à l'emploi du conditionnel n'est pas justifiée. Par contre, il considère, comme le Rapporteur spécial, qu'il n'y a pas lieu de mentionner les constatations d'illicéité faites par le juge, pas tout à fait pour les raisons développées aux paragraphes 183 et 184 du rapport, mais plutôt pour celle qui est indiquée au paragraphe 185, à savoir que le projet d'articles de la Commission concerne les relations entre États et non les pouvoirs des tribunaux et arbitres internationaux. Et il n'y a pas plus de raison, à son avis, de mentionner les jugements déclaratoires qu'il n'y en aurait de mentionner les décisions judiciaires ou arbitrales fixant une indemnité. Enfin, M. Pellet n'aime guère l'expression « le cas échéant » qu'il considère un peu comme un moyen de se débarrasser des problèmes, mais il se résignera à accepter cette formule si la Commission ne veut pas être plus précise et si les « cas » visés sont expliqués dans le commentaire, avec des exemples à l'appui.

28. Le paragraphe 3 appelle cinq séries de remarques. Tout d'abord, l'expression « lorsque les circonstances l'exigent » suscite les mêmes critiques que « le cas échéant », car ce qui est intéressant et utile pour les États, les juges ou les arbitres, c'est de savoir précisément dans quels cas et dans quelles circonstances telle ou telle chose doit être faite mais, là encore, M. Pellet pourrait se résigner à cette formule, à condition que le commentaire comble en partie ces lacunes. Deuxièmement, M. Pellet approuve le rappel de la « réparation intégrale » dans le chapeau du paragraphe 3. Troisièmement, l'expression *inter alia* fait pour le moins double emploi, dans le texte français, avec l'expression « telles que » et, dans le texte anglais, avec le terme *including*.

29. Quatrièmement, tout en admettant, en principe, le fait que des dommages-intérêts peuvent tenir lieu de satisfaction, M. Pellet est en très profond désaccord avec le Rapporteur spécial quant à l'analyse que celui-ci fait des dommages-intérêts. D'une part en effet, ceux-ci ne peuvent être que symboliques – étant entendu que le symbole peut être modulé –, aussi longtemps du moins qu'il ne s'agit pas d'un crime; si, par contre, des dommages-intérêts punitifs ou aggravés, c'est-à-dire autres que symboli-

ques – puisque le droit latin ignore cette distinction subtile – sont acceptables, ce ne peut être que parce que l'on est en présence d'un crime. S'il y a donc là une des conséquences du crime qui devrait être ajoutée dans l'article 52, elle n'a pas sa place dans le projet d'article 45. M. Pellet récuse l'idée qu'un État pourrait être ainsi « puni » pour un manquement « simple » au droit international, car il demeure convaincu que la notion de faute n'est pas pertinente dans le droit international de la responsabilité, sauf en matière de crime. En d'autres termes, des dommages-intérêts aggravés, ou non symboliques, ne sont acceptables qu'en cas d'« atteinte grave » – expression que le Rapporteur spécial propose malheureusement de supprimer – à une règle d'importance fondamentale, non seulement pour l'État victime mais aussi pour la communauté internationale dans son ensemble, c'est-à-dire ce que l'on appelle – ou que l'on devrait appeler – un crime, dont c'est précisément une des conséquences. D'autre part, si les dommages-intérêts « correspondent à la gravité du préjudice », c'est que celui-ci est susceptible d'évaluation financière et il ne s'agit plus alors de satisfaction mais d'indemnisation. Dès lors, pour ce qui est des deux premiers alinéas du paragraphe 3, M. Pellet est partisan du maintien de l'alinéa *a* relatif aux dommages-intérêts symboliques, mais de la suppression de l'alinéa *b* de l'article 45 et de son transfert dans le chapitre relatif aux conséquences des crimes – c'est-à-dire aux conséquences des violations graves des règles d'importance essentielle pour la communauté internationale dans son ensemble.

30. Cinquièmement, enfin, l'alinéa *c* semble quelque peu anecdotique – même s'il y a des précédents, ne fût-ce que celui du *Rainbow Warrior* – et pose beaucoup de problèmes. Ainsi, si les fautes graves ne sont pas commises par des personnes agissant dans le cadre de leurs fonctions étatiques, elles n'engagent pas la responsabilité de l'État et n'ont donc pas leur place dans le projet d'articles. Par contre, si elles sont commises dans le cadre des dites fonctions étatiques, on peut se demander si cette « transparence » de l'État est appropriée. De l'avis de M. Pellet, la réponse ne peut être affirmative que s'il s'agit d'un crime international et cette question de la transparence de l'État devrait en conséquence être traitée dans le chapitre relatif aux crimes ou à toute notion équivalente. En tout état de cause, l'alinéa *c* peut être omis de l'article 45, surtout si l'énumération du paragraphe 3 n'est pas exhaustive.

31. S'agissant du paragraphe 4, le principe de la proportionnalité ne pose évidemment aucun problème mais, n'étant pas spécifique à la satisfaction, peut-être devrait-il plutôt être énoncé soit dans l'article 37 *bis*, soit dans le chapeau général du chapitre II. En tout état de cause, M. Pellet réaffirme son opposition au maintien du dernier membre de phrase du paragraphe 4 car il ne voit pas pourquoi il faudrait ménager la dignité d'un État qui en a humilié un autre. De toute façon, les formes de satisfaction mentionnées aux paragraphes 2 et 3 n'ont rien d'« humiliant » : il ne s'agit, pour un État, que de reconnaître qu'il n'a pas respecté une règle de droit international – peut-être est-ce ce non-respect qui est « humiliant », non sa reconnaissance.

32. À propos de l'article 45 *bis*, relatif aux intérêts, M. Pellet est tout d'abord d'accord sur le principe même de l'inclusion d'un tel article dans le projet. Il note

d'ailleurs que le Rapporteur spécial, après avoir relevé que les règles du droit positif sont indécisées, ne s'arrête pas à cette objection et n'hésite pas à indiquer au moins quelques grandes orientations, des directives générales qui constituent un progrès réel par rapport au silence du projet existant. M. Pellet signale toutefois une légère différence d'approche de sa part à l'égard des intérêts composés. Quelles que puissent être les réticences antérieures de la jurisprudence à cet égard, si des intérêts composés sont nécessaires pour que la réparation soit intégrale, il n'y a aucune raison de les écarter et, à cet égard, le commentaire devrait avoir un caractère moins négatif sur cette question.

33. S'agissant du texte même de l'article 45 *bis*, M. Pellet s'étonne de la complication qu'introduit l'expression « sur toute somme principale exigible selon le projet d'articles », estimant qu'il serait beaucoup plus simple de parler de l'indemnité due, le cas échéant, en vertu de l'article 44. De fait, bien que cela ne ressorte guère de la lecture du rapport, le Rapporteur spécial semble considérer que « ces sommes principales exigibles » incluent à la fois l'indemnité de l'article 44 et les dommages-intérêts de l'article 45. Or, comme il a été dit, les dommages-intérêts ne devant être, sauf en cas de crime, que symboliques, ils ne devraient pas donner lieu au versement d'intérêts. D'autre part, et en tout état de cause, des dommages-intérêts étant constitués par une somme forfaitaire, ils ne sauraient donner lieu au versement d'intérêts, si ce n'est le versement d'intérêts moratoires que le Rapporteur spécial propose précisément d'exclure. M. Pellet suggère donc que l'article 45 *bis* devienne l'article 44 *bis* et ne vise que les intérêts dus sur les indemnités exigibles en vertu de l'article 44. Par ailleurs, le Comité de rédaction devrait réexaminer la formulation de la deuxième phrase du paragraphe 1, lequel exprime toutefois une idée qui paraît juste.

34. Le premier membre de phrase du paragraphe 2, qui se lit « à moins qu'il en soit autrement décidé ou accepté par accord », n'est pas nécessaire, car cette précaution vaut pour toutes les dispositions du chapitre II, et même, d'une façon générale, pour l'ensemble du projet. Introduire cette précision ici, et pas ailleurs, pourrait être à l'origine de raisonnements par *a contrario* qui seraient inexacts.

35. Le reste du paragraphe 2 paraît clair en ce qui concerne la fixation du *dies ad quem*, mais pose un problème pour ce qui est du *dies a quo*, le texte français et le texte anglais ne coïncidant pas, alors que la rédaction a été faite en double original français et anglais. La version française semble difficilement compréhensible mais, pour autant que l'on parvienne à lui donner un sens, l'idée qui la sous-tend semble préférable à celle exprimée par le texte anglais dont l'apparente simplicité repose, semble-t-il, sur une erreur. En effet, il n'est pas satisfaisant de dire *interests run from the date when compensation should have been paid* car cela concerne les intérêts moratoires dont le Rapporteur spécial a dit, à juste titre, qu'ils ne sont pas en cause puisqu'ils relèvent plus du droit judiciaire international que du droit de la responsabilité. En réalité, il semble que les intérêts soient dus à compter de la date du fait illicite ou, plus exactement, de la date de survenance du dommage ou, plus exactement encore, de la date à partir de laquelle l'indemnité ne couvre plus intégralement le dommage; c'est sans doute ce que veut dire le texte français, bien que cette idée soit mal formulée.

36. À l'article 46 *bis*, M. Pellet propose tout d'abord d'ajouter, dans le texte français de l'alinéa *a*, le mot « de » après « ou », car il ne faudrait pas donner à penser que la négligence devrait être délibérée. Deuxièmement, M. Pellet voudrait avoir l'assurance que l'alinéa *a* inclut bien la doctrine des *clean hands*, même s'il ne s'y limite pas, car il est intrigué par le fait que cette expression « mains propres » ou *clean hands* ne figure pas dans le bref rapport introductif.

37. À propos de l'alinéa *b*, M. Pellet se demande s'il implique que l'État victime a un devoir d'atténuer le dommage – *a duty to mitigate*. La réponse à cette question a des conséquences pratiques importantes qui devraient sans doute être précisées, de préférence dans l'article lui-même, au moins par une allusion, plutôt que dans le commentaire. Si la réponse à la question est positive, cela veut dire qu'un État qui avait la possibilité d'atténuer le préjudice et ne l'a pas fait doit être pénalisé au plan de la réparation; si la réponse est négative, cela risque d'encourager les États à suivre la politique du pire. À cet égard, les plaidoiries prononcées dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagyymaros* devant la CIJ, notamment celle de sir Arthur Watts, contenaient des développements intéressants sur ce point. De l'avis de M. Pellet, il y a là place pour un développement progressif; la Commission pourrait prendre position et il faudrait qu'elle le fasse. Quoi qu'il en soit, la question se pose – comme le montre, sans vraiment y répondre, le paragraphe 222 du rapport, et le commentaire mériterait d'être moins sibyllin.

38. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) reconnaît que, dans le texte français du paragraphe 2 de l'article 45 *bis*, la définition du *dies a quo* n'est pas satisfaisante et qu'il conviendra d'y revenir dans la suite du débat. Il reconnaît également qu'il y a une contradiction dans le texte anglais et qu'au paragraphe 2 le mot *compensation* devra être remplacé par l'expression *principal sum*. En effet, bien que la somme principale exigible soit normalement constituée par l'indemnisation visée à l'article 44, il peut arriver que, dans certaines circonstances, ce ne soit pas le cas et que des intérêts soient néanmoins dus.

39. Pour ce qui est de l'article 46 *bis*, le Rapporteur spécial précise tout d'abord que l'alinéa *a* n'est pas limité au principe des « mains propres ». Deuxièmement, il pense que la CIJ, dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagyymaros*, a posé l'« obligation » d'atténuer le dommage, précisément dans le paragraphe de son arrêt qu'il cite au paragraphe 30 du rapport. Cela justifie la proposition selon laquelle, pour déterminer le montant de la réparation, il peut être tenu compte de la question de savoir si l'État lésé a pris des mesures raisonnables pour atténuer le dommage. Le scénario de la « politique du pire » envisagé par M. Pellet est à cet égard certainement pertinent.

40. M. ADDO demande à M. Pellet si, à son avis, dans toutes les affaires mettant en cause la satisfaction, seuls des dommages-intérêts symboliques peuvent être accordés et si, en particulier dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, il considère comme symbolique la somme de 7 millions de dollars que la France a dû verser à un fonds. M. Pellet ne pense-t-il pas qu'une réparation intégrale pourrait comprendre des dommages-intérêts qui ne seraient pas nécessairement symboliques ?

41. M. PELLET offre trois explications à l'affaire du *Rainbow Warrior*. La première est que le Secrétaire général n'a pas agi à proprement parler en arbitre, se contentant de proposer une solution qui a été acceptée. On peut donc considérer qu'il y a eu règlement à l'amiable. La deuxième est qu'après tout la France a commis une atteinte fondamentale à un principe essentiel du droit international qui peut être qualifiée de crime. La troisième explication, qui a la préférence de M. Pellet, constitue une réponse affirmative à la question de M. Addo, et consiste à dire qu'il y a eu en l'occurrence des dommages-intérêts symboliques, mais élevés – précisément pour que le symbole porte. Il s'agissait en fait d'un règlement très particulier dans lequel il était entendu que la somme versée serait consacrée à des actions visant à renforcer l'amitié entre la France et la Nouvelle-Zélande. Il n'y a donc pas là une application pure et simple d'une règle de droit international général, mais un règlement ad hoc qui paraît moins embarrassant que ne semble le penser M. Addo.

42. M. ROSENSTOCK convient avec M. Pellet que, dans le paragraphe 2 de l'article 45 *bis* proposé, la formule « À moins qu'il en soit autrement décidé ou accepté par accord » devrait être supprimée. Par contre, sa question et la réponse du Rapporteur spécial concernant la date à laquelle les intérêts courent le plongent dans la perplexité. Il lui semble que les intérêts doivent courir à compter de la date de l'incident ou du dommage et non pas de la date de la décision arbitrale, qui peut être très éloignée de la première.

43. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que la seule raison pour laquelle la formule considérée, soit en anglais *the principal sum should have been paid*, a été retenue était de ménager une certaine souplesse. La date à laquelle le dommage a été causé peut être ultérieure à celle de la commission effective de la violation. Diverses situations peuvent se présenter dans lesquelles une brève période s'écoule et l'on observe à cet égard une certaine flexibilité dans les décisions de justice. Mais, en principe, la date à retenir est celle de la survenance du dommage, certainement pas celle du jugement.

44. En ce qui concerne les dommages-intérêts « symboliques », on peut penser que M. Pellet emploie le mot « symbolique » dans le sens de « nominal » (d'un montant infime, négligeable) et non dans le sens de « ayant valeur de symbole » car la satisfaction est de toute façon symbolique, par définition.

45. M. BROWNLIE dit que le débat sur le problème des intérêts le conforte dans sa conviction qu'il faut se garder de toute généralisation en matière de réparation, car tout dépend du contexte juridique. Mais si l'on entre dans le détail, on abandonne le domaine des règles de droit international pour entrer dans celui des règles primaires qui régissent les modalités de versement des intérêts dans des affaires concrètes.

46. M. ADDO croit pouvoir tirer de l'explication de M. Pellet la conclusion qu'il conviendrait de maintenir aux paragraphes 2 et 3 de l'article 45 sur la satisfaction les mots « le cas échéant » et « lorsque les circonstances l'exigent ». Il semble en effet que M. Pellet pense qu'ils ne devraient pas y figurer.

47. M. PELLET dit qu'il n'a pas compris la position de M. Addo sur ce point. En ce qui concerne celle de M. Brownlie, il est toujours possible d'affirmer qu'il ne faut pas codifier et que si l'on codifie il faut le faire dans le sens du développement progressif du droit international. Pour sa part, M. Pellet trouve que l'on reste à un niveau très raisonnable de généralité, aussi bien dans l'article 45 que dans l'article 45 *bis*.

48. Répondant au Rapporteur spécial, qui semble insinuer qu'il dit n'importe quoi puisqu'il qualifie de « symboliques » des dommages-intérêts qui en fait ne sont pas nominaux, M. Pellet lui fait observer qu'il ne fait que lire ce qu'il a écrit. Le Rapporteur spécial ne parle pas de dommages-intérêts nominaux par rapport à des dommages-intérêts qui seraient plus que nominaux. Il parle bien de dommages-intérêts symboliques, et il n'y a pas de raison que le symbole soit uniquement nominal. S'il a changé son texte et abandonné « symbolique » pour « nominal », qu'il le dise afin qu'un débat s'engage. Quant à lui, M. Pellet sera opposé à l'abandon de « symbolique » au profit de « nominal ». À son sens, ce n'est pas lui qui joue sur les mots, mais bien le Rapporteur spécial.

49. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) rappelle qu'il n'a pas été possible de décider en première lecture si le paragraphe 3 de l'article 45 devait être exhaustif ou non. S'il est exhaustif, les dommages-intérêts symboliques sont clairement inclus dans les dommages-intérêts correspondant à la gravité du préjudice et il n'est pas besoin de conserver l'alinéa *a*. S'il ne l'est pas, la situation est différente.

50. Le Rapporteur spécial ne cherche en aucune façon à imposer des notions de *common law* à la Commission dans le domaine de la responsabilité des États. Il tient à bien marquer que c'est le Président, romaniste, du Comité de rédaction qui a adopté l'article 45 qui a dit que l'article introduisait la notion de dommages-intérêts exemplaires. Ce n'est pas le Rapporteur spécial qui l'a introduite, et l'on sait que l'alinéa *b* du paragraphe 3 avait pour objet d'en traiter.

51. M. Crawford invite la Commission à écarter toute analogie avec le droit interne. Or, la notion de dommage moral en droit international est une forme d'analogie assez problématique. Tel qu'il est formulé, l'article 45 fait ressortir qu'il existe des situations dans lesquelles il faut exprimer la gravité d'un préjudice. Ces situations ne peuvent être artificiellement limitées aux graves violations d'obligations en droit international. Dans l'affaire du *Rainbow Warrior* (qui, pour le Rapporteur spécial, ne relève pas de l'article 19), de graves préoccupations de cet ordre ont été exprimées, de même que dans l'affaire du *I'm Alone* et d'autres encore. La satisfaction a un rôle à jouer à cet égard, et c'est pourquoi l'alinéa *b* est tout à fait approprié. Le Rapporteur spécial traitera de l'article 19 dans le chapitre IV de son rapport. Si l'on prend cet article au sérieux, il n'y a pas d'autre solution que de proposer de prévoir des dommages-intérêts punitifs pour les violations entrant dans cette catégorie. L'alinéa *b* ne concerne pas les dommages-intérêts punitifs.

52. M. ECONOMIDES fait observer que, dans sa réponse à M. Addo, M. Pellet n'a pas exclu l'éventualité

du versement de dommages-intérêts punitifs dans le cas qui a été cité.

53. M. BROWNLIE distingue dans l'article 45 trois éléments gauchement agencés. Tout d'abord le paragraphe 3 qui, à son avis, renvoie à la notion de réparation dans son sens juridique normal. Ensuite, un élément important, mais qui relève de la catégorie des conséquences du fait internationalement illicite, à savoir l'alinéa c de ce paragraphe et le paragraphe 2, qui ressortissent aux sujets de la cessation et de la non-répétition et n'ont pas leur place dans cette partie du projet. Enfin, un élément d'ordre politique, qui a trait aux excuses.

54. Plusieurs membres ont évoqué l'existence de deux types de sources du droit. Le premier réside dans les décisions de tribunaux internationaux régissant la responsabilité des États, en particulier dans le cadre des réparations. Le deuxième est ce que l'on peut appeler le « contexte politique », dans lequel des arrangements sont conclus entre États hors de tout processus judiciaire. La doctrine tend à mélanger ces deux niveaux. Elle se contente d'examiner empiriquement les sources du droit international sans se soucier de différencier les deux domaines. Cela peut sembler irréflecté, mais il est très difficile de faire autrement.

55. En écoutant le Rapporteur spécial et les autres membres de la Commission, M. Brownlie a eu l'impression que cette dernière avait déterminé, à tort peut-être, que les sources judiciaires étaient trop pauvres et qu'elle allait s'appuyer sur la pratique diplomatique. C'est un choix dangereux puisqu'il va sans dire que c'est précisément dans le jeu des relations bilatérales entre États que la plupart des différends sont réglés non pas par l'application de règles juridiques précises, mais par accord, tractations.

56. Il semble qu'il y ait un chevauchement malheureux entre la façon dont la question des dommages-intérêts est abordée à l'article 44 et son traitement à l'article 45. M. Brownlie ne comprend pas pourquoi la notion de dommage moral crée tant de problèmes. Mais cet aspect de l'article 45 est mieux à sa place à l'article 44 sur l'indemnisation. Quant aux dommages-intérêts punitifs, c'est une forme de châtement réservé aux États faibles qui relève d'une autre époque. Logiquement, cet article sur la satisfaction au sens traditionnel devrait être éliminé et ses divers éléments répartis entre les articles sur les conséquences du fait internationalement illicite et les formes ordinaires de réparation. Sinon, on introduirait dans un projet juridique technique un bagage historique qui n'a rien à y faire.

57. M. Brownlie n'a pas constaté que les États aient coutume de se répandre en excuses de leur plein gré. Cela, en effet, est souvent interprété comme un aveu. Comme cela a été souligné, l'excuse entre souvent dans un jeu de tractations globales où elle est un objet de négociation.

58. Peut-être serait-il judicieux de marquer expressément que la satisfaction n'exclut pas d'autres formes de réparation, notamment l'indemnisation. Mais, en fait, la teneur de l'article 45 est un mélange plutôt malheureux de droit relatif à l'évaluation quantitative des dommages-intérêts et aux mesures de satisfaction au sens strict. Or ces dernières, qui en réalité sont une forme de punition politique infligée aux États, ne sont plus de mise à l'heure

actuelle. Si bien qu'en fin de compte la satisfaction ne peut être considérée comme une forme normale de réparation. Peut-être même n'est-elle tout simplement pas une forme de réparation.

59. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit qu'il est évident que les États n'offrent pas d'excuses avant un règlement car ce serait reconnaître leur responsabilité. La satisfaction est constituée en un sens soit par l'acceptation de l'offre visée au paragraphe 1 de l'article 45, prise comme un règlement définitif de la question, soit par une décision de justice qui se substitue à cette offre. En ce sens, le Rapporteur spécial ne pense pas exprimer un point de vue différent de celui de M. Gaja.

60. M. PELLET approuve ce qu'a dit M. Brownlie sur les sources documentaires, le fait que la pratique diplomatique est beaucoup moins intéressante que la pratique judiciaire. Bien évidemment, le projet d'articles ne doit pas consister à proposer de petits arrangements entre États mais à dégager des règles juridiques qui s'appliquent faute d'arrangement.

61. Par contre, M. Pellet a du mal à suivre M. Brownlie sur la distinction que ce dernier fait entre formes anciennes et formes nouvelles de la satisfaction, entre réparation en général et satisfaction au sens strict, et surtout sur l'idée que la satisfaction n'est pas une forme normale de réparation. Au contraire, la satisfaction est une forme absolument normale de réparation et le fait que les tribunaux le constatent et considèrent qu'une déclaration faite par eux constitue une satisfaction suffisante va dans ce sens. La constatation par le tribunal est un succédané d'absence de déclaration spontanée de la part de l'État.

62. En pratique, il n'est pas exact que les États ne font pas d'excuses. Dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, la France a présenté des excuses formelles en reconnaissance de sa responsabilité. Cela n'a donc rien d'obsolète. C'est une forme moderne et convaincante de réparation. En l'occurrence, la Nouvelle-Zélande a eu réparation pour l'aspect moral du préjudice qu'elle avait subi.

63. M. DUGARD se dit troublé comme M. Pellet par l'observation de M. Brownlie selon laquelle les États ne présentent pas d'excuses. La pratique récente ne manque pas d'exemples d'États qui se sont excusés de leur comportement, sans toutefois admettre avoir enfreint le droit international. L'affaire du génocide rwandais est révélatrice à cet égard. Les États-Unis ont présenté des excuses, non pas pour avoir violé le droit international, mais pour avoir commis une erreur de jugement quant à la ligne de conduite qu'ils devaient adopter au Conseil de sécurité. La France, elle, est demeurée silencieuse, probablement parce que des excuses auraient été interprétées comme une reconnaissance de sa responsabilité dans ce drame.

64. M. BROWNLIE dit que les déclarations judiciaires de responsabilité constituent une forme de satisfaction entrant dans une catégorie distincte, ce qui pose une difficulté à laquelle s'est heurté le Comité de rédaction. Il semble qu'il y ait un mode de réparation manquant, celui des déclarations de droits par voie d'ordonnance ou autre. Le problème est qu'elles ne sont pas admises en tant que mode de réparation dans l'ordre diplomatique et il y a en quelque sorte une lacune dans le système. La version de la satisfaction que donne M. Pellet est un autre exemple

non pas de la satisfaction telle qu'elle est envisagée dans l'article 45, mais de ses versions judiciaires. Il semble qu'il y ait un divorce entre les deux niveaux, le niveau diplomatique et le niveau judiciaire.

65. M. Brownlie précise qu'il n'a pas dit que les États ne présentaient jamais d'excuses. Ils le font dans le cadre de tractations. La plupart des mesures de satisfaction prises récemment l'ont été dans le cadre d'un règlement négocié. Mais dans beaucoup de cas où l'on aurait pu penser que des États allaient présenter des excuses, ceux-ci ne l'ont pas fait.

66. M. SIMMA dit que dans l'affaire *Paraguay c. États-Unis d'Amérique*, après que le Paraguay eut déposé son mémoire devant la CIJ, les États-Unis se sont excusés officiellement et solennellement, et quelques semaines plus tard le Paraguay a retiré sa requête. Dans une autre affaire dans le détail de laquelle il n'est pas opportun d'entrer parce qu'elle est encore pendante, des excuses ont été formulées qui ne faisaient pas partie d'un règlement négocié.

67. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) se dit quelque peu troublé par la distinction que font certains entre la sphère diplomatique et la sphère juridique. Il indique qu'il s'est efforcé d'expliquer sa position en la matière au paragraphe 240 de son rapport, parce que ce point touche certaines questions relatives à la recevabilité qui ont été soulevées dans le cadre du chapitre premier de la deuxième partie *bis*. Les tribunaux internationaux ont une fonction déclaratoire et ils déterminent quels sont les droits et les obligations des parties et, bien que leur décision puisse revêtir l'autorité de la chose jugée, ce ne sont pas eux qui façonnent les relations juridiques entre les États; en premier lieu, c'est le droit international qui s'applique directement aux relations entre États. S'il est exact que le projet d'articles est axé sur les relations entre les États, il n'en appartient pas moins à la Commission de déterminer les règles applicables à ces relations. En d'autres termes, il s'agit de définir quelles sont les relations juridiques sur lesquelles un tribunal statuera en accordant ce qui constituera précisément des mesures judiciaires de réparation. On ne peut donc formuler les règles de la responsabilité en termes de compétences judiciaires. Cela crée un problème, celui de ce que M. Brownlie a appelé les « modes de réparation manquants », mais le Rapporteur spécial souligne que ce problème ne lui a pas échappé et c'est pourquoi il a fait une distinction entre la méthode « normale » de satisfaction, à savoir la déclaration judiciaire de l'existence d'une violation, et les formes visées au paragraphe 3 de l'article 45, qui sont exceptionnelles, ou à tout le moins inhabituelles.

68. M. GOCO, revenant sur la question des excuses, dit que les États sont le plus souvent réticents à en faire parce qu'elles risquent d'être considérées comme un aveu de culpabilité et d'entraîner la présentation d'une demande de réparation.

69. M. MOMTAZ demande à M. Brownlie si c'est parce que le préjudice moral de l'État n'est pas identifiable qu'il considère que la satisfaction n'est pas un mode de réparation.

70. M. BROWNLIE craint que M. Momtaz ne soit victime de la confusion inhérente à l'article 45. S'agissant des dommages-intérêts ou de l'indemnisation envisagés du

point de vue juridique, il admet qu'un État puisse subir un préjudice moral, et l'affaire du *I'm Alone* fournit un bon exemple, en ce qu'il n'y a eu en l'espèce aucune menace d'emploi de la force pour obtenir une indemnisation en réparation du préjudice moral et qu'aucun élément de puissance n'est intervenu. Cet aspect du préjudice moral serait donc plus à sa place à l'article 44. Mais si l'on considère les affaires classiques de satisfaction, il s'agissait précisément dans la plupart des cas d'humilier des États, et nombre des exemples historiques ne satisferaient pas aux conditions posées au paragraphe 4 de l'article 45. Par ailleurs, s'agissant des excuses, il faut aussi se demander, ce que jusqu'ici nul n'a fait, si elles revêtent le caractère d'*opinio juris*.

71. M. LUKASHUK, notant que l'article 45 donne lieu à un débat animé et suscite de nombreuses critiques, indique qu'il fait siennes la plupart des observations qui ont été faites le concernant. L'article proposé par le Rapporteur spécial ne définit pas suffisamment la notion de satisfaction. On pourrait l'interpréter comme stipulant que la reconnaissance de la violation ne s'impose que lorsqu'il y a eu préjudice moral, alors que cette reconnaissance s'impose dans tous les cas, car c'est la première obligation qui découle de la responsabilité. En outre, le texte proposé semble associer le préjudice moral à l'existence d'un préjudice immatériel, alors que tout fait illicite, matériel ou immatériel, peut causer un préjudice moral. Pour ces raisons, M. Lukashuk propose, pour l'article 45, deux variantes, dont la première est de portée très générale et couvre tous les cas de satisfaction et la seconde se limite au préjudice moral, libellées comme suit :

- 1) « L'État responsable d'un fait internationalement illicite ayant causé un préjudice moral est tenu d'offrir satisfaction, c'est-à-dire une réparation morale. »
- 2) « Au cas où un fait internationalement illicite n'a causé qu'un préjudice immatériel, l'État responsable de la commission de ce fait est tenu d'offrir satisfaction, c'est-à-dire une réparation morale. »

72. Par ailleurs, comme M. Pellet, M. Lukashuk pense que l'expression « préjudice moral » est préférable à l'expression « préjudice immatériel » parce qu'elle est attestée dans de nombreux systèmes juridiques et aussi parce que le mot « moral » définit le préjudice alors qu'« immatériel », un terme négatif, ne le fait pas.

73. Pour ce qui est des dommages-intérêts symboliques, M. Lukashuk estime que la disposition peut être conservée.

74. S'agissant du risque que la séparation des pouvoirs, évoquée au paragraphe 192 du rapport, puisse faire obstacle à l'engagement de la responsabilité pénale d'un individu, la Commission a déjà débattu de ce problème, il est vrai dans un contexte différent, et elle est parvenue à la conclusion qu'un État ne pouvait invoquer son droit interne pour se soustraire à ses obligations internationales, notamment dans le domaine de la responsabilité. En l'occurrence, ce ne serait pas le droit interne en général qui ferait obstacle aux poursuites mais les principes du droit pénal, tels que le principe *sine poena sine lege*. Cet obstacle n'est toutefois pas insurmontable.

75. En conclusion, M. Lukashuk estime que l'article 45 peut être transmis au Comité de rédaction.

76. M. ECONOMIDES dit que le paragraphe 1 de l'article 45 n'appelle pas de remarques particulières, si ce n'est celle tenant à la forme qu'il a déjà faite à propos des articles 43 et 44. Ce paragraphe 1 devrait donc être libellé comme suit : « L'État responsable d'un fait internationalement illicite a l'obligation de donner satisfaction pour réparer le préjudice immatériel/moral occasionné par ce fait. » Les dispositions doivent en effet être libellées en termes juridiques, et il doit y avoir une obligation et non une offre susceptible d'être ou ne pas être acceptée.

77. Pour ce qui est des paragraphes 2 et 3, M. Economides ne pense pas qu'il soit nécessaire de distinguer entre la déclaration réparatoire et les autres formes de satisfaction. Un seul paragraphe suffirait, dans lequel toutes les formes de satisfaction seraient mentionnées de manière non exhaustive, en commençant par la reconnaissance de la violation. C'est ainsi que l'Article 33 de la Charte des Nations Unies, lorsqu'il énumère les modes de règlement pacifique des différends internationaux, ne dit pas que les parties doivent recourir en premier lieu à la négociation, même si dans la pratique la négociation est bien le premier mode de règlement utilisé. On peut néanmoins indiquer dans le commentaire de l'article 45 que la reconnaissance de la violation est en général la première forme de la satisfaction. Le paragraphe proposé commencerait par la phrase suivante, qui ressemble à celle qui figurait dans l'article adopté en première lecture : « La satisfaction prend une ou plusieurs des formes suivantes »; viendrait ensuite l'énumération des diverses formes de satisfaction. M. Economides estime d'ailleurs que, dans le paragraphe 2 actuel, les divers modes de satisfaction devraient être présentés séparément, précédés par des tirets. La solution qu'il propose permettrait aussi de faire l'économie des formules telles que « le cas échéant » et « lorsque les circonstances l'exigent », qui alourdisent inutilement le texte.

78. Pour ce qui est des dommages-intérêts symboliques, M. Economides ne s'oppose pas à ce qu'ils soient mentionnés dans le projet, même si leur intérêt est très limité du fait que l'énumération des formes de satisfaction est purement indicative. Par contre, il insiste pour que des dommages-intérêts punitifs soient prévus pour les violations graves, notamment les crimes internationaux visés à l'article 19. Il partage sur ce point l'opinion de la République tchèque, reproduite au paragraphe 174 du rapport, selon laquelle « l'introduction du concept de dommages-intérêts punitifs dans le projet d'articles permettrait de doter le régime de responsabilité pour "crimes" d'une fonction de dissuasion a priori très utile ». La possibilité d'imposer des dommages-intérêts punitifs aux États auteurs de crimes internationaux devrait être, comme l'a dit M. Pellet, une conséquence spécifique de la commission de tels actes. M. Economides propose donc de remanier comme suit l'alinéa *b* du paragraphe 3 : « Pour les violations graves, et notamment pour celles visées au paragraphe 2 de l'article 19 du projet, des dommages-intérêts correspondant à la gravité de l'atteinte ». À cet égard, les réticences à l'encontre des dommages-intérêts punitifs ne sont guère logiques : si les États lésés sont aptes à se voir accorder des dommages-intérêts pour leur préjudice moral, on voit mal pourquoi l'État fautif ne serait pas apte à verser des dommages-intérêts punitifs s'il commet des

infractions très graves. À l'alinéa *c* du paragraphe 3, il conviendrait, pour être précis, d'ajouter les mots « se trouvant sous sa juridiction » après le mot « personne ». Quant au paragraphe 4, il devrait être renforcé en substituant « ne doit pas » à « ne devrait pas ».

79. Pour ce qui est de l'article 45 *bis*, M. Economides pense que la question des intérêts devrait être traitée dans le cadre de l'article 44, lequel devrait aussi mentionner le manque à gagner et les intérêts composés.

80. Enfin, pour ce qui est de l'article 46 *bis*, il conviendrait, à l'alinéa *a*, de préciser « de tout État lésé ou de toute personne ou entité »; il s'agit d'une question purement rédactionnelle. Quant à l'alinéa *b*, son libellé actuel a le défaut de donner à penser qu'on est en présence d'une négligence ou omission délibérée.

81. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) précise que si à l'alinéa *a* de l'article 46 *bis* il est question de « tout État », c'est pour couvrir les situations dans lesquelles un autre État agirait pour le compte de l'État lésé qui seront visées dans le cadre du chapitre II de la deuxième partie *bis* du projet d'articles.

La séance est levée à 13 heures.

2639^e SÉANCE

Jeudi 13 juillet 2000, à 10 h 5

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Illueca, M. Kabatsi, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka.

Responsabilité des États¹ (suite) [A/CN.4/504, sect. A, A/CN.4/507 et Add.1 à 4², A/CN.4/L.600]

[Point 3 de l'ordre du jour]

¹ Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), chap. III, sect. D, p. 62.

² Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen des articles 45, 45 *bis* et 46 *bis* figurant dans la section B du chapitre premier du troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/507 et Add.1 à 4).

2. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO, prenant la parole à propos de l'article 45, dit que celui-ci devrait être intitulé plutôt « Satisfaction dans le cadre des formes et modalités de la réparation ». Approuvant globalement le troisième rapport et reconnaissant la complexité de l'article 45, il juge l'inversion opérée au paragraphe 1 éminemment pertinente, en ce sens que l'accent est mis sur l'obligation pour l'État auteur d'un fait internationalement illicite d'offrir une satisfaction et non sur le droit de l'État lésé d'obtenir satisfaction de la part de l'État responsable, comme cela était le cas dans le texte adopté en première lecture. Le sens est inchangé mais l'article est désormais aligné sur les articles concernant la restitution et l'indemnisation. Le paragraphe 1 est généralement acceptable, encore que le mot « préjudice » (*injury*) doive être rendu en espagnol par le mot *perjuicio* plutôt que par le mot *daño*. Les explications données par le Rapporteur spécial aux paragraphes 180 et 181 du rapport sont convaincantes. L'expression « préjudice immatériel » est plus large et englobe aussi bien le préjudice juridique que le préjudice moral, voire le préjudice politique : dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, le tribunal a conclu à un préjudice immatériel, considérant que la Nouvelle-Zélande avait été atteinte dans son honneur, sa dignité et son prestige.

3. Le paragraphe 2 renferme des éléments utiles aux fins de la définition de la satisfaction, à savoir la reconnaissance de la violation et l'expression de regrets ou des excuses formelles. Les paragraphes 1 et 2 pourraient être combinés par souci de clarté et de précision, mais, s'agissant du fond du paragraphe 2, il ne faudrait pas interpréter la reconnaissance de la violation comme excluant l'expression de regrets ou des excuses formelles ultérieurement, même si ceux-ci impliquent cette reconnaissance qui pourrait alors ne pas s'avérer nécessaire. Les deux éléments devraient être cependant retenus, ainsi que le Rapporteur spécial l'a proposé.

4. Comme le projet correspondant adopté en première lecture, le texte proposé par le Rapporteur spécial énumère diverses formes de satisfaction, et le paragraphe 3 en présente à titre d'exemple une liste non exhaustive. M. Rodríguez Cedeño se félicite de l'incorporation de la notion de « réparation intégrale » – expression qui devrait être rendue en espagnol par *reparación íntegra* –, qui l'amène à se demander si la satisfaction est par rapport à la restitution et/ou à l'indemnisation une forme de réparation autonome ou complémentaire. Il croit qu'elle peut revêtir les deux formes. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, il s'agissait d'une forme de réparation autonome, en ce sens que la CIJ a dit que la déclaration du Royaume-Uni concernant les actions de sa marine de guerre constituait en soi une satisfaction appropriée. La satisfaction peut s'accompagner ou être précédée du versement de dommages-intérêts, même en l'absence de dommages matériels, le tout à titre de dommages-intérêts punitifs. C'est ce qu'implique d'ailleurs l'expression « réparation intégrale ». M. Rodríguez Cedeño croit, comme d'autres membres de la Commission l'ont déjà dit, que la déclaration portant

reconnaissance de la violation devrait s'inscrire dans le cadre des relations interétatiques, sans que cela signifie pour autant que la constatation par un organe judiciaire ou arbitral de la violation et l'énoncé des réparations ne sont pas importants et qu'ils n'entraînent pas des conséquences diverses, notamment des conséquences juridiques. Les déclarations des organes juridictionnels ne devraient pas être interprétées comme se substituant à celles de l'État auteur du fait internationalement illicite.

5. L'alinéa *a* du paragraphe 3 devrait être maintenu tel quel, le versement de dommages-intérêts symboliques étant un mode de satisfaction approprié; en revanche, l'alinéa *b* suscite quelques doutes, parce que la détermination de la gravité d'un préjudice pose un problème d'évaluation et de subjectivité, qui peut avoir pour conséquence que la teneur de la satisfaction variera et sera moins que ce que précise. L'alinéa *c* est acceptable, compte tenu en particulier de la suggestion de M. Economides de se référer à la juridiction des États.

6. Le paragraphe 4 reprend la teneur de l'alinéa *c* du paragraphe 2 et du paragraphe 3 de l'article 45 tel qu'adopté en première lecture, et il conviendrait de préciser que l'État lésé ne peut exiger une satisfaction qui soit humiliante pour l'État responsable. Peut-être faudrait-il employer une autre terminologie pour rendre la notion d'atteinte à la dignité. De l'avis de M. Rodríguez Cedeño, la version adoptée en première lecture indique plus clairement que le droit pour l'État lésé d'obtenir satisfaction ne l'autorise pas à formuler des exigences qui porteraient atteinte à la dignité de l'État responsable. Ce principe devrait être maintenu dans le texte du projet à l'étude.

7. M. DUGARD, félicitant le Rapporteur spécial pour son excellent rapport, relève qu'il n'est fait état de la négligence en tant que faute ni dans le commentaire de l'article 45 adopté en première lecture ni dans les commentaires du Rapporteur spécial sur l'article à l'étude, mais il suppose que le mot « faute » figurant à l'alinéa *c* du paragraphe 3 englobe bien la négligence. Quoiqu'il en soit, si cette interprétation ne va pas de soi, elle pourrait être développée dans le commentaire.

8. La mention qui est faite dans le même alinéa de l'action pénale repose sur un article qui a précédé une évolution récente du droit pénal international qu'il convient d'évoquer. Pour illustrer son propos, M. Dugard invite les membres de la Commission à supposer que la dictature militaire d'un État se livre d'une manière discriminatoire à des actes de torture sur la personne de ressortissants étrangers. La dictature militaire est renversée, et remplacée par un gouvernement civil qui souhaite réparer le préjudice moral subi. Ce gouvernement pourrait décider de verser une indemnisation pour le *pretium doloris* subi par les ressortissants en question, ou réparer le dommage moral subi sous forme de satisfaction. La forme de satisfaction la plus évidente consisterait à poursuivre les tortionnaires, mais cela pourrait s'avérer être politiquement difficile pour le nouveau régime : il pourrait être soumis à des pressions pour accorder une amnistie et pourrait préférer déférer les tortionnaires devant un tribunal pénal international ou les extradier soit vers l'État requérant soit vers un autre État qui souhaite exercer une compétence pénale. M. Dugard propose d'ajouter à la fin de l'alinéa *c* du paragraphe 3 une clause stipulant que

l'action disciplinaire ou pénale devrait être engagée par l'État défendeur lui-même, ou que les responsables devraient être extradés vers un autre État ou déférés devant un tribunal pénal international compétent. Cette proposition n'entraîne pas de modification majeure, mais elle a pour avantage de tenir compte de l'évolution du droit pénal international.

9. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit que les trois nouveaux projets d'articles pris ensemble posent des problèmes quant à leur relation et à leur construction. L'article 45 *bis* ne soulève pas de grands problèmes de fond, mais, par souci de cohérence et de rationalité, il devrait suivre immédiatement l'article consacré à l'indemnisation, à savoir l'article 44.

10. En ce qui concerne l'article 45, M. Pambou-Tchivounda préfère le texte adopté en première lecture parce qu'il est plus clair. La version à l'étude est plus riche mais, pour cette raison même, elle souffre d'un vice majeur qui tient à la juxtaposition de situations et d'hypothèses tout à fait différentes. La structure retenue en première lecture est mieux indiquée, parce que l'accent est mis sur l'État lésé à la fois dans le texte lui-même et, fait plus important, dans la distribution des rôles. M. Pambou-Tchivounda s'inquiète de ce qu'il n'est fait mention de l'État lésé qu'à l'alinéa *b* de l'article 46 *bis*. Il conviendrait de réparer cette indifférence patente à l'endroit du principal destinataire de ces dispositions, à tout le moins dans le cadre des travaux du Comité de rédaction.

11. M. Pambou-Tchivounda se demande si l'expression « préjudice immatériel » employée à l'article 45 est une expression consacrée et, pour rester dans l'esprit du texte adopté en première lecture, il préférerait l'expression « préjudice moral » ou « dommage moral ».

12. Comme M. Economides l'a dit, le principe énoncé dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* consiste en l'obligation de réparer selon une modalité précise et, dans la disposition introductive de l'article, il conviendrait de poser le principe que l'État auteur d'un fait internationalement illicite est tenu d'accorder satisfaction à l'État lésé. Ce principe serait mieux rendu par un libellé plus proche de l'article 45 adopté en première lecture.

13. M. Pambou-Tchivounda considère que l'emploi du conditionnel au paragraphe 2, au lieu du présent de l'indicatif, est malvenu. Le paragraphe 1 énonce le principe dans la forme affirmative, et donc le paragraphe 2 devrait être lui aussi rédigé au présent de l'indicatif.

14. S'agissant du contenu du paragraphe 2, le problème de la reconnaissance de la violation prête le flanc au débat et à la polémique. Pour M. Pambou-Tchivounda, tenter de préciser dans le corps du texte la distinction entre la violation d'une obligation bilatérale et l'intervention d'un organe tiers aurait très peu d'incidence sur la constatation de l'une des modalités de la satisfaction. Là aussi, l'emploi de l'expression « le cas échéant », suivie de l'énoncé de deux formes de satisfaction pose un problème. M. Pambou-Tchivounda souhaiterait ajouter la mention des dommages-intérêts symboliques.

15. De même, M. Pambou-Tchivounda éprouve quelques difficultés en ce qui concerne le paragraphe 3. Il souhaiterait que l'expression *inter alia* soit supprimée et, sur-

tout, que l'alinéa *a* soit transféré au paragraphe 2. Quant à l'alinéa *b*, sous réserve de l'assentiment du Rapporteur spécial et du Comité de rédaction, il devrait être transféré à l'article 44, car il traite des dommages-intérêts susceptibles d'évaluation économique. Subsidiairement, il pourrait faire l'objet d'une disposition spécifique traitant des dommages-intérêts appréciés en fonction de la gravité du préjudice et des différents intérêts lésés, notamment ceux de la communauté internationale dans son ensemble.

16. L'alinéa *c* devrait être supprimé, mais pour une raison différente : il vise une situation qui relève à l'évidence du droit interne et non du droit international. Essentiellement, c'est à l'État fautif qu'il appartient de régler le problème de la faute de ses agents. L'efficacité de l'action disciplinaire ou pénale ne ressortit pas au droit international. Les sanctions ne sont pas infligées au hasard : elles sont subordonnées à l'arsenal juridique de l'État considéré. Conformément au principe de la primauté du droit international sur le droit interne, le droit international ne peut intervenir dans les sanctions spécifiques prévues dans la législation nationale.

17. Le paragraphe 4 a suscité beaucoup de polémique pour rien. M. Pambou-Tchivounda est favorable à son maintien, mais à la condition que le dernier membre de phrase « en question et ne devrait pas prendre une forme humiliante pour l'État responsable » soit supprimé ou simplement remplacé par les mots « causé à l'État lésé ». L'humiliation n'est qu'un des aspects déplaisants de la réparation, avec le paiement d'une dette.

18. En conclusion, M. Pambou-Tchivounda félicite le Rapporteur spécial d'avoir proposé une disposition sur la satisfaction au libellé très ouvert, que le Comité de rédaction devrait maintenant recentrer sur les aspects essentiels.

19. M. HE dit que la question de la satisfaction, objet de l'article 45, est une forme de réparation importante et bien établie en droit international. Le nouveau libellé proposé est plus riche et plus satisfaisant que l'article correspondant adopté en première lecture. Mais un certain nombre de points méritent d'être examinés plus avant.

20. L'expression « préjudice immatériel » est acceptable en tant que formulation remplaçant l'expression « préjudice ou dommage moral », mais le paragraphe 1 qui introduit l'article 45 semble avoir été rédigé en partant de l'hypothèse que la satisfaction est censée couvrir uniquement le dommage immatériel. La satisfaction ne s'applique pas dans tous les cas, mais elle devrait s'appliquer à maints cas de préjudice, à la fois matériel et immatériel, conformément à l'article 37 *bis* qui prévoit que la satisfaction peut s'appliquer seule ou conjointement avec d'autres formes de réparation, comme la restitution et l'indemnisation. Il se trouve donc que la satisfaction peut s'appliquer non seulement au préjudice immatériel, mais aussi à d'autres types de préjudice. En conséquence, il conviendrait de remplacer au paragraphe 1 de l'article 45 l'expression « satisfaction pour tout préjudice immatériel » par l'expression « satisfaction pour le préjudice, y compris le préjudice immatériel », ou « satisfaction pour le préjudice, notamment immatériel ».

21. M. He pense comme M. Economides que les paragraphes 2 et 3 pourraient être fondus en un seul. Le nou-

veau paragraphe pourrait débiter par les mots « La satisfaction peut prendre une ou plusieurs des formes énumérées ci-après à même d'assurer la réparation intégrale : ». L'alinéa *a* serait conçu comme suit : « des excuses », en lieu et place de l'expression « des dommages-intérêts symboliques » placée entre crochets, leur allocation étant très rare dans la pratique moderne. Les alinéas *b* et *c* demeureraient inchangés, et le paragraphe 4 serait renuméroté en conséquence. Cette disposition est importante, car l'octroi de dommages-intérêts punitifs ne se justifie pas en l'absence de régime spécial correspondant.

22. Le Rapporteur spécial a proposé de retenir la conduite d'une « enquête » en tant que « deuxième étage » des formes de la satisfaction. Dans la mesure où la conduite d'une véritable enquête sur les causes d'un accident ayant causé un préjudice est étroitement liée à d'autres formes de réparation, comme l'indemnisation et l'action disciplinaire ou pénale, elle peut être prévue dans l'article consacré à la satisfaction, ou à tout le moins devrait être mentionnée dans le commentaire.

23. L'idée qui prévaut à propos de l'article 45 *bis* est que la question des intérêts devrait faire l'objet d'un article distinct. L'article pose le principe général que la réparation intégrale passe par le versement d'intérêts sur le principal. Bien que la date à compter de laquelle les intérêts doivent courir n'y soit pas précisée, il y est indiqué sans équivoque que le taux d'intérêt et le mode de calcul sont ceux qui conviennent le mieux pour assurer la réparation intégrale. L'octroi d'intérêts devrait couvrir le manque à gagner. Dans le commentaire relatif à l'article 44, cité au paragraphe 149 du rapport, il est noté que l'objectif principal est d'éviter le « cumul »³. Par conséquent, le montant des intérêts doit être limité à l'équivalent du manque à gagner, et il conviendrait de préciser ce point dans le commentaire.

24. Pour ce qui est de l'article 46 *bis*, il est à noter que la question de l'atténuation de la responsabilité a bien sa place dans le chapitre II. Il est désormais généralement admis que la faute concurrente joue dans la détermination de la réparation, telle celle qui est prévue dans la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux. Dans ce cas aussi, conformément au principe général de droit international touchant l'atténuation du dommage, l'État non seulement est autorisé à prendre des mesures raisonnables pour atténuer les pertes, le dommage ou les préjudices causés, mais encore il est tenu de le faire – faute de quoi la réparation pourrait même être exclue, ce que la CIJ a dit clairement dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. L'obligation pour l'État lésé d'atténuer le dommage n'est pas une obligation autonome : c'est une limite imposée aux dommages-intérêts que l'État lésé pourrait demander. Dans ce sens, l'article 46 *bis* contient quelques éléments relevant du développement progressif du droit international. Son incorporation dans le projet d'articles ne saurait sérieusement soulever d'objection.

25. M. MOMTAZ dit que la controverse soulevée par l'article 45 tient au fait que la satisfaction, qui est destinée à compenser ou à effacer un dommage moral subi par l'État lésé, est une institution à laquelle les États ne recou-

rent pas fréquemment. La pratique et la jurisprudence dans ce domaine ne sont pas abondantes, peut-être parce qu'aujourd'hui les États sont moins préoccupés par les questions d'honneur et de prestige, caractéristiques par excellence du préjudice moral, que par le souci d'effacer les conséquences matérielles d'un fait internationalement illicite dont ils sont victimes. L'état assez fidèle de la pratique que le Rapporteur spécial a dressé est d'autant mieux venu que la satisfaction ne se prête pas à la codification.

26. La première question qui se pose est celle de savoir s'il existe vraiment des règles juridiques gouvernant la satisfaction, si l'État auteur est vraiment tenu d'accorder une satisfaction à l'État lésé. Dans de nombreux cas, l'État auteur n'a d'autre choix que de présenter des excuses, en particulier lorsque l'État lésé est un pays puissant. Dans ce cas, on pourrait être tenté de parler d'opportunité politique. Parfois, les excuses de l'État auteur sont le fruit d'un accord, tacite ou autre. Deux exemples sont fréquemment cités dans la doctrine : l'affaire *Kellet*, de 1897, dans laquelle un vice-consul général des États-Unis d'Amérique avait été molesté par des soldats siamois, et l'affaire plus connue *I'm Alone*, de 1935. Dans les deux cas, il a été convenu que des excuses étaient dues à l'État lésé. C'est la raison pour laquelle M. Momtaz préfère le libellé de l'article 45 tel qu'adopté en première lecture (« L'État lésé est en droit d'obtenir [...] satisfaction »), à celui proposé par le Rapporteur spécial (« L'État qui a commis un fait internationalement illicite est obligé d'offrir une satisfaction »), qui est moins contraignant.

27. S'agissant des différentes formes de satisfaction, M. Momtaz se plaît à noter que la première citée, mentionnée au paragraphe 2 du nouvel article 45, est la reconnaissance de la violation. Cette reconnaissance est conforme à la position prise par la CIJ dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, qui a dit que la constatation de la violation constitue en elle-même une satisfaction appropriée. Le paragraphe 2 fait état ensuite de l'expression de regrets ou d'excuses formelles. Mais il s'agit là de formes de satisfaction que les États exigent de moins en moins. Par exemple, dans l'affaire des otages, cas type de déshonneur ou de préjudice moral pour un État, les États-Unis n'ont pas exigé de la République islamique d'Iran des excuses. De même, lorsqu'un aéronef de la compagnie nationale iranienne a été abattu, l'Iran n'a pas exigé des États-Unis des excuses et s'est contenté d'exiger que les autorités américaines prennent des mesures disciplinaires à l'encontre du commandant du navire de guerre américain qui avait abattu l'aéronef. Il y a lieu néanmoins de prévenir tout recours excessif à l'action disciplinaire en tant que forme de satisfaction, telle que visée à l'alinéa *c* du paragraphe 3 de l'article 45, car cela pourrait équivaloir à une ingérence dans les affaires intérieures de l'État auteur. C'est la raison pour laquelle il faudrait peut-être limiter l'application de la disposition aux seuls agissements criminels d'agents de l'État. M. Momtaz fait siennes les observations pertinentes que M. Pambou-Tchivounda a formulées dans ce contexte.

28. M. Momtaz doute fort de l'utilité de l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 45. Dans le projet qu'il a préparé en 1927 sur ce sujet, l'Institut de droit international n'a pas retenu les dommages-intérêts correspondant à la gravité du préjudice, qui peuvent être qualifiés de dom-

³ Voir le paragraphe 27 du commentaire de l'article 8, *Annuaire...* 1993, vol. II (2^e partie), p. 76.

mages-intérêts punitifs, en tant que forme de satisfaction⁴. La simple reconnaissance de la violation et la publicité qui l'accompagne constituent souvent des éléments punitifs suffisants sans qu'il soit nécessaire de prendre une autre mesure de caractère punitif. Des avis divergents ont été exprimés sur la question de savoir si la satisfaction est de nature compensatoire ou punitive. Personnellement, M. Momtaz pense que la satisfaction est une forme de réparation compensatrice. Il serait difficilement acceptable qu'un État lésé puisse réclamer en sus de la réparation des dommages matériels une somme d'argent à titre de satisfaction. Le plus sage serait donc de supprimer l'alinéa *b* du paragraphe 3.

29. Le paragraphe 4 du nouvel article 45 est une disposition opportune et acceptable, qui pourrait contrebalancer les déséquilibres qui, dans le passé, ont souvent permis à des États puissants d'imposer à des États plus faibles des formes de satisfaction humiliantes, au mépris de la dignité et de l'égalité des États.

30. Enfin, M. Momtaz tient à appeler l'attention sur une inexactitude qui s'est glissée dans la note de bas de page relative au paragraphe 206 du rapport, où il faut lire « Conseil des Gardiens de la Constitution » et non « Conseil des Gardiens de la Révolution ».

31. M. BROWNLIE dit que les observations qui ont été formulées le confortent dans son idée que l'article 45 devrait être subdivisé en trois sections. Une section traiterait de l'indemnisation, réparation au sens juridique, les dommages-intérêts n'étant rien d'autre qu'une question de quantum. Une autre section traiterait des conséquences d'un fait internationalement illicite : il existe un rapport étroit entre le paragraphe 4 et les notions de cessation et de non-répétition. Enfin, serait incluse une section portant sur les mesures d'ordre purement politique, telles que la demande d'excuses. À cet égard, M. Brownlie n'est pas convaincu que la pratique touchant l'expression de regrets et les excuses repose sur une *opinio juris*.

32. Ayant écouté les interventions faites au cours de la séance, M. Brownlie convient que l'alinéa *c* du paragraphe 3 devrait être transféré à la section consacrée aux conséquences d'un fait internationalement illicite. M. He a mis à juste titre l'accent sur la nécessité de conduire des enquêtes dans le cadre de l'action disciplinaire ou pénale envisagée. Il peut y avoir responsabilité des États du fait d'une négligence ou de la violation d'une règle internationale sans qu'il y ait responsabilité claire, et encore moins responsabilité pénale, d'agents de l'État pris individuellement. Contrairement à ce qu'a dit M. Dugard dans le cas des crimes internationaux, et notamment ceux qui sont visés dans les conventions multilatérales, il existe en droit international une obligation autonome de poursuivre les responsables.

33. Nombre des mesures prises par des États occidentaux à la fin du XIX^e siècle pour imposer des indemnités et punir des agents de l'État n'avaient rien à voir avec la justice : il s'agissait purement et simplement de punir politiquement et d'humilier l'État considéré, en exigeant que

ses agents soient punis même s'ils n'avaient pas nécessairement commis un crime. Cette notion de vengeance politique apparaît à l'alinéa *c* et il conviendrait de réfléchir plus avant sur la question de savoir si elle mérite d'être maintenue dans le projet d'articles. D'un autre côté, les éléments les plus acceptables de l'article 45 devraient être transférés dans d'autres articles et être répartis entre eux.

34. L'institution de la responsabilité des États, c'est comme une vieille voiture, et plutôt que de la bricoler la Commission devrait dûment la remettre en ordre. Il convient de procéder à une analyse plus approfondie à la fois des questions qui se posent et de la doctrine.

35. M. KABATSI dit que le troisième rapport du Rapporteur spécial permettra à la Commission de mieux réussir qu'elle ne l'a fait jusqu'ici dans ses tentatives de codification et de développement progressif du droit de la responsabilité des États. Le Rapporteur spécial a apporté des précisions et des éclaircissements supplémentaires à un sujet éminemment complexe. M. Kabatsi se félicite en général des modifications que le Rapporteur spécial et d'autres membres de la Commission ont proposées ces derniers jours. Les articles 45 *bis* et 46 *bis* ne posent aucun problème et devraient être renvoyés au Comité de rédaction.

36. L'article 45 est plus épineux. Tout d'abord, le mot « satisfaction » n'y est pas défini. S'agit-il d'accorder satisfaction à l'État lésé, après que l'État auteur du fait internationalement illicite a réparé intégralement, au sens du paragraphe 3, reconnu la violation et, le cas échéant, exprimé des regrets, ou s'agit-il d'autre chose ? Le mot « restitution » est défini à l'article 43, et il serait utile en l'occurrence de définir aussi le mot « satisfaction ». Pour ce qui est du paragraphe 1, M. Kabatsi ne voit aucun inconvénient à l'emploi de l'adjectif « moral », mais il juge l'adjectif « immatériel » un peu plus satisfaisant. Mieux vaudrait aussi maintenir le mot « occasionner », plutôt que de le remplacer par le mot « causé » comme certains membres l'ont suggéré. Pour M. Kabatsi, le mot « causer » suppose une intention délictueuse ou une volonté délibérée. Les alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 ont fait l'objet de force critiques, essentiellement parce que ces dispositions pourraient avoir des sens différents selon les lecteurs. M. Kabatsi est davantage préoccupé par leur connotation punitive, notamment dans le cas de l'alinéa *b* du paragraphe 3. Il eût été préférable d'incorporer cette idée à l'article 19 et aux articles 51 et suivants, comme suggéré par M. Pellet.

37. Bien qu'il soit admis que la satisfaction est, dans les relations entre États, une pratique établie de longue date et un mode de réparation auquel les tribunaux internationaux font appel, il faudrait manier cette notion avec beaucoup de circonspection afin de la dépouiller de toute connotation d'humiliation. C'est pourquoi M. Kabatsi est vivement opposé à la suppression, proposée par certains, de la seconde partie du paragraphe 4. De fait, il pense, comme M. Economides, que les mots « ne devrait pas » devraient être remplacés par les mots « ne doit pas ». Comme le Rapporteur spécial, il exprime l'espoir que l'époque du salut au drapeau étranger en tant que forme de satisfaction est bien révolue. Il faut décourager l'humiliation, même en retour, parce que cela ne rétablirait pas l'ordre et ne réconcilierait pas les États. De toute manière,

⁴ Projet relatif à la « responsabilité internationale des États à raison des dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers », *Annuaire...* 1956, vol. II, doc. A/CN.4/96, annexe 8, p. 228.

l'alinéa *b* du paragraphe 3, qui prévoit le versement de dommages-intérêts correspondant à la gravité du préjudice, tiendrait compte de toute circonstance aggravante pour l'État responsable.

38. M. ROSENSTOCK fait observer que les seules modifications à un projet excellent auxquelles il serait favorable concernent essentiellement des modifications de forme ou des éclaircissements qui pourraient trouver leur place dans le commentaire. L'idée qui devrait présider au projet d'articles, ou du moins à la deuxième partie, et aux commentaires correspondants est qu'un État lésé en raison du fait illicite d'un autre État est en droit d'obtenir réparation intégrale de la part de ce dernier. Si la Commission ne parvient pas à se mettre d'accord sur le versement d'intérêts composés à compter de la date du préjudice ou le versement d'une indemnisation pour manque à gagner, l'État fautif serait avantagé, aux dépens de l'État lésé. M. Rosenstock ne prône pas le versement d'intérêts sur le capital et le versement d'une indemnité pour manque à gagner simultanément, mais nul n'a plaidé en faveur d'un cumul des indemnités et rien dans le texte ne le suggère. Cela ne vaut cependant pas pour le versement d'intérêts moratoires, car de longs délais ne pourraient qu'ajouter à la détresse. On pourrait comprendre que la Commission, en stipulant que la satisfaction doit être proportionnée mais qu'elle ne devrait pas prendre une forme humiliante, entend, même si l'État lésé ou l'État victime a pu être humilié, préserver la sensibilité de l'État fautif. Certes, il est difficile d'imaginer un exemple précis de situation de ce type, mais la Commission n'en devrait pas moins songer à l'État lésé qui a été humilié et à l'effet dissuasif potentiellement fort du simple critère de proportionnalité.

39. En ce qui concerne l'article 45, M. Rosenstock comprend le souhait de certains membres de voir le mot « offrir », au paragraphe 1, remplacé par le mot « accorder », mais il doute de l'opportunité de ce changement parce qu'il apparaît à l'évidence du texte à l'étude que l'État fautif est tenu d'offrir satisfaction et qu'il n'est absolument pas concevable qu'une offre raisonnable soit déraisonnablement rejetée. Cette éventualité devrait peut-être être analysée dans le commentaire. Quant à l'emploi du mot « devrait » au paragraphe 4, M. Rosenstock ne le juge pas inacceptable dans le contexte, mais pense que mieux vaudrait l'éviter. Le reste du projet d'article devrait être accepté tel quel. Il est inutile d'établir des distinctions qualitatives qui ne reposeraient pas sur le droit positif. M. Rosenstock tient à ajouter que, nonobstant les cas de vengeance politique du XIX^e siècle, l'alinéa *c* du paragraphe 3 est valide : il s'agit simplement de mettre en garde contre des abus éventuels.

40. L'idée-force qui sous-tend l'article 45 *bis* est bienvenue. Pour que l'article réponde à la fonction essentielle de la deuxième partie, à savoir faire en sorte que l'État fautif répare le préjudice occasionné à l'État lésé, il faudrait le remanier et l'explicitier quelque peu dans le commentaire. L'article 46 *bis*, bien que meilleur à certains égards que le paragraphe 2 de l'article 42 adopté en première lecture, suscite néanmoins des préoccupations quant à un amalgame possible, encore que non intentionnel, entre d'une part le calcul des dommages-intérêts et de l'autre la règle primaire établissant la responsabilité et le principe *expressio unius est exclusio alterius*, cité par le Royaume-Uni dans ses observations⁵. M. Rosenstock n'aurait aucune

objection à soulever à la suppression de ce projet d'article et se demande si d'autres en auraient. En revanche, s'il est précisé dans le commentaire que le problème en jeu, ce n'est pas la règle primaire mais un facteur qui pourrait être pris en considération pour déterminer l'ampleur des dommages-intérêts dus, le projet d'article ne causerait aucun dommage irréparable. Il n'est pas tout à fait inacceptable si d'autres membres de la Commission jugent son incorporation importante.

41. M. SIMMA dit que l'aspect le plus important de l'article 45 est le principe directeur selon lequel l'État lésé a le choix entre différentes formes de satisfaction, ce qui suppose une certaine souplesse dans la prise en compte des circonstances particulières de chaque cas. Or, il pense qu'il existe un conflit, bien plus grand que dans les autres projets d'articles, entre ce principe et l'ordre hiérarchique établi dans le texte, en particulier au paragraphe 2.

42. En ce qui concerne le paragraphe 1, M. Simma partage l'avis de ceux qui souhaitent que le mot « offrir » soit remplacé, par exemple, par le mot « accorder ». L'expression « préjudice immatériel » est plus satisfaisante que l'expression « dommage moral ». En revanche, le mot « causer », employé dans l'article adopté en première lecture, est préférable au mot « occasionner » : il est tout à fait indiqué de souligner le lien de cause à effet entre le dommage infligé et la violation. Quant à l'adjectif « obligé », il contraste étrangement avec la terminologie des autres paragraphes de l'article, en particulier le paragraphe 3, qui sont émaillés de réserves à ce point nombreuses qu'elles risquent d'ôter à l'article tout son sens.

43. Les difficultés que soulève le paragraphe 2 sont plus fondamentales. M. Simma est préoccupé par l'accent mis par le Rapporteur spécial sur le fait qu'une constatation d'illicéité émanant d'un organe judiciaire est la forme de satisfaction la plus naturelle. Comme le montre l'emploi, au paragraphe 2, de l'expression « en premier lieu », l'État lésé demandera premièrement, s'il existe une procédure de règlement par tierce partie, une déclaration selon laquelle le droit international a été violé. Or, comme il ressort du paragraphe 185 du rapport, le Rapporteur spécial reconnaît que les règlements des différends par tierce partie sont rares et préconise donc, en lieu et place d'une constatation, la reconnaissance de la violation. M. Simma se demande cependant si la reconnaissance de la violation mérite d'être placée « en premier lieu », s'agissant des relations d'État à État. Dans la pratique, les États évitent de jeter de l'huile sur le feu. La reconnaissance de la violation pourrait fort bien être contenue dans l'expression de regrets ou des excuses. M. Simma note qu'en revanche certains États présentent de leur plein gré des excuses, sans reconnaître la violation, plutôt à la manière d'un paiement à titre gracieux. Dans d'autres cas encore, des excuses sont présentées pour éviter toute autre conséquence d'une violation. C'est pourquoi M. Simma considère que le paragraphe 2 est malvenu à l'article 45.

44. En outre, le Rapporteur spécial semble avoir rabaisé le statut des excuses. Dans le projet adopté en première lecture, les excuses étaient une forme de satisfaction en soi, autonome. Dans le nouveau projet, elles ne

⁵ Voir 2613^e séance, note 3.

sont mentionnées qu'en tant qu'accompagnant éventuellement la reconnaissance de la violation. Le fait que les excuses sont chargées d'histoire, telles celles exigées de la Chine après la rébellion des Boxers, et qu'il en a souvent été fait abus n'enlève rien à la validité de cette forme de réparation en tant que telle. M. Simma signale dans ce contexte que ce ne sont pas toujours les États faibles qui font des excuses aux puissants, comme M. Momtaz l'a dit. Récemment, les États-Unis ont présenté au Paraguay des excuses sans réserve et sans équivoque.

45. À propos du paragraphe 3, M. Simma convient avec M. Pellet que l'expression « dommages-intérêts correspondant à la gravité du préjudice » est particulièrement indiquée dans le cas des crimes. Or, l'alinéa *b* du paragraphe 3 ne devrait pas viser que les crimes; il devrait être maintenu tel quel, en particulier si une affaire comme celle de l'incident du *Rainbow Warrior* entre dans la catégorie d'un crime, comme M. Pellet semble l'avoir donné à penser non sans courage. À cet égard, M. Simma note qu'il est fait état au paragraphe 170 du rapport, dans la version anglaise, du *former article 19* (« ancien article 19 »), ce qui est à son avis un vœu pieux.

46. Quant à l'alinéa *c* du paragraphe 3, il devrait être précisé que les agissements criminels d'un particulier ne s'inscrivent dans le cadre de la responsabilité des États qu'en tant que violation par l'État de l'obligation de prévention. Toute action pénale contre un particulier équivaut tout simplement à l'exécution tardive d'une obligation primaire. Pour ce qui est du paragraphe 4, la proportionnalité de la satisfaction est difficile à déterminer ou à appliquer. M. Simma cite à cet égard un exemple extrême, celui de la décapitation d'un citoyen suisse au XVII^e siècle face à l'ambassade du pays dont il avait critiqué le gouvernement. M. Simma se déclare sans réserve favorable au remplacement du mot « devrait » par le mot « doit ». Somme toute, la réparation a pour objet d'établir une paix juridique; or, l'humiliation risque de donner lieu à des conditions propices à une violation supplémentaire.

47. S'agissant de l'article 45 *bis* et de la référence faite par M. Hafner au lien existant entre le *lucrum cessans* et les intérêts, M. Simma note que ce problème est en cours d'examen au sein du Comité de rédaction, qui poursuit sa réflexion selon un axe suggéré par M. Pellet. Il convient d'autre part avec M. Hafner que la deuxième phrase du paragraphe 1 est inutile et qu'elle devrait être supprimée. Il est en revanche pour le maintien du paragraphe 2, en retenant, comme proposé par le Rapporteur spécial, la notion de « somme principale ».

48. À propos de l'article 46 *bis*, M. Simma rappelle que M. Pellet a demandé au Rapporteur spécial si l'alinéa *a* se limite au principe des « mains propres » et que ce dernier a répondu par la négative. Il reste que cette notion est extrêmement floue. Si elle est appréhendée dans son acception la plus large au sens de connexion entre faits dommageables, M. Simma admet volontiers que l'alinéa *a* est une expression de la théorie des « mains propres ». Dans ce contexte, même si l'on est favorable à l'incorporation dans les règles secondaires de la notion de faute, la mention à l'alinéa *a* de la faute en tant qu'élément subjectif devrait, par souci de cohérence, être supprimée à ce stade de l'élaboration du projet car, même dans le cadre de

l'alinéa *a*, elle pourrait apparaître dans les règles primaires.

49. Pour ce qui est de l'article 46 *bis*, M. Simma ne voit dans l'alinéa *b* aucune obligation d'atténuer le dommage, en ce sens que si l'obligation est violée, les règles secondaires s'appliquent et réparation doit être accordée. Plus exactement, si les dommages ne sont pas atténués, les indemnités exigibles devraient être réduites. C'est l'expression du principe de la bonne foi, ou *venire contra factum proprium*.

50. M. BROWNLIE dit, en réponse aux observations de MM. Rosenstock et Simma, que son analyse de la satisfaction ne devrait pas être rejetée au motif qu'elle s'appuie sur une histoire révolue. Aussi étrange que cela puisse paraître, les textes actuels en la matière, auxquels il s'est référé pour ce qui est des dommages-intérêts, s'articulent autour de la philosophie du passé. Cette question soulève un grave problème d'analyse et de structure, qui apparaît singulièrement à l'alinéa *c* du paragraphe 3 de l'article 45. Il n'existe pas nécessairement un lien entre l'existence de la responsabilité internationale et la conséquence d'une obligation de réparer intégralement, d'une part, et la mise en jugement de particuliers pour des agissements qui ne constituent pas forcément un crime, d'autre part. Il est essentiel d'examiner ce problème sous tous ses aspects.

51. M. PELLET se déclare intrigué par la position de M. Brownlie. Les excuses n'ont rien d'obsolète : il s'agit dans de nombreux cas d'une forme de réparation appropriée, laquelle a, comme M. Simma et lui-même l'ont souligné, toujours cours. Pour ce qui est de la question des *clean hands*, il dit n'avoir pas été convaincu par la réponse que le Rapporteur spécial a donnée à sa question. Il s'attendait à ce qu'il lui soit répondu que la formule générale utilisée ne se limitait pas aux *clean hands* mais qu'elle couvrait la doctrine des « mains propres » en ce sens que, si une personne privée a contribué au dommage, cette contribution entraîne une réduction du montant de la réparation. De fait, il s'agit bien d'atténuer la réparation, et non la responsabilité, laquelle demeure intégrale.

52. Répondant à une observation de M. Simma, M. Pellet dit qu'il n'y a rien de courageux pour un membre d'adopter une position sévère à l'encontre de l'État dont il a la nationalité. Les membres de la Commission sont indépendants de leur gouvernement et, en ce qui le concerne, il n'a rien à redouter du sien. Cela dit, il tient à préciser les remarques qu'il a faites à la séance précédente sur l'affaire du *Rainbow Warrior*. Répondant à une question posée par M. Addo, il a dit que le versement par la France à la Nouvelle-Zélande d'une somme relativement importante peut être interprété de trois manières. Le versement peut être considéré comme un versement symbolique; comme la conséquence d'un crime; ou – et il penche pour cette interprétation – comme un arrangement diplomatique ad hoc découlant d'une recommandation du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies. La violation par la France d'une règle de droit international, une règle importante d'intérêt fondamental pour la communauté internationale dans son ensemble puisqu'elle touchait à la souveraineté territoriale de la Nouvelle-Zélande, engageait manifestement sa responsabilité internationale. Mais M. Pellet considère que cette

violation ne saurait être qualifiée de « crime », parce qu'il ne s'agissait d'une violation ni « massive » ni « systématique ». Il croit que ces deux éléments font partie intégrante de la définition des crimes, bien qu'il concède que, dans son libellé actuel, le projet d'article 19 – qu'il ne juge pas obsolète mais qui à l'évidence appelle un débat sérieux plus approfondi – ne contient aucun de ces éléments, qui ne se retrouvent que dans les exemples cités dans son paragraphe 3.

53. M. GOCO se félicite de la place plus importante que le nouvel article 45 proposé fait aux excuses en tant que forme de satisfaction. Nonobstant les réserves de M. Simma sur ce point, les excuses peuvent être un instrument précieux dans le monde mouvant des relations diplomatiques internationales.

54. M. Sreenivasa RAO fait observer que les États désireux de régler un différend de longue date feront appel très souvent à la réconciliation, au rapprochement et à de nouvelles formes de coopération et feront donc preuve de souplesse dans le choix qu'ils opéreront parmi toute une gamme d'options disponibles, eu égard à l'évaluation politique qu'ils feront de la situation. Le présent exercice devrait avoir en conséquence pour objet de définir l'éventail des options politiques et des droits ouverts aux États plutôt que d'énoncer une série rigide de conséquences et d'obligations qui découleraient inévitablement de la commission d'un fait internationalement illicite. Or, dans sa formulation actuelle par trop schématique, le chapitre II ne tient nullement compte des subtilités politiques et donne au contraire l'impression trompeuse qu'un fait internationalement illicite entraîne automatiquement une série rigide de conséquences, qui s'ensuivent mécaniquement. Or, les excuses, par exemple, ne sont qu'une des options ouvertes aux États et ne sont pas un élément indispensable d'une série de mesures représentant ensemble une réparation intégrale, comme le laisse penser le nouvel article 45 proposé.

55. Passant à des points précis, M. Sreenivasa Rao accepte sans difficultés la proposition du Rapporteur spécial de remplacer l'expression « dommage moral » par l'expression « préjudice immatériel ». À son sens, l'alinéa *a* du paragraphe 3 de l'article 45, qui se réfère aux dommages-intérêts symboliques, devrait être maintenu en tant que forme de satisfaction supplémentaire utile ouverte aux États, en remplacement peut-être des excuses formelles. Il conviendrait toutefois de préciser dans le commentaire que les formes de satisfaction énumérées au paragraphe 3 sont des solutions de rechange et non des conséquences obligatoires.

56. Si la formule introduisant l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 45 doit être supprimée, cela ne devrait pas empêcher la Commission d'examiner ultérieurement la question des dommages-intérêts punitifs. Tel que remanié, l'alinéa *b* du paragraphe 3 semble relever plutôt de l'indemnisation que de la satisfaction. Le Comité devrait examiner cette question plus avant. L'article 45 *bis*, et l'article 46 *bis*, qui devraient être maintenus et dont le libellé devrait être affiné encore, soulèvent quelques problèmes. Nombre des problèmes se rattachant aux intérêts devraient être laissés à la discrétion des tribunaux. Le préjudice n'est pas toujours aussi aisément quantifiable que M. Rosenstock l'affirme; de même, il n'est pas vraiment utile, dans le contexte plus large de la satisfaction, d'insis-

ter sur l'indemnisation jusqu'au dernier sou. Enfin, il conviendrait de prendre dûment en considération les droits de l'accusé à l'occasion de l'examen des conséquences d'un fait internationalement illicite.

57. M. ROSENSTOCK dit que sur le plan interne la plupart des différends sont réglés par voie de négociation et font de ce fait l'objet de compromis. Cela vaut aussi sans doute, et peut-être plus, sur le plan international. Il importe donc de mettre au point des critères solides qui permettront d'apprécier les pertes – faute de quoi l'État lésé, à terme, se trouvera forcément dans une position défavorisée au regard de l'indemnisation des dommages subis. C'est pourquoi il est utile d'élaborer un cadre strict à l'intérieur duquel les négociations pourront être menées.

58. M. KUSUMA-ATMADJA remercie les membres de la Commission de leurs interventions qui ont contribué à éclairer le débat. En particulier, il partage les vues de M. He sur l'opportunité de prévoir dans l'article concernant la satisfaction la conduite d'enquêtes; les observations de M. Pellet sur l'indépendance des membres de la Commission; et les observations de M. Sreenivasa Rao sur la nécessité d'assouplir la procédure envisagée à l'article 45. Il doute que l'arrangement proposé au paragraphe 2 de l'article 45 *bis* puisse être appliqué dans la pratique.

59. Le PRÉSIDENT dit qu'une décision sera prise sur le renvoi des articles 45, 45 *bis* et 46 *bis* au Comité de rédaction à l'issue de leur examen à la séance plénière suivante. Dans l'intervalle, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que la Commission accepte d'autoriser le Président du Comité à tenir compte à titre officieux, lorsque le Comité examinera ces articles à sa prochaine séance ce jour, des suggestions faites en séance plénière.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 13 heures.

2640^e SÉANCE

Vendredi 14 juillet 2000, à 10 heures

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Brownlie, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Illueca, M. Kabatsi, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka.

Responsabilité des États¹ (suite) [A/CN.4/504, sect. A, A/CN.4/507 et Add.1 à 4², A/CN.4/L.600]

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen des articles 45, 45 *bis* et 46 *bis* figurant dans la section B du chapitre premier du troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/507 et Add.1 à 4).

2. M. HERDOCIA SACASA se félicite que le Rapporteur spécial ait jugé utile de citer à plusieurs reprises les arrêts des tribunaux du continent américain, dont la Cour interaméricaine des droits de l'homme et la Cour centra-méricaine de justice.

3. Le cas de figure de la satisfaction n'a pas laissé que de bons souvenirs dans la pratique latino-américaine. À la séance précédente, deux membres ont déjà demandé le maintien du paragraphe 4 de l'article 45, où il est dit que la satisfaction ne doit pas prendre une forme humiliante pour l'État responsable. La vérité est que des pays faibles ont eu à s'incliner devant un drapeau étranger au titre de la satisfaction sans avoir à l'inverse l'occasion de faire saluer leurs couleurs, même pour des raisons plus graves. À ce niveau donc, le droit doit opérer comme un instrument permettant d'assurer un équilibre et l'égalité entre pays forts et pays faibles. M. Herdocia Sacasa illustre son propos en évoquant l'affaire Eisenstuck-Leal, qui eut pour origine en 1878 un incident entre un citoyen nicaraguayen et son épouse, fille du consul d'une grande puissance. À la suite de cet incident, cette grande puissance a émis des réclamations, appuyées par un certain nombre de canonnières. Un certain jour, qualifié de jour de honte et d'humiliation par les historiens, le Nicaragua dut faire défiler un régiment devant le drapeau étranger. Il paraît donc d'autant plus nécessaire de prévoir dans le projet une disposition – soit le paragraphe 4 de l'article 45 actuel, soit un article plus général – consacrant le principe de l'égalité souveraine des États.

4. La réflexion sur la satisfaction doit procéder de la distinction fondamentale entre le dommage immatériel causé à l'État et le préjudice moral causé aux personnes privées. Comme le conseille le Rapporteur spécial au paragraphe 181 de son rapport, il conviendrait de retenir le qualificatif « immatériel » proposé par Dominicé³. Le préjudice moral doit relever de l'article 44, qui traite de l'indemnisation. Comme l'a dit la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans l'affaire *Velásquez Rodríguez*, le préjudice moral est aussi indemnisable, surtout lorsqu'il s'agit d'une violation des droits de l'homme. Le dommage immatériel est d'un ordre tout à fait différent.

5. Le libellé du paragraphe 1 de l'article 45 doit être modifié dans le sens indiqué par M. Gaja, c'est-à-dire que

l'État doit être obligé non pas d'« offrir », mais bien de « donner » satisfaction.

6. Le paragraphe 2 et le paragraphe 3 devraient être fusionnés en une seule disposition, qui n'aurait pas un caractère exhaustif et qui traiterait des modalités de la satisfaction. À l'alinéa *b* du paragraphe 3, la clause voulant que les dommages-intérêts correspondent à la gravité du préjudice devrait figurer à l'article 44, qui traite de l'indemnisation, et renvoyer à l'article 19, où est défini le crime de l'État. Pour ce qui est de l'alinéa *c*, il vaudrait mieux y prévoir, non pas une action disciplinaire ou pénale à l'encontre des responsables, mais l'ouverture d'une enquête visant à déterminer les responsabilités dans le fait illicite et la communication des résultats de cette enquête. D'ailleurs, l'ouverture d'une enquête peut être en elle-même une forme de réparation.

7. Reste la question de l'autonomie de la satisfaction. Cette autonomie est certaine, mais elle est relative. Le principe de la réparation intégrale peut se traduire par une seule forme de satisfaction ou par plusieurs, qui peuvent compléter d'autres formes de réparation ou se suffire à elles-mêmes selon qu'elles parviennent ou non à assurer la réparation intégrale, répondre à des conditions qui peuvent avoir été convenues entre les parties, ou correspondre à la demande de l'État lésé, comme dans le cas de la France dans les affaires du *Carthage* et du *Manouba* et dans celui de la Nouvelle-Zélande dans l'affaire du *Rainbow Warrior*. Comme l'a dit Dominicé, la satisfaction est autonome au sens que, selon les circonstances de l'espèce, elle peut soit constituer toute la réparation soit s'ajouter à une autre forme de réparation.

8. D'une manière générale, M. Herdocia Sacasa pense que le texte à l'examen doit, comme les autres projets d'articles auxquels travaille la Commission, faire la différence entre les principes généraux et les règles qui s'appliquent spécifiquement à la matière, en évitant les répétitions inutiles. Il suffit de fixer les règles une seule fois pour qu'elles exercent ensemble leurs effets, en évitant de les répéter dans certains cas pour les omettre dans d'autres. Par exemple, la réparation intégrale, la proportionnalité de la réparation, et d'autres aspects encore apparus au cours du débat – comme le fait de prendre en compte la règle primaire, le lien de causalité entre la réparation et le fait internationalement illicite, la fixation de la date à laquelle le préjudice doit être réparé, l'égalité souveraine des États au regard des diverses formes de réparation –, doivent être considérés, si possible, comme des principes généraux et être traités à part. De la sorte, les diverses formes de la réparation pourraient se présenter sous leur forme la plus épurée, avec leurs éléments constitutifs et leur contenu substantiel.

9. M. GALICKI indique que sur certains points il n'est pas satisfait des règles proposées à l'article 45 en ce qui concerne la satisfaction. Le texte de l'article 45 que propose le Rapporteur spécial, bien qu'ayant l'air plus long et exhaustif que la version précédente, souffre d'une grave carence, en ce qu'il limite l'application de l'institution de la satisfaction au préjudice non matériel ou moral, alors qu'auparavant elle était applicable à l'ensemble du préjudice, notamment au préjudice moral. Cette approche restrictive risque de créer des problèmes. Signifie-t-elle par exemple que l'État lésé n'a pas droit à la satisfaction

¹ Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), chap. III, sect. D, p. 62.

² Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

³ Voir 2635^e séance, note 3.

en cas de préjudice matériel ? Doit-il y avoir simultanément préjudice immatériel pour qu'existe un droit à la satisfaction au profit de l'État lésé ? Une telle démarche aurait quelque chose d'artificiel.

10. Cette approche restrictive est en fait identique à celle consacrée à l'article 44, relative à l'indemnisation. Initialement, l'indemnisation était limitée aux dommages susceptibles d'évaluation économique subis par des États et des individus et compris comme étant uniquement un dommage matériel. Ultérieurement néanmoins, dans le cadre du Comité de rédaction, il a été proposé d'étendre l'indemnisation au préjudice moral subi par des personnes privées, et finalement – un accord semble s'être fait sur ce point à titre provisoire – l'indemnisation doit maintenant concerner tout dommage susceptible d'une évaluation économique, qu'il soit matériel ou moral, subi par un État ou un individu. Cette évolution semble tout à fait justifiée, en ce qu'elle reflète ce qui a été assez clairement reconnu dans l'affaire du *Rainbow Warrior*, à savoir que la satisfaction ne peut être considérée comme la seule forme de réparation d'un préjudice non matériel.

11. Or, si la Commission a décidé de ne pas limiter l'indemnisation au préjudice matériel, ne doit-on pas aussi accepter qu'un État qui a subi non seulement un préjudice moral mais aussi un dommage matériel ait le droit de demander satisfaction ? Une réponse affirmative à cette question établirait l'équilibre voulu entre indemnisation et satisfaction, en donnant à chacune de ces formes de réparation la même portée et la même souplesse d'application. Elles pourront ainsi s'appliquer aussi bien au dommage matériel qu'au préjudice moral, par le biais de modalités propres à chacune d'elles. Pour ce qui de cette spécificité, il conviendrait de réfléchir de manière approfondie à la question de savoir si les « dommages punitifs » doivent demeurer dans le cadre de la satisfaction, doivent relever de l'indemnisation ou doivent figurer dans les dispositions relatives aux crimes.

12. En conclusion, M. Galicki dit que les critiques qu'il vient de faire n'enlèvent rien à l'admiration et au respect que lui inspire l'excellent travail accompli par le Rapporteur spécial sur le sujet.

13. M. GOCO dit que l'article 45 doit être envisagé à la lumière des articles qui précèdent et que la satisfaction, qui vient s'ajouter à la restitution ou à l'indemnisation, est nécessaire pour assurer la réparation intégrale du préjudice.

14. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), résumant le débat sur la section B du chapitre premier de son rapport, dit qu'il se penchera d'abord sur les articles 45 *bis* et 46 *bis*, qui posent moins de problèmes que les autres.

15. S'agissant des intérêts, qui font l'objet de l'article 45 *bis*, certains membres ont estimé qu'ils devaient faire l'objet d'un article distinct, alors que d'autres n'y voyaient qu'un aspect de l'indemnisation. Le rapporteur spécial précédent avait proposé un article sur les intérêts et tous les membres de la Commission qui à l'époque prirent part au débat sur cette disposition convinrent que le paiement d'intérêts devait être prévu dans le projet. Le problème était que le texte proposé n'énonçait pas ce principe, mais des principes secondaires concernant, par exemple, les intérêts composés et le calcul des intérêts. C'est pourquoi

cet article n'a pas été adopté à l'époque. Le Rapporteur spécial croit pouvoir conclure du débat qui vient d'avoir lieu que la majorité des membres de la Commission estime que les intérêts doivent faire l'objet d'un article distinct, bien qu'ils ne représentent qu'une forme accessoire de la réparation. Il estime quant à lui que les dispositions les concernant ne doivent pas être incorporées à l'article relatif à l'indemnisation car, dans certaines circonstances, des intérêts peuvent être payables sur une somme qui n'est pas due à titre de dommages-intérêts dans le cadre de l'indemnisation, mais, par exemple, qui est fixée à l'avance par des règles primaires. La première phrase du paragraphe 1 de l'article 45 *bis* a été largement approuvée et c'est au sujet des autres dispositions de cet article que des réserves ont été exprimées. Pour le Rapporteur spécial, il s'agissait dans la plupart des cas de points de rédaction et ils n'appellent pas de commentaires particuliers.

16. En ce qui concerne l'article 46 *bis*, relatif à l'attribution de la responsabilité, on a dit que le titre ne correspondait pas au contenu de l'article, et le Comité de rédaction pourra peut-être se pencher sur la question. Néanmoins, si le but principal des dispositions de cet article est bien de limiter le montant de l'indemnisation, on peut imaginer que, dans certaines circonstances, elles aient un autre effet. Il est par exemple arrivé que, dans certains cas, en raison d'un retard intervenu dans la présentation d'une demande de paiement, le tribunal a jugé qu'il n'y avait pas lieu de verser des intérêts. Ainsi, des facteurs comme la conduite de l'État responsable ou de la personne au nom de laquelle celui-ci présente la demande peuvent influencer sur d'autres éléments de la réparation que l'indemnisation.

17. L'alinéa *a*, très proche du texte adopté en première lecture et largement accepté par les gouvernements dans leurs commentaires, énonce un principe bien établi, à savoir qu'on peut tenir compte du comportement de la personne au nom de laquelle l'État présente la demande pour déterminer l'étendue de la réparation. Il est vrai que ce principe est parfois associé à la doctrine des « mains propres », mais l'autonomie de cette doctrine en droit international est contestée. Quoi qu'il en soit, le Rapporteur spécial croit pouvoir conclure que, dans l'ensemble, la majorité des membres de la Commission sont favorables au maintien de l'alinéa *a*.

18. Une opposition est, semble-t-il, apparue lors du débat entre ceux qui sont favorables à des dispositions plus étoffées et ceux qui voudraient qu'elles soient le plus concises possible, opposition coïncidant largement avec la dichotomie *common law*/droit civil, et le Rapporteur spécial indique qu'il s'est efforcé de trouver une voie médiane. Les principes énoncés dans les deux alinéas de l'article 46 *bis* sont suffisamment consacrés par la doctrine et la jurisprudence pour mériter de figurer dans le projet d'articles. Il s'agissait aussi de concilier l'intérêt des États lésés à obtenir réparation intégrale de leur préjudice et la nécessité de faire en sorte que cette réparation n'atteigne pas des montants déraisonnables.

19. On a demandé au sujet de l'alinéa *b* de l'article 46 *bis* s'il existait une obligation positive d'atténuer le dommage; pour le Rapporteur spécial, cela est fonction des

circonstances de chaque cas d'espèce, et la Commission n'a pas à se prononcer sur ce point.

20. Pour conclure sur les articles 45 *bis* et 46 *bis*, le Rapporteur spécial dit que nul ne s'est opposé à leur renvoi au Comité de rédaction et il estime que les autres observations auxquelles ils ont donné lieu pourront être examinées dans le cadre de ce dernier.

21. En ce qui concerne l'article 45, il a donné lieu, à la différence des articles 43 et 44, à des divergences de vues majeures et à des oppositions quasi philosophiques quant au rôle de la réparation. Il y a aussi un problème de méthode. Il est clair que la notion de satisfaction est consacrée dans la doctrine et dans la jurisprudence. Supprimer la satisfaction en tant que forme de réparation et redistribuer les fonctions qui étaient les siennes entre les autres formes de réparation constituerait un changement considérable. Ce n'est toutefois pas une raison pour s'en abstenir s'il y a de bonnes raisons théoriques de le faire. L'abandon d'un concept non nécessaire ou prêtant à confusion peut, après tout, être une forme de développement progressif du droit.

22. Le premier point à noter est que la notion de satisfaction est hybride. Au XVIII^e siècle, le terme était pratiquement synonyme de réparation et on trouve des vestiges de cette identité dans l'article 41 de la Convention européenne des droits de l'homme et, en *common law*, dans l'expression *accord and satisfaction*. Le Rapporteur spécial reconnaît qu'ainsi que l'ont relevé certains membres de la Commission, il n'a peut-être pas analysé ce point particulier de manière assez approfondie. D'autre part, la satisfaction est bien établie dans la doctrine et la pratique en a récemment donné des exemples importants.

23. En outre, les États sont à certains égards des entités assez particulières. Ils représentent des communautés, et de nombreux conflits internationaux mettent en jeu des valeurs qui ne peuvent être quantifiées. Les aspects immatériels des différends internationaux sont souvent les plus importants et l'une des fonctions des tierces parties est de permettre le règlement des différends d'une manière qui « satisfasse » sensiblement les deux parties. C'est donc à juste titre que M. Gaja a dit qu'il fallait un accord pour qu'il y ait satisfaction, et cet aspect de la satisfaction est implicite dans l'emploi du verbe « offrir » à l'article 45.

24. Comme l'a rappelé M. Herdocia Sacasa, la notion de satisfaction a par le passé fait l'objet de graves abus. Ce n'est toutefois pas une raison suffisante pour l'abolir, même s'il convient de la réexaminer afin qu'elle remplisse des fonctions adaptées au monde contemporain.

25. Le principal problème que posait l'article 44 adopté en première lecture est qu'il ne prévoyait pas la forme de satisfaction par excellence, c'est-à-dire la reconnaissance de sa violation par l'État qui l'a commise et, dans un contexte judiciaire, la déclaration de l'existence d'une violation. En effet, dans la pratique moderne, la forme normale de la satisfaction est la déclaration de l'existence d'une violation du droit international, et le meilleur exemple en est donné par l'affaire du *Détroit de Corfou*. La satisfaction a son rôle à jouer dans le règlement des différends aux côtés de l'indemnisation du préjudice matériel et moral et de la restitution. Les expressions de regret et les excuses peuvent impliquer qu'il y a eu violation et remplir la même

fonction. Il est clair que ces formes de satisfaction existent toujours à l'heure actuelle : on en a eu récemment des exemples importants. C'est pourquoi le Rapporteur spécial a essayé de « partitionner » la satisfaction en distinguant ce qu'il considère comme sa forme « normale », à savoir la reconnaissance de la violation par l'État qui l'a commise ou sa déclaration par un tribunal, de ses formes exceptionnelles. Il regretterait que l'on réunisse les paragraphes 2 et 3 de l'article 45, comme certains membres l'ont préconisé, car il lui semble qu'il faut conserver cette distinction.

26. S'agissant du paragraphe 3, les formes de satisfaction qui en font l'objet ont un rôle essentiellement « expressif » et, dans cette mesure, symbolique. Il est des cas où les tribunaux ont alloué des sommes substantielles au titre de la satisfaction, et l'exemple le plus parlant à cet égard est probablement celui de l'affaire du *I am Alone*. Si l'on admet l'existence d'une catégorie équivalant à celle que définit l'article 19, des dommages-intérêts punitifs peuvent s'imposer, mais ce dont il est question en l'occurrence sont les dommages-intérêts « expressifs » en cas d'offense grave à un État, et l'offense ne saurait être associée à une catégorie donnée d'infractions. Aussi déplorable que soit l'incident du *Rainbow Warrior*, il n'y a pas eu crime au sens de l'article 19, mais des dommages substantiels n'en ont pas moins un rôle à jouer, la question étant de savoir s'ils doivent le jouer dans le cadre de l'article 44, comme le voudraient M. Brownlie et d'autres, ou dans le cadre de l'article 45. En première lecture, la Commission a opté pour cette dernière solution, mais elle l'a limitée de manière insatisfaisante et incompatible avec la doctrine et la pratique en rejetant l'analogie avec le préjudice moral causé à un individu. Une manière de répondre aux craintes que les abus du passé ne se répètent consisterait à admettre que cette forme de préjudice non matériel peut aussi être indemnisée au titre de l'article 44. Des dommages-intérêts « expressifs » pourraient être accordés en application de cet article en cas d'*injuria*. Les juristes de *common law* n'auraient à cet égard aucun problème, puisqu'ils ne distinguent pas entre les divers types de dommages-intérêts. Il ne resterait à l'article 45 que l'élément non pécuniaire et « expressif » du règlement des différends.

27. Pour ce qui est des dommages-intérêts symboliques, le Rapporteur spécial n'a pas d'opinion bien arrêtée dans un sens ou dans un autre.

28. Quant à l'enquête, une autre forme de satisfaction mentionnée par M. He, elle ne peut être passée sous silence, car savoir ce qui s'est effectivement passé peut être un aspect très important du règlement d'un différend.

29. La question se pose aussi de savoir si les dispositions de l'alinéa c du paragraphe 3 de l'article 45 doivent être conservées. On pourrait arguer que les situations qu'elles concernent sont prévues par des règles primaires et que, de ce fait, elles ne relèvent pas d'une des fonctions principales de la satisfaction. Une liste non exhaustive des formes de celle-ci pourrait donc figurer au paragraphe 3.

30. Pour ce qui est du paragraphe 4, certains membres en ont critiqué la première partie, et d'autres la seconde. Certains ont insisté au cours du débat sur la nécessité d'éviter d'humilier les États, eu égard aux abus du passé,

et la majorité des membres ont souscrit à la notion de proportionnalité, un élément d'ailleurs présent dans chacune des formes de satisfaction ainsi que dans les contre-mesures. L'objet du paragraphe 4 est de prévenir les exigences excessives en matière de satisfaction, avec en arrière-plan la crainte qu'un État, qui a obtenu la restitution et une indemnisation, n'en prenne pas moins des contre-mesures au motif qu'il n'a pas reçu satisfaction.

31. Le Comité de rédaction a beaucoup à faire en ce qui concerne l'article 45, dont une version modérée a néanmoins un rôle à jouer dans le droit moderne de la réparation.

32. M. PELLET dit que le débat l'a convaincu du mal-fondé de certaines des positions qu'il avait prises et qu'il tient à les rectifier.

33. En ce qui concerne les intérêts, le Rapporteur spécial l'a convaincu que, dans le cas où la somme principale est payable au titre de la restitution, les intérêts s'imposent. Par ailleurs, il ne s'oppose pas à ce que l'on désigne ce que l'on appelle traditionnellement « préjudice moral de l'État » par l'expression « préjudice immatériel », « préjudice moral » n'étant utilisé que pour les seuls individus, à condition que la Commission l'indique clairement dans le commentaire.

34. Rappelant qu'il avait pris une position assez rigide en ce qui concerne la fin du paragraphe 4 de l'article 45, M. Pellet indique qu'il a été frappé de découvrir au cours du débat que les pratiques du passé avaient laissé des traces profondes dans l'inconscient collectif des ressortissants des États qui en ont été victimes, et que cette disposition, si elle n'est guère rationnelle, est peut-être nécessaire, d'autant plus que la liste des formes de réparation vers laquelle la Commission s'achemine ne sera pas exhaustive. Par contre, il lui semble inexact de dire, comme l'ont fait certains membres, que le simple fait de reconnaître qu'on a violé le droit international est humiliant.

35. En outre, M. Pellet n'est toujours pas d'accord avec le Rapporteur spécial en ce qui concerne la première partie du paragraphe 4, relative à la proportionnalité.

36. Par ailleurs, il juge préoccupant qu'avec M. He le Rapporteur spécial ait l'air de considérer que l'enquête constitue en soi une forme de satisfaction. L'enquête peut certes faire partie du processus qui aboutit à la satisfaction de la même manière que le recours à un tiers quel qu'il soit, mais elle n'est pas elle-même la satisfaction. Il faut se garder d'introduire des mécanismes institutionnels dans des dispositions qui doivent être normatives.

37. Enfin, M. Pellet est également préoccupé par la position adoptée par le Rapporteur spécial, à la suite de M. Gaja, selon laquelle la satisfaction est fournie dans le cadre d'un accord. L'élément d'accord n'est pas plus présent dans la satisfaction que dans les autres formes de réparation, dans lesquelles logiquement il faudrait aussi l'introduire, ce qui changerait assez profondément la nature même de l'exercice de l'exercice. Quoi qu'il en soit, cet élément n'a rien de spécifique à la satisfaction.

38. M. BROWNLIE explique que l'idée de décomposer l'article 45 se justifie à ses yeux par le fait que cette opé-

ration permettrait de mieux examiner les divers éléments que l'on séparerait. Ainsi, il y aurait d'abord le dommage moral de l'État, au sens juridique, qui relèverait de l'indemnisation; ensuite, les conséquences du fait internationalement illicite, qui relèveraient de la cessation et des garanties de non-répétition; enfin, les mesures que l'on pourrait qualifier de politiques et qui constitueraient la satisfaction.

39. Ces mesures se présentent sous trois aspects : en premier lieu, les dommages-intérêts symboliques, qui semblent assez normaux et ne sont peut-être pas aussi importants qu'on semble le croire. En deuxième lieu, les excuses. En cette matière, la pratique est inconstante et l'*opinio juris* absente. Il y a des cas où les excuses ne sont ni offertes ni demandées. Il y en a bien sûr d'autres, spectaculaires, où des États puissants ont exprimé leurs regrets à des États plus faibles. Mais peut-être était-ce à titre de bon procédé et pas nécessairement en application d'une règle de droit coutumier. La dernière des mesures politiques est la demande de poursuites contre les agents responsables du fait illicite d'origine. Mais ces poursuites n'entrent pas nécessairement dans le champ de la responsabilité des États. Ainsi, on peut imaginer que des policiers malmènent les ressortissants d'un État étranger, sans pour autant commettre, au regard du droit interne dont ils relèvent, de brutalités ni d'abus de pouvoir. L'État dont les victimes ont la nationalité exigera néanmoins le châtiement des responsables, mais ce sera pour des raisons politiques et non pour des raisons légales, puisqu'il n'y a pas eu crime.

40. Le paragraphe 4 de l'article à l'examen pose un problème particulier. Il laisse entendre que l'humiliation, si humiliation il y a, doit être proportionnée au fait illicite, c'est-à-dire qu'il peut y avoir une humiliation relative. D'ailleurs, pour M. Brownlie, les mesures qu'il a qualifiées de politiques visent précisément à humilier l'État auteur. D'une manière plus générale, il lui semble que la Commission est plus soucieuse de ce qu'elle croit être réel que de la réalité même et qu'elle tend à transformer tout sujet dont elle est saisie en question relevant des droits de l'homme.

41. M. ECONOMIDES revient sur l'idée du Rapporteur spécial selon qui la satisfaction n'est peut-être pas un acte unilatéral. C'est à son avis tout le contraire. Certes, la satisfaction résulte souvent d'une concertation et même d'un accord formel entre les États intéressés, mais elle reste en elle-même un acte officiellement unilatéral. Elle l'est en tout cas davantage que la restitution et l'indemnisation, qui supposent nécessairement un accord entre les parties. De toute manière, le rôle de la Commission n'est pas de trancher ce point mineur, mais bien d'établir les droits de l'État victime et les obligations de l'État auteur afin de faciliter les accommodements entre eux.

42. Pour ce qui est du paragraphe 4, M. Economides pense que si l'humiliation dont il s'agit résulte de l'application d'une forme de satisfaction généralement admise, elle doit être acceptée, car telle est la règle du jeu. Mais si la satisfaction demandée n'a d'autre but que de vexer un État, elle devient intolérable.

43. M. LUKASHUK dit que la satisfaction est une forme si particulière de réparation qu'il convient, d'une

part, d'en fixer les rapports avec les autres formes que sont l'indemnisation et la restitution et, d'autre part, d'en dégager une définition précise faisant ressortir qu'elle est l'équivalent d'une réparation morale.

44. Un membre a fait observer que la satisfaction ne pouvait intervenir que si le préjudice qui la motivait était d'ordre immatériel. Elle ne pouvait être que la reconnaissance d'une violation. C'est un point de vue intéressant qu'il serait utile de faire figurer dans le commentaire, lequel devrait faire une place à part à la satisfaction.

45. M. SIMMA se demande si, comme l'ont dit certains membres, la satisfaction intervient toujours sur la base d'un accord entre les parties. Il lui semble que toute réparation, quelle que soit sa forme, repose sur la négociation et que la satisfaction n'est pas un cas particulier de ce point de vue. Il cite en exemple l'incident militaire survenu entre Israël et les États-Unis pendant la guerre des Six Jours de 1967, et le bombardement de l'ambassade de Chine à Belgrade, qui ont donné lieu à d'intenses pourparlers. Pourtant, il y a des cas où la satisfaction a été donnée, ou offerte, sans accord préalable.

46. Pour ce qui est de l'action disciplinaire ou pénale à engager contre les responsables du fait internationalement illicite, il ne faudrait pas être obnubilé par les cas où les demandes à cet effet ont été présentées de façon abusive et humiliante. On peut citer beaucoup de cas où de telles demandes étaient tout à fait proportionnées au fait d'origine, et des cas où ce fait d'origine était parfaitement odieux. On peut très bien concevoir que la satisfaction prenne des formes dignes.

47. M. GAJA tient à préciser que, lors de son intervention à la 2638^e séance, à propos du paragraphe 1 de l'article 45, il a signalé qu'aux articles 43 et 44 l'État auteur est obligé de « fournir la restitution » et d'« indemniser », alors qu'à l'article 45 il est simplement obligé d'« offrir » une satisfaction. Il a suggéré que l'article 45 énonce l'obligation de « donner » satisfaction.

48. Ce n'est pas la satisfaction elle-même qui, dans son esprit, repose toujours sur un accord entre les parties, mais plutôt les modalités de cette satisfaction : celles-ci en effet se négocient, au contraire de l'indemnisation et de la restitution, dont on connaît d'avance le contenu. Et il y a matière à négocier puisque l'expression de regrets, pour ne prendre que cet exemple, peut revêtir plusieurs formes.

49. M. KABATSI, se référant à l'alinéa *c* du paragraphe 3 de l'article 45, dit que M. Pellet a raison de signaler que ce sont les résultats de l'enquête qui constituent la satisfaction, et non l'engagement de l'enquête elle-même. Pourtant, l'ouverture de ce type d'enquête a un rôle apaisant sur le plan pratique, en ce sens qu'elle est une manifestation de bonne foi de la part de l'État auteur, et ce, dès le début du différend. Elle prépare pour ainsi dire un terrain d'entente et, susceptible de dispenser les parties de recourir aux autres mesures prévues au paragraphe 2 et 3, elle peut par elle-même régler le différend.

50. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que la Commission souhaite renvoyer les articles 45, 45 *bis* et 46 *bis* au Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

51. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à présenter les chapitres II et III de son troisième rapport.

52. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) rappelle qu'au cours du débat qui a eu lieu sur la structure du projet les membres de la Commission sont convenus à titre provisoire de traiter dans une partie distincte le droit de l'État lésé d'invoquer la responsabilité et, dans cette perspective, ont accepté la distinction qu'avait proposée le Rapporteur spécial entre, d'une part, l'État lésé, ou l'État victime de la violation, et, d'autre part, les États ayant un intérêt juridique légitime pour invoquer la responsabilité bien qu'ils ne soient pas eux-mêmes spécifiquement touchés par la violation. Le Rapporteur spécial a tenté de définir ces deux catégories d'États dans le projet d'article 40 *bis*. Le chapitre III comporte une série de propositions concernant l'invocation de la responsabilité par l'État lésé, entendu suivant la définition du paragraphe 1 de l'article 40 *bis*, et le Rapporteur spécial proposera ultérieurement une série de dispositions concernant le droit des États relevant de la catégorie définie au paragraphe 2 d'invoquer la responsabilité. Dans l'attente des réactions des membres de la Commission à la lecture de ce chapitre, le Rapporteur spécial tient à en souligner certains aspects.

53. S'agissant tout d'abord du droit de l'État lésé de choisir la forme de la réparation, visé à la section A du chapitre III, intitulée « Considérations générales », il est certain que, normalement, l'État lésé peut choisir entre la voie de la restitution et celle de l'indemnisation. Cela dit, le Rapporteur spécial n'approuve pas totalement l'idée selon laquelle l'État lésé peut choisir la forme de la satisfaction, bien qu'il ait le droit d'exiger une satisfaction sous la forme élémentaire d'une déclaration. Pour ce qui est de l'aspect essentiel – le choix entre restitution et indemnisation –, il y a dans certains cas des limites au droit de l'État lésé de choisir la forme de la réparation, et le Rapporteur spécial les a brièvement envisagées dans le rapport. Ces limites ont un caractère exceptionnel et relèvent en général de la question de la poursuite de l'exécution des obligations primaires plutôt que de celle du choix de la réparation. Par analogie avec l'article 29 de la première partie qui traite du consentement, le problème pourrait être réglé en faisant référence à un choix « valable » de l'État lésé.

54. Pour ce qui est des conditions formelles d'invocation de la responsabilité visées aux paragraphes 234 à 238, l'idée fondamentale est qu'il convient de ne pas formaliser à l'excès la procédure. Toutefois, par analogie avec l'article 65 de la Convention de Vienne de 1969, le Rapporteur spécial a élaboré un projet d'article 46 *ter* qui requiert une simple notification de la réclamation. L'exigence d'une telle formalité minimale permet de tirer certaines conséquences de l'absence de notification, comme une présomption de renonciation à la réclamation.

55. Les questions relatives à la recevabilité des réclamations visées aux paragraphes 239 à 242 touchent à l'épuisement des voies de recours internes et à la nationalité des réclamations, non pas dans la perspective de la recevabilité juridictionnelle, mais dans celle de la recevabilité de la réclamation elle-même. Dès lors, il est inévitable que les dispositions correspondantes revêtent la forme d'une sorte de liste récapitulative des considérations pertinentes.

56. Les limites à l'obtention de la réparation qui font l'objet des paragraphes 243 à 249 soulèvent notamment deux questions : la première tient au principe *non ultra petita*, qui est assez largement reconnu par les tribunaux et en vertu duquel un État ne peut se voir octroyer à titre de réparation davantage que ce qu'il a réellement réclamé. De l'avis du Rapporteur spécial, ce principe étant en réalité la manifestation du principe sous-jacent du libre choix de l'État lésé, il n'est pas nécessaire de lui consacrer un article spécifique. La seconde question tient à la règle prohibant le double recouvrement qui a été reconnue par les cours et tribunaux. Le problème se pose surtout lorsque la même réclamation ou essentiellement le même dommage est invoqué par l'État lésé à l'encontre de plusieurs États, même si d'autres situations peuvent être envisagées. Étant donné que la Commission n'entend pas traiter toutes les ramifications procédurales des cas de responsabilité, le Rapporteur spécial a donc jugé préférable de viser la règle prohibant le double recouvrement dans le contexte de la disposition relative à la pluralité d'États responsables, c'est-à-dire dans le projet d'article 46 *sexies*.

57. Abordant la question de la perte du droit d'invoquer la responsabilité visée aux paragraphes 250 à 262, le Rapporteur spécial précise que, bien qu'une disposition à cet égard puisse être jugée superflue, il a estimé opportun de présenter au moins une proposition, par analogie avec les dispositions figurant à l'article 45 de la Convention de Vienne de 1969. Après avoir passé en revue les motifs possibles de perte du droit d'invoquer la responsabilité, à savoir la renonciation, la prescription, le règlement et l'extinction ou la suspension de l'obligation violée, il n'a retenu en définitive que deux de ces motifs dans la proposition d'article 46 *quater* qui vise d'une part la renonciation, y compris par la conclusion d'un règlement, et d'autre part l'absence de notification dans un délai raisonnable, conduisant à une forme d'acquiescement avec perte du droit de réclamation.

58. Pour ce qui concerne la question de la pluralité d'États, et la question connexe du caractère que revêt la responsabilité lorsque plus d'un État est en cause, visée à la section B du chapitre III, le Rapporteur spécial souligne tout d'abord une tendance fréquente à recourir à la terminologie familière des systèmes de droit interne, notamment à la notion de responsabilité solidaire (*joint and several responsibility* ou *solidary responsibility*). Cette notion est, il est vrai, parfois imposée par des traités. Ainsi, la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux vise expressément la « responsabilité solidaire » (*joint and several liability*) [art. IV, par. 2] en explicitant le sens de cette formule dans le contexte du lancement d'objets spatiaux. Indépendamment de ces cas, le Rapporteur spécial est cependant d'avis, compte tenu de la très grande diversité des régimes juridiques internes de responsabilité solidaire, qu'il faut se garder de recourir autant que possible à des analogies avec le droit interne.

59. S'agissant de la pluralité d'États lésés, le Rapporteur spécial présente une proposition relativement simple dans le projet d'article 46 *quinquies*, étant précisé que la définition de l'État lésé est celle figurant au paragraphe 2 de l'article 40 *bis* et que l'expression « l'État qui a commis le fait internationalement illicite » pourra éventuellement être remplacée par « l'État responsable ».

60. Pour ce qui est du cas d'une pluralité d'États responsables du même fait internationalement illicite, il doit manifestement être distingué de celui où plusieurs États ont séparément infligé un dommage à un État donné et où chacun d'entre eux est responsable du dommage qu'il a causé. Seul le premier cas – dont l'exemple classique est l'affaire du *Détroit de Corfou* – est donc visé par la disposition elle aussi relativement simple contenue au paragraphe 1 de l'article 46 *sexies*. Le principe qui y est énoncé est toutefois doublement nuancé par les dispositions du paragraphe 2, à savoir, d'une part, le principe prohibant le double recouvrement et, d'autre part, le fait que la question de la contribution entre les États responsables doit être réglée entre eux. De l'avis du Rapporteur spécial, les dispositions proposées à l'article 46 *sexies* sont dans la ligne de l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire du *Détroit de Corfou* et, en tout état de cause, sont étayées par les principes généraux du droit et par des considérations d'équité.

Les réserves aux traités⁴ (*suite**) [A/CN.4/504, sect. B, A/CN.4/508 et Add.1 à 4⁵, A/CN.4/L.599]

[Point 5 de l'ordre du jour]

PROJETS DE DIRECTIVES PROPOSÉS PAR LE COMITÉ DE RÉDACTION

61. Le PRÉSIDENT invite le Président du Comité de rédaction à présenter les projets de directives adoptés par le Comité de rédaction (A/CN.4/L.599), dont les intitulés et les textes figurent ci-après :

1.1.8 Réserves faites en vertu de clauses d'exclusion

Une déclaration unilatérale faite par un État ou une organisation internationale au moment où cet État ou cette organisation exprime son consentement à être liés par un traité, en conformité avec une clause autorisant expressément les parties ou certaines d'entre elles à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à ces parties, constitue une réserve.

1.4.6 [1.4.6, 1.4.7] Déclarations unilatérales faites en vertu d'une clause facultative

Une déclaration unilatérale faite par un État ou une organisation internationale, en conformité avec une clause figurant dans un traité autorisant expressément les parties à accepter une obligation qui n'est pas imposée par d'autres dispositions du traité, n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

Une restriction ou condition figurant dans une telle déclaration ne constitue pas une réserve au sens du présent Guide de la pratique.

* Reprise des débats de la 2633^e séance.

⁴ Pour le texte des projets de directives adoptés provisoirement par la Commission à ses cinquantième et cinquante et unième sessions, voir *Annuaire... 1999*, vol. II (2^e partie), par. 470, p. 96 et suiv.

⁵ Voir *supra* note 2.

1.4.7 [1.4.8] *Déclarations unilatérales opérant un choix entre les dispositions d'un traité*

Une déclaration unilatérale faite par un État ou une organisation internationale, en conformité avec une clause figurant dans un traité obligeant expressément les parties à choisir entre deux ou plusieurs dispositions du traité, n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

1.7 *Alternatives aux réserves et aux déclarations interprétatives*

1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] *Alternatives aux réserves*

Afin d'atteindre des résultats comparables à ceux qui sont produits par des réserves, les États ou les organisations internationales peuvent également recourir à des procédés alternatifs, tels que :

- L'insertion dans le traité de clauses restrictives, visant à limiter sa portée ou son application;
- La conclusion d'un accord par lequel deux ou plusieurs États ou organisations internationales visent, en vertu d'une disposition expresse d'un traité, à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leurs relations mutuelles.

1.7.2 [1.7.5] *Alternatives aux déclarations interprétatives*

Afin de préciser ou de clarifier le sens ou la portée d'un traité ou de certaines de ses dispositions, les États ou les organisations internationales peuvent également recourir à des procédés autres que les déclarations interprétatives tels que :

- L'insertion dans le traité de dispositions visant à l'interpréter;
- La conclusion d'un accord complémentaire à cette fin.

62. M. GAJA (Président du Comité de rédaction), présentant le rapport du Comité de rédaction, précise que le Comité a consacré à ce sujet, au cours de la dernière semaine de la première partie de la session en cours, trois séances au cours desquelles, grâce notamment à la coopération du Rapporteur spécial et des membres du Comité, il a pu achever l'examen des projets de directives 1.1.8, 1.4.6 à 1.4.8 et 1.7.1 à 1.7.5. Le Comité soumet donc à la Commission, pour adoption, le texte des cinq projets de directives qu'il a adoptés. Ceux-ci sont organisés selon la structure des directives déjà adoptées par la Commission, mais portent une nouvelle numérotation. Par souci de clarté, la numérotation des projets de directives proposée initialement par le Rapporteur spécial est, selon l'usage, indiquée entre crochets.

63. À propos du projet de directive 1.1.8, le Comité de rédaction a conclu qu'il était préférable de maintenir l'idée que les clauses d'exclusion englobent soit les clauses visant à permettre aux parties ou à certaines d'entre elles d'exclure certaines dispositions d'un traité dans leur application aux mêmes parties, soit les clauses qui leur permettent de modifier l'effet juridique des dispositions d'un traité. Le titre est resté plus synthétique puisqu'il ne vise que les « réserves faites en vertu de clauses d'exclusion »; le remplacement du mot « formulées » qui se trouvait dans le projet du Rapporteur spécial par le mot « faites » a eu pour but d'aligner le texte français sur le texte anglais, qui semblait plus approprié. Pour ce qui est du libellé du projet de directive, le Comité a examiné le membre de phrase « à l'occasion de l'expression de son consentement à être lié » qui figurait dans le projet du Rapporteur spécial. Il a étudié

une proposition visant à préciser ce membre de phrase en énumérant les divers moyens par lesquels les États peuvent exprimer leur consentement à être liés, mais il n'a pas jugé cette énumération nécessaire. Le Comité a préféré utiliser une formulation légèrement différente de celle qui avait été proposée, cette nouvelle formulation étant empruntée aux projets de directives 1.1.5 et 1.1.6 qui avaient été adoptés à titre provisoire par la Commission à sa cinquante et unième session. Pour la même raison, le Comité a décidé en outre de supprimer le membre de phrase de l'ancien projet de directive « ou quand un État fait une notification de succession », cette situation n'étant pas envisagée expressément dans les projets de directives 1.1.5 et 1.1.6. L'expression de l'ancien projet de directive « figurant dans ce traité » n'étant pas nécessaire, elle a été supprimée, ce qui a permis de resserrer davantage le texte.

64. Le projet de directive 1.4.6 regroupe les projets de directives 1.4.6 et 1.4.7 tels qu'ils avaient été proposés par le Rapporteur spécial, la teneur de ces deux derniers projets de directives étant reprise dans un projet de directive unique consacré aux clauses facultatives (*optional clauses*). Le Comité de rédaction a décidé de suivre cette démarche afin de simplifier le texte, le nouveau texte visant dans le premier paragraphe les déclarations unilatérales formulées en vertu de ce qu'on appelle généralement une « clause facultative » et dans le deuxième paragraphe les restrictions que les États peuvent faire par rapport à ces mêmes déclarations, restrictions que l'on appelle généralement « réserves ». Le paradigme est celui des déclarations faites par les États en vertu du paragraphe 2 de l'Article 36 du Statut de la CIJ et des réserves aux dites déclarations. Le titre, « Déclarations unilatérales faites en vertu d'une clause facultative », reprend celui qui avait été proposé pour le projet de directive 1.4.6, sous réserve du remplacement du mot « formulées » par « faites » pour les mêmes raisons que celles exposées à propos du projet de directive 1.1.8.

65. En ce qui concerne le premier paragraphe et la description des effets des déclarations, le Comité a décidé de supprimer la mention de l'« entrée en vigueur » du traité qui figurait dans l'ancien projet de directive 1.4.6 parce qu'elle risquait de se révéler ambiguë. Il a par ailleurs été suggéré de parler d'« obligations facultatives » (*optional obligations*) ou d'« obligations additionnelles » (*additional obligations*), mais le Comité a finalement opté pour une formule qui lui a semblé plus précise, à savoir « une obligation qui n'est pas imposée par d'autres dispositions du traité ». Le second paragraphe reprend quant à lui le libellé de l'ancien projet de directive 1.4.7, tout en le reliant au texte du premier paragraphe.

66. Le projet de directive 1.4.7 vise les déclarations unilatérales opérant un choix entre les dispositions d'un traité. Il correspond à l'ancien projet de directive 1.4.8 proposé par le Rapporteur spécial. Le Comité de rédaction a examiné une proposition tendant à faire aussi mention d'un choix entre des « parties », ou « chapitres » d'un traité. Il a toutefois considéré que la mention des « dispositions » suffisait à couvrir l'ensemble des possibilités, et qu'en conséquence le texte devait être maintenu tel que proposé, moyennant une explication appropriée dans le commentaire. Le Comité a décidé également de maintenir tel quel le titre. Pour ce qui est du texte de

l'ancien projet, il a ajouté deux virgules et aligné le texte français, qui parlait d'une « clause expresse », sur le texte anglais qui utilisait l'adverbe *expressly* (« expressément »).

67. En ce qui concerne la section 1.7, qui a trait aux alternatives aux réserves et aux déclarations interprétatives, telle que proposée par le Rapporteur spécial, le Comité de rédaction a examiné d'abord les projets de directives concernant les alternatives aux réserves. Étant convenu que les projets de directives tels que proposés par le Rapporteur spécial pouvaient sembler trop détaillés, comme cela avait été observé par la Commission, le Comité s'est attaché à resserrer le texte. Deux démarches possibles ont été examinées : la première, que l'on peut qualifier de « minimaliste », consistait à maintenir dans le texte uniquement le projet de directive 1.7.1, tel que proposé par le Rapporteur spécial, ou une variante de ce projet, en renvoyant au commentaire pour un examen des hypothèses envisagées dans les projets de directives 1.7.2, 1.7.3 et 1.7.4. Une autre démarche consistait à regrouper le texte des quatre projets de directives dans un seul projet de directive, tout en limitant les cas expressément visés à l'essentiel.

68. Puisque le texte du projet de directive 1.7.1, s'il restait isolé, n'aurait pas eu beaucoup de sens, le Comité a préféré entamer l'autre démarche qui a fini par conduire au nouveau projet de directive 1.7.1. Ce projet a été adopté par le Comité non sans quelques hésitations parce que certains membres auraient préféré un texte plus court.

69. La disposition introductive reprend des éléments de l'ancien projet de directive 1.7.1. Le nouveau projet de directive fait ensuite mention, à titre indicatif, de deux procédés alternatifs auxquels les États ou les organisations internationales peuvent recourir. Ils ont été choisis parce qu'ils sont souvent à tort rapprochés dans la pratique des réserves ou définis comme tels. L'idée était de mettre en clair que cette qualification est impropre. Le premier procédé cité, celui de l'insertion de clauses restrictives, correspond au procédé mentionné parmi d'autres dans l'ancien projet de directive 1.7.2, tel que développé dans le projet de directive 1.7.3. Le second procédé est une version de l'ancien projet de directive 1.7.4.

70. Le Comité de rédaction a commencé par examiner une première proposition touchant la phrase introductive, qui visait à remplacer le mot « moduler », proposé par le Rapporteur spécial, par le mot « restreindre ». Le Comité s'est penché sur l'emploi d'autres variantes, notamment « atténuer » (*attenuating*) ou « assouplir » (*rendering more flexible*). Il a étudié aussi la possibilité de reprendre la formulation du projet de directive 1.1.1, à savoir le membre de phrase « modifier l'effet juridique de certaines dispositions d'un traité, ou du traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers ». Mais des doutes ont été émis quant à l'opportunité de reprendre cette formulation dans le contexte du projet de directive en question. D'autres formulations ont été suggérées, notamment le fait de produire des « effets équivalents » (*equivalent effects*), des « effets similaires » (*similar effects*), des « effets analogues » (*analogous effects*) ou des « résultats essentiellement de même nature » (*results of a broadly similar character*). Finalement, une solution a été trouvée dans l'adoption d'un libellé plus général, mais plus approprié, à

savoir « atteindre des résultats comparables à ceux qui sont produits par des réserves ».

71. Le Comité a décidé d'utiliser les mots « procédés alternatifs », de manière à bien préciser qu'il s'agit là d'alternatives aux réserves. Le Comité s'est d'autre part interrogé sur l'emploi de l'adverbe « également » (*also* en anglais), implicite dans l'adjectif « alternatifs » (*alternative*), mais il a décidé de le maintenir de manière à mettre l'accent sur l'objet du projet de directive. L'expression *may also make use*, utilisée initialement dans la version anglaise, a été remplacée par l'expression *may also have recourse to*, par souci d'uniformisation avec le texte français.

72. Pour ce qui est des deux exemples énumérés dans les tirets du projet de directive, le Comité de rédaction a employé l'expression « tels que » à la fin de la phrase introductive pour indiquer que la liste est loin d'être exhaustive. S'agissant du premier exemple, le texte reprend le libellé de l'ancien projet de directive 1.7.3 mais a été quelque peu resserré. On a donc parlé de « l'insertion dans le traité de clauses restrictives, visant à limiter sa portée ou son application ». À propos du second exemple, le Comité a décidé de maintenir une disposition sur les réserves dites « bilatéralisées » essentiellement pour préciser que les procédures visées ne sont pas en effet des réserves. L'ancien projet de directive 1.7.4 a servi de base au libellé du second tiret du texte proposé. Des doutes ont été exprimés à propos de l'expression « en vertu d'une disposition expresse d'un traité », jugée par certains trop restrictive, mais le Comité a décidé de la maintenir car elle visait l'hypothèse la plus habituelle. Par souci de simplifier le libellé et de ne pas recourir à des formules latines sans nécessité, l'expression « dans leur application à leurs rapports *inter se* » qui figurait dans le projet de directive 1.7.4 a été remplacée par les mots « dans leurs relations mutuelles ».

73. Le dernier projet de directive, le projet de directive 1.7.2, s'inspire du projet de directive 1.7.5 proposé par le Rapporteur spécial. Fort de ses travaux sur les projets de directives 1.7.1 à 1.7.4, le Comité de rédaction a entrepris l'examen du projet de directive en question sur la base d'une nouvelle proposition rédigée sur le modèle du nouveau projet de directive 1.7.1. Il a suivi dans la première partie du texte une formulation proche de celle proposée par le Rapporteur spécial pour son projet de directive 1.7.5 et donné deux exemples à titre indicatif. Il a conservé le titre du projet de directive 1.7.5.

74. Quant au texte, si l'on compare le nouveau projet à celui proposé par le Rapporteur spécial, on constatera que le Comité de rédaction a remplacé l'expression « les parties contractantes », qui ne lui a pas semblé appropriée, par les mots « les États ou les organisations internationales », et cela également par souci d'harmonisation avec d'autres projets de directives déjà adoptés.

75. En ce qui concerne le premier tiret, à savoir l'insertion dans un traité de dispositions visant à l'interpréter, procédé que le Rapporteur spécial avait déjà mentionné dans son projet de directive, un consensus s'est dégagé en faveur du maintien d'une disposition rédigée sur le modèle du premier tiret du nouveau projet de directive 1.7.1. Le Comité a par ailleurs supprimé l'adjectif

« expresses » qualifiant le mot « dispositions » et ajouté à la fin dans la version anglaise les mots *the same treaty*.

76. Pour ce qui est du second tiret, le Comité de rédaction est convenu de reprendre la mention initiale des « accords » complémentaires, mais au singulier. Il a en outre examiné plusieurs variantes pour remplacer le mot « complémentaire », par exemple l'adjectif « spécifique », mais il a décidé finalement de conserver le mot « complémentaire ». Il a par ailleurs apporté une modification mineure à la version anglaise du texte, en remplaçant l'expression initiale *to that end* par les mots *to the same end*.

77. Le Comité de rédaction recommande à la Commission d'adopter les projets de directives figurant dans son rapport de manière à permettre au Rapporteur spécial de préparer les commentaires y relatifs.

78. M. ECONOMIDES estime que, dans le projet de directive 1.1.8, au lieu de « en conformité avec une clause », il vaudrait mieux écrire « en conformité avec une de ses clauses », c'est-à-dire une des clauses du traité visé. Ce changement rendrait le texte plus clair.

79. À la fin du second tiret du projet de directive 1.7.1, il conviendrait de remplacer les mots « du traité » par « de ce traité ». Là encore, pour plus de clarté, et pour bien marquer que c'est le même traité qui est visé.

80. M. HAFNER a toujours des doutes quant à l'applicabilité du projet de directive 1.1.8 au cas de certains traités internationaux prévoyant des dérogations sans que cela rende impossible d'autres réserves. Il s'incline cependant devant le sentiment général, qui est d'adopter ce projet de directive en l'état.

81. Pour ce qui est du projet de directive 1.7.1, il croit comprendre que son second tiret ne va pas à l'encontre de ce qui est déjà prescrit en droit conventionnel, à savoir que des restrictions s'appliquent au traité visé. Ce qui signifie que le droit de conclure de tels accords doit s'entendre comme soumis aux limites fixées par le droit international général qui s'applique en l'espèce. Cela concerne en particulier la restriction selon laquelle les États ne peuvent conclure d'accords incompatibles avec la réalisation du but et de l'objet du traité en cause.

82. M. GAJA (Président du Comité de rédaction) considère que, sous réserve de l'accord du Rapporteur spécial, les deux propositions de M. Economides sont acceptables.

83. Il fait observer à M. Hafner qu'on ne vise pas dans les projets de directives examinés la question de la validité des réserves et déclarations interprétatives. On ne se préoccupe pas ici de savoir si les accords visés sont valides au sens de l'article 41 de la Convention de Vienne de 1969 ou selon d'autres principes de cette convention.

84. M. HAFNER en convient, mais souligne qu'il faudra de toute façon aborder la question de la validité des réserves. Il craint que si l'on adopte le texte actuel des projets de directives concernant ce que l'on appelle les traités ou accords *inter se*, on ne traite pas de la validité de ces instruments dans les directives qui suivront. Tels qu'ils sont actuellement libellés, ces projets de directives donnent l'impression qu'il existe un droit illimité de conclure de

tels traités, et M. Hafner voudrait qu'il soit bien entendu que l'interprétation à retenir est celle du droit conventionnel.

85. M. ROSENSTOCK dit que la proposition de M. Economides concernant le projet de directive 1.1.8, qui amènerait à remplacer dans la version anglaise *a clause* par *one of its clauses*, est beaucoup moins élégante que la version actuelle et peut prêter à confusion. La clause ou les clauses en question peuvent être grammaticalement rattachées à « une déclaration unilatérale ». Il préférerait donc que le libellé actuel de ce projet de directive soit conservé, mais il n'a aucune objection quant aux autres modifications proposées.

86. M. TOMKA pense que la proposition de M. Economides risque de poser des problèmes d'interprétation dans la mesure où l'on peut se demander si une seule clause suffit à exclure ou modifier un effet juridique ou s'il en faut plusieurs. Pour sa part, il appuie fermement le texte proposé par le Comité de rédaction.

87. M. SIMMA estime que l'intention de M. Economides est de préciser que la clause en question doit être une clause figurant dans le traité même à l'égard duquel une déclaration unilatérale peut être faite.

88. Quant aux préoccupations de M. Hafner, elles sont à son avis balayées par le membre de phrase « la conclusion d'un accord ... en vertu d'une disposition expresse d'un traité », figurant dans le projet de directive 1.7.1, qui élimine pour l'essentiel le risque qu'il a évoqué. On ne peut imaginer en effet que, si un accord *inter se* peut être conclu en vertu de dispositions expresses d'un traité, de telles dispositions expresses autorisent la conclusion d'accords contraires au but et à l'objet du traité.

89. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA rappelle que cette série de projets d'articles a suscité de nombreuses controverses. Il se demande si, bien qu'un considérable effort d'écriture ait été fait, le débat sur l'opportunité d'inclure les projets de directives 1.7.1 et 1.7.2 dans le Guide de la pratique doit être considéré comme clos. À la lecture de ces dispositions, on peut avoir l'impression qu'il s'agit d'une offre faite aux États et aux organisations internationales parties à un traité de s'écarter de la ligne qu'ils ont cru au départ retenir pour la réalisation d'un instrument juridique. Dans la mesure où de telles possibilités militent en fin de compte contre le système initial que l'on cherche à mettre en œuvre, M. Pambou-Tchivounda exprime des réserves quant à la pertinence de ces deux projets de directives.

90. Quant on lit le texte du projet de directive 1.4.6, on constate que ce qui y est prévu n'entre pas dans le champ d'application du Guide de la pratique. La question qui vient immédiatement à l'esprit est de savoir quels sont l'intérêt et le sens de son second paragraphe, dès lors que la directive elle-même n'entre pas dans le champ d'application du Guide. Ce second paragraphe n'ajoute pas grand-chose, et ne constitue pas une directive.

91. M. PELLET (Rapporteur spécial) constate qu'à propos des alternatives aux réserves et aux déclarations interprétatives, M. Pambou-Tchivounda n'a fait que répéter ce qu'il avait déjà dit à la Commission et ne croit pas que ce soit le moment de rouvrir le débat. Il a été convenu à cet

égard, malgré les réticences de certains membres, qu'il valait mieux quelque chose que rien, s'agissant d'un guide de la pratique.

92. Par contre, le Rapporteur spécial est un peu surpris de la position de M. Pambou-Tchivounda sur le projet de directive 1.4.6. Ce dernier a l'air de s'étonner que la formulation du Comité de rédaction, identique à celle que le Rapporteur spécial avait proposée, n'entre pas dans le champ d'application du Guide de la pratique. Toutes les directives figurant dans la section 1.4 de la première partie sur la définition sont rédigées de cette manière, et si l'on ne voulait pas de cette directive, il faudrait supprimer l'ensemble de la section 1.4 qui constitue ce que l'on a appelé le « zoo », c'est-à-dire les directives qui excluent ce qui ne constitue pas une réserve et donc n'entre pas dans le champ d'application du Guide. Par contre, les déclarations interprétatives, bien qu'elles ne soient pas des réserves, entrent dans le champ d'application du Guide. Les deux précisions semblent indispensables, sauf à remettre en question toute l'architecture de la première partie, ce qui n'est pas de mise.

93. En ce qui concerne la proposition de M. Economides sur le projet de directive 1.1.8 et la réticence de M. Rosenstock s'agissant de sa version anglaise, si l'on adopte la formulation « une de ses clauses », on exclut l'idée qu'une clause d'exclusion pourrait être prévue dans un traité distinct. On peut imaginer que des États concluent un traité, puis que, quelques années plus tard, ces mêmes États concluent un autre traité prévoyant une possibilité d'exclusion de l'effet du premier traité. Le problème ne s'est peut-être jamais posé, mais la rédaction proposée par M. Economides a l'inconvénient de ne pas envisager la possibilité d'une clause figurant dans un traité différent. Il y a aussi l'hypothèse où un État adhérerait tardivement à un traité A alors que le traité B serait déjà en vigueur, et ferait cette déclaration. Cela étant, ce n'est pas le genre d'hypothèses qui a été envisagé et le Rapporteur spécial serait d'accord pour introduire un élément de rigidité qui ne paraît pas indispensable pour donner satisfaction à M. Economides. Il conviendrait cependant d'utiliser plutôt une formule habituelle que l'on retrouve ailleurs dans le projet de directives, par exemple « une clause figurant dans ce traité » ou « une clause de ce traité ».

94. La même observation vaut pour le projet de directive 1.7.1, où « certaines dispositions figurant dans ce traité » serait préférable à « certaines dispositions du traité ». Si l'on retient cette formule, que ce soit dans le projet de directive 1.1.8 ou dans le projet de directive 1.7.1, le problème soulevé par M. Rosenstock se trouve de toute façon résolu ou supprimé.

95. Quant à M. Hafner, il a lui aussi réaffirmé la position qu'il avait prise à la Commission, et qui s'est révélée très minoritaire. Il n'est donc pas besoin d'y revenir, d'autant que M. Simma lui a très bien répondu pour ce qui regarde le second tiret du projet de directive 1.7.1. L'accord étant conclu en vertu d'une disposition expresse du traité, on ne voit pas comment il pourrait être illicite. En l'occurrence, mais c'est une constante chez lui, M. Hafner confond les problèmes de définition et les problèmes de licéité.

96. M. ECONOMIDES rappelle que le Rapporteur spécial prévoyait expressément dans son projet de directive

1.1.8 que la déclaration devait être faite en conformité avec le traité visé et qu'il ne peut s'agir d'un autre traité. On parle ici de clauses d'exclusion à interpréter d'une manière très restrictive et l'on ne voit pas qu'un autre traité puisse éventuellement entrer en ligne de compte. Il faut tout simplement lier le traité avec une de ses dispositions. Peu importe le libellé, celui qu'a proposé le Rapporteur spécial (« figurant dans ce traité ») est satisfaisant.

97. M. TOMKA fait observer que, dans un souci d'uniformité, il serait bon de prendre garde à ce que le vocabulaire utilisé soit cohérent dans l'ensemble du projet de directives. La formule « du traité » apparaît non seulement dans le projet de directive 1.7.1 mais aussi dans les projets de directives 1.4.6 et 1.4.7. C'est pourquoi M. Tomka penche plutôt pour que le texte du projet de directive 1.7.1 reste inchangé.

98. M. GAJA (Président du Comité de rédaction) ajoute que cette formule figure dans des projets de directives déjà adoptés (1.1.4, 1.1.5 et 1.1.6). Le problème soulevé par M. Economides est d'ordre général et il conviendrait de réexaminer l'ensemble des projets de directives pour vérifier que les formulations sont homogènes et, si nécessaire, les modifier. Pour le moment, la Commission pourrait conserver le texte des projets de directives examinés tel qu'il est, sous réserve d'un contrôle à effectuer ultérieurement.

99. En ce qui concerne la proposition de M. Economides relative au projet de directive 1.1.8, M. Gaja note que si l'on retient la formule « avec une clause figurant dans ce traité », il faudra rajouter le mot « et » avant les mots « autorisant expressément les parties », ce qui alourdit un peu le texte.

100. Le PRÉSIDENT dit qu'il est difficile de s'occuper de rédaction en séance plénière. Comme le Président du Comité de rédaction l'a suggéré, il propose à la Commission d'entériner la recommandation du Comité tendant à adopter en l'état les projets de directives examinés, étant entendu qu'un toilettage final sera effectué lorsque les projets de directives restants auront été adoptés. S'il n'entend pas d'objection, il considérera que la Commission souhaite procéder ainsi.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 13 h 5.

2641^e SÉANCE

Mardi 18 juillet 2000, à 10 h 5

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Illueca, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk,

M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka.

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses)¹ [suite*] (A/CN.4/504, sect. D, A/CN.4/509², A/CN.4/510³)

[Point 4 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

1. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial), présentant son troisième rapport (A/CN.4/510) sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, sujet subsidiaire de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, commence par brosser un bref aperçu du contexte dans lequel s'inscrit la deuxième lecture du projet d'articles sur la prévention qu'entame la Commission. Le sujet de la responsabilité internationale (*liability*) prend son origine dans l'examen par la Commission de la question de la responsabilité des États (*responsibility*) découlant de la commission d'un fait internationalement illicite. Celle-ci s'est demandé en quoi consistait la responsabilité internationale en cas de dommages causés par une activité par ailleurs non illicite – « illicite » étant dans ce contexte l'antonyme non de « licite » mais de « non interdite ». Elle a estimé que de telles situations méritaient d'être examinées sous un angle légèrement différent et a donc chargé un rapporteur spécial de se pencher sur le nouveau sujet. À l'origine, la Commission s'est attaquée simultanément aux sujets de la responsabilité internationale et de la prévention. À la quarante-quatrième session, cependant, le sentiment s'est fait jour qu'il convenait d'étudier d'abord la prévention, afin de concrétiser un consensus naissant sur l'obligation de diligence due inhérente à cette notion, et de décider ultérieurement de la ligne de conduite la plus appropriée s'agissant de la responsabilité internationale⁴. S'il a été reconnu que cette décision était un moyen de faire avancer les travaux, des préoccupations ont été exprimées par les États à la Sixième Commission quant à l'opportunité d'une séparation des deux sujets qui risquait de se solder par un divorce – et d'une démarche qui, de plus, négligeait le principal objectif du mandat de la Commission. À sa cinquante et unième session, la Commission a néanmoins

pris la décision de commencer par achever la deuxième lecture du projet d'articles sur la prévention⁵, pour ensuite seulement déterminer si – et, dans l'affirmative, comment et quand – elle traiterait du sujet de la responsabilité internationale.

2. En tant que rapporteur spécial sur le sujet de la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, M. Sreenivasa Rao s'est heurté à un certain nombre de problèmes d'orientation générale. C'est ainsi qu'il a dû examiner, par exemple, quelles étaient les activités qui entraient dans le champ du sujet, quels étaient les éléments de l'obligation de diligence due et, enfin, quelles seraient les conséquences des manquements à cette obligation. C'étaient là des questions difficiles, sur lesquelles aucun consensus ne s'était dégagé au fil des ans, que ce soit à la Commission, dans la doctrine ou dans la pratique des États.

3. Ce sujet ne pouvait pas non plus être séparé du thème général de la promotion du développement durable selon lequel il fallait accorder un poids égal à l'environnement et au développement dans l'élaboration des politiques, ni de celui du renforcement des capacités, qui impliquait de formuler et de consolider les normes visant à réduire au minimum le risque lié aux technologies intrinsèquement dangereuses. La question de savoir comment aborder des situations dans lesquelles le respect des normes les plus exigeantes et le recours aux meilleures technologies disponibles n'empêchent pas la survenance de dommages est l'une de celles qu'il vaudrait mieux traiter à un stade ultérieur – peut-être au cours de l'examen du sujet de la responsabilité internationale; c'est en tout cas une question dont la Commission ne devrait pas s'encombrer au stade actuel.

4. Eu égard à ces considérations, la Commission devrait traiter de la prévention au sens le plus strict et le plus étroit possible, en en limitant la portée aux activités faisant intervenir un lien matériel entre l'État d'origine et les États susceptibles d'être affectés, aux cas où l'activité comporte un risque de dommage transfrontière significatif – le mot « significatif » n'étant pas aussi ambigu qu'il n'y paraît, puisque les États peuvent définir bilatéralement les degrés de gravité applicables dans le cadre d'un régime mis en place dans un but particulier. En facilitant ainsi sa tâche, la Commission exclura de son examen l'étude de phénomènes tels que la pollution larvée, le dommage effectif, le dommage résultant de l'effet cumulatif de plusieurs activités (par exemple dans le cas d'une pollution atmosphérique) ou le préjudice porté à des secteurs n'entrant dans aucun des domaines de compétence d'un État particulier – ce que l'on appelle l'« indivis mondial ». Ces propositions ont néanmoins recueilli un très large appui au sein de la Sixième Commission et n'ont suscité aucune opposition déclarée. Les quatre ou cinq domaines dont l'exclusion a fait naître quelques inquiétudes restent des candidats prometteurs à un développement progressif ultérieur, davantage en tout cas que des éléments de la prévention tels que le principe de précaution et le principe « pollueur-payeur », qu'on ne peut traiter isolément – point sur lequel M. Sreenivasa Rao reviendra le cas échéant.

* Reprise des débats de la 2628^e séance.

¹ Pour le texte des projets d'articles provisoirement adoptés par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1998*, vol. II (2^e partie), par. 55, p. 21.

² Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

³ Ibid.

⁴ Voir *Annuaire... 1992*, vol. II (2^e partie), par. 344 à 349, p. 54.

⁵ Voir *Annuaire... 1999*, vol. II (2^e partie), par. 607 et 608, p. 149.

5. La plus grande partie du travail sur la prévention dont la Commission et la communauté internationale sont saisies sous la forme de 17 projets d'articles a consisté essentiellement en un développement progressif, car aucun ensemble de procédures universellement acceptées n'est applicable dans le domaine de la prévention. Le travail du Rapporteur spécial, comme celui de la Commission, s'appuie sur la nécessité d'élaborer des procédures permettant aux États d'agir de concert et non isolément.

6. L'une des questions qui se sont posées au cours de l'examen du projet d'articles à la Sixième Commission a été de savoir si l'obligation de diligence due se trouvait en quelque sorte diluée par l'obligation faite aux États de négocier un régime tenant compte d'un juste équilibre des intérêts lorsqu'il existe un risque de dommage transfrontière significatif. De l'avis du Rapporteur spécial, l'article 12 adopté en première lecture définit simplement l'obligation d'une manière mutuellement acceptable sans rien en soustraire. Cette opinion trouve son expression dans son troisième rapport. Parmi les autres questions qui se sont posées figure celle de la nature exacte de la diligence due. Les conclusions du Rapporteur spécial sur cette question, énoncées dans son deuxième rapport⁶, sont récapitulées au paragraphe 20 de son troisième rapport. La question des conséquences d'un manquement à l'obligation de diligence due est traitée aux paragraphes 35 à 49 du deuxième rapport. La conclusion du Rapporteur spécial à cet égard, énoncée au paragraphe 49 dudit rapport, est que la question du respect de l'obligation sort du champ de l'élaboration des projets d'articles sur la prévention.

7. La question la plus importante dont traite le troisième rapport est de savoir – dès lors qu'il a été convenu d'écarter le thème de la responsabilité internationale pour le moment et de se concentrer sur l'obligation de diligence due – si la Commission doit toujours étudier le thème subsidiaire des activités dangereuses dans le cadre plus large des « actes non interdits par le droit international », et quelles conséquences aurait le fait de retenir ou non cette classification. C'est une question qui a été posée à juste titre par certains membres de la Commission et qui a également été soulevée dans d'autres instances.

8. Elle ne peut être éludée, et elle est traitée au chapitre V du troisième rapport. Alors que la responsabilité des États porte sur les faits illicites, la responsabilité internationale concerne l'indemnisation des dommages causés par des actes qui ne sont pas nécessairement interdits par le droit international. Si donc la prévention est essentiellement une question de gestion des risques, l'expression « actes non interdits par le droit international », dont l'objet originel était de les distinguer des faits illicites, peut s'avérer inutile et même inappropriée. Il est néanmoins difficile de se passer de cette notion parce qu'elle en est venue à être associée à deux possibilités : si certaines obligations de diligence due s'imposent du fait d'une nécessaire prévention et que certains manquements se produisent, ou bien on compte que l'activité prévue sera automatiquement interdite puisque l'obligation de diligence due n'est pas respectée, ou bien on s'attend à ce que l'activité soit toujours considérée comme autorisée parce que l'État a pour seul devoir de s'acquitter de son obligation de

diligence due aussi efficacement que possible. En d'autres termes, la question est de savoir si, dans le cas où il n'est pas expressément déclaré que l'activité n'est pas interdite, ladite activité devient interdite du fait de la méconnaissance des obligations de diligence due. Cette crainte est au cœur de la décision de supprimer ou de retenir la référence aux « activités non interdites par le droit international ». Bien qu'elle soit fondée, aucune des autorités que le Rapporteur spécial a approchées ne lui a indiqué que la méconnaissance de l'obligation de diligence due rendait l'activité interdite. Elle donne toutefois naissance à un droit pour ceux qui sont susceptibles d'être affectés d'amener les initiateurs de l'activité à contracter des obligations, idée qui s'inscrit en filigrane dans toute la notion de diligence due. De l'avis du Rapporteur spécial, supprimer cette référence ne créerait pas d'autres difficultés, et permettrait peut-être même de rallier davantage de membres au projet d'articles.

9. Un certain nombre de grands États se sont déclarés profondément préoccupés par le fait que mettre l'accent sur le principe de la prévention isolément au lieu de le lier à la coopération internationale, au renforcement des capacités et aux thèmes plus généraux du développement durable les découragerait d'adopter le régime en cours d'élaboration. Les vues exprimées l'ont été de manière très ferme et le Rapporteur spécial a tenté d'en traiter dans la mesure du possible au chapitre IV.

10. Pour encourager un élargissement du consensus et une adoption universelle des articles, la Commission devrait tenir compte de ce qui est dit dans le préambule; un tel préambule est essentiel si l'on veut que le projet recueille un soutien général.

11. Au cours de la première partie de la session en cours, toutes les modifications proposées au projet d'articles adopté en première lecture, à l'exception du préambule, ont été examinées par le Groupe de travail, qui a tenu cinq séances et examiné les observations communiquées par les États. Un consensus s'est dégagé sur l'ensemble des projets d'articles dont la Commission est désormais saisie. Un certain nombre de modifications de caractère essentiellement rédactionnel ont été apportées. Les anciens numéros des projets d'articles adoptés en première lecture figurent entre crochets.

12. L'alinéa *a* de l'article 2 a été remanié, à la lumière des observations faites, dans le but d'éliminer la confusion que pouvait entretenir la conjonction « et » utilisée dans la version adoptée en première lecture. L'idée que le risque couru aux fins du projet d'articles se situe dans un éventail particulier de probabilités, allant d'une forte probabilité à une faible probabilité de causer un dommage significatif, est rendue de manière plus explicite.

13. L'alinéa *f* de l'article 2 est nouveau, mais il a été jugé nécessaire en raison de l'emploi fréquent de l'expression « États intéressés » dans le projet d'articles.

14. L'article 4 contient le mot supplémentaire « compétentes » afin de souligner que ce ne sont pas toutes les organisations internationales en général qui sont concernées.

15. Le paragraphe 1 de l'article 6 [7] est une version remaniée du principe de l'autorisation préalable, mais les

⁶ Ibid., vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/501.

modifications sont de caractère purement rédactionnel et tiennent compte des observations qui ont été faites. Les modifications apportées au paragraphe 2 de l'article 6 sont de caractère essentiellement rédactionnel mais, même tel qu'il a été modifié, le paragraphe 2 peut encore poser des problèmes dans son application, ainsi que le Chili l'a souligné, s'agissant des droits acquis et des investissements étrangers qui peuvent même conduire à des réclamations internationales. Ce sont toutefois des questions qui peuvent et devraient être réglées par les États, conformément aux prescriptions de leur droit interne et à leurs obligations internationales. On espère que cela ne posera pas de problèmes insurmontables, car, en général, il est inévitable que les règlements étatiques régissant les activités dangereuses soient modifiés périodiquement pour tenir compte de l'expérience acquise et des progrès scientifiques et techniques.

16. L'article 7 [8] contient désormais dans son titre le mot « environnement » et souligne que toute évaluation de l'impact sur l'environnement doit, en particulier, reposer sur une évaluation du dommage transfrontière possible du fait de l'activité dangereuse.

17. L'article 8 [9] introduit simplement l'expression « États intéressés » pour indiquer que tant l'État d'origine que les États susceptibles d'être affectés ont le devoir de tenir le public informé de l'activité dangereuse.

18. L'article 9 [10], sans tenter de modifier l'article précédent sur le fond, prescrit de ne prendre aucune décision définitive sur l'autorisation préalable de l'activité dangereuse avant d'avoir reçu, dans un délai raisonnable et en tout cas dans les six mois, la réponse des États susceptibles d'être affectés.

19. L'article 10 [11] donne toute latitude aux États intéressés de fixer la durée maximale des consultations. Un nouveau paragraphe a été ajouté au projet d'article révisé, reproduisant le paragraphe 3 de l'article 13 adopté en première lecture, avec une seule modification. Ce nouvel article souligne que l'État d'origine peut convenir de suspendre l'activité en question pendant une période d'une durée raisonnable, au lieu de la période de six mois qui avait été proposée dans le paragraphe 3 de l'ancien article 13. Il a été jugé nécessaire de déplacer ce paragraphe du fait que l'article 10 [11] est mentionné à l'article 12 [13]. La procédure à suivre sera identique, même si elle est engagée à l'initiative des États susceptibles d'être affectés, mais alors, dans la mesure où elle s'applique, cette procédure devra traiter des opérations déjà autorisées par l'État d'origine et en cours d'exécution.

20. Les articles 11 [12], 12 [13] (hormis la suppression du paragraphe 3), 13 [14], 15 [16] et 19 [17] demeurent inchangés. L'article 14 [15] n'est pour l'essentiel pas modifié, si l'on excepte l'ajout des mots « ou de ses droits de propriété intellectuelle », qui donne suite à une proposition judiciaire.

21. Les articles 16 et 17 ont été ajoutés comme suite à des propositions faites par les États. Il a été jugé raisonnable de les placer dans le cadre de la prévention puisque des plans d'action en cas de catastrophe ou mesures de planification préalable doivent être mis en place par chaque État en tant que mesures de prévention ou de précaution. La teneur de ces articles s'inspire pour l'essentiel de celle

d'articles analogues figurant dans la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. L'article 18 n'est autre que l'ancien article 6, déplacé dans le souci d'une meilleure présentation.

22. Enfin, le préambule est considéré comme essentiel pour tenir compte, au moins partiellement, des vues de plusieurs États qui ont mis l'accent sur le droit au développement, une approche équilibrée des relations entre l'environnement et le développement, l'importance de la coopération internationale et les limites à la liberté des États. Ce sont des idées dont tout le projet d'articles est imprégné, et l'on espère qu'un tel préambule, plutôt que des articles distincts traitant expressément de ces principes ainsi qu'ils ont suggéré certains États, constituera pour la plupart d'entre eux une base raisonnable pouvant les amener à accepter l'ensemble des articles proposés. Un tel préambule convient également à une convention-cadre, et c'est sous cette forme que l'on peut recommander d'adopter ces articles.

23. M. LUKASHUK félicite le Rapporteur spécial et la Commission dans son ensemble d'avoir achevé les travaux sur le projet concernant la prévention des dommages transfrontières et fait observer qu'à son avis ce projet est prêt à être adopté. Le Rapporteur spécial a réussi à surmonter un grand nombre d'obstacles, à tenir compte des diverses positions des États et à établir un projet qui permet de résoudre de nombreuses questions très complexes et importantes.

24. Si le Rapporteur spécial a, à juste titre, appelé l'attention sur l'importance du préambule, ce dernier soulève quelques doutes dans l'esprit de M. Lukashuk, car il ne contient que des références aux résolutions de l'Assemblée générale, documents importants, certes, mais relevant de la *soft law*. Il existe toute une série de conventions dans lesquelles figurent des dispositions ayant une incidence directe sur le projet d'articles, et il importe au plus haut point de montrer que ces articles ont un fondement solide, non seulement dans la *soft law*, mais aussi en droit international positif.

25. L'article 5, sur la mise en œuvre, impose à juste titre aux États l'obligation de prendre toutes les mesures voulues, et le droit interne a un rôle très important – en fait décisif – à jouer dans la mise en œuvre de la future convention. Ce n'est pas seulement une question d'organisation, c'est aussi une question qui touche la manière d'interpréter une telle convention. Dans de nombreux cas, les dispositions correspondantes du droit interne sont plus développées et plus approfondies.

26. On peut en donner comme exemple une loi adoptée par la Fédération de Russie en 1999 sur la protection de la qualité de l'air, dont l'objet est de mettre en œuvre les droits constitutionnels des citoyens russes à jouir d'un environnement favorable et à disposer d'informations fiables sur l'environnement. L'objectif déclaré de cette loi est de donner la priorité à la protection de la vie et de la santé des générations présentes et futures et elle prévoit la création d'un système perfectionné en vue de gérer la protection de la qualité de l'air, y compris son contrôle, tout comme l'exige le projet d'article en question. La loi russe contient un chapitre distinct portant sur les droits des

citoyens en ce qui concerne la protection de la qualité de l'air. Ces derniers ont le droit non seulement de recevoir les informations pertinentes mais aussi de participer à la prise des décisions qui les intéressent. Les personnes coupables d'infraction à la loi sont responsables sur les plans civil, administratif et pénal et les victimes sont pleinement indemnisées. Ce qui est intéressant, c'est que la loi ménage une place considérable à la pollution transfrontière et oblige tous les opérateurs à prendre les mesures nécessaires pour la réduire. Elle contient un chapitre distinct sur la coopération internationale, dans lequel il est déclaré que la Fédération de Russie prêtera son concours conformément aux traités internationaux, notant que les dispositions des traités internationaux sont supérieures au droit interne, lequel peut être utilisé pour interpréter une future convention. La loi russe contient une définition très détaillée de la pollution atmosphérique transfrontière. Cet exemple donne des raisons de penser que le projet à l'étude est parfaitement réaliste du point de vue du droit interne et que son application ne devrait rencontrer aucun obstacle juridique de la part des États.

27. M. GOCO appelle l'attention du Rapporteur spécial sur un article intitulé "Sun, sand and toxic waste" (« Soleil, sable et déchets toxiques »)⁷ dans lequel il est déclaré que, pour la première fois, la Cour européenne de justice a infligé une amende à un membre de l'Union européenne (affaire *Commission des Communautés européennes c. République hellénique*). La Grèce a été condamnée à une astreinte de 20 000 euros par jour jusqu'à ce que ses autorités aient nettoyé une décharge de déchets toxiques située dans un ravin proche des plages touristiques de l'ouest de la Crète. Selon l'article du *Time*, les autorités locales responsables de la gestion des déchets en Crète se sont opposées au projet qu'avait formé l'État de fermer la décharge et de la remplacer par une usine de recyclage ultramoderne qui devait être située plus près d'une région habitée. Le Ministre grec de l'environnement aurait dit que, chaque fois qu'il prenait une mesure pour régler la crise, les gens du cru empêchaient les ouvriers de l'État de commencer l'aménagement d'une aire de stockage provisoire des déchets.

28. M. Goco espère que le Rapporteur spécial conviendra qu'il s'agit d'une situation dans laquelle l'État a exercé la diligence due mais a été empêché de mettre en œuvre ses plans en raison de circonstances indépendantes de sa volonté. Cette situation est pertinente pour le sujet à l'étude.

29. M. GAJA félicite le Rapporteur spécial de déployer des efforts inlassables pour améliorer le texte et le faire adopter par la Commission, et tout particulièrement d'avoir fait glisser le projet d'articles du sujet insaisissable de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international vers celui, plus consistant, de la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses.

30. À propos du maintien de l'expression « activités non interdites par le droit international » à l'article premier, M. Gaja se demande s'il ne serait pas préférable de men-

tionner l'obligation de prévenir des risques importants, que les activités en question soient ou non interdites par le droit international. Si une obligation est imposée parce qu'un risque important existe, quelle importance revêt le fait que l'activité soit interdite ou non – et pour des raisons qui pourraient n'avoir strictement aucun rapport avec le risque ? De plus, une activité interdite en droit international ne l'est pas nécessairement relativement à l'État susceptible de subir le dommage. Pourquoi faudrait-il qu'une obligation assumée par l'État d'origine envers des États tiers ait une incidence sur l'application du projet d'articles lorsque l'on en vient aux procédures conçues pour empêcher qu'un dommage significatif ne soit causé à un autre État ? M. Gaja pense que l'article premier ne devrait plus mentionner les activités qui ne sont pas interdites en droit international comme condition d'applicabilité du projet d'articles.

31. Le Rapporteur spécial a mentionné les critiques de certains États concernant le fait que les projets d'articles adoptés en première lecture traitent uniquement des dommages transfrontières interétatiques et n'abordent pas la question des dommages causés à des zones situées hors des juridictions nationales ou à l'indivis mondial. Au stade actuel, il serait difficile d'aborder cette question, mais on pourrait en dire quelque chose dans le préambule ou dans une disposition « sans préjudice », ne serait-ce que pour montrer que la Commission est consciente que la question se pose et est préoccupée par les activités industrielles susceptibles, par exemple, de détruire la couche d'ozone et donc d'avoir des conséquences néfastes pour toute l'humanité.

32. Pour M. Gaja, la mise à la charge de l'État d'origine d'un devoir de notification et de consultation est au cœur des projets d'articles. En vertu de l'article 9 [10], l'État d'origine n'est obligé de donner une notification que lorsqu'il est parvenu, après évaluation, à la conclusion qu'un risque significatif existe. En vertu de l'article 7 [8], l'État d'origine est tenu de procéder à une telle évaluation en cas d'éventuels dommages transfrontières, mais il peut éprouver quelque réticence à mener l'évaluation de façon très approfondie – en partie parce que, si le risque d'un dommage significatif était détecté, d'autres obligations en découleraient. Le projet incite donc l'État d'origine à ne pas faire précisément ce qu'il est censé faire, à savoir notifier au plus tôt le risque d'un dommage significatif.

33. En vertu de l'article 3 de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, la notification par l'État d'origine est obligatoire dans le cas d'activités qui risquent d'avoir un impact transfrontière significatif. Les projets d'articles n'ont pas pour objet d'empiéter sur cette obligation, mais ils en énoncent de moins contraignantes, et cela risque de compromettre l'application correcte de la Convention.

34. Les États susceptibles de subir un dommage ont un réel intérêt à prendre part à l'évaluation du risque. Ils devraient pouvoir non seulement demander, mais aussi recevoir notification préalable de l'évaluation, afin qu'ils puissent y contribuer, et la rendre ainsi plus approfondie sans doute qu'elle ne l'aurait été sans cela.

35. Se pose enfin la question des obligations qui incombent à l'État intéressé une fois que le risque de dommage

⁷ *Time*, 17 juillet 2000, p. 23.

significatif a été évalué. En vertu de l'article 10 [11], ces obligations sont censées conduire à une solution acceptée d'un commun accord. Il n'est pas dit grand-chose de la teneur éventuelle d'un tel accord, mais quelques indications à ce sujet pourraient aider les États à parvenir à un accord répondant aux préoccupations qui sous-tendent les projets d'articles. L'une des façons de procéder pourrait être de proposer que les États se mettent d'accord pour créer un organisme conjoint de surveillance ayant notamment pour mandat de veiller à ce que l'équilibre des intérêts soit maintenu comme il convient, que l'importance des risques n'augmente pas considérablement et que les plans d'intervention en cas de catastrophe soient établis de manière appropriée. Une telle approche, comme on l'a vu en matière d'accords sur les cours d'eau et dans d'autres domaines, est souvent la meilleure façon d'amener les États à coopérer.

36. M. BROWNLIE souscrit aux critiques faites par M. Gaja à propos de l'expression « activités non interdites par le droit international ». Il approuve la politique du Rapporteur spécial, décrite aux paragraphes 27, 32 et 33 du troisième rapport, qui consiste à souligner que le sujet de la prévention est lié à celui de la gestion des risques.

37. La seule difficulté qu'il éprouve en ce qui concerne l'appareil conceptuel général est l'accent mis, en particulier aux paragraphes 18 à 49 du deuxième rapport⁸, sur l'obligation de diligence due. Il convient d'être prudent, car le fait de s'appuyer sur cette notion peut créer précisément la confusion avec les questions de responsabilité des États que le Rapporteur spécial tente d'éviter. Dans le cadre du projet sur la prévention, la valeur opérationnelle de l'obligation de diligence due est limitée. La diligence due en tant que concept n'a aucune autonomie, car elle dépend du contexte. Il s'agit simplement d'une référence à la norme juridique pertinente. On peut la confondre avec la négligence ou la méconnaissance d'un devoir de prévention, alors que la norme ne devrait pas être limitée à la création non intentionnelle d'un risque.

38. Dans l'ensemble, le Rapporteur spécial a réussi à démarquer son sujet de celui de la responsabilité des États. Le sujet de la prévention doit être considéré comme faisant partie intégrante du droit de l'environnement, ce dont il devrait être tenu compte dans la prise d'une décision finale sur le programme de travail à long terme.

39. M. HAFNER demande à M. Gaja des éclaircissements sur ses commentaires concernant la nécessité pour les États, en tant que l'un des résultats des négociations, de se mettre d'accord sur la création d'organismes conjoints de surveillance : faut-il que cela soit un devoir incombant à l'État ou est-ce seulement une possibilité qu'il peut envisager ?

40. M. GAJA y voit une possibilité qui pourrait être mentionnée, mais ce serait aux États intéressés de décider s'ils souhaitent créer de tels organismes.

41. M. SIMMA félicite le Rapporteur spécial de sa présentation avisée et exhaustive du rapport et du projet de convention proposé. Au fil du temps, les questions les plus controversées que comporte le sujet ont été progressive-

ment élaguées. La responsabilité internationale, le principe « pollueur-payeur » et le principe de précaution ont tous été émondés, et il ne reste plus qu'un projet croupion dont le contenu est presque trop mûr pour être codifié. M. Simma partage la préférence manifestée par le Rapporteur spécial pour une convention en lieu et place de la déclaration envisagée précédemment. Un ensemble de projets d'articles sur le mode de la *soft law* ne ferait que s'ajouter aux catalogues de principes déjà élaborés au cours du quart de siècle écoulé. En outre, le fait que les travaux sur la responsabilité des États aboutiront vraisemblablement à une déclaration justifie d'autant plus que le projet sur la prévention prenne la forme d'une convention. C'est le seul produit de la période quinquennale en cours qui puisse le faire.

42. En tant qu'introduction à un ensemble d'articles sur la prévention dans le droit de l'environnement, le préambule penche trop fortement du côté de la liberté d'action. Les deuxième et troisième instruments qu'il mentionne concernent les ressources naturelles et le développement, mais ils devraient être précédés d'une référence au quatrième instrument énuméré, la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement⁹, qui relève spécifiquement du droit de l'environnement. Suivant les conseils de M. Lukashuk, on pourrait faire mention de l'obligation qu'impose le droit international général de veiller sur le territoire de son voisin, selon l'adage *sic utere tuo ut alienum non laedas*.

43. On constate depuis le début du débat sur la prévention une confusion considérable quant à la nature juridique des principes, et le Rapporteur spécial a beaucoup fait pour la dissiper. Les projets d'articles, selon M. Simma, sont un ensemble autonome de règles primaires concernant la gestion ou la prévention des risques, et les travaux sur ce sujet impliquent principalement une codification des obligations primaires de diligence due sous forme essentiellement procédurale. La convention future sera sans préjudice de normes plus élevées et d'obligations plus précises prévues par d'autres traités environnementaux. La référence au droit international coutumier qui figure à l'article 18 [6] devrait être interprétée comme ne se rapportant qu'aux obligations en droit international coutumier, et non pas à la liberté d'action qui est un élément solidement ancré du droit international coutumier. Le non-respect de la future convention engagerait la responsabilité des États, sauf si des procédures sont élaborées en tant que *leges speciales* en vertu de traités relatifs à des formes précises de pollution. Le Rapporteur spécial a raison de dire qu'il n'y a pas de chevauchement négatif avec la responsabilité des États.

44. M. Simma souscrit aux observations de M. Gaja concernant la suppression de l'expression « activités non interdites par le droit international », à l'article premier. Lorsque le projet visait non seulement la prévention mais aussi les dommages, cette expression aurait pu être nécessaire pour prévenir un chevauchement juridique et intellectuel avec la responsabilité des États, mais dès lors que la responsabilité internationale en a été détachée, elle peut

⁸ Voir *supra* note 6.

⁹ Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatifs), vol. I : Résolutions adoptées par la Conférence, résolution 1, annexe I.

être supprimée. En conséquence, le devoir de prévention s'applique également aux activités interdites, ce qui est une approche plus ouverte dont il se félicite. Une distinction doit être établie, toutefois, entre les activités interdites par le droit international de l'environnement, dont très peu comportent une création de risques, et celles interdites par des règles entièrement différentes du droit international, par exemple les activités relatives au désarmement.

45. Le projet ayant été élargi de manière à couvrir les activités non interdites par le droit international, peut-être faudra-t-il réexaminer le texte dans son entier. Ainsi, l'article 6 [7], qui prescrit l'autorisation préalable, pose désormais des problèmes du fait qu'il stipule qu'une autorisation sera requise pour une activité interdite par les règles du droit international, en d'autres termes une activité parfaitement illicite. Peut-être un quatrième paragraphe devrait-il être inclus à l'article 6 [7] pour indiquer que les activités illicites, interdites par le droit international, ne peuvent être autorisées.

46. M. BROWNLIE dit préférer que l'adage *sic utere tuo* soit inséré non pas dans le préambule mais dans une clause de sauvegarde comme l'article 18 [6]. La démarcation soigneusement établie par le Rapporteur spécial entre la prévention et d'autres domaines du droit international doit être maintenue.

47. Les références à la diligence due impliquent que le projet ne s'appliquerait pas à un fait intentionnel ou téméraire, ce qui est totalement irréaliste et certainement rétrograde. L'éventail des sources de risque peut certainement comprendre les activités intentionnelles ou totalement irresponsables en ceci qu'elles ne tiennent aucun compte des risques qu'elles font courir aux autres États. Il existe une étrange tendance dans la doctrine à ne faire aucun cas du *dolus*. Le dossier de l'affaire du *Rainbow Warrior* en est un exemple significatif en ceci que, dans l'ensemble, on n'y trouve aucune référence à un fait intentionnel. M. Brownlie aimerait savoir ce qu'en pense le Rapporteur spécial.

48. M. SIMMA juge difficile d'incorporer l'acte de malveillance ou l'intention de nuire dans le projet. Dans le cadre de l'article 6 [7], par exemple, cela signifierait que si un État a l'intention de faire du tort à un autre État en provoquant une forme quelconque de pollution de l'environnement, il devrait d'abord requérir une autorisation préalable, procéder à une étude d'impact, etc. Le projet tout entier part du principe qu'il s'agit d'activités entreprises essentiellement de bonne foi, mais qui doivent l'être avec une diligence due considérable.

49. M. ROSENSTOCK ne voit pas pourquoi, dans les exemples examinés, l'absence d'autorisation préalable ne peut être considérée comme aggravant la faute, comme un nouveau manquement à une obligation. L'obligation de diligence due prend son origine contemporaine dans l'affaire de l'*Alabama*, où, dans les activités en cause, on avait pris un soin extrême à vérifier si des mesures inappropriées avaient été prises. Sur ce modèle, l'obligation de diligence due peut certainement être considérée comme s'appliquant aux activités malveillantes et intentionnelles.

50. M. HAFNER se dit en désaccord avec M. Simma sur le point de savoir si l'autorisation préalable est incompatible avec l'élimination de la restriction concernant les acti-

tivités non interdites par le droit international. Sa propre interprétation de l'article 6 [7] et des autres articles relatifs à l'autorisation préalable est qu'ils ne confèrent pas un droit à l'autorisation préalable mais disent simplement que, si une activité est exercée, une autorisation est requise. M. Hafner ne voit aucune nécessité de remanier le projet pour tenir compte du changement concernant les activités envisagées.

51. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que l'objet du projet d'articles est clair. Si un État entreprend une activité qui risque de causer des dommages transfrontières, cet État est censé procéder aux évaluations nécessaires, prendre des dispositions pour obtenir une autorisation puis examiner le projet pour veiller à ce qu'il soit conforme à une certaine norme. Le type de projet envisagé est généralement de grande envergure, par exemple une centrale atomique ou hydroélectrique, et peut présenter le risque de rejet de déchets toxiques. Mais, à chaque stade du processus, l'État qui effectue ces activités doit rendre des comptes à l'autre État ou aux autres États en cause. L'élément du *dolus*, ou l'intention ou la licéité de l'activité n'ont aucune pertinence quant aux buts du projet d'articles. Si l'activité est interdite, d'autres conséquences s'ensuivront inévitablement et un État qui poursuit une telle activité devra prendre l'entière responsabilité de ses conséquences. Supprimer l'expression « activités non interdites par le droit international » ne changerait donc pas grand-chose, si les activités sont illicites et considérées comme telles par les États. La suppression de cette expression n'obligerait pas davantage à revoir les dispositions du projet d'articles. Si une activité est illicite, le projet d'articles cesse de s'appliquer; cela devient une question de responsabilité des États. Pour M. Sreenivasa Rao, le projet d'articles porte plutôt sur la mauvaise gestion et la nécessité pour tous les États en cause de faire preuve de vigilance. Il se félicite de la référence faite par M. Rosentock à la notion de diligence due découlant de l'affaire de l'*Alabama*, qui illustre son argument dans une certaine mesure. Il ne s'opposera pas à la suppression de cette expression, mais il pense que cette suppression est inutile.

52. M. TOMKA dit que la question dont la Commission est saisie est celle de la prévention, qui entre dans le sujet plus large des conséquences préjudiciables découlant d'actes non interdits par le droit international. Si donc la Commission souhaite élargir la portée des projets d'articles pour y inclure les actes interdits par le droit international, elle devrait pour cela solliciter l'approbation des États à la Sixième Commission. En second lieu, l'effet de la recommandation du paragraphe 33 du rapport pourrait être d'affaiblir la notion d'interdiction. M. Tomka doute que les États se livrant à des activités interdites en notifient les autres pays intéressés, même s'ils savent que leurs activités peuvent causer des dommages. Les États ne devraient donc pas être invités à ne faire aucun cas des dispositions du projet d'articles, ce qui serait le cas si la Commission estime qu'elles devraient s'appliquer à toutes les activités. Pour M. Tomka, le projet d'articles ne devrait s'appliquer qu'aux activités non interdites par le droit international.

53. M. BROWNLIE dit que le fait de citer l'affaire de l'*Alabama* présente l'inconvénient que cette affaire n'a pas trait à la diligence due mais concerne une violation délibérée des normes de neutralité applicables au cours de

la guerre de Sécession. En ce qui concerne l'article 6 [7], il croit comprendre l'argument de M. Simma, mais cet article n'est pas concluant s'agissant de la question du fait intentionnel; si le projet devient une convention, on peut présumer qu'il y aura des cas dans lesquels les États n'en auront pas appliqué les dispositions comme il convient. La Commission doit donc veiller à ce que le projet d'articles couvre le fait intentionnel. Souvent, on ne fait pas de distinction claire entre le *dolus* et la négligence; comme dans l'affaire de l'*Alabama*, il est possible que l'on ne sache pas clairement dans quelle mesure un gouvernement est coupable de négligence ou pis encore. La difficulté qu'il a notée peut cependant être une question de vocabulaire plus que de fond.

54. M. GAJA dit que sa principale préoccupation à propos du projet d'articles tient aux dispositions concernant la notification, l'information et la consultation. Il devrait être clair que le projet d'articles s'applique à toutes sortes d'activités. La question n'est pas de savoir si une activité est interdite en soi mais si elle implique un manquement à une obligation de l'État d'origine envers l'État où les conséquences préjudiciables de l'activité seraient ressenties. M. Gaja préconise donc de libeller les articles 6 [7] et 11 [12] de façon à ce qu'ils prévoient une autorisation à donner pour toutes sortes d'activités à risque.

55. M. SIMMA dit que l'opinion exprimée par le Rapporteur spécial n'est pas nouvelle en droit international, comme le montrent les principes *jus in bello* et *jus ad bellum*. Elle est cependant difficile à comprendre. C'est un peu comme si, avant d'être poignardée, la victime demandait que le poignard soit désinfecté pour prévenir toute septicémie. En ce qui concerne les projets d'articles énumérés au paragraphe 33 du rapport, l'article 3 fait office de chapeau sous lequel sont placés les autres articles. Son inclusion semble réaffirmer que les articles ne se réfèrent qu'aux activités non interdites par le droit international.

56. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit qu'en examinant divers projets au fil des ans la Commission s'est concentrée non pas sur la nature de diverses activités mais sur la teneur de la prévention. Une confusion est donc apparue tout simplement parce que cet aspect du sujet n'a pas été examiné auparavant. À son avis, la Commission a réussi à énoncer les principes sur lesquels la prévention devrait être fondée. Quelques membres ont affirmé qu'en maintenant l'expression « activités non interdites par le droit international » on risquait de distraire le lecteur du contenu de la prévention en s'attachant à distinguer les activités interdites des activités non interdites. M. Sreenivasa Rao, comme son prédécesseur, Robert Q. Quentin-Baxter, s'est préoccupé non pas de régler tous les aspects des actes interdits par le droit international mais d'expliquer et de délimiter la notion de prévention. Mais les universitaires, comme c'est leur habitude, ont déclenché et entretenu la polémique sur ce qui est interdit ou non. C'est afin d'éviter ce débat doctrinaire inutile que M. Sreenivasa Rao a fait la recommandation figurant au paragraphe 33, dont l'objet était de rassurer les collègues préoccupés par le maintien de l'expression « activités non interdites par le droit international ». Il reste que ces activités devront toujours faire l'objet des dispositions des articles 10 [11], 11 [12] et 12 [13]. Si, d'un autre côté, une activité est clairement interdite par le droit international, ce n'est pas dans

le projet d'articles qu'il convient de traiter de ses conséquences. Il faut éviter les doubles emplois.

57. M. ILLUECA demande au Rapporteur spécial d'éclaircir deux questions. Tout d'abord, il se demande si, comme certains États l'ont affirmé, les activités militaires sortent du champ des articles. Il prend les activités militaires au sens le plus large, c'est-à-dire les activités en temps de paix comme en temps de guerre, y compris les occupations militaires, l'installation de bases militaires dans des pays étrangers et le déploiement de forces onusiennes de maintien de la paix. L'éventualité d'une atteinte à l'environnement ou aux ressources naturelles au cours de telles activités devrait faire l'objet d'un plus long développement dans le projet d'articles. En second lieu, M. Illueca serait heureux d'avoir des précisions sur la portée de la définition du dommage transfrontière figurant aux articles 1 et 2. Il se demande en particulier comment ces articles s'appliqueraient aux dommages provoqués par un État auteur ou organisateur d'activités se déroulant sur un territoire contrôlé par lui mais ne lui appartenant pas. Un exemple pertinent à cet égard est celui de l'affaire relative à *Certaines terres à phosphates à Nauru* à l'époque où cette République était un protectorat de l'Australie, du Royaume-Uni et de la Nouvelle-Zélande. L'Australie a provoqué des dommages importants en pratiquant une extraction intensive. Elle a effectué des travaux de remise en état, mais cette affaire a été portée devant la CIJ et un règlement pacifique est finalement intervenu. Comme le suggère une récente étude, toutefois, la question du dommage provoqué dans un tel cas – par un État non limitrophe du territoire dans lequel le dommage a été causé – devrait être traitée dans les articles sur la prévention.

58. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que la question des activités militaires a été examinée par le Groupe de travail, qui est parvenu à la conclusion que toutes les activités, militaires ou non, seront, si elles causent des dommages transfrontières, couvertes par le régime de prévention, à supposer qu'elles soient pleinement autorisées par le droit international. Même si l'on doute qu'elles soient autorisées, elles doivent faire l'objet d'un traitement. Si, toutefois, elles sont interdites, les articles ne s'appliqueront pas; des recours seront disponibles au titre de la responsabilité des États. Un État affecté par des activités telles que la fabrication de munitions ou des essais impliquant l'interdiction d'accès à certaines zones pour des raisons de sécurité a le droit d'être consulté, dans la mesure où ces opérations ont des conséquences transfrontières. L'État qui mène les opérations a une obligation parallèle envers l'État susceptible d'être affecté. La question a été brièvement traitée dans le commentaire, mais de plus amples éclaircissements peuvent être apportés.

59. En ce qui concerne les mines de phosphates de Nauru, M. Illueca a soulevé un point important. Une situation analogue a été observée en Namibie. Dans l'affaire de la *Namibie*, la CIJ a jugé que l'État contrôlant un territoire, illicitement ou non, est responsable de toutes les activités qui se déroulent sur ce territoire. Il est possible toutefois que les articles n'offrent pas la bonne formule pour ce qui est de traiter des dommages causés dans de telles circonstances; le droit des territoires sous tutelle, par exemple, peut être plus approprié. Dans l'affaire des mines de phosphates de Nauru, le règlement proposé par

l'Australie a constitué une manière raisonnable d'aborder la question. La situation en ce qui concerne certaines autres activités, telles que les essais nucléaires, n'est pas aussi claire. Cependant, il admet parfaitement que les articles sur la prévention sont applicables dans le cas où l'une des deux parties considère une activité comme interdite et l'autre non.

La séance est levée à 13 heures.

2642^e SÉANCE

Mercredi 19 juillet 2000, à 10 heures

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Illueca, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka.

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses)¹ [suite] (A/CN.4/504, sect. D, A/CN.4/509², A/CN.4/510)³

[Point 4 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA remercie le Rapporteur spécial d'avoir présenté un rapport sur le sujet subsidiaire de la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses (A/CN.4/510) clair, synthétique, sobre et pourtant complet. Ce troisième rapport fait œuvre à la fois de science et de pédagogie.

2. Œuvre de science : il définit les notions fondamentales et la portée du sujet (aux paragraphes 14 et 16, notamment) et ouvre des perspectives aussi bien par rapport au

sujet de la responsabilité fondée sur le fait internationalement illicite que par rapport à la notion de prévention et au traitement à venir du régime spécifique des réparations, en offrant une lecture globale de l'ensemble du régime qu'appelle la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international.

3. Œuvre de pédagogie : le Rapporteur spécial a su manier le lien dialectique entre le principe de la diligence due et les activités autorisées pour dévoiler au lecteur à la fois le sens et l'objet de la notion de prévention et suggérer l'articulation du régime proposé dans le projet d'articles.

4. L'obligation de diligence due se ramène selon le Rapporteur spécial à l'obligation de gestion concertée des risques par les États intéressés. Ces risques sont inhérents aux activités qui se déroulent sur le territoire de l'un d'eux ou aux activités susceptibles de causer des dommages sur le territoire des autres États. La norme générale de prévention des risques de dommages entraînés par des activités non interdites en droit international vient bousculer l'image classique de la fonction du territoire comme fondement matériel de l'exercice des compétences de l'État. La faculté de légiférer se transforme en obligation de se doter d'un outil normatif, législatif et administratif adéquat et performant. C'est désormais le droit international qui détermine le droit interne, qui l'oriente et le conditionne. La problématique des rapports entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique international se pose désormais en termes concrets et non plus théoriques. Le lien établi entre la compétence territoriale et les risques de dommages nés des activités non interdites par le droit international révèle l'existence d'une obligation de portée générale mise à la charge de l'État par le droit international et de l'obligation consécutive de réparer en cas de violation de cette obligation. Par ce biais, l'obligation de prévention vient pour ainsi dire objectiver une règle primaire qui, dans les rapports antérieurs sur le sujet, était considérée comme implicite dans toute activité non interdite par le droit international. Ainsi, les rapports entre la responsabilité des États (*responsibility*) et la responsabilité internationale (*liability*) auxquels sont consacrés les paragraphes 25 à 30 du troisième rapport existent réellement et il faudra bien qu'en définitive le Rapporteur spécial s'emploie à les élucider.

5. M. Pambou-Tchivounda tient à souligner la portée de cette fonction renouvelée, en mutation, du territoire dans la perspective de la tendance actuelle à la délocalisation industrielle et à la mondialisation de l'économie. Il y a un peu plus de 20 ans, en revendiquant le transfert de technologies, les pays du tiers monde, victimes d'un effet de mode, n'avaient sûrement pas conscience, tout comme à l'époque actuelle, des effets pervers de la technologie du Nord. Ils n'avaient sûrement pas conscience qu'ils se transformeraient eux-mêmes un jour de simples récepteurs d'usines clefs en main en foyers de risque, c'est-à-dire en États d'origine ou États intéressés au sens du projet d'articles. D'où l'intérêt pour la communauté internationale de se doter d'un instrument normatif et conceptuel communément accepté qui puisse garantir à l'écheveau de partenariats actuellement en vogue la sécurité de leurs intérêts enchevêtrés ou complémentaires. Tel est pour M. Pambou-Tchivounda tout l'intérêt actuel et à venir du pro-

¹ Pour le texte des projets d'articles provisoirement adoptés par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1998*, vol. II (2^e partie), par. 55, p. 21.

² Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

³ Ibid.

jet d'articles relatif à la prévention des dommages transfrontières significatifs qui figure en annexe au troisième rapport.

6. M. Pambou-Tchivounda partage l'opinion du Rapporteur spécial selon laquelle ce projet d'articles devrait prendre la forme d'une convention plutôt que d'une déclaration.

7. Comme M. Lukashuk l'a souligné, le projet de résolution de l'Assemblée générale qui figure en préambule au projet d'articles manque de substance quant à ses références normatives, et M. Pambou-Tchivounda fait siennes ses critiques à cet égard. Il faudrait en effet l'étoffer pour tenir compte des règles générales du droit international, des principes spécifiques du droit de l'environnement, du droit du développement et aussi des principes issus du programme Action 21 adopté par la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement⁴.

8. Sur le fond, toutefois, ce préambule comprend en son cinquième alinéa un énoncé novateur qui confère à la construction du projet d'articles une base idéologique et conceptuelle sérieuse, et qui constitue aux yeux de M. Pambou-Tchivounda la clef de tout le système, aussi bien dans son volet « prévention » que dans son volet « réparation » à venir. C'est ce second volet qu'attendent les États, et le principe énoncé à travers cet alinéa tiendra lieu de norme d'introduction à la fois pour l'ensemble des dispositions relatives à la prévention et pour l'ensemble des dispositions sur la réparation, que la Commission devra bien élaborer, sans quoi le système serait incomplet. C'est pourquoi cet alinéa devrait être déplacé pour être inséré dans le projet d'articles même et recevoir une bien meilleure formulation, digne de la portée directrice qu'il devrait conférer à l'ensemble du système.

9. En ce qui concerne l'article premier, M. Pambou-Tchivounda est favorable au maintien dans le texte de la référence explicite aux « activités non interdites par le droit international », expression qui devrait aussi figurer dans l'intitulé pour le mettre en concordance avec le texte. Quant à l'objet même de cette disposition, on se demande si le Rapporteur spécial veut parler des activités ou des dommages, s'il s'intéresse à la cause ou plutôt aux conséquences. Les projets d'articles s'appliquent non pas aux activités mais aux risques de dommages transfrontières significatifs dont la prévention est au cœur du sujet. Une idée sous-jacente à cet article premier est celle de risque inhérent (à toute activité humaine), expression qui n'apparaît pas dans le troisième rapport. C'est pourtant bien de cela qu'il s'agit, et cette idée paraît être le moteur du système de gestion concertée préconisé entre, d'un côté, l'État d'origine et, de l'autre, les États susceptibles d'être affectés. Ce système de gestion concertée est lui-même animé par l'idée de solidarité. La relation entre l'État d'origine et les États susceptibles d'être affectés peut se trouver inversée du jour au lendemain, selon le besoin de déplacer une activité ici ou là.

⁴ Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.93.I.8 et rectificatifs), vol. I : Résolutions adoptées par la Conférence, résolution 1, annexe II.

10. Cette dernière idée aurait dû apparaître dans l'article premier, qui pêche par excès d'abstraction. Dire simplement les choses en parlant, par exemple, d'activités de types industriel, commercial, ou agricole, aurait éclairé le lecteur néophyte sur ce dont il s'agit. Peut-être ce projet d'article gagnerait-il en intérêt et en précision grâce à un tel éclairage, qui pourrait être apporté dans le commentaire.

11. En ce qui concerne l'article 2, M. Pambou-Tchivounda propose de remanier l'alinéa *a* comme suit : « L'expression "risque de causer un dommage transfrontière significatif" s'entend du risque de survenance d'un dommage significatif et prévisible indépendamment de sa gravité ». Cette référence à l'idée de gravité, qui doit apparaître dans l'explicitation de l'expression « risque de causer un dommage transfrontière significatif » permet de tenir compte de la question du seuil à partir duquel il faut apprécier le caractère significatif du dommage, abordée au paragraphe 16 du troisième rapport.

12. Quant à l'alinéa *c*, il conviendrait de remplacer, dans la version française, l'expression « États concernés » par « États intéressés », pour mettre cet alinéa en harmonie avec l'alinéa *f* proposé, qui lui-même devrait être placé immédiatement après l'alinéa *c*.

13. C'est à la suite de l'article 2 qu'il faudrait situer le cinquième alinéa du projet de résolution précédant les projets d'articles. Devenu ainsi l'article 2 *bis*, il s'intitulerait « Obligation de prévention » et serait libellé comme suit :

« 1. La liberté dont jouit tout État de conduire ou d'autoriser que soient conduites des activités non interdites sur son territoire ou en d'autres lieux placés sous sa juridiction ou sous son contrôle n'est pas illimitée.

2. Cette liberté comporte pour l'État l'obligation de prévenir tout risque de dommage significatif qui résulterait de telles activités pour les autres États, notamment pour ceux qui lui sont frontaliers. »

14. Le texte de l'article 3 resterait inchangé, sous réserve des amendements qui pourront être apportés à son contenu. Il devrait cependant s'intituler non pas « Prévention » mais « Mesures de prévention ».

15. Pour ce qui est de l'article 6 [7], il faudrait, pour réparer un oubli, insérer à l'alinéa *a* du paragraphe 1 les mots « sur son territoire » immédiatement après le mot « menées ». Cette précision doit être apportée pour montrer qu'il y a un lien entre l'État dont on parle à la première ligne et le territoire de cet État tel qu'il devrait apparaître dans l'alinéa *a*.

16. Enfin, M. Pambou-Tchivounda considère qu'à l'article 10 [11] le membre de phrase « les États fixent ensemble » est une formule malheureuse qui devrait être remplacée par « les États fixent d'un commun accord ».

17. Au paragraphe 2 *bis* de ce même article 10 [11], construit sur le mode de la *soft law*, on peut aussi regretter l'expression « fait en sorte » car l'État d'origine aurait beau jeu de s'en prévaloir pour affirmer qu'il n'était pas tenu de prendre telle ou telle mesure, mais seulement de faire en sorte de la prendre. Il serait autrement plus direc-

tif de retenir la formule : « l'État d'origine ... prend les mesures pratiques... ».

18. M. KATEKA dit que la proposition de M. Pambou-Tchivounda consistant à transférer le cinquième alinéa du préambule dans le texte du projet de convention pour en faire un nouvel article numéroté 2 *bis* relatif à l'obligation de prévention est intéressante mais présente l'inconvénient de rompre l'équilibre de ce préambule, dont les deuxième et troisième alinéas rappellent certains principes importants, à savoir la souveraineté permanente sur les ressources naturelles et le droit au développement. Si l'on retient la proposition de M. Pambou-Tchivounda, il faudrait si possible mentionner ces deux principes dans le nouvel article 2 *bis*.

19. M. TOMKA pense avec M. Kateka que l'adoption de la proposition de M. Pambou-Tchivounda déséquilibrerait le préambule mais aussi changerait l'orientation de l'ensemble du texte du projet de convention. La plus grande prudence s'impose donc à cet égard.

20. M. GOCO demande à M. Pambou-Tchivounda s'il estime que, lorsqu'une activité est entreprise dans l'État d'origine et qu'un dommage semble inévitable, une interruption temporaire de l'activité pourrait être ordonnée en application de l'article 19 [17].

21. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA, répondant à MM. Kateka et Tomka, dit qu'on peut très bien conserver le cinquième alinéa du préambule et en développer la substance dans le texte du projet de convention. Quant à la question fort intéressante de M. Goco, c'est sans aucun doute le Rapporteur spécial qui est le mieux placé pour y répondre et éclairer sur ce point l'ensemble des membres de la Commission.

22. M. ECONOMIDES dit que le Rapporteur spécial a accompli un travail remarquable dans un laps de temps très court au point que le projet d'articles qu'il présente pourrait presque être adopté tel quel en seconde lecture. Il est néanmoins possible de l'améliorer.

23. En premier lieu, et comme MM. Brownlie, Gaja et Simma, M. Economides pense qu'il serait judicieux, à l'article premier, de supprimer les mots « non interdites par le droit international », qui n'ajoutent pas grand-chose et risquent même d'induire en erreur. Comme le dit le Rapporteur spécial lui-même au paragraphe 28 de son rapport, peu d'activités sont en soi interdites par le droit international. Si ces mots sont supprimés, le projet s'appliquera dans tous les cas, sauf si une *lex specialis* prévoit un autre régime de prévention, ou si l'application du projet d'articles va à l'encontre d'une règle du *jus cogens*.

24. Deuxièmement, on peut légitimement affirmer qu'aujourd'hui, dans les relations transfrontières, la règle qui veut qu'un État s'abstienne de causer un dommage transfrontière significatif à un autre État constitue une norme coutumière du droit international de l'environnement. Cette règle est depuis un certain temps confirmée avec force par la pratique internationale, et l'article 7 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation en est un exemple notable et récent. L'article 3 du projet d'articles corrobore donc cette règle coutumière, et à l'instar de celle-ci doit s'appliquer à toute activité pouvant causer un dommage transfrontière significatif et non aux seu-

les activités dangereuses. L'article premier pourrait être remanié afin que cela apparaisse clairement.

25. Par ailleurs, le projet va à l'encontre d'un principe bien établi du droit international du règlement des différends. Selon l'article 9 [10] du projet, un différend international peut naître à partir du moment où l'État d'origine notifie qu'une activité qu'il projette de mener sur son territoire peut causer un dommage transfrontière significatif à un autre État, susceptible d'être affecté par cette activité. Or, en droit international, à partir du moment où un différend international est né, les parties à ce différend doivent s'abstenir de tout acte unilatéral qui pourrait élargir le différend ou en rendre le règlement plus difficile. Pourtant, au lieu de tenir compte de cette règle élémentaire du droit international que la CIJ a rappelée à plusieurs reprises, le projet d'articles autorise l'État d'origine, après la notification, à engager unilatéralement l'activité en cause même s'il existe un différend avec un État susceptible d'être affecté. Pour réaliser un équilibre satisfaisant et équitable sur ce point, il faudrait exclure aussi bien, pour reprendre l'expression utilisée par le Rapporteur spécial au paragraphe 34 de son rapport, tout « droit de veto » de l'État susceptible d'être affecté que l'action unilatérale de l'État d'origine lorsqu'il existe un différend au sujet de l'activité, et ce, jusqu'à ce que le différend soit réglé. Cet équilibre équitable fait actuellement défaut et, en son état actuel, le projet d'articles favorise l'État d'origine et laisse les États susceptibles d'être affectés quelque peu sans défense.

26. En outre, le paragraphe 2 de l'article 19 [17] présente de graves lacunes. Il faudrait donc le compléter, éventuellement dans le cadre du Comité de rédaction, en s'inspirant des dispositions de l'article 33 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation.

27. En outre, M. Economides appuie la proposition de M. Gaja tendant au renforcement du système de notification prévu dans le projet d'articles, et celle de M. Pambou-Tchivounda tendant à l'insertion d'un nouvel article 2 *bis* relatif à l'obligation de prévention.

28. Le projet d'articles appelle d'autres observations, il est vrai de moindre importance. L'alinéa *a* de l'article 2 pose problème : il n'est pas clair et devrait être explicité, ou éventuellement supprimé. Au paragraphe 1 de l'article 6 [7], l'expression « un État d'origine » devrait être remplacée par « l'État d'origine ». Le paragraphe 2 de l'article 9 [10] n'indique pas le point de départ du délai de six mois prévu dans cette disposition. L'article 10 [11] ne précise pas ce qui se passe si les États intéressés n'arrivent pas à fixer ensemble la durée du délai pour la tenue des consultations. À l'alinéa *c* de l'article 11 [12], il faut remplacer le mot « et » figurant dans le dernier membre de phrase par le mot « ou ». En ce qui concerne l'article 18 [6], M. Economides se demande s'il ne faudrait pas y mentionner expressément les règles édictées par des organisations internationales et en particulier par l'Union européenne. Enfin, pour ce qui est du préambule, il conviendrait d'y faire état 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 Unies⁵, qui énonce un devoir de coo-

⁵ Voir 2617^e séance, note 19.

opération et aborde d'autres questions intéressant le projet d'articles. En conclusion, M. Economides indique qu'il estime lui aussi que le projet d'articles devrait prendre la forme d'une convention internationale.

29. M. LUKASHUK pense, à la différence de M. Economides, que l'expression « non interdites par le droit international » qui qualifie le mot « activités » à l'article premier doit être conservée parce qu'elle contribue à définir le champ d'application du projet d'articles et évite tout empiètement sur le domaine de la responsabilité des États. Par contre, il est d'accord avec lui sur le fait qu'il y a un certain déséquilibre entre les intérêts des États d'origine et ceux des États susceptibles d'être affectés et que, s'agissant d'un projet de convention, c'est-à-dire d'un texte dont on souhaite qu'il soit ratifié par le plus grand nombre possible d'États, il conviendrait par souci de réalisme de rétablir cet équilibre.

30. M. HAFNER, commentant l'analyse que donne le Rapporteur spécial des questions en cause, dit tout d'abord que, contrairement au Rapporteur spécial, il ne pense pas que la question de savoir si l'on doit conserver ou non les mots « non interdites par le droit international » soit étroitement liée à la relation entre le sujet de la responsabilité des États et celui de la responsabilité internationale (*liability*). Elle concerne assurément le champ d'application du projet d'articles mais, en dehors de cela, si l'on convient que la responsabilité internationale (*liability*) concerne l'obligation pour tout État de réparer le dommage causé par son fait non illicite, l'expression en cause n'affecte que le point de savoir si le caractère prohibé des activités concernées est une condition de l'applicabilité des articles. En cas de non-observation de ceux-ci, la responsabilité (*responsibility*) sera nécessairement engagée.

31. Le Rapporteur spécial examine ensuite aux paragraphes 17 à 20 de son rapport la question de la relation entre la prévention et la responsabilité internationale, et M. Hafner comprend mal pourquoi à cette occasion il évoque le problème de l'obligation de diligence. Comme l'a expliqué M. Simma, il faut partir de l'hypothèse selon laquelle une violation de l'obligation de prévention engage la responsabilité (*responsibility*) de l'État. Dans ce contexte, on peut faire référence à l'obligation de diligence, et M. Hafner dit qu'il partage l'opinion exprimée à cet égard dans le rapport dans la mesure où elle exprime une certaine norme de respect des règles du droit international. Elle ne constitue qu'un aspect de la question de la responsabilité (*responsibility*) des États, comme l'a souligné M. Brownlie, et n'est pas assimilable à cette responsabilité elle-même. Néanmoins, la question demeure de savoir si cette obligation de prudence a un caractère relatif ou absolu. Elle est certainement relative dans la mesure où elle dépend de la dangerosité de l'activité en cause; toutefois, la faire dépendre du niveau de développement économique de l'État concerné pose déjà certains problèmes. Certes, la Déclaration de Rio⁶ et d'autres instruments internationaux parlent d'obligations relatives dans le domaine du droit de l'environnement. Mais qui est habilité à décider quand un État n'est pas en mesure de mettre en place et de maintenir un appareil administratif adéquat? Le problème est de savoir précisément à partir de quand la responsabilité est

engagée. Pourquoi n'est-il donc pas possible d'arguer qu'un petit État a moins d'obligations qu'un État puissant si l'on compare leurs budgets? Serait-il possible de dire qu'un État ayant un déficit budgétaire a des obligations moindres qu'un État ayant un excédent? Cela signifie-t-il aussi qu'un État en développement affecté a moins de droits à faire valoir si l'État d'origine a un niveau de développement comparable au sien que s'il s'agit d'un État industrialisé? Sans nier les besoins des pays en développement en matière de droits de l'environnement, il ne faut pas oublier qu'il ne s'agit pas en l'occurrence de relations conflictuelles dans le cadre du conflit Nord-Sud; un tel type de conflit sera l'exception. On peut donc se demander si la référence aux différents niveaux de développement est judicieuse en l'espèce.

32. Il est dit à l'alinéa *d* du paragraphe 20 du rapport que, s'agissant du devoir de diligence, la charge de la preuve devrait peser plus lourdement sur l'État d'origine. Qu'entend-on par « plus lourdement »? Peut-il y avoir renversement de la charge de la preuve?

33. Au paragraphe 22 de son rapport, le Rapporteur spécial évoque le développement durable, le renforcement des capacités et les mécanismes de financement internationaux. Cela renvoie également au caractère relatif de la responsabilité. Mais la suite du paragraphe semble introduire une incohérence: d'une part le rapport évoque ces responsabilités différenciées, et de l'autre il indique que cette différence ne peut exonérer un État de son obligation de prévention. Dans quelle mesure cette responsabilité différenciée réduit-elle donc l'obligation de prévention? La tradition juridique classique exige des limites précises. Revenant à la question des différences dans le niveau de développement, M. Hafner demande comment la question du renforcement des capacités et des mécanismes internationaux de financement peut influencer sur les relations entre États ayant le même niveau de développement ou des niveaux de développement comparables. Il ne s'agit pas ici des relations entre un État et la communauté des États, dans le cadre desquelles ces principes pourraient s'appliquer puisque la communauté des États comprend nécessairement des États ayant des niveaux de développement différents. On peut douter que des États contribuent au financement envisagé s'ils ne sont pas susceptibles d'être affectés. M. Hafner ne voit donc pas pourquoi le Rapporteur spécial fait une telle place à ces questions. Fort heureusement, le projet d'articles adopte une position plus équilibrée à cet égard.

34. S'agissant du texte même des projets d'articles, M. Hafner ne souhaite proposer que des modifications mineures, estimant qu'il est trop tard pour y apporter des modifications majeures comme celle que propose M. Pambou-Tchivounda.

35. Comme il l'a déjà dit à la session précédente, il est favorable à la suppression des mots « non interdites par le droit international ». On pourrait se demander si la non-observation des dispositions du projet d'articles rend une activité illicite ou si une activité ne devient licite que si ces dispositions sont respectées. Il est tout à fait clair que si une activité est entreprise en violation des articles relatifs à la prévention, la responsabilité (*responsibility*) de l'État est engagée, de telle sorte que la conduite de l'activité pourrait être qualifiée d'illicite, non directement

⁶ Voir 2641^e séance, note 9.

parce que du point de vue du droit l'activité serait intrinsèquement illicite, mais en raison de la non-observation des dispositions en question. Pour éviter les discussions à cet égard, le Rapporteur spécial propose à juste titre de supprimer l'expression « non interdites par le droit international », comme le souhaitent un certain nombre d'États. En outre, il n'est pas du tout sûr qu'une telle suppression exigerait une révision d'autres projets d'articles, en particulier de l'article 6 [7]. Cette disposition ne donne à aucun exploitant de droit à une autorisation et l'État n'est donc pas tenu d'autoriser une activité interdite. Le seul effet de l'article 6 [7] est de subordonner le commencement de l'activité à l'obtention d'une autorisation. Il ne limite pas le droit de l'État de refuser cette autorisation. Ce droit demeure un droit discrétionnaire de l'État et la seule conséquence du refus de l'autorisation est que l'activité ne peut commencer.

36. On a dit qu'un État n'informerait jamais un autre État des activités qu'il projette si celles-ci sont interdites. Pour M. Hafner, les États estimeront plutôt qu'une activité est licite, de telle sorte que l'obligation d'informer sera opérante. Comme le Rapporteur spécial, il pense que la Commission ne devrait traiter que de la prévention et non des questions connexes comme celle de savoir si une activité est ou non interdite. Cette approche est pleinement conforme à celle adoptée par la Commission dans d'autres domaines. En outre, des instruments internationaux comparables, comme la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière, pour n'en citer qu'un, ne visent pas les activités non interdites pas le droit international, mais seulement les activités projetées. Enfin, si l'on conserve l'expression visée, il faudra toujours prouver que l'activité est licite pour se prononcer sur l'applicabilité du projet d'articles, ce qui constituerait un obstacle à l'efficacité du futur instrument.

37. La Commission a intentionnellement exclu du projet d'articles toute mention de l'indivis mondial et de questions comparables. Il serait judicieux, comme l'a proposé M. Gaja, de mentionner ces questions dans le préambule afin d'indiquer clairement quelles sont les intentions de la Commission. M. Gaja a aussi critiqué l'article 9 [10], selon lequel il n'y a obligation de notifier l'activité que si un risque effectif apparaît. Pour répondre à cette préoccupation, on pourrait par exemple dire « fait apparaître qu'un risque ... ne peut être raisonnablement exclu... » ou « fait apparaître la possibilité d'un risque... ».

38. Pour ce qui est du principe *sic utere tuo ut alienum non laedas*, que l'on a proposé de faire figurer dans le texte, M. Hafner pense avec M. Brownlie qu'il est implicite dans l'article 18 [6].

39. Pour ce qui est de mentionner les organes mixtes de contrôle, M. Hafner doute que cela soit bien accueilli, car on risquerait d'y voir une contribution à la prolifération des organismes internationaux et de la bureaucratie internationale, ainsi qu'une source de dépenses. Il pense cependant que l'idée doit être conservée, mais qu'elle serait plus à sa place dans le commentaire. Il ne peut qu'appuyer par ailleurs l'idée, avancée par MM. Lukashuk et Simma, de mentionner dans le préambule d'autres instruments pertinents qu'ils ont évoqués.

40. Pour ce qui est de l'article 5, M. Hafner se demande si l'ajout de l'adjectif « intéressés » est justifié. Selon la définition qui figure à l'alinéa f de l'article 2, il signifierait que l'obligation de prendre les mesures législatives, administratives et autres ne naît que si l'activité est au moins déjà planifiée. Or, dans ce cas, il serait certainement trop tard pour prendre des mesures législatives. Cet adjectif devrait donc être supprimé.

41. M. Hafner appelle l'attention sur le *nota bene* figurant à la fin du rapport et qui contient des observations intéressantes, même si sa nature n'est pas claire. Les membres de la Commission savent et les États ont souligné qu'il y a une relation extrêmement délicate entre l'article 3 d'une part et les articles 11 [12] et 12 [13] de l'autre. L'analogie avec l'article 7 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation est cependant trompeuse, car il y a une différence importante entre l'économie de ces projets d'articles et celle de cet article 7. Dans ce dernier, en effet, la mise en balance des divers facteurs n'a lieu que si les mesures de prévention nécessaires ont été prises et qu'un dommage s'est néanmoins produit, alors que, dans le projet d'articles à l'examen, c'est pour l'ensemble des mesures de prévention que la mise en balance des facteurs est effectuée. Il semble néanmoins que les États soient prêts à accepter cette idée.

42. La relation entre l'article 3 et les articles 11 [12] et 12 [13] soulève une autre question : si, après avoir négocié avec l'État susceptible d'être affecté, un État n'est tenu d'appliquer que des mesures de prévention moins rigoureuses que celles qui seraient de mise dans d'autres circonstances, l'État susceptible d'être affecté renonce-t-il à invoquer la responsabilité de l'autre État si un dommage se produit qui aurait pu être évité si des mesures de prévention plus rigoureuses avaient été prises ? Quelle que soit la réponse à cette question, elle met bien en lumière certaines des implications particulières de la relation spéciale qui existe entre les trois articles susvisés et jette un doute sur l'opportunité de la dernière phrase du *nota bene*. M. Hafner se demande si la solution ne serait pas de s'inspirer de la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, qui comporte une note selon laquelle les dispositions de cette convention sont sans préjudice des questions de responsabilité (*responsibility*).

43. Par ailleurs, M. Hafner appuie l'idée formulée par M. Pellet de faire référence – que ce soit dans le préambule ou dans le texte même du projet d'articles – au principe de précaution, qui joue un rôle de plus en plus important en droit de l'environnement.

44. Pour ce qui est de l'observation de M. Economides concernant l'article 18 [6], si l'on interprète largement les mots « en vertu des traités », les règles édictées par les organisations internationales, notamment l'Union européenne, semblent couvertes par cette disposition et il n'est donc pas nécessaire de la modifier.

45. En conclusion, M. Hafner dit que le projet d'articles peut être renvoyé au Comité de rédaction ou, si le Rapporteur spécial le souhaite, à un groupe de travail.

46. M. MOMTAZ félicite le Rapporteur spécial d'avoir ranimé un sujet moribond et quelque peu délaissé. Les

19 projets d'articles qu'il propose, une fois adoptés en tant que convention-cadre, offriront un guide incontestable aux États aux prises avec les conséquences néfastes des pollutions transfrontières.

47. Pour ce qui est d'abord du préambule, M. Momtaz souscrit aux observations présentées par M. Lukashuk et reprises par M. Gaja à propos des instruments cités dans le projet qui font partie du « droit mou ». En effet, les considérants du préambule ne se réfèrent pas au droit positif, ce qu'il vaudrait mieux dire de façon expresse et claire. Cependant, il y est fait mention de la Déclaration de Rio, qui peut être considérée comme du « droit dur » puisque son principe 2, corroboré d'ailleurs par le principe 21 de la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement (Déclaration de Stockholm)⁷, exprime, selon l'avis consultatif de la CIJ relatif à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, « la conviction commune des États concernés » et fait « maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement » [voir p. 241 et 242, par. 27 et 29]. Il s'agit donc, bel et bien, de droit positif et il serait tout à fait opportun d'en faire mention dans le préambule. Il faudrait aussi, selon la suggestion de M. Pambou-Tchivounda, se référer à Action 21.

48. La CIJ a également parlé du respect de l'environnement des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale. C'est une idée qui mériterait qu'on s'y attarde quelque peu, même s'il a été décidé de ne pas en traiter à ce stade. Il est en effet encore difficile de savoir avec certitude dans quelle mesure les activités de l'homme produisent dans l'atmosphère des dommages significatifs pour la santé humaine. Par exemple, le réchauffement global de la Terre par effet de serre est peut-être dû à des variations climatiques qui ne sont que temporaires. Quoi qu'il en soit, le danger est grave et fondamental. Il s'agit d'un domaine distinct de celui dont le droit traite généralement : un dommage en puissance mais qui apparaît comme une menace certaine. C'est la raison pour laquelle une référence à cette question qui préoccupe la communauté internationale serait bienvenue dans le préambule. Il faudrait également rappeler à ce propos le droit fondamental qu'est le droit à un environnement sain et propre.

49. M. Momtaz note que le dernier alinéa du préambule parle des « organisations d'intégration économique régionale » alors qu'aux articles 4 et 16 il est question des « organisations internationales compétentes ». Il faudrait à son avis s'en tenir à cette dernière expression.

50. Passant ensuite à l'article premier, M. Momtaz dit qu'il vaudrait mieux, comme l'a conseillé M. Gaja, supprimer le qualificatif « non interdites par le droit international » appliqué aux activités qui comportent un risque de causer un dommage. Le Rapporteur spécial a évoqué à ce propos à la séance précédente les expériences nucléaires, qu'il a considérées d'ailleurs comme interdites par le droit international. La question reste très controversée malgré l'avis consultatif de la CIJ relatif à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, mais la suppression envisagée aurait l'avantage de permettre à la future convention de couvrir les expériences nucléaires,

qui sont incontestablement des activités pouvant présenter des risques et causer, le cas échéant, des dommages transfrontières significatifs.

51. À l'article 5, il faudrait ajouter après les mots « mécanisme de surveillance » les mots « et de suivi » car il faut non seulement surveiller mais aussi suivre l'application des mesures législatives, administratives et autres que les États ont adoptées.

52. À l'article 7 [8], on peut se demander si le terme « évaluation de l'impact » est celui qui convient, la notion d'étude d'impact étant bien établie en droit international de l'environnement.

53. Les articles 8 [9] et 9 [10] posent un problème d'emplacement : en effet, les États susceptibles d'être affectés méritent d'être avertis en priorité des risques de dommages transfrontières. Ce n'est qu'après que les États intéressés seront amenés à tenir le public informé des risques qu'il encourt. Il faudrait donc inverser l'ordre des deux dispositions.

54. L'article 11 [12] du projet est d'une importance capitale. On constate pourtant que, parmi les facteurs à prendre en considération pour assurer le juste équilibre des intérêts des États en cause, il omet l'importance de l'activité économique en cause pour l'économie de l'État d'origine. La question mérite d'être examinée davantage.

55. L'article 15 [16] ne fait pas ressortir suffisamment le fait que les citoyens des États susceptibles d'être affectés par un dommage transfrontière significatif ont la faculté d'en appeler aux juridictions de l'État d'origine. Il serait judicieux de s'aligner en cela sur la disposition de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, qui prévoit cet accès aux tribunaux de l'État d'origine.

56. Il conviendrait enfin que l'article 19 [17], relatif au règlement des différends, soit plus détaillé. On pourrait s'inspirer à cet égard de 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 internationales⁸, qui contient en effet toute une série de formules pertinentes. On notera d'ailleurs qu'il n'y est pas fait de distinction entre les commissions d'enquête proprement dites et les commissions de conciliation, laissant donc aux premières la faculté de régler les différends en se transformant si nécessaire en commissions de conciliation. Cette formule pourrait se révéler utile dans le contexte du sujet à l'étude.

57. M. HE estime que le projet d'articles à l'examen parvient à équilibrer les intérêts de l'État à l'origine du dommage transfrontière et ceux des États susceptibles d'être affectés. Certaines questions importantes soulevées dans le rapport appellent cependant quelques commentaires.

58. En premier lieu, M. He rappelle que la question de la responsabilité et celle de la prévention sont de manière générale tenues pour deux problématiques différentes, nécessitant un traitement distinct. Le Groupe de travail

⁷ Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-7 juin 1972 (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.II.A.14), première partie, chap. I^{er}.

⁸ Résolution 46/59 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 1991, annexe.

établi par la Commission à sa quarante-huitième session a traité les deux en même temps, mais on lui a reproché à la Sixième Commission de compromettre ainsi la conception fondamentale d'un régime de la responsabilité internationale. On a fait observer que l'exercice d'un contrôle juridictionnel et de la souveraineté sur un territoire donné n'entraînait pas par lui-même la responsabilité internationale de l'État et que la considération décisive était le contrôle exercé sur l'activité même menée sur le territoire en question. La responsabilité d'un dommage transfrontière doit donc être imputée à l'exploitant plutôt qu'à l'État. On a donc conseillé à la Commission d'envisager le projet d'articles dans l'optique d'un régime de protection de l'environnement plutôt que sous l'angle d'un régime de responsabilité internationale. C'est ainsi qu'elle a décidé de laisser de côté le problème de la responsabilité jusqu'à ce qu'elle ait achevé la deuxième lecture des articles relatifs à la prévention. Compte tenu de la nature du sujet et des considérations énoncées aux paragraphes 31 à 34 du rapport, M. He estime qu'il est judicieux de supprimer le membre de phrase « non interdites par le droit international » à l'article premier.

59. Pour ce qui est ensuite du devoir de diligence, le Rapporteur spécial énumère au paragraphe 20 du troisième rapport les éléments que comporte l'obligation de diligence, en précisant à l'alinéa *b* que le degré d'attention requis doit être « proportionné à la dangerosité » des activités en question. Les obligations de procédure (autorisation préalable, étude d'impact sur l'environnement, mesures de précaution) devraient donc être d'autant plus importantes et rigoureuses que les activités sont spécialement dangereuses. D'autre part, la sévérité de l'obligation de diligence doit être fonction des capacités de l'État et de son niveau de développement économique. Celui-ci doit donc figurer parmi les facteurs déterminant le niveau de l'obligation de diligence de tel ou tel État. Cela serait conforme au principe 11 de la Déclaration de Rio, d'où il découle que l'application du principe de prévention et de l'obligation de diligence due ne doit pas se faire de façon isolée ou sans tenir compte du contexte plus large du développement durable et de considérations liées aux besoins et aux pratiques des pays en développement et des pays en transition. Comme aucune disposition du projet ne tient compte de la situation particulière des pays en développement, M. He propose de mettre l'accent sur tous ces points dans le commentaire.

60. Se référant en troisième lieu à l'article 3, puis aux articles 4, 10 [11] et 11 [12], et aux craintes qui ont été exprimées que toutes ces dispositions ne conduisent à diluer l'obligation de diligence dans le devoir de prévention, M. He fait observer que ce qu'il convient de faire ressortir, c'est que l'équilibre des intérêts obtenu par la consultation et la coopération n'est pas censé exonérer l'État de son obligation. Au contraire, l'équilibre des intérêts ne peut que produire un régime permettant aux États en cause de s'acquitter du devoir de prévention de façon plus satisfaisante.

61. En conclusion, M. He souscrit à l'idée, exprimée par le Rapporteur spécial et d'autres membres de la Commission, que le projet d'articles devrait prendre la forme d'une convention.

62. M. TOMKA relève que l'approche adoptée par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport est quelque peu inhabituelle en ce qu'il n'examine pas les articles un par un, mais procède au contraire à un exposé général faisant ressortir un certain nombre de questions. Il note par ailleurs que cinq gouvernements seulement ont fait parvenir des observations écrites, ce qui représente moins de 3 % des États Membres de l'ONU.

63. S'agissant du projet d'articles lui-même, le Rapporteur spécial, au paragraphe 36 de son rapport, recommande qu'il soit adopté en tant que convention-cadre, alors que le titre du projet ne vise qu'une « convention ». M. Tomka suppose que l'adjonction du mot « cadre » n'implique pas qu'il s'agit d'un instrument moins contraignant et n'a pas non plus pour but d'inciter les États à accepter plus facilement le texte, mais indique seulement que d'autres instruments devront être ultérieurement négociés entre les États parties ou au sein de la communauté internationale des Nations Unies.

64. En ce qui concerne le préambule, le Rapporteur spécial propose, de fait, deux types d'éléments. Les premiers, destinés à constituer les alinéas du préambule, c'est-à-dire la référence aux instruments pertinents existants, devraient être placés après le titre et être précédés de la formule « les États parties » et non « l'Assemblée générale ». L'autre groupe d'éléments, notamment les trois derniers alinéas proposés, devrait être purement et simplement supprimé car ce n'est pas le rôle de la Commission du droit international d'élaborer des projets de résolution de l'Assemblée générale.

65. Pour ce qui est des projets d'articles eux-mêmes, M. Tomka n'a pas été pleinement convaincu par les arguments en faveur de la suppression, à l'article premier, de l'expression « activités non interdites par le droit international », même s'il est vrai que peu d'activités seulement sont strictement interdites par le droit international. De toute façon, il est peu vraisemblable que les États appliquent les projets d'articles à des activités qui sont manifestement interdites. Et même s'il devait y avoir quelques doutes quant au point de savoir si certaines activités sont interdites ou non, s'agissant par exemple des essais nucléaires, il ne faut pas s'attendre à ce que des États qui estiment que de telles activités ne sont pas interdites et peuvent donc, à l'avenir, procéder à des essais, deviendront parties à la convention envisagée si cette adhésion peut être interprétée comme signifiant que la convention devrait s'appliquer aussi à ce type d'activité.

66. M. Tomka soumet par ailleurs à la réflexion du Comité de rédaction et du Rapporteur spécial l'observation faite par le Royaume-Uni à propos de l'article premier, qui est reproduit dans le rapport du Secrétaire général contenant les commentaires et observations reçus des gouvernements (A/CN.4/509). Il s'interroge en particulier sur l'opportunité de maintenir le mot « activité » au pluriel ou de le laisser, comme c'est le cas dans l'article 17, au singulier. Pour ce qui est de l'article 3, M. Tomka constate que la suggestion faite par les Pays-Bas ne fait l'objet d'aucune réponse dans le troisième rapport et propose donc que cette suggestion soit évoquée au moins dans le commentaire du projet d'article.

67. S'agissant de l'article 5, il souscrit à la proposition de supprimer le mot « intéressés » qu'il juge inutile d'autant plus qu'il risque d'être trop tard pour prendre les types de mesures visés dans cet article lorsqu'il existe déjà un risque de dommage transfrontière significatif. Enfin, à propos du *nota bene* et pour répondre à l'observation faite par le Royaume-Uni figurant dans le rapport du Secrétaire général, M. Tomka pense que cet aspect devrait en définitive être traité soit dans le commentaire des articles concernés soit dans le rapport de la Commission, mais non à la fin du texte du projet de convention.

68. M. BAENA SOARES exprime sa satisfaction de voir se conclure la tâche de la Commission sur le sujet à l'étude dans un esprit de coopération et un souci d'harmonisation des points de vue parfois contradictoires, grâce notamment à la sagesse du Rapporteur spécial qui, en outre, s'intéresse constamment aux aspects et conséquences pratiques du texte qu'il propose. Le projet de préambule que le Rapporteur spécial a inclus dans l'annexe à son troisième rapport est bienvenu et a une importance intrinsèque. M. Baena Soares approuve le texte proposé pour ce préambule tout en souscrivant à la proposition qui a été faite tendant, sans préjudice de sa structure, à y mentionner les conventions en vigueur en matière de développement et d'environnement, ce qui contribuera à une prise en considération équilibrée de ces deux aspects.

69. Au paragraphe 34 de son rapport, le Rapporteur spécial souligne tout d'abord que, dans les projets d'articles, il n'est pas conféré de droit de veto aux États susceptibles d'être affectés par les activités d'autres États comportant des risques éventuels. Ce droit n'existe donc pas. L'objectif recherché est plutôt de garantir la coopération de sorte que les États concernés participent à la conception et à l'application d'un système de gestion des risques suivant la forme et selon les mécanismes qu'ils auront eux-mêmes décidé d'adopter, ce qui semble raisonnable. À propos de la possibilité envisagée au paragraphe 35 du rapport de supprimer l'expression « activités non interdites par le droit international », à l'article premier du projet, M. Baena Soares n'a pas été convaincu par les arguments exposés en faveur de cette suppression et préférerait le maintien du libellé existant. Il est en revanche favorable à la recommandation faite par le Rapporteur spécial, au paragraphe 36, tendant à ce que les projets d'articles soient adoptés sous forme de convention-cadre.

70. Les modifications apportées au libellé de certains projets d'articles visent de manière générale à les améliorer; elles ont fait l'objet de débats appropriés au sein du Groupe de travail auxquels M. Baena Soares a eu l'occasion de participer, ou résultent des commentaires des gouvernements. Toutefois, M. Baena Soares saurait gré au Rapporteur spécial de tenter de libeller de manière plus claire et plus précise l'alinéa *a* de l'article 2. L'article 14 [15], par ailleurs, peut susciter quelques préoccupations dans la mesure où les trois catégories qui y sont prévues donnent une grande latitude de décision à l'État d'origine pour ne pas transmettre des données et informations qualifiées de « vitales » pour sa « sécurité nationale ou pour la protection de ses secrets industriels ou de ses droits de propriété intellectuelle ». C'est là un vaste espace d'exception, un peu atténué toutefois par l'exigence de coopération de bonne foi de la part de l'État d'origine avec les autres États intéressés. Sans vouloir rouvrir le débat,

M. Baena Soares souligne que l'application de cet article méritera une attention et une prudence particulières. En conclusion, il approuve le renvoi du projet d'articles au Comité de rédaction.

71. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO tient avant tout à souligner l'importance de la distinction entre les questions de prévention et celles de responsabilité, distinction très utile qui permet de traiter comme il le mérite le sujet de la prévention et d'aboutir ainsi au projet d'articles présenté en deuxième lecture, sans toutefois perdre de vue l'objectif principal du mandat de la Commission, à savoir la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international.

72. Pour ce qui est du préambule du projet d'articles, la mention de principes fondamentaux tels que ceux relatifs à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, le droit au développement, la Déclaration de Rio, ainsi que le rappel des limites à la liberté des États de conduire ou d'autoriser des activités sur leur territoire ou en d'autres lieux placés sous leur juridiction, sont pertinents et il serait même utile de mentionner expressément certains instruments juridiques, c'est-à-dire le droit positif relatif à l'environnement, acceptés au niveau universel. M. Rodríguez Cedeño souscrit également à l'idée d'ajouter une référence à l'action 21, ou au moins à certains des principes inscrits dans ce programme. La mention du droit au développement, en particulier, c'est-à-dire la référence au texte adopté par l'Assemblée générale sous forme de résolution, est fondamentale, car cela permet de conserver un lien étroit avec l'équilibre, nécessaire et qu'il convient de maintenir, entre l'article 3 relatif à l'obligation de prévention et les articles 10 [11] et 11 [12] relatifs, surtout pour ce qui est de ce dernier, à l'équilibre des intérêts. Comme l'indique le Rapporteur spécial au paragraphe 22 de son rapport, le principe de la prévention et l'obligation de diligence due sont en général liés aux questions relatives au développement durable, au renforcement des capacités et aux mécanismes internationaux de financement.

73. M. Rodríguez Cedeño pense que le texte doit refléter le rapport étroit qui existe entre l'obligation de prévention, dont les éléments sont présentés de manière détaillée et très complète par le Rapporteur spécial au paragraphe 20 de son rapport, et le niveau de développement économique, bien qu'il ne faille nullement en conclure que cela pourrait se traduire par une clause d'exonération de responsabilité. Il est parfois difficile d'établir les niveaux de développement, mais c'est là une notion utile à appliquer dans le contexte des projets d'articles.

74. De l'avis de M. Rodríguez Cedeño, il est par ailleurs important d'établir clairement que le projet d'articles vise les activités qui comportent un risque et qui sont susceptibles d'entraîner un grave dommage transfrontière. La responsabilité en cause est celle relative à la gestion du simple risque de dommage transfrontière qui peut découler d'activités dangereuses. S'agissant en revanche du dommage causé par des actes contraires au droit international, c'est-à-dire par des actes illicites au plan international, le régime est celui de la responsabilité des États. À cet égard, la possibilité qui est envisagée de supprimer, à l'article premier, les mots « activités non interdites par le droit international » inquiète M. Rodríguez Cedeño, car

c'est précisément là la délimitation nécessaire entre les deux catégories d'activités d'où résultent deux régimes différents de responsabilité. Il relève que le Rapporteur spécial justifie la présence de cette expression au paragraphe 31 du rapport puis propose sa suppression au paragraphe 35 et que, finalement, les termes demeurent dans le projet d'article premier. Il est favorable au maintien de cette expression, pour bien délimiter la responsabilité internationale qui est en cause dans le sujet à l'examen et estime qu'il convient d'examiner cette question avec la plus grande prudence.

75. M. Rodríguez Cedeño souscrit en général aux modifications au texte du projet d'articles proposées par le Rapporteur spécial à la Commission, sur la base des commentaires des gouvernements. À son avis, les projets d'articles pourraient effectivement prendre la forme d'une convention-cadre suivant le sens donné à cette expression en droit international. À l'article 2, l'adjonction de l'alinéa *f* définissant l'expression « États intéressés » lui paraît notamment utile. En revanche, à l'article 14 [15], la mention de la propriété intellectuelle risque d'affecter le régime d'échange d'informations, ainsi que l'objectif de prévenir et de réduire les dommages au minimum. S'agissant enfin de l'article 19 [17], M. Rodríguez Cedeño relève que, le projet dans son ensemble visant à instituer un système de prévention pour empêcher que naissent des différends, l'article 19 n'est pas la seule disposition relative au règlement des différends mais doit être conçu comme un élément d'un système général de règlement des différends. Il pense donc que le Comité de rédaction pourrait améliorer le projet d'article 19, en s'inspirant de l'article 33 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, et notamment en faisant figurer au paragraphe 1 l'idée de négociations directes portant non seulement sur l'interprétation et l'application du projet d'articles, mais aussi sur la prévention et la réduction du risque au minimum.

76. M. ELARABY appuie tout d'abord l'idée de la nécessité d'une convention, laquelle s'impose d'autant plus qu'il existe déjà un volume important de droit souple (*soft law*) dans ce domaine.

77. S'agissant de la portée du projet d'articles, elle devrait être élargie par la suppression, qui a été proposée, de l'expression « activités non interdites par le droit international » qui figure à l'article premier. Cet élargissement cadrerait d'ailleurs avec les objectifs généraux visés dans le préambule et irait dans le sens de l'observation relatée au paragraphe 16 du deuxième rapport du Rapporteur spécial sur le sujet⁹ où il était dit que « l'Inde, la Chine, Cuba et l'Égypte ont émis l'avis que la notion de prévention, telle qu'elle était proposée par la Commission, n'était pas suffisamment replacée dans le contexte plus large du développement durable ».

78. M. Elaraby relève ensuite que, quoique les deuxième et troisième rapports soient axés sur la diligence due, il manque dans le projet un article traitant spécifiquement de cette notion. Il pense que c'est dans l'article 3 que ce concept pourrait être visé, sinon défini.

79. Pour ce qui est de la procédure de règlement des différends envisagée dans l'article 19 [17], il constate que les deux paragraphes qui constituent cet article manquent de substance. Le paragraphe 1 reflète de manière tronquée l'Article 33 de la Charte des Nations Unies, auquel il ajoute toutefois l'expression « dans les meilleurs délais »; le paragraphe 2 est un peu plus étoffé, mais la disposition prévoyant que le rapport de la commission d'enquête est examiné de bonne foi par les parties ne correspond pas à ce que l'on est en droit d'attendre d'une convention. M. Elaraby serait donc d'avis soit de remanier les deux paragraphes, soit de les inverser, soit encore de prévoir, à titre de recours ultime, un mécanisme de règlement judiciaire sous une forme ou une autre. Dans le cadre de ce règlement judiciaire, voire dans celui du règlement des différends dans son ensemble, la possibilité d'injonctions, ou de mesures conservatoires, pourrait être prévue.

80. Enfin, M. Elaraby pense lui aussi que l'alinéa *b* de l'article 2 devrait mentionner l'indivis mondial, reprenant ainsi la notion de « zones ne relevant d'aucune juridiction nationale » visée par la CIJ dans son avis consultatif relatif à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*.

La séance est levée à 13 heures.

2643^e SÉANCE

Jeudi 20 juillet 2000, à 10 h 5

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka.

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses)¹ [fin] (A/CN.4/504, sect. D, A/CN.4/509², A/CN.4/510³)

[Point 4 de l'ordre du jour]

¹ Pour le texte des projets d'articles provisoirement adoptés par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1998*, vol. II (2^e partie), par. 55, p. 21.

² Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

³ Ibid.

⁹ Voir 2641^e séance, note 6.

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

1. M. GALICKI dit que la Commission est parvenue au stade ultime de ses travaux sur le sujet. Une proposition courageuse a été faite tendant à l'adoption du projet d'articles figurant à l'annexe du troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/510) sous la forme d'une convention-cadre sur la prévention des dommages transfrontières significatifs, ce qui semble pleinement justifié, les articles étant bien structurés et équilibrés, et couvrant toutes les questions relatives à la prévention. L'un des intérêts du projet est son champ d'application précis, qui prend en considération deux facteurs importants : la nécessité de distinguer le sujet de la prévention du thème général de la responsabilité internationale et la reconnaissance de la dualité de régimes concernant respectivement la responsabilité internationale pour risque (*liability*) et la responsabilité des États pour faute (*responsibility*). Par suite de cette approche, les articles visent principalement la gestion des risques, dans le cadre de la prévention de dommages transfrontières significatifs. C'est là, apparemment, le bon choix. Le souci d'éviter l'imprécision ressort également clairement de la définition des termes employés, en particulier l'expression « dommage transfrontière » et le membre de phrase « risque de causer un dommage transfrontière significatif », ainsi que de la définition des diverses catégories d'État associés aux procédures de prévention. La précision des définitions permet l'élaboration de règles également précises.

2. Le principal problème quant au champ d'application du projet de convention proposé est apparemment celui de savoir s'il convient de conserver la référence aux « activités non interdites par le droit international » dans le cadre d'un régime qui distingue l'obligation de prévention du concept plus général de responsabilité internationale. Les avis sont partagés au sein de la Commission. M. Galicki est partisan du maintien de ce membre de phrase dans l'article premier, pour plusieurs raisons. Tout d'abord, cette expression figure dans le titre du projet et, bien qu'il existe incontestablement des différences entre les règles régissant l'obligation de prévention et celles applicables à la question de la responsabilité internationale dans son ensemble, il convient de maintenir un lien entre les deux systèmes. Le membre de phrase considéré fournit apparemment ce lien. Deuxièmement, ainsi qu'il est noté à juste titre dans le paragraphe 31 du troisième rapport, la présence de ce membre de phrase exonère une éventuelle victime de la nécessité de prouver que la perte résulte d'un comportement illicite ou illégal. Enfin, la référence aux « activités non interdites par le droit international » fixe une ligne de partage nette entre le sujet de la responsabilité des États et celui de la responsabilité internationale, dont le principe de prévention constitue un sous-thème.

3. La dualité des régimes de la responsabilité des États pour faute et de la responsabilité internationale pour risque semble être confirmée par les conventions internationales régissant différents types d'activités comportant des risques exceptionnels, comme les activités spatiales. Il peut arriver que, de manière relativement exceptionnelle, les projets d'articles relient certains aspects de la responsabilité internationale pour risque avec des aspects de la responsabilité internationale pour faute. Le paragraphe 2 de l'article VI de la Convention sur la responsabilité interna-

tionale pour les dommages causés par des objets spatiaux prévoit, par exemple, qu'aucune exonération de la responsabilité absolue « n'est admise dans les cas où le dommage résulte d'activités d'un État de lancement qui ne sont pas conformes au droit international ». Cette conjonction de la responsabilité internationale pour faute et de la responsabilité internationale pour risque est toutefois relativement exceptionnelle, vu qu'elle joue au stade final de l'application des règles régissant la responsabilité internationale pour risque. Dans ce contexte, il peut être justifié de considérer un comportement qui n'est « pas conforme au droit international » comme un facteur aggravant de la responsabilité pour risque.

4. En revanche, il serait anormal d'étendre l'obligation de prévention à des activités interdites par le droit international. L'obligation de prévention, telle qu'elle résulte du projet d'articles, précède, par nature, une activité. Il serait éminemment irréaliste d'exiger d'un État qui prévoit de commettre un fait internationalement illicite qu'il respecte au préalable toutes les procédures de prévention prévues dans le projet. Dès lors, le fait de limiter l'application de celui-ci à des activités non interdites par le droit international présente, effectivement, un avantage, car cela facilitera son application future et permettra d'éviter la délicate question de la responsabilité pour faute.

5. De même, il serait sage de ne pas céder à la tentation d'ajouter de trop nombreuses dispositions nouvelles portant sur d'autres questions, pour ne pas risquer de déséquilibrer le projet d'articles, sous l'angle tant de la forme que du fond. Une autre raison d'adopter cette approche réaliste tient au fait que la Commission ne se fonde pas sur des règles coutumières bien établies, éventuellement prêtes pour la codification, mais évolue sur le terrain souple du développement progressif. Il sera beaucoup plus utile aux États d'avoir des articles concis mais précis et efficaces, conformément au principe selon lequel « le plus court est le mieux ».

6. La même observation vaut pour le préambule qui, assurément, pourrait viser une liste quasi illimitée de traités et de documents. Le choix opéré par le Rapporteur spécial est cependant tout à fait suffisant pour indiquer les sources les plus importantes des articles. Avant l'adoption définitive du projet, il pourrait être envisagé de mentionner dans le préambule certains des principes juridiques éminents sur lesquels ce projet est fondé. Certains de ces principes, comme celui de la diligence due ou du développement durable, ont déjà été proposés par d'autres membres.

7. En tant que membre du Groupe de travail, M. Galicki est convaincu que les articles, bien que substantiellement restreints, peuvent servir de base à la poursuite du développement, dans le domaine tant du droit de l'environnement que du droit de la responsabilité internationale en général. Il espère que la Commission sera en mesure d'achever les travaux à la session en cours, pour que le projet puisse être soumis à la Sixième Commission à la plus proche session de l'Assemblée générale.

8. M. BROWNLIE constate que, contrairement à l'habitude, il est en désaccord avec M. Galicki. Les membres de la Commission ont exprimé leur appui aux articles tout en tentant de les rattacher à d'autres domaines du

droit international. L'aspect le plus utile des articles est le fait qu'ils ouvrent un terrain nouveau : ils ne concernent pas la responsabilité des États pour faute ni leur responsabilité objective – quelle qu'elle soit – pas plus qu'ils ne constituent du droit souple. Ils ont spécifiquement pour fonction de traiter un ensemble particulier de problèmes, à savoir la gestion des risques. Dès lors, il ne sert à rien d'établir des parallèles avec des conventions types sur la responsabilité, l'indemnisation ou le règlement pacifique. Le Rapporteur spécial a abordé des situations non conflictuelles, préconflictuelles. Dans ces conditions, il va de soi que le mode de règlement doit être différent des modalités normales de l'arbitrage et du règlement judiciaire qui, dans la plupart des cas, ne conviennent pas. Dans le contexte environnemental, l'établissement des faits – qui est visé à l'article 19 [17] – sera l'élément primordial.

9. Il n'y a peut-être pas de mal à conserver le membre de phrase « activités non interdites par le droit international », les vues des membres de la Commission étant presque totalement partagées quant à l'opportunité de le maintenir ou non. Ce qui préoccupe toutefois M. Brownlie est le fait que ce membre de phrase donne lieu à des malentendus considérables. De nombreux membres veulent apparemment le maintenir parce qu'ils perçoivent un lien entre le projet d'articles et l'un des autres domaines de la responsabilité sans faute ou de la responsabilité pour faute. Or, un tel lien n'existe pas. M. Brownlie pense qu'il faudrait supprimer le membre de phrase, car il est la source de tous les malentendus.

10. M. GALICKI dit que ses propres vues et celles de M. Brownlie ne diffèrent que sur un point : il est favorable au maintien du membre de phrase « activités non interdites par le droit international » alors que M. Brownlie ne l'est pas. À part cela, leurs vues coïncident. Il a précisément insisté sur la différence entre le projet d'articles et les questions de la responsabilité pour faute et de la responsabilité pour risque. Il a cité la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux pour montrer que, contrairement au projet d'articles, elle établit un lien entre la responsabilité pour faute et la responsabilité pour risque, même si ce n'est que dans des cas exceptionnels. Il a souligné que le projet d'articles sur la prévention concerne des situations préalables à une activité. Il serait toutefois inexact de dire qu'il n'y a aucun lien entre la prévention et la responsabilité : après tout, la prévention est tirée du sujet principal de la responsabilité internationale et le rapport souligne lui aussi ce lien.

11. M. GOCO aimerait savoir comment les articles pourraient être utilisés par un gouvernement dans une situation comme celle que connaît son propre pays. Les Philippines sont un pays exempt d'armes nucléaires, mais il y a plusieurs centrales nucléaires à l'extrémité méridionale de Taiwan, tout près du nord des Philippines. Il est naturellement extrêmement préoccupant de penser qu'en cas d'accident les Philippines seraient touchées. Il se demande ce que devra faire le Gouvernement philippin lorsque le projet d'articles sera adopté, et s'il devra, par exemple, émettre des notifications, ou des avertissements lorsque le vent soufflera dans une certaine direction.

12. M. ROSENSTOCK dit qu'il y a bien plus d'une décennie que la Commission examine le sujet, aidée en cela par trois rapporteurs spéciaux dont les rapports ont précisé les problèmes et mis en évidence de possibles cadres analytiques. La difficulté a toujours été de traduire concrètement les nombreuses idées avancées. Il faut rendre hommage au Rapporteur spécial et au Groupe de travail pour avoir produit un excellent texte. En définitive, des résultats plus ambitieux seront peut-être possibles. Dans l'intervalle, il pense, comme M. Lukashuk, que l'utile projet sur la prévention représente le maximum de ce qui peut être fait. Ce projet devrait être envoyé au Comité de rédaction et adopté à la session en cours. Pour ce qui est de la forme de l'instrument, la plus appropriée serait, à son avis, une convention.

13. M. Rosenstock pense qu'il faut laisser le texte en l'état. Dès lors qu'un commentaire adapté permettra d'éviter tout malentendu ou toute interprétation erronée de l'idée sous-jacente, le membre de phrase « activités non interdites par le droit international » peut être conservé ou supprimé sans que cela porte à conséquence, bien que, personnellement, M. Rosenstock soit d'avis de le supprimer, pour les raisons exposées à la séance précédente par M. Hafner. Il y a aussi, comme l'a souligné M. Tomka, des problèmes techniques concernant le préambule. À vrai dire, M. Rosenstock se demande si un préambule est opportun ou nécessaire. Si la Commission décide d'inclure un préambule, il préférerait un texte moins militant que la version proposée qui, sans motif précis, fait référence à des documents controversés tout en omettant, par exemple, la très utile Conférence des Nations Unies sur l'environnement, qui a eu lieu à Stockholm en 1972. Cependant, dès lors que la Commission est parvenue aussi loin dans l'élaboration du projet d'articles, il serait regrettable qu'elle s'enlise à propos d'un préambule. Tenter de voir là une opposition Nord-Sud créerait des problèmes inutiles, car il ne s'agit pas de cela. M. Rosenstock fait confiance à la Commission pour se rendre compte que le mieux est l'ennemi du bien et pour transmettre le projet d'articles à la plus proche session de l'Assemblée générale aux fins d'adoption.

14. M. PELLET dit que, bien qu'il trouve le projet d'articles un peu « mou », il est de façon générale favorable à ce projet, parce qu'il croit que la prévention constitue la seule partie du projet initial qui soit mûre pour la codification et le développement progressif. Il ne peut toutefois souscrire à l'avis de M. Rosenstock selon lequel il représente le maximum que la Commission puisse atteindre, et il est au contraire déçu de n'y voir guère de trace de développement progressif. Même en matière de codification, la Commission est un peu en retrait par rapport à ce qu'autoriserait une appréciation, même prudente, du droit positif. Le projet d'articles n'est pas supposé se limiter au droit international de l'environnement, mais la Commission ne doit pas se dissimuler que la prévention des dommages significatifs causés à l'environnement est tout de même sa vocation principale. Il ne faut pas être un spécialiste de cette branche du droit international en expansion rapide – M. Pellet ne prétend pas être un tel spécialiste – pour constater que le projet suit les évolutions dans ce domaine plutôt qu'il ne les accompagne, et les précède encore moins.

15. Comme il l'a dit deux ans auparavant, il regrette vivement que l'article 3 ait été rédigé en termes finalement plus doux que le principe 2 de la Déclaration de Rio⁴ ou même le principe 21 de la Déclaration de Stockholm⁵, notamment en ce qui concerne le champ d'application territorial de l'obligation de prévention, ce que ne compense pas l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 6 [7]. Il s'associe aussi aux membres qui ont souhaité que l'on mentionne au moins expressément l'obligation de *due diligence*. Il regrette aussi que le principe de précaution, même dans l'acception incomplète que lui donne le principe 15 de la Déclaration de Rio, soit absent du projet d'articles. Quant à l'article 7 [8], il est lui aussi très en retrait par rapport au principe 17 de la Déclaration de Rio, sans même parler de la Convention sur l'évaluation de l'impact sur l'environnement dans un contexte transfrontière. Celle-ci a été adoptée en 1991 et, en 10 ans, les choses ont beaucoup évolué, plutôt dans le sens d'un durcissement des obligations de prévention. Or, c'est dans le sens d'un amollissement que semble au contraire s'orienter le projet d'articles.

16. L'article 16 du projet, qui est nouveau, semble lui aussi bien timide du fait de l'expression « le cas échéant », qui semble constituer pour les États une échappatoire aussi dangereuse qu'inutile et dont M. Pellet préconise en conséquence la suppression. Par ailleurs, il ne comprend pas la portée – ni même la signification – de la nouvelle phrase qui a été ajoutée au paragraphe 2 de l'article 6 [7]. En revanche, il approuve tout à fait l'orientation générale du nouveau paragraphe 2 de l'article 9 [10] qui lui paraît constituer un progrès par rapport à la version antérieure. De même, le transfert de l'ancien article 6 à l'article 18 lui paraît être une sage précaution. À cet égard, il n'est pas plus convaincu que MM. Galicki, Rodríguez Cedeño, Tomka et d'autres membres de la Commission qu'il faille supprimer le membre de phrase « activités non interdites par le droit international », ne fût-ce que parce que, ce faisant, la Commission semblerait légitimer des activités illicites en les « mettant dans le même sac » que les activités non interdites. N'en déplaît à M. Brownlie, M. Pellet ne pense pas qu'il y ait grand mal à conserver cette expression. Il note également, à propos de changements rédactionnels, que la version française de l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 6 [7] et de l'article 8 [9], entre autres, laisse beaucoup à désirer, et il espère que le Comité de rédaction l'améliorera.

17. S'agissant de la question plus générale de l'avenir du projet et du sujet dans son ensemble, M. Pellet s'interroge sur l'opportunité de renvoyer le projet d'articles au Comité de rédaction. Il reste un certain temps avant la fin du quinquennat et il se demande si ce temps ne devrait pas être mis à profit pour demander au Rapporteur spécial de revoir et de compléter le projet d'articles, en prenant plus nettement en compte les évolutions récentes du droit international de l'environnement, en particulier le principe de précaution, les questions relatives aux études d'impact et, peut-être aussi, celles liées à la prévention des différends. Il signale à cet égard les notes qui ont été rédigées, dans le cadre du groupe de travail présidé par M. Yamada, sur les sujets susceptibles de se prêter à la codification et au développement progressif dans le domaine du droit de l'environnement.

La proposition de M. Pellet ne vise pas seulement à améliorer le projet d'articles existant, qu'il trouve acceptable, même s'il gagnerait à être un peu plus « musclé ». Elle vise aussi à aller au-devant des vœux des autres membres de la Commission qui souhaitent apporter une contribution au droit de l'environnement. Le sujet de la prévention est celui qui se prête le mieux à cette fin. Il serait cependant absurde de reprendre le sujet sous l'angle exclusif du droit de l'environnement, une fois que le projet d'articles aura été adopté. M. Pellet propose donc de faire le tour des problèmes de prévention, en étant éventuellement plus spécifique à la lumière des évolutions du droit international.

18. Pour ce qui est du sujet relatif à la « responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international », M. Pellet rappelle que, à sa cinquantième session, M. Brownlie avait demandé avec fermeté que la Commission prenne enfin une position définitive et fasse des recommandations. Un consensus s'était dégagé pour qu'une position soit prise, mais la question en est restée là. Il est indispensable que la Commission prenne ses responsabilités et, pour cela, il faudrait qu'elle consacre au moins une séance à en débattre, soit en séance plénière, soit en groupe de planification, peut-être sur la base d'une note du Rapporteur spécial et d'autres membres de la Commission. La position de M. Pellet est claire. À son avis, la poursuite de ce sujet n'a pas lieu d'être, car il ne se prête ni à la codification du droit international ni à son développement progressif. Au contraire, il devrait être – et ne peut être – que l'objet de négociations entre États. La Commission n'a rien à faire dans ce domaine. Sur le plan juridique, la seule chose solide que l'on puisse dire est que, si un État ne s'acquitte pas de ses obligations en matière de prévention, il est responsable – *responsible* et pas seulement *liable*. La Commission n'a pas besoin d'un projet d'articles entier pour dire cela. Si elle veut le dire, il est toujours possible d'ajouter un article en ce sens au projet d'articles sur la prévention. En tout cas, la Commission doit prendre une décision. Sinon, de *liable* par son silence, elle finira par devenir *responsible*.

19. M. KUSUMA-ATMADJA félicite le Rapporteur spécial pour avoir produit, quelle que soit la forme qu'il revêtira en définitive, un excellent projet d'articles, et dit qu'il fait confiance à M. Gaja, Président du Comité de rédaction, pour régler tous les problèmes qui subsistent, à la satisfaction générale. Il approuve la position de M. Galicki par rapport à celle de M. Brownlie, malgré tout le respect dû à ce dernier. Il est d'avis de renvoyer le projet d'articles au Comité de rédaction, aux fins d'adoption au plus tard à la session suivante de la Commission.

20. M. AL-BAHARNA dit que le Rapporteur spécial doit être félicité pour son rapport précis et concis et qu'il doit être appuyé dans sa volonté d'achever les travaux sur le sous-thème avant la fin du quinquennat.

21. Les principaux problèmes qui ressortent de l'examen du projet d'articles semblent être les suivants : les activités non interdites par le droit international (art. 1); le sens et la nature d'un dommage significatif (art. 2); le concept de *due diligence* (art. 3); d'autres articles relatifs aux obligations des États de coopérer sur la question de la prévention, et les procédures s'y rapportant; la question

⁴ Voir 2641^e séance, note 9.

⁵ Voir 2642^e séance, note 7.

du lien entre le sujet de la responsabilité internationale et celui de la prévention; le règlement des différends; et enfin la forme que le projet d'articles devrait prendre en définitive. Cette liste de questions litigieuses n'est nullement limitative. Toutefois, grâce à la décision prise par la Commission à sa quarante-neuvième session de se concentrer sur le sous-thème de la prévention⁶, et sous la direction éclairée du Rapporteur spécial, l'élagage du projet d'articles a bien progressé et celui-ci est désormais prêt pour une mise au point définitive en deuxième lecture.

22. M. Al-Baharna ne souscrit pas à la recommandation du Rapporteur spécial tendant à supprimer de l'article premier le membre de phrase « non interdites par le droit international ». Il est indispensable de conserver ce membre de phrase, pour maintenir la distinction, en droit, entre le sujet de la responsabilité des États et celui de la responsabilité internationale que, de nombreuses années auparavant, comme le Rapporteur spécial le reconnaît au paragraphe 26 de son troisième rapport, la Commission a estimé nécessaire de séparer. Dès lors, cette malheureuse proposition de la onzième heure est surprenante, compte tenu en particulier de l'affirmation catégorique du Rapporteur spécial, au paragraphe 5 du rapport, selon laquelle « aucun État ne ... conteste ... l'emploi de l'expression "activités qui ne sont pas interdites par le droit international" dans l'article premier ».

23. S'agissant de l'expression « dommage significatif », la controverse sur cette question semble être désormais épuisée – pour reprendre l'observation sur la question de la République tchèque. Compte tenu notamment du fait que l'expression est désormais consacrée dans la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, son emploi dans le projet d'articles sur la prévention est plus que justifié. Pour ce qui est de l'expression « risque de causer un dommage transfrontière significatif », M. Al-Baharna, tout en approuvant le point de vue des États qui estiment que la définition de l'alinéa a de l'article 2 est source de confusion, pourrait néanmoins s'en accommoder. Il reste que, pour des raisons de cohérence, le mot « catastrophiques » devrait être remplacé par « significatifs ».

24. En ce qui concerne l'applicabilité du concept amplement débattu de *due diligence* dans le contexte de l'article 3, question examinée de manière approfondie au chapitre III du deuxième rapport du Rapporteur spécial⁷, notamment au paragraphe 24, certains États ont estimé qu'une violation de l'obligation de *due diligence* n'entraînerait de conséquences que dans le domaine de la responsabilité des États. À cet égard, M. Al-Baharna se dit impressionné par l'argument de la Chine, repris au paragraphe 3 du deuxième rapport, selon lequel, « en l'absence de dommage, un tel manquement ne mettrait pas en jeu la responsabilité » mais que « si un dommage devait toutefois survenir, la responsabilité de l'État, la responsabilité civile ou les deux pourraient être mises en cause. Si l'État avait observé la diligence due et si un dommage s'était néanmoins produit, c'était l'exploitant qui engageait sa

responsabilité et qui devait payer »⁸. Dans l'ensemble, l'article 3 est acceptable, étant entendu que l'obligation qui y est énoncée est celle de la *due diligence*. Il n'est toutefois pas nécessaire de viser spécifiquement cette notion à l'article 3.

25. Les articles 4 à 17 ont eux aussi été amplement débattus et ne devraient donc donner lieu à aucune autre controverse. Pour ce qui est du sujet de la responsabilité internationale, M. Al-Baharna persiste à penser que, pour s'acquitter pleinement de son mandat, la Commission devrait reprendre ce sujet dès que les articles sur la prévention auront été examinés par la Sixième Commission après leur adoption en seconde lecture par la Commission sous la forme d'une convention-cadre. Comme le Rapporteur spécial l'a à juste titre souligné au paragraphe 3 du troisième rapport, la Commission doit traiter la question de la responsabilité internationale. Il existe désormais une profusion de matériaux dans la pratique des États et dans les accords internationaux, ainsi que toute une somme de précieux éléments légués par le précédent rapporteur spécial, M. Julio Barboza.

26. M. Al-Baharna estime enfin que le libellé de l'article 19 [17], relatif au règlement des différends, est incomplet et devrait être amélioré. On pourrait de toute façon soutenir qu'il n'est pas nécessaire de prévoir une disposition sur le règlement des différends dans une convention-cadre qui ne porte que sur la question de la prévention. Cela est toutefois sans préjudice d'un éventuel réexamen de l'article 19 [17] par la Commission lorsqu'elle reprendra l'examen du sujet de la responsabilité internationale.

27. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial), résumant le débat, dit qu'il s'efforcera de résister à la tentation de se laisser entraîner dans une nouvelle confrontation idéologique ou autre. La Commission doit faire face à un conflit apparemment insoluble entre l'idéalisme environnemental et le désir de tirer intégralement parti des innovations scientifiques et technologiques qui se succèdent à un rythme effréné. En réponse à M. Pellet, le Rapporteur spécial dit qu'il a décidé de ne pas se mêler de questions de droit de l'environnement, mais au contraire d'extraire des projets d'articles et des commentaires dont il a hérité à la quarante-huitième session de la Commission les dispositions les plus praticables – bien qu'il en résulte une sorte d'ensemble « croupion » de projets d'articles. Il est réconforté par le fait que, à sa grande surprise, les projets d'articles adoptés en première lecture se sont révélés acceptables pour la plupart des États. En tant que rapporteur spécial, il n'a aucun ordre du jour propre. Il incombe à la Commission de prendre, en conscience, la décision, soit de suivre la proposition de M. Pellet, en prolongeant encore davantage un processus dont les États sont déjà lassés, soit d'entériner les préférences exprimées par les États. En qualité de rapporteur spécial, il recommande à la Commission de réduire la portée du projet d'articles à des proportions raisonnables, faute de quoi les travaux sur le sujet risquent de ne jamais se terminer.

28. Dès lors, il n'est pas convaincu par les arguments de M. Pellet et d'autres membres tendant à ce que la Com-

⁶ Voir 2628^e séance, note 4.

⁷ Voir 2641^e séance, note 6.

⁸ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-troisième session, Sixième Commission, 14^e séance (A/C.6/53/SR.14)*, et rectificatif, par. 43.

mission aborde l'examen du principe de précaution. Il a étudié ce principe au chapitre VI de son premier rapport⁹, et sa conclusion sur cette question est énoncée au paragraphe 72 de ce document. Il est logique de penser que, lorsqu'il existe une menace de dommage grave ou irréversible, l'absence de certitude scientifique absolue quant aux causes et aux effets d'un dommage à l'environnement ne doit pas servir de prétexte pour différer l'adoption de mesures visant à prévenir une détérioration de l'environnement. Dans la mesure où il existe des orientations, le Rapporteur spécial a tout lieu de croire que les États auront recours à ce principe. À son avis, le principe de précaution est déjà inclus dans les principes de prévention et d'autorisation préalable, et dans les études d'impact sur l'environnement, et il ne peut en être dissocié.

29. S'agissant du règlement des différends, l'article 19 [17] a en général recueilli l'assentiment des États à la Sixième Commission. Les États auront une nouvelle occasion d'examiner cet article lorsque celui-ci aura été adopté par la Commission en deuxième lecture. Dès lors, toute décision éventuellement prise à la session en cours ne sera pas gravée dans le marbre. En tout état de cause, il ne voit pas le besoin de remettre l'article 19 [17] sur le métier.

30. Il y a eu plusieurs autres propositions concernant différents articles, et le Rapporteur spécial invite instamment les membres qui les ont faites à se mettre à la disposition du Comité de rédaction. Il est encouragé par l'avis exprimé par M. Rosenstock selon lequel le projet d'articles est le meilleur qu'il soit possible d'obtenir et le moment est venu de les renvoyer au Comité. Le Rapporteur spécial recommande que le projet d'articles soit effectivement renvoyé au Comité et qu'il revienne à la Commission dès que possible.

31. La question a été posée de savoir s'il fallait directement viser, dans le cadre de l'article 3, la notion de *due diligence* ou si l'article 3 devait être laissé tel qu'il est, avec une explication dans le commentaire. Tout en comprenant le raisonnement de M. Al-Baharna, le Rapporteur spécial persiste à penser que les expressions « toutes les mesures appropriées » et *due diligence* sont synonymes et que le maintien de la première laisse plus de souplesse et comporte moins de risques de confusion que l'insertion de la deuxième. Une explication dans le commentaire serait un meilleur moyen d'indiquer aux États ce dont il s'agit. Il est prudent de suivre les orientations que proposent des conventions appliquées et éprouvées, et ce que recommande le Rapporteur spécial est de laisser l'article 3 tel qu'il est, en expliquant dans le commentaire que l'expression « toutes les mesures appropriées » ne vise rien d'autre que la *due diligence*.

32. Les points de vue des membres de la Commission quant à l'opportunité de supprimer ou de maintenir la mention, à l'article premier, des « activités non interdites par le droit international » se répartissent *grosso modo* par moitié. Selon de nombreuses sources et opinions doctrinales que le Rapporteur spécial a consultées au fil du temps, il faudrait maintenir l'expression, qui représente désormais une ligne de partage fondamentale entre le sujet de la responsabilité des États et le sujet plus vaste de la responsa-

bilité internationale, dont le principe de prévention n'est qu'un sous-thème. Le débat idéologique entre responsabilité internationale et responsabilité des États ne sera pas réglé par le membre de phrase en cause. Que celui-ci soit conservé ou non, le véritable objectif de l'article est la gestion des risques, l'idée étant d'encourager les États d'origine et les États susceptibles d'être affectés à entrer en relations et à s'engager. La vertu principale du projet tient à ce qu'il met en exergue le principe d'engagement au stade le plus précoce.

33. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que la Commission souhaite renvoyer au Comité de rédaction le projet de préambule et les projets d'articles révisés 1 à 19.

Il en est ainsi décidé.

Responsabilité des États¹⁰ (suite*) [A/CN.4/504, sect. A, A/CN.4/507 et Add.1 à 4¹¹, A/CN.4/L.600]

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite*)

34. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à entreprendre l'examen des chapitres II et III du troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/507 et Add.1 à 4).

35. M. GAJA dit que le chapitre III est remarquable par la nouveauté des questions qui y sont traitées et l'adéquation des solutions généralement proposées. Il entend limiter ses remarques à quelques problèmes qui, à son avis, n'ont pas encore été correctement résolus.

36. Si la proposition du Rapporteur spécial tendant à placer le nouvel article 40 *bis* dans la deuxième partie *bis* était adoptée, la deuxième partie ne comporterait alors aucune indication quant aux États auxquels sont dues les obligations décrites dans la deuxième partie. Le vide créé par la suppression, dans la deuxième partie, de la seule disposition relative aux États lésés doit être comblé, ne serait-ce que par une disposition faisant généralement référence à la deuxième partie *bis*. Certes, les projets d'articles ne visent qu'à réglementer les relations inter-étatiques, mais ces relations risquent d'être affectées par le fait que des personnes ou des entités autres que des États sont les bénéficiaires de la réparation. Dans ce cas, les individus ou les entités devraient avoir la possibilité de jouer un rôle quant au choix de la forme de réparation. De même, pour ce qui est de la renonciation à des réclamations présentées pour le compte de particuliers ou d'autres entités, il serait raisonnable de supposer que ceux-ci ont un rôle à jouer. Cette préoccupation se traduit indirectement, bien que de manière relativement obscure, par l'exigence que la réclamation ait fait « valablement l'objet d'une renonciation », et le commentaire pourrait clarifier ce point. Le texte des articles n'emploie pas les

* Reprise des débats de la 2640^e séance.

¹⁰ Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), chap. III, sect. D, p. 62.

¹¹ Voir *supra* note 2.

⁹ Voir 2628^e séance, note 5.

mêmes termes pour ce qui est du choix de la forme de réparation malgré ce qui est dit au paragraphe 233 du troisième rapport.

37. L'article 40 *bis*, tel que proposé par le Rapporteur spécial, fait une distinction entre les États lésés et les États ayant un intérêt juridique. Or, l'article 40 *bis* ne dit pas quelles sont les conséquences pour les États ayant un intérêt juridique. L'article 46 *ter* indique clairement qu'un État lésé peut invoquer la responsabilité et choisir la forme que devrait prendre la réparation, mais il n'est rien dit des autres États. Bien qu'il soit incontestable que ceux-ci peuvent demander ce qui est prévu au chapitre premier, à savoir la cessation et des assurances de non-répétition, cela devrait être énoncé dans l'article 40 *bis*, lequel devrait également indiquer si ces États peuvent faire quoi que ce soit quant à la réparation. Toutefois, s'il est dit que les États de cette dernière catégorie ne peuvent pas demander la restitution ou l'indemnisation parce qu'ils ne sont pas lésés, cela entraîne des conséquences non négligeables. Dans l'article 40 tel qu'adopté en première lecture, il était dit que si une obligation concernant les droits de l'homme résultait, soit d'une règle coutumière, soit d'un traité multilatéral, tous les États dans le premier cas, et tous les États parties au traité dans le deuxième cas pourraient demander réparation. Cette disposition était peut-être excessive – et il serait sage de la réexaminer – mais désormais la Commission risque d'aller trop loin dans la direction opposée en disant que les États qui ne sont pas lésés ne peuvent demander réparation. En cas de violation des droits de l'homme, s'il n'y avait pas d'États particulièrement affectés, des obligations relatives aux droits de l'homme pourraient être violées avec remarquablement peu de conséquences. La situation est encore plus préoccupante pour les faits que l'on a qualifiés de crimes internationaux d'État et que l'on qualifie désormais de graves violations d'obligations *erga omnes*. Il faut trouver une solution pour qu'un État qui a violé une obligation ne puisse simplement faire valoir que, nul n'ayant été lésé, il n'a pas d'obligation de réparation.

38. De l'avis de M. Gaja, le paragraphe 239 semble trop forcer l'analogie entre l'invoquant d'un motif permettant de contester la validité d'un traité, d'y mettre fin ou d'en suspendre l'application en vertu de l'article 65 de la Convention de Vienne de 1969 d'une part, et l'invoquant de la responsabilité d'un État d'autre part. Dans ce dernier cas, rien ne justifie qu'un État soit d'abord tenu de faire une protestation ou de notifier son intention d'invoquer la responsabilité. Il peut invoquer celle-ci directement. Il ne devrait y avoir aucune condition préliminaire du type envisagé à l'article 65 de la Convention.

39. M. Gaja fait remarquer que l'article relatif à la pluralité d'États lésés devrait être l'« article 46 *quinquies* » et non « *quinque* »; plus sérieusement, il estimerait utile que le texte de cet article évoque le choix de la forme de réparation lorsque plusieurs États sont lésés. Il y aurait certainement quelque chose à dire dans le commentaire à ce propos, mais des orientations pourraient être données aux États dans l'article lui-même.

40. L'article 46 *sexies* soulève certaines difficultés, car il n'est pas toujours facile de déterminer des situations concernant le même fait internationalement illicite et une pluralité d'États responsables de ce fait. L'affaire du *Détroit*

de Corfou mettait en cause un État responsable de la pose de mines et un autre État responsable de ne pas avoir utilisé ses pouvoirs souverains pour empêcher la pose des mines et prévenir les navires effectuant le passage; deux obligations différentes étant en jeu, il y avait donc deux faits illicites. Un dommage peut être causé par plusieurs faits illicites, mais il se peut qu'il n'y ait pas plusieurs États responsables du même fait illicite. Ces cas et les questions qu'ils suscitent devraient être examinés dans le commentaire. Le sous-alinéa i de l'alinéa b du paragraphe 2 est correct, mais il n'est pas nécessaire qu'un sous-alinéa traite de questions de procédure.

41. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit qu'il souscrit à l'essentiel des propos de M. Gaja et est heureux de l'informer que la section D du chapitre III du rapport, comportant les dispositions délibérément omises, sera disponible sous peu.

42. M. SIMMA dit qu'il partage l'intérêt de M. Gaja pour la question de l'application et de l'exécution d'obligations *erga omnes* et que la lecture du paragraphe 226 lui fait craindre que, même après la parution d'une nouvelle section du chapitre III, il n'y ait toujours aucune répartition de l'accès aux formes de réparation dans le cas d'États non directement lésés. De manière générale cependant, il approuve la démarche qui sous-tend le document à l'examen ainsi que l'économie des projets d'articles.

43. Au paragraphe 238, le Rapporteur spécial dit que, dès lors que le mode normal de communication interétatique est l'écrit, il paraît approprié d'exiger que la notification de la réclamation ait lieu par écrit. Heureusement toutefois, l'article 46 *ter* ne dispose nullement que la notification doit être faite par écrit. De l'avis de M. Simma, la référence à la Convention de Vienne de 1969 a une certaine pertinence, mais l'invocation du droit de mettre fin à un traité ou d'en suspendre l'application est d'une portée beaucoup plus étroite et se produit beaucoup moins fréquemment que l'invocation de la responsabilité des États. De toute façon, la Convention ne vise que des traités qui sont conclus par écrit. Par ailleurs, l'article 46 *ter* emploie à juste titre l'indicatif « doit » et non le conditionnel « devrait », au paragraphe 1. C'est là la clef de la disposition et l'indicatif devrait être employé dans tout le texte.

44. Au paragraphe 1, il est dit d'abord qu'un État lésé doit notifier sa réclamation, puis qu'il « devrait » préciser la forme que devrait prendre la réparation (par. 1, al. b). Ces actions pourraient cependant se dérouler en deux phases différentes – notification, puis discussions quant à la forme de réparation qui serait due. Cette possibilité devrait être prise en considération.

45. Le contenu de l'alinéa b du paragraphe 2 de l'article 46 *ter* tend à préjuger la décision quant à l'approche à suivre en ce qui concerne l'épuisement des voies de recours internes : celle de l'ancien rapporteur spécial Ago, qui voyait là une question de fond, ou celle de l'actuel rapporteur spécial, qui y voit une question de procédure. M. Simma considère que la disposition ne devrait pas préjuger de la solution de la question. De même, la référence à la règle applicable en matière de nationalité des réclama-

tions (par. 2, al. a) paraît anticiper les décisions à prendre dans le contexte de la protection diplomatique.

46. Le mot « renonciation », que l'on retrouve aux paragraphes 250 à 256, paraît déplacé dans le contexte de la perte du droit d'invoquer la responsabilité. Ce mot appartient au vocabulaire du commerce international et suppose un acte intentionnel de renonciation. De plus, il a un sens beaucoup plus étroit que l'« acquiescement » visé dans la Convention de Vienne de 1969, qui est préférable.

47. S'agissant des paragraphes 257 à 259 relatifs à la prescription, M. Simma accueille favorablement l'idée qu'en soi l'écoulement d'un certain délai ne rend pas irrecevable une réclamation aux fins de réparation et qu'il convient de faire preuve d'une grande souplesse, comme l'ont reconnu les juridictions internationales. La référence, au paragraphe 258, à l'affaire *LaGrand* – une affaire pendante devant la CIJ – est inopportune, en ce qu'elle place les membres de la Commission qui participent à l'affaire dans une situation délicate. La dernière phrase de ce paragraphe est inexacte : l'Allemagne a engagé l'action judiciaire, non pas six ans et demi après la violation, mais beaucoup plus tard; elle n'a appris la violation du droit à l'assistance d'un conseil qu'en 1992, bien que la violation ait eu lieu en 1982.

48. M. Simma souscrit pleinement aux commentaires de l'article 46 *quater*, mais pense que le libellé de l'alinéa b de l'article pourrait être amélioré. Au lieu de se référer à l'État responsable, c'est-à-dire la partie coupable, il faudrait viser l'action engagée par le demandeur. Il préfère de beaucoup la manière dont la même idée est exprimée à l'article 45 de la Convention de Vienne de 1969, à savoir la formule : « cet État ... doit, à raison de sa conduite, être considéré comme ayant acquiescé ... à la validité du traité... ». La référence à ce que l'État responsable pouvait ou ne pouvait pas raisonnablement croire conduira à de graves difficultés de preuve.

49. L'analyse, aux paragraphes 267 à 278, de la question de la pluralité d'États responsables et l'article 46 *sexies* proposé paraissent quelque peu simplistes, compte tenu notamment de l'implication d'organisations internationales dans les actions d'une pluralité d'États. Il y a, par exemple, une interaction très complexe au sein de l'OTAN entre les responsabilités de l'organisation elle-même et de la structure militaire intégrée et les opérations entreprises par les États membres. Certes, la responsabilité d'organisations internationales ne relève pas du champ d'application du projet, mais il faudrait dire quelque chose des conséquences possibles pour les États membres d'une organisation lorsqu'ils agissent sur la base d'une responsabilité solidaire.

50. L'alinéa a du paragraphe 2 de l'article 46 *sexies* est utile. Il est difficile à toute personne étrangère à l'affaire de l'*Or monétaire* de comprendre toutes les subtilités du principe de la tierce partie indispensable, et cela vaut donc la peine de souligner que ce principe a trait à la recevabilité d'une procédure et ne saurait être considéré comme un principe de fond.

51. L'affirmation catégorique, à la première phrase du paragraphe 275, à propos des sources du droit international devrait peut-être être reconsidérée. M. Simma aimerait aussi savoir s'il existe une jurisprudence relative à l'appli-

cation de la maxime *ex turpi causa non oritur actio* citée à l'alinéa d du paragraphe 276.

52. M. Simma appuie enfin l'idée de renvoyer au Comité de rédaction les projets d'articles à l'examen.

53. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que l'affaire *LaGrand* n'a été mentionnée que parce que l'une des opinions individuelles a paru pertinente et que cette référence ne visait certainement pas à préjuger du résultat de l'affaire. Un rectificatif sera publié afin de corriger les erreurs de fait que M. Simma a signalées à propos de cette affaire.

54. M. ROSENSTOCK dit qu'à son avis l'idée maîtresse de l'observation de M. Simma sur l'affaire *LaGrand* est qu'il convient d'être prudent lorsque l'on évoque des affaires en cours. Il serait tout à fait opportun de suivre ce conseil.

55. M. DUGARD reconnaît que la règle de la litispendance est importante mais qu'elle risque, si elle est appliquée strictement, de décourager définitivement tout débat. De nombreuses affaires, en particulier celles dont est saisie la CIJ, se poursuivent pendant des années – à preuve les affaires de *Lockerbie*. La discrétion est certes de mise, mais il faudrait aussi faire preuve de souplesse.

56. M. KABATSI souscrit à ces observations. La règle de la litispendance est importante, mais certaines affaires sont réglées en plusieurs phases successives, et il doit être possible de se référer aux questions qui ont déjà été tranchées même si l'affaire elle-même est encore pendante.

57. M. TOMKA dit que la Commission ne devrait pas s'interdire d'évoquer des arrêts ou des ordonnances déjà rendus. Dans l'affaire relative au *Projet Gabcikovo-Nagymaros*, un arrêt a été rendu, mais l'affaire est toujours officiellement inscrite au rôle général, dans l'attente d'un accord relatif à l'exécution. Des mesures conservatoires et des ordonnances sont déjà intervenues dans l'affaire de *Lockerbie*. Ces types d'éléments devraient être utilisables, mais les membres de la Commission n'ont pas à prendre parti pour l'une ou l'autre thèse ni à exprimer leur position sur des procédures en cours ou à venir.

58. M. ROSENSTOCK dit qu'il ne s'agit pas d'appliquer une règle rigide. L'idée est plutôt de prôner la discrétion, la prudence et la vigilance quant aux problèmes susceptibles d'être créés.

59. M. HAFNER remarque que le chapitre III du rapport traite d'un certain nombre de thèmes nouveaux dans le domaine de la responsabilité des États. Il appuie la structure et l'orientation générales du chapitre, mais a quelques observations à faire sur des aspects relativement mineurs.

60. Il souscrit aux observations de M. Simma relatives au paragraphe 238, car il n'est pas persuadé que la réclamation doit être faite par écrit en toutes circonstances. Au paragraphe 242, la règle de la nationalité des réclamations est présentée comme une « condition générale d'invocation de la responsabilité », mais faut-il interpréter le terme « générale » comme autorisant des exceptions ? La question relève du sujet de la protection

diplomatique, et un projet d'article qui ne s'appuie pas sur cette règle a déjà été présenté dans le cadre de ce sujet.

61. M. Hafner se demande si l'affaire *LaGrand* mentionnée au paragraphe 258 est pertinente pour illustrer la perte du droit d'invoquer la responsabilité. Il est dit, à la dernière phrase de ce paragraphe, que « l'Allemagne [a] intenté l'action judiciaire littéralement à la dernière minute », ce qui peut induire en erreur. L'action a été engagée à la « dernière minute », non pas avant la perte du droit, mais avant l'exécution. En conséquence, le membre de phrase vise la perte d'un droit, non en raison de l'expiration d'un délai, mais à cause de l'impossibilité d'éviter l'exécution.

62. La Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, mentionnée au paragraphe 272, peut servir d'exemple pratique; mais elle a constitué une expérience unique, n'a pas eu de successeur – et de l'avis de M. Hafner, n'en aura pas – et ne saurait donc prouver une quelconque tendance du droit international. De même, M. Hafner doute que les « accords mixtes » entre l'Union européenne et ses États membres, qui sont visés au paragraphe 274, puissent servir d'exemple de responsabilité solidaire, car ils se décomposent en réalité en deux parties, une partie communautaire et une partie nationale qui relève exclusivement de la compétence de l'État membre. Théoriquement, la responsabilité de l'exécution est répartie a priori entre les organisations internationales et les États membres. L'annexe IX de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer est fondée sur un partage de compétences entre les États Membres et l'organisation internationale. La responsabilité solidaire visée au paragraphe 2 de l'article 6 de l'annexe constitue un cas exceptionnel et elle est, de l'avis de M. Hafner, envisagée comme une forme de sanction pour les cas où aucune indication de compétence n'est donnée. Ainsi, ce n'est que dans une situation doublement exceptionnelle que cette forme de responsabilité s'applique : elle ne saurait guère être généralisée.

63. On comprend mal, à propos de l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 46 *ter*, pourquoi l'État lésé doit indiquer le comportement qui est selon lui requis de l'État responsable. Ne serait-il pas suffisant de dire que l'État A a violé tel ou tel article ? Le texte proposé donne l'impression que l'État lésé peut décider quel est le comportement requis, alors que ce n'est pas le cas. Si l'État lésé propose un comportement différent de celui requis par la règle qui a été violée, l'État responsable a parfaitement le droit de s'y opposer. La référence à l'article 36 *bis* paraît indiquer qu'une telle entorse à la norme violée est exclue; dès lors, il n'est pas nécessaire que l'État lésé définisse ce comportement. Il n'y a pas lieu non plus d'entrer dans les détails de la protection diplomatique, et il suffirait aussi de dire que les voies de recours internes doivent être épuisées conformément aux règles de droit international applicables. La Commission ne devrait pas se compliquer la tâche en traitant de questions relevant du sujet de la protection diplomatique. L'article 46 *ter* pourrait donc être relativement bref.

64. Bien qu'il approuve tout à fait la teneur de l'article 46 *quater*, M. Hafner pense que l'alinéa *a* mérite d'amples explications dans le commentaire, vu que ni

l'expression « sans condition » ni la formule « non équivoque » ne sont explicitées dans le texte. Le libellé de l'alinéa *b* doit être remanié, car ce que l'on veut dire, c'est que l'État lésé n'est plus censé, raisonnablement, poursuivre ou formuler une réclamation. Peut-être cela vaudrait-il la peine d'examiner si cette règle peut souffrir certaines exceptions – par exemple, pour des faits d'un grand retentissement. Même la Convention de Vienne de 1969 pose des exceptions à l'article 45. De plus, s'il y a perte du droit d'invoquer la responsabilité, qu'advient-il du fait illicite lui-même, et de l'obligation de cessation et de réparation par rapport au fait illicite ? Le fait illicite deviendra-t-il licite parce que nul ne peut invoquer les conséquences de son illicéité ? Une conséquence pourrait être que l'obligation de réparation reste valable, le fait illicite ne devenant pas licite du seul fait de la perte du droit d'invoquer la responsabilité. Il ne pourrait devenir licite que si la renonciation au droit correspondait à une forme de consentement a posteriori. La création d'une *opinio juris* pertinente pourrait modifier la norme applicable, mais cela n'aurait pas d'effet rétroactif et le fait lui-même resterait illicite. Si l'État responsable commettait une seconde fois le fait, l'État lésé pourrait de nouveau, en l'absence de toute modification de la norme pertinente, se considérer comme lésé et invoquer la responsabilité, bien qu'il ait perdu ce droit précédemment. Il y a là matière à des malentendus.

65. Dans l'ensemble, l'article 46 *quinquies* ne pose pas de problème à M. Hafner, mais la question est plus complexe que ne l'indique l'article. À vrai dire, l'article tel qu'il se présente pourrait même être supprimé, sa teneur pouvant être déduite d'autres dispositions. Pour illustrer les complexités en cause, on pourrait citer l'exemple d'étrangers ressortissants d'un État non européen dont les droits de l'homme feraient l'objet de violations massives d'un État A, partie à la Convention européenne des droits de l'homme. Par voie de conséquence, ces personnes seraient en droit d'invoquer la responsabilité de l'État par la voie d'une requête individuelle dans le cadre du système de la Convention. Parallèlement, tout autre État partie aurait également le droit de saisir la Cour européenne des droits de l'homme. L'État d'origine aurait le droit d'invoquer la responsabilité de l'État A en vertu du régime de responsabilité des États en cours d'établissement par la Commission. En outre, tout autre État aurait également le droit d'invoquer la responsabilité au sens restreint, dès lors qu'une violation flagrante et massive d'une obligation *erga omnes* aurait été commise. Il y aurait ainsi quatre types différents de conséquences pour un seul et même fait illicite. Les relations entre l'État A et l'État d'origine des individus et les requêtes en vertu de la Convention européenne seront examinées ultérieurement, et M. Hafner doute qu'une simple référence à la *lex specialis* soit suffisante. Ce qu'il faut, c'est faire un parallèle avec une situation de litispendance entendue dans un sens très large. Il est intéressant de noter qu'il est fait référence à une telle règle dans le contexte d'une pluralité d'États responsables, mais non dans celui d'une pluralité d'États lésés.

66. Un deuxième exemple est celui d'un fleuve qui traverse plusieurs pays. Si l'État riverain d'amont construit un barrage et interrompt le débit de l'eau, plusieurs États riverains d'aval seront lésés, par un seul et même fait,

dans leur droit d'utiliser les eaux. Des problèmes sérieux se poseront s'ils ne s'entendent pas sur la forme de réparation – l'un voulant par exemple la restitution, et les autres l'indemnisation. Les deux formes de réparation ne peuvent aller de pair. Si la restitution est proposée par l'État riverain d'amont au premier État riverain d'aval, c'est la restitution qui jouera automatiquement aussi pour l'État riverain d'aval suivant, que celui-ci préfère ou non cette forme de réparation. Dès lors, une disposition relative à l'incompatibilité des formes de réparation est nécessaire. Une solution consisterait à donner la priorité à la restitution, à moins que les États ne conviennent d'une autre forme. Une autre solution serait de s'appuyer sur un accord entre les États lésés, mais il resterait à savoir ce qu'il faudrait faire si les États lésés ne pouvaient s'entendre sur une forme commune de réparation. Cela équivaldrait-il à une renonciation au droit d'invoquer la responsabilité, exonérant ainsi l'État responsable ? Cette question doit être abordée.

67. M. Hafner appuie l'article 46 *sexies* dans la mesure où il ne définit pas une forme particulière de responsabilité commune, mais il convient avec M. Gaja que le problème est plus complexe et que l'affaire du *Détroit de Corfou* n'est pas l'exemple le mieux choisi. L'alinéa *a* du paragraphe 2 pourrait conduire à une interprétation *a contrario*, ce qui n'est certainement pas souhaitable. Pourquoi une telle règle serait-elle seulement applicable aux cas de pluralité d'États responsables, et non de façon générale ?

68. Dans l'ensemble, M. Hafner est d'avis que les projets d'articles devraient être renvoyés au Comité de rédaction.

69. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) souscrit entièrement à l'analyse que fait M. Hafner de la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux et des « accords mixtes » de l'Union européenne. Le traitement minutieux, dans la Convention, de la responsabilité solidaire est tout à fait inhabituel, et si le Rapporteur spécial l'a mentionné, c'est parce qu'il s'agit de la disposition la plus précise dans ce domaine, et non parce qu'il pense que cela reflète le droit international général. Il est vrai que le processus de déduction de principes généraux du droit international joue sur la base de l'analogie, mais l'on ne saurait sauter directement d'un système juridique national au droit international sans passer par l'étape intermédiaire nécessaire consistant à trouver une base commune dans les différents systèmes juridiques, d'où l'on peut déduire que telle ou telle chose constitue un principe général du droit. S'agissant des « accords mixtes », l'annexe IX de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer prescrit un traitement spécial dans un cas particulier, mais la situation juridique dans le cadre de tous les « accords mixtes » n'est pas la même, contrairement à l'opinion courante.

La séance est levée à 13 heures.

2644^e SÉANCE

Vendredi 21 juillet 2000, à 10 heures

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka.

Responsabilité des États¹ (suite) [A/CN.4/504, sect. A, A/CN.4/507 et Add.1 à 4², A/CN.4/L.600]

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen des chapitres II et III du troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/507 et Add.1 à 4).

2. M. MOMTAZ regrette d'autant plus de n'avoir pas eu plus de temps pour examiner de manière approfondie le chapitre III qu'il traite pour la première fois de questions très délicates présentant une importance capitale pour la poursuite des travaux de la Commission. À titre de remarque générale, il estime qu'une nouvelle fois la distinction entre crime et délit établie par l'article 19 du projet d'articles adopté en première lecture plane sur un certain nombre des articles proposés. C'est le cas plus particulièrement de l'article 46 *quater* consacré à la perte du droit d'invoquer la responsabilité, ainsi que de l'article 46 *quinquies* relatif à la pluralité d'États lésés. Dans ces deux cas, les questions soulevées se posent sous un angle différent si l'on a affaire à la violation d'une règle fondamentale du droit international général. On trouve confirmation du bien-fondé de ce point de vue dans le paragraphe 233 du rapport où le Rapporteur spécial dit qu'« un État lésé ne peut de son propre chef libérer l'État responsable de ses obligations continues ». On peut en effet se demander si cette affirmation tend à insinuer qu'en cas de violation de règles fondamentales ou *erga omnes*, seul l'État lésé directement ne peut, puisque les intérêts de la communauté internationale dans son ensemble sont en cause, libérer de par sa seule volonté l'État responsable de ses obligations. Si la réponse à cette question est positive, on ne peut que constater une nouvelle fois que le refus du

¹ Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), chap. III, sect. D, p. 62.

² Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

Rapporteur spécial de se préoccuper du débat sur la distinction de l'article 19 pose problème à la Commission.

3. S'agissant du contenu du chapitre III lui-même, M. Momtaz se demande, à propos du paragraphe 237, relatif à la forme que doit revêtir l'invocation de la responsabilité, si la réclamation de l'État lésé ne peut pas se faire dans le cadre des organes politiques d'une organisation internationale ou régionale saisie par cet État pour traiter le conflit qui l'oppose à l'État auteur du fait illicite. Dans certains cas, l'État lésé n'a nullement l'intention d'introduire une réclamation devant de tels organes, qui ne sont d'ailleurs pas compétents pour la recevoir. Il n'en demeure pas moins que les prises de position dans le cadre de tels organes, mettant en cause la responsabilité de l'État auteur du fait prétendument illicite, pourraient être considérées comme des modes d'invocation de responsabilité plutôt informels. La question s'était posée dans le cadre de l'affaire de l'*Incident aérien du 3 juillet 1988* sans que la CIJ ait eu à se prononcer sur cette question. Par contre, dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, toujours pendante devant la CIJ, le laps de temps assez long qui s'est écoulé entre la destruction des installations pétrolières de la République islamique d'Iran dans le golfe Persique et la saisine de la Cour par l'Iran n'a pas empêché la Cour de se déclarer compétente. Dans ces deux affaires, la République islamique d'Iran avait justement invoqué ses prises de position dans le cadre d'organes politiques d'instances internationales.

4. Pour ce qui est du paragraphe 241 du rapport, M. Momtaz est d'avis que la question de l'épuisement des voies de recours internes doit être considérée comme une règle relative à la recevabilité des réclamations dans le domaine de la protection diplomatique et que, quoi qu'il en soit, cette règle ne s'applique pas aux cas de violations massives et systématiques des droits de l'homme, y compris évidemment celles concernant les étrangers qui vivent sur le territoire de l'État auteur du fait internationalement illicite.

5. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) précise que le paragraphe 233 du rapport vise en réalité une distinction légèrement différente entre les normes impératives et les autres. Il est incontestable qu'en cas de violation continue d'une norme impérative, à moins que cette norme elle-même ne le prévoie, l'État lésé ne peut libérer l'État responsable de ses obligations continues car il s'agit d'une question qui revêt un intérêt plus général. De fait, ce paragraphe appelle l'attention sur les conséquences possibles de cette situation pour ce qui est des questions de restitution. S'agissant des questions relatives à l'article 19, le Rapporteur spécial précise qu'il tente de les appréhender depuis le début de son mandat et qu'il entend les aborder franchement dans le chapitre IV de son rapport.

6. M. LUKASHUK approuve l'intention du Rapporteur spécial d'examiner la question des violations flagrantes et graves des obligations envers la communauté internationale tout entière et espère qu'il pourra régler cette question extrêmement complexe avec l'aide de tous les membres de la Commission. À cet égard, un aspect extrêmement important est celui des contre-mesures en cas de violation des obligations envers la communauté internationale dans son ensemble. Une question un peu plus spécifique et concrète est celle soulevée par le paragraphe 232 du rapport,

dans lequel le Rapporteur spécial vise la liberté de l'État lésé de choisir entre les formes de réparation disponibles, sans toutefois mentionner le droit de l'État responsable à cet égard. Or, de l'avis de M. Lukashuk, la forme de la réparation doit toujours faire l'objet d'un accord entre les parties.

7. S'agissant des conditions formelles d'invocation de la responsabilité, M. Lukashuk pense qu'il convient de nuancer les conclusions que tire le Rapporteur spécial de l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire concernant *Certaines terres à phosphates à Nauru*. S'il est vrai que la Cour ne semble pas avoir attaché beaucoup d'importance aux formalités en l'espèce, elle a aussi expressément indiqué que cette approche était justifiée par le caractère spécifique et exceptionnel des relations entre l'Australie et Nauru. On ne saurait donc en tirer une règle générale et, dès lors, M. Lukashuk pense qu'au paragraphe 1 de l'article 46 *ter* il conviendrait de préciser que l'État lésé doit notifier « officiellement » sa réclamation. Cette précision semble d'autant plus justifiée qu'au paragraphe 238 du rapport le Rapporteur spécial indique qu'il paraît approprié d'exiger que la notification de la réclamation ait lieu par écrit.

8. Pour ce qui est de la question de l'épuisement des voies de recours internes, le paragraphe 241 du rapport vise le « standard minimal de traitement des étrangers », formule qu'emploie le Rapporteur spécial sans aucun préjugé mais qui a une connotation malheureuse au niveau international. C'est en effet une formule à laquelle se sont référées de grandes puissances pour exiger des autres pays qu'ils octroient à leurs ressortissants un régime juridique conforme aux normes qu'elles avaient elles-mêmes établies, c'est-à-dire un régime privilégié. Et il est vrai qu'une telle approche a suscité beaucoup de protestations. Étant donné que la Commission rencontrera sans doute de nouveau cette formule lors de l'examen du sujet de la protection diplomatique, M. Lukashuk pense que, dans le cadre du sujet à l'examen, il suffirait de viser les droits de l'homme généralement acceptés.

9. S'agissant du principe *non ultra petita*, M. Lukashuk pense qu'il ne limite pas la compétence de l'organe saisi de la réclamation d'accorder, en se fondant sur toutes les circonstances de l'affaire, une réparation qui serait supérieure à ce qui a été demandé. Ce serait bien sûr un cas exceptionnel mais il pourrait être envisagé, par exemple dans le cadre d'une action à laquelle seraient parties des pays en développement. C'est donc à juste titre que le Rapporteur spécial recommande de ne pas consacrer un article spécifique à ce principe.

10. Les projets d'articles 46 *quinquies* et 46 *sexies* relatifs aux cas de pluralité d'États répondent à la nécessité, dans le cadre des relations internationales contemporaines, d'envisager de plus en plus une approche multilatérale, et ces articles devraient certainement être renvoyés au Comité de rédaction. Dans les commentaires relatifs à ces articles, il est dit, au paragraphe 267, que le comportement d'un organe étatique ne perd pas cette qualité simplement parce qu'il est conforme à une décision d'une organisation internationale. On peut dès lors se demander si, dans le cas où le Conseil de sécurité prend une décision relative à des sanctions et où l'application de cette décision exige la suspension d'accords bilatéraux, l'État qui

refuse de s'acquitter des obligations que lui impose le traité, en exécution de la décision du Conseil, est néanmoins tenu pour responsable.

11. S'agissant du cas de la pluralité d'États lésés, M. Lukashuk approuve la teneur du paragraphe 279 du rapport, qui lui semble aller dans le sens des principes de droit reconnaissant à l'État qui a été le plus lésé le droit d'utiliser unilatéralement tout l'arsenal de défense disponible dans le cadre de contre-mesures. Ainsi, en cas de violation massive des droits de l'homme dans un État donné, tous les autres États pourraient bien sûr être considérés comme lésés, mais l'État dont les ressortissants ont été particulièrement lésés par suite de ces violations est notamment en droit d'exercer à leur égard sa protection diplomatique.

12. À propos de l'alinéa *b* de l'article 46 *quater*, M. Lukashuk juge trop subjectif le membre de phrase « et si les circonstances sont telles que l'État responsable pouvait raisonnablement croire que la réclamation ne serait plus maintenue » et que la première partie de l'alinéa *b* suffit pour régler le problème qui y est visé.

13. Pour ce qui est, enfin, de la relation entre les notions de responsabilité et d'opposabilité ou d'inopposabilité d'un acte illicite, il est posé en principe qu'il n'y a pas de relation directe entre l'opposabilité et la responsabilité. L'opposabilité n'est pas liée à une violation. De l'avis de M. Lukashuk, il faudra beaucoup d'efforts et beaucoup de temps pour régler cette question qui n'est même pas exprimée de façon claire dans la pratique juridique. Elle ne saurait donc être traitée que dans le commentaire.

14. En conclusion, M. Lukashuk appuie les projets d'articles proposés et leur renvoi au Comité de rédaction.

15. M. BROWNLIE dit que les questions visées dans le chapitre III ont fait l'objet d'un traitement très approfondi et que les quelques difficultés qui peuvent subsister relèvent du Comité de rédaction, auquel il convient de renvoyer dès que possible les projets d'articles. Ses remarques ne portent donc que sur quelques aspects techniques.

16. S'agissant tout d'abord du problème, posé au paragraphe 238 par le Rapporteur spécial, de savoir quelle doit être la forme minimum de notification de la réclamation en responsabilité d'un État à l'autre, de telle sorte que l'État responsable ait connaissance de l'allégation formulée à son encontre et qu'il soit en mesure d'y répondre, M. Brownlie juge trop restrictive la solution donnée à la dernière phrase de ce paragraphe. En outre, l'analogie établie, dans la note de bas de page, avec l'article 23 de la Convention de Vienne de 1969 relatif aux réserves n'est pas très concluante. Et le Rapporteur spécial n'étaye par aucune jurisprudence ni opinion doctrinale cette solution particulière. Sous l'angle pratique d'ailleurs, il n'est pas certain que les États communiquent toujours par écrit, d'autant plus que la notion d'« écrit » n'est pas définie. S'agit-il d'une note verbale, d'un procès-verbal officieux, mais simultané et fiable, d'entretiens entre deux diplomates, ou d'un compte rendu établi ultérieurement ? Dans l'affaire concernant *Certaines terres à phosphates à Nauru*, par exemple, dans laquelle étaient en cause des problèmes de renonciation et de délais, la CIJ, comme le Rapporteur spécial le souligne d'ailleurs dans ses commentaires, a adopté une approche générale relativement souple, en accueillant notamment une attestation sous ser-

ment du chef principal nauruan affirmant qu'à plusieurs reprises il avait soulevé la question des réclamations auprès des autorités australiennes. Sans prétendre offrir une solution au problème, M. Brownlie pense que le Comité de rédaction pourrait revoir la proposition du Rapporteur spécial, qui ne paraît pas refléter la pratique existante ni les critères adoptés par les juridictions internationales.

17. Le traitement du problème de la prescription, visé dans les paragraphes 257 et suivants du rapport, pourrait peut-être être amélioré dans le cadre du commentaire, bien qu'il ne soit pas non plus complètement réglé dans le projet d'article lui-même. Le problème tient au fait que l'inobservation d'un délai en soi n'est pas un motif d'irrecevabilité d'une réclamation mais que, sur ce point, les manuels de doctrine sont relativement paresseux et indiquent généralement qu'il existe un principe de prescription extinctive, position que le Rapporteur spécial a, à tort, repris à son compte. On peut certes admettre, en tant que principe général de droit comparé, qu'il existe une notion générale de prescription extinctive des actions. Mais, à l'analyse, cette notion se décompose en deux éléments : le premier élément est celui de la renonciation implicite qui se déduit de la conduite des parties, tandis que le second élément est le fait qu'en raison de l'ancienneté d'une réclamation l'État prétendument responsable est gravement désavantagé sous l'angle de la preuve et du caractère équitable de la procédure. Ces questions sont traitées dans les commentaires, mais la distinction n'est pas reflétée dans le projet d'article.

18. Il arrive aussi que, dans certains cas très rares, la prescription extinctive proprement dite joue effectivement lorsque, par exemple, un accord prévoit expressément qu'à l'expiration d'un certain nombre d'années toute réclamation sera expressément exclue, mais cela ne saurait être considéré comme faisant partie intégrante du droit international général et, d'ailleurs, les commentaires ne le disent pas.

19. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) craint que les membres de la Commission ne soient quelque peu déconcertés par le contraste entre l'article 46 *ter* proposé, où il est dit que l'État lésé doit simplement notifier sa réclamation à l'État responsable, et les commentaires correspondants, où il est spécifié que la notification doit être faite par écrit. Il doit dire qu'après avoir examiné les sources il est parvenu à la conclusion que prescrire une notification par écrit était trop catégorique. Il accepte donc la critique qui lui est faite, mais constate qu'un débat s'est engagé et que certains membres, comme M. Lukashuk, sont en faveur d'une notification écrite. Il lui semble que la formule « exiger la notification » (*to require notice*) est plus souple et en même temps plus équilibrée, puisqu'il y a certaines choses que l'État présumé responsable ne peut être censé savoir et dont il faut l'informer si l'on doit introduire une réclamation. Mais, dans d'autres situations, il serait évident qu'il existe une réclamation, et l'idée que quelqu'un doive se présenter pour l'exposer ne paraît pas très bonne. S'il existe une divergence entre ses commentaires et le projet d'article, c'est que le Rapporteur spécial a modifié le texte de ce dernier sans changer celui des commentaires, et il s'en excuse. Il reste que la Commission est saisie de la question par le biais des commentaires et que d'autres membres pourront peut-être

exprimer d'autres opinions à ce sujet. Pour sa part, le Rapporteur spécial préfère désormais la solution souple consistant à dire que la réclamation doit être notifiée, sans préciser qu'elle doit l'être par écrit.

20. M. LUKASHUK comprend les doutes et la position du Rapporteur spécial. C'est pourquoi il propose en guise de compromis d'adopter, au lieu de « doit notifier par écrit », la formule « doit notifier officiellement » (*shall officially notify*) dont il se satisferait.

21. M. DUGARD, intervenant sur les questions qui l'intéressent plus particulièrement, en tant que rapporteur spécial sur le sujet de la protection diplomatique, et donc sur le paragraphe 2 de l'article 46 *ter* dit que, dans l'ensemble, il est satisfait de cette disposition. Il rappelle que le projet d'article adopté en première lecture ne comprend aucune disposition sur la nationalité des réclamations, ce qui est parfaitement normal puisque la décision avait été prise d'abandonner le sujet et de se démarquer ainsi de l'approche du premier rapporteur spécial sur le sujet de la responsabilité des États, Francisco García Amador. Ayant parcouru les chapitres IV et V du troisième rapport, qui a été officiellement distribué, il remarque qu'au paragraphe 428 le Rapporteur spécial examine la question de l'inclusion d'une clause de sauvegarde relative à la protection diplomatique et à la nationalité des réclamations. Il constate avec satisfaction que celui-ci estime qu'il n'est pas besoin d'autre clause de sauvegarde que celle qui figure à l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 46 *ter*. Bien évidemment, l'ensemble de la question de la nationalité des réclamations sera traitée dans le rapport sur la protection diplomatique et beaucoup de temps lui a déjà été consacré dans la session en cours. On peut malgré tout relever que le libellé de la disposition proposée suscite quelques réserves : la double négation que l'on trouve dans le chapeau et l'alinéa *a* (« La responsabilité d'un État ne peut pas être invoquée ... si ... la réclamation n'est pas posée... ») n'est pas du meilleur effet, mais c'est là une question du ressort du Comité de rédaction.

22. Le problème du principe de l'épuisement des recours internes est plus difficile. On se souvient que l'article 22 adopté en première lecture comprend une disposition sur l'épuisement des recours internes, et que la question a été examinée lors de sessions antérieures. Cet article représente pour l'essentiel une idée personnelle de M. Ago, qui y a repris un argument qu'il avait défendu sans succès dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*. Incidemment, il serait intéressant de savoir si M. Ago avait dévoilé l'intérêt personnel qu'il avait dans cette affaire lorsque la question a été débattue à la Commission : pour M. Dugard, il est sain que les membres de la Commission indiquent clairement les affaires dans lesquelles ils ont un rôle de conseil afin que tous sachent quels sont leurs intérêts professionnels. En tout état de cause, M. Dugard estime que, si l'on inclut les dispositions de l'article 22, le Rapporteur spécial sur la protection diplomatique aura les mains liées. Pour être franc, il a l'esprit ouvert à cet égard et il ne penche fortement ni du côté de l'acception « matérielle » de ce principe ni du côté de son acception procédurale. Comme l'ancien rapporteur spécial García Amador, il trouve qu'il y a du bon dans les deux approches. Cela dépend beaucoup du contexte dans lequel la règle de l'épuisement des recours internes est invoquée. Il reste que M. Dugard voudrait pouvoir examiner cette question de manière plus approfondie.

Si le rapport sur la protection diplomatique doit en traiter, il ne serait pas approprié de le faire en détail dans les projets d'articles à l'étude.

23. C'est pourquoi M. Dugard approuve la façon dont la règle est traitée à l'article 46 *ter* : une simple référence, sans prise de position sur la démarche à adopter ni tentative d'entrer dans le vif du sujet. La Commission ayant décidé que la question devait être renvoyée au sujet de la protection diplomatique, on aurait tort d'aller plus loin. M. Hafner a suggéré que l'on pouvait se dispenser purement et simplement du paragraphe 2 de l'article 46 *ter*. Peut-être a-t-il fait cette proposition en pensant qu'une clause de sauvegarde serait incorporée dans la suite du projet. Pour sa part, M. Dugard estime que le paragraphe 2, en l'état actuel, serait préférable à une clause de sauvegarde et il est très satisfait de cette disposition.

24. M. HAFNER précise qu'il n'a pas proposé de supprimer entièrement le paragraphe 2 mais seulement de le contracter.

25. M. GAJA convient avec M. Hafner que le texte de cette disposition pourrait être plus court. Dans son état actuel, ce texte penche certainement du côté de la théorie procédurale puisqu'il suppose que la responsabilité est déjà engagée. Peut-être pourrait-on trouver une formulation plus vague. Les observations qu'a faites M. Dugard mettent M. Gaja dans l'embarras, car il se demande s'il ne devrait pas dévoiler qu'il a lui-même plaidé l'acception procédurale dans l'affaire *ELSI* après avoir écrit un livre qui défendait l'acception « matérielle ». Quant à l'allusion de M. Dugard aux intérêts de M. Ago, ce dernier n'a pas fait mystère de ce qu'il avait plaidé dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, qui, en tout état de cause, remonte à l'époque de la Société des Nations.

26. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) rappelle qu'il a traité en détail de l'article 22 dans son deuxième rapport sur la responsabilité des États³. Du débat qui s'est tenu à ce sujet, il est ressorti que la Commission souhaitait laisser ouvertes les deux possibilités. Dans certains cas, il est clair qu'il y a déjà eu violation et l'épuisement des recours internes est une condition de procédure préalable à laquelle on ne peut renoncer. Dans d'autres cas, le déni de justice est au cœur de la réclamation. Mais il peut y avoir des cas qui se situent entre les deux, si bien qu'une classification s'avère difficile.

27. La formulation de l'article 46 n'est pas censée en préjuger, mais il est clair qu'il ne s'agit pas ici de recevabilité d'une demande en justice. C'est une question de recevabilité des requêtes d'État à État, qui a donc sa place dans le projet d'articles. Mais elle devrait être présentée de telle manière que les questions de fond puissent être traitées dans le cadre du sujet de la protection diplomatique. Il faut aussi laisser ouverte la possibilité que la règle de l'épuisement des recours internes s'applique aux réclamations de particuliers concernant des violations des droits de l'homme relevant du droit international général, par opposition aux réclamations portant sur des violations massives. Il est significatif que les articles des traités relatifs aux droits de l'homme qui appliquent la règle de l'épuisement des recours internes renvoient au droit inter-

³ Voir 2614^e séance, note 5.

national général et n'appliquent pas simplement une règle extraite d'un autre contexte. L'idée sous-jacente est que la règle est d'application générale. Même si la position qu'il a prise dans son deuxième rapport est de considérer qu'il s'agit d'une règle de procédure, il pense que la Commission peut laisser cette question relativement ouverte.

28. M. DUGARD relève que M. Gaja a déclaré que l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 46 *ter* penche du côté de l'acception procédurale. Peut-être est-ce parce qu'il est placé dans un chapitre qui traite d'une manière générale des questions de procédure. M. Dugard partage l'avis de M. Gaja et du Rapporteur spécial selon lequel la Commission ne devrait pas trancher à ce stade entre l'acception « matérielle » et l'acception procédurale, ni adopter une position intermédiaire. Lorsque la question sera renvoyée au Comité de rédaction, il conviendra que celui-ci prête à ce fait une attention particulière pour veiller à ce que le champ des possibilités reste ouvert.

29. M. PELLET reconnaît que les projets d'articles que présente le Rapporteur spécial au paragraphe 284 de son troisième rapport sont extrêmement bienvenus.

30. Il est d'ailleurs intéressant de réfléchir à l'esprit dans lequel ces propositions sont formulées. Si on laisse de côté la « préhistoire » qui est constituée par la période García Amador, quatre rapporteurs spéciaux se sont succédé sur cet important sujet. Il y a eu d'abord Roberto Ago dont le génie unificateur et théorisateur – peut-être aussi l'esprit de revanche – a permis d'infléchir profondément la vision traditionnelle que l'on avait de la responsabilité internationale. Puis, après l'épisode de M. Riphagen, sans réelle influence du fait de l'abstraction et de la rigidité excessives adoptées par ce rapporteur spécial, l'approche plus moralisatrice et insuffisamment technicienne de M. Arango-Ruiz. Avec M. Crawford, c'est le pragmatisme qui l'emporte, dans le bon sens du terme, et – sauf sur la question du crime – sans qu'il parte d'a priori doctrinaux bien rigides. M. Pellet a l'impression que le Rapporteur spécial se soucie surtout de compléter le projet et de le rendre pleinement opérationnel, notamment en comblant les nombreuses lacunes qui marquaient surtout la deuxième partie de l'ancien projet. Le chapitre premier de la deuxième partie *bis* illustre avec bonheur cet excellent programme, même si M. Pellet reste perplexe quant à la curieuse terminologie utilisée par le Rapporteur spécial pour expliquer ses intentions, notamment au paragraphe 227 dans lequel il use et abuse du mot « secondaire » pour qualifier à la fois les conséquences du fait internationalement illicite (c'est tout simplement de la responsabilité qu'il s'agit, qui est la conséquence du fait internationalement illicite), les conséquences de la responsabilité elle-même (qui est, si l'on veut, une conséquence « tertiaire » du fait illicite) et peut-être même les conséquences procédurales, « quaternaires », du fait internationalement illicite.

31. Cela étant, le dessein est clair, même si le vocabulaire ne l'est pas : il s'agit bien ici de savoir, comme l'indique le titre du chapitre premier, à quelles conditions un État peut invoquer la responsabilité d'un autre État auquel un fait internationalement illicite peut être attribué. Il s'agit aussi, plus précisément, de savoir quelles conséquences l'État lésé peut tirer de la responsabilité. Pour M. Pellet, la première de ces conditions paraît être que l'État ait subi un préjudice, mais cela relève de la discus-

sion de l'article 40 *bis*, en tout cas au sens large, et l'occasion d'en reparler se présentera sûrement lors de l'examen du texte du Comité de rédaction.

32. Passant ensuite aux articles proposés par le Rapporteur spécial, M. Pellet fait observer que l'article 46 *ter* est celui qui paraît poser le plus de problèmes de principe, non pas tellement par ce qu'il dit mais par ce qu'il omet de dire. Comme on le sait, le Rapporteur spécial a proposé de modifier la rédaction des articles figurant dans la deuxième partie du projet en passant du droit des États lésés à l'obligation de l'État responsable ainsi qu'il le rappelle au paragraphe 232 de son rapport. Comme la majorité des membres de la Commission, M. Pellet a approuvé ce changement, mais cela était évidemment sous réserve que, dans la deuxième partie *bis*, les droits corrélatifs de l'État ou des États lésé(s) seraient clairement exposés, car c'est un peu cela l'esprit de la réorganisation que propose le Rapporteur spécial : dans la deuxième partie, on s'intéresse aux obligations du responsable, tandis que la deuxième partie *bis* met l'accent sur les droits (ou les obligations) de l'État lésé.

33. L'un des principaux problèmes qui se posent à cet égard est de savoir si et dans quelle mesure l'État lésé a le choix entre les différentes formes de réparation. Ce problème capital est abordé aux paragraphes 227, 231 (premier tiret), 232 et 233 du rapport (et il l'était déjà aux paragraphes 25 et 26). À cette question, le Rapporteur spécial répond de façon à la fois claire et catégorique que l'État lésé a le droit de choisir la forme de la réparation. Cette position a le mérite de la fermeté – peut-être même est-elle un peu trop catégorique – mais elle présente un grand inconvénient : malgré l'annonce faite au paragraphe 233, où le Rapporteur spécial dit qu'il faut que le choix soit « valable », elle n'est pas reprise à l'article 46 *ter*. Celui-ci ne porte en effet que sur la forme et la procédure (au sens large) et pas sur le contenu même de l'objet possible de la réclamation.

34. Il semble donc à M. Pellet qu'avant l'article 46 *ter* devrait figurer un autre article posant clairement le principe du choix appartenant à l'État lésé, sur lequel il lui a semblé d'ailleurs qu'il existait un large accord entre les membres de la Commission, à en juger par le débat sur les articles 43 et 44. Cet accord lui paraît porter seulement sur le principe du libre choix de l'État lésé entre la restitution et l'indemnisation. La Commission semblait convenir que l'État lésé pouvait exiger la restitution conformément aux dispositions de l'article 43, c'est-à-dire chaque fois que cela est possible et n'est pas hors de proportion avec la charge en résultant pour l'État responsable. La raison fondamentale de cela est que l'auteur du fait internationalement illicite ne doit pas se voir reconnaître la possibilité d'acheter une violation du droit international – ce qui serait d'ailleurs contraire au principe de l'égalité entre les États, car certains ont les moyens d'acheter une illicéité, d'autres pas. Il conviendrait d'ailleurs que cette explication figure quelque part dans le commentaire, car c'est la seule explication vraiment convaincante de ce droit de l'État lésé d'exiger la restitution plutôt que l'indemnisation. Mais il semble aussi à M. Pellet que les membres de la Commission étaient d'accord pour considérer que l'État lésé ne pouvait pas renoncer à la restitution (au moins, bien sûr, si elle est possible) en cas de crime ou, peut-être plus généralement, en cas de violation d'une

norme impérative du droit international général car, dans ce cas, le respect de l'obligation intéresse non pas le seul État lésé mais la communauté internationale dans son ensemble.

35. Se pose en outre le problème de la satisfaction : M. Pellet pense que rien n'empêche un État de renoncer à une restitution ou à une indemnisation au profit d'une simple satisfaction. Il lui semble d'ailleurs que le Rapporteur spécial l'admet, implicitement au moins, dans les développements qu'il consacre à la renonciation à la réparation. Mais, ici encore, rien n'est dit dans le projet d'article même. Et cela, malgré tout, ne va pas sans poser un autre problème : il semble acquis que l'État lésé a droit à une satisfaction si celle-ci est nécessaire pour assurer une réparation intégrale du préjudice. Mais peut-il exiger une forme déterminée de satisfaction ? L'article 46 *ter* (par. 1, al. b) semble l'envisager, mais l'article 45 est quant à lui très flou sur ce point. S'il n'y a pas de réponse claire à cette question, on peut peut-être se passer d'éclaircir cette difficulté dans le projet et se borner à signaler le problème dans le commentaire. Mais en tout cas, il ne faut pas la passer sous silence, comme c'est le cas actuellement puisque le rapport ne l'aborde pas sous cette forme.

36. En revanche, M. Pellet croit qu'il est indispensable de dire expressément, quelque part dans le projet d'articles cette fois – sans doute entre l'article 40 *bis* et l'article 46 *ter* –, que « l'État lésé est en droit d'exiger la restitution plutôt que l'indemnisation dans les conditions posées à l'article 43 », et il le propose donc formellement.

37. Une fois posé ce préalable de la maîtrise, sous certaines limites, de l'État lésé sur la forme de la réparation, l'article 46 *ter* ne suscite pas de très grandes difficultés même s'il pourrait sans doute être considérablement simplifié. En ce qui concerne le paragraphe 1, on pourrait se contenter du chapeau car les alinéas *a* et *b* posent des problèmes que d'autres membres de la Commission ont soulignés et ne sont d'ailleurs probablement pas complets. Quant à vouloir les compléter, on entrerait dans des détails qu'il vaut mieux laisser à la pratique diplomatique le soin de développer. Pour ce qui est du chapeau, M. Pellet propose deux modifications : en premier lieu, au lieu de « qui cherche à invoquer », on pourrait se borner à dire « qui invoque ». C'est en effet de cela qu'il s'agit; le mot « chercher » est ambigu et n'ajoute rien. En second lieu, « notifie » ferait aussi bien l'affaire que « doit notifier » et l'on arriverait à un libellé très simple mais suffisant, soit : « Un État lésé qui invoque la responsabilité d'un autre État en vertu du présent projet d'articles – M. Pellet pense qu'on pourrait aussi faire l'économie de cette formule – notifie sa réclamation à cet État ». En outre, comme MM. Brownlie et Simma, et pour les raisons qu'ils ont dites, il juge qu'il n'est pas nécessaire de préciser « par écrit » malgré ce qui est indiqué au paragraphe 238 du rapport et qui n'est d'ailleurs pas repris dans le texte. En effet, peu importe la forme : ce qui compte, c'est que l'État dont la responsabilité est invoquée sache qu'il y a un problème.

38. Quant au paragraphe 2, force est de reconnaître qu'il empiète sur la protection diplomatique, le sujet de M. Dugard. Il traite en effet de la nationalité de la personne privée qui a subi le dommage initial d'une part et de l'épuisement des recours internes d'autre part, c'est-à-dire, en fait, des deux conditions traditionnelles auxquelles la pro-

tection diplomatique est subordonnée. M. Pellet se demande donc s'il convient d'être aussi spécifique et si l'on ne ferait pas mieux de le renvoyer purement et simplement à la protection diplomatique. Cela pourrait être fait assez simplement mais probablement ailleurs que dans l'article 46 *ter*, sans doute en tête de l'article 40 *bis*, où l'on pourrait dire : « Sous réserve des règles applicables à la protection diplomatique, un État est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État... ». Une autre possibilité serait d'inclure dans la future quatrième partie une disposition qui indiquerait : « Le présent projet est sans préjudice des règles applicables à la protection diplomatique ». Une troisième possibilité serait de consacrer à la question un nouvel article 46 *ter* (*bis*) qui pourrait être libellé comme suit : « La responsabilité d'un État ne peut être invoquée en cas de dommage causé à un particulier par un fait internationalement illicite que si les conditions nécessaires à la mise en œuvre de la protection diplomatique sont remplies ». Quoi qu'il en soit, deux choses gênent M. Pellet dans l'actuel paragraphe 2 de l'article 46 *ter* : d'une part, il n'est pas très cohérent qu'il figure dans le même article que le paragraphe 1 qui concerne les conditions de forme de l'invocation de la responsabilité, ce qui est très différent et, d'autre part, il est trop spécifique et, en même temps, peut-être incomplet, puisque la Commission a décidé de dissocier la protection diplomatique de la responsabilité.

39. En ce qui concerne l'article 46 *quater*, rappelant que M. Simma a critiqué le mot *waiver* qui figure dans le texte anglais, M. Pellet dit qu'il n'a pas d'idée très arrêtée sur le mot qui conviendrait mais qu'il est assez sceptique sur *acquiescence*, qui risque de renvoyer non pas aux conséquences de la responsabilité mais à l'engagement de la responsabilité, un danger contre lequel le Rapporteur spécial met bien en garde au paragraphe 254 de son rapport. Le consentement à l'illicite est en effet différent de la renonciation à la réparation. En tout cas, le mot « renonciation » utilisé en français est parfait. Notant en outre que M. Hafner a critiqué l'expression « soit d'une autre manière non équivoque » qui figure à la fin de l'alinéa *a* de l'article 46 *quater*, M. Pellet dit qu'il la trouve tout à fait appropriée et fort bien justifiée au paragraphe 256 du rapport.

40. Pour ce qui est de l'alinéa *b*, M. Pellet dit qu'il lui trouve aussi presque toutes les vertus et, là encore, il ne peut pas suivre MM. Lukashuk et Simma dans leurs critiques de la formulation souple et appropriée de ce qui a bien l'air de renvoyer discrètement à l'estoppel *by conduct*, dont les conditions sont plus souples en droit international qu'en *common law* et qui ne se réfère pas exclusivement au comportement de l'un des protagonistes mais bien à l'interaction de leurs comportements en une sorte de jeu de miroir. Au même alinéa, le mot « lésion » devrait être remplacé par « préjudice ».

41. Bien que M. Pellet approuve l'article 46 *quater*, il estime néanmoins qu'il manque quelque chose qui mériterait un deuxième paragraphe ou un article distinct et auquel il a déjà fait allusion, à savoir le cas d'une renonciation partielle non pas au droit d'invoquer la responsabilité mais aux formes les plus affirmées de la réparation, à savoir la restitution et/ou l'indemnisation au profit de la seule satisfaction. Peut-être suffirait-il de dire : « L'État lésé peut renoncer partiellement à la réparation intégrale

qui est due », sous réserve de l'impossibilité de renoncer à la restitution si une règle de *ius cogens* est violée.

42. En ce qui concerne les articles 46 *quinquies* et *sexies*, M. Pellet dit qu'il partage l'opinion de MM. Hafner et Simma, qui ont tous deux insisté sur le fait que les problèmes posés par la pluralité d'États lésés et d'États responsables étaient plus complexes que ces deux articles ne le donnaient à penser, encore qu'il ait des hésitations à suivre M. Simma ou M. Lukashuk, qui semblent préconiser que la Commission aborde le cas de la pluralité d'États, qu'il s'agisse de la responsabilité active ou de la responsabilité passive, dans le cadre des organisations internationales. De toute façon, la Commission a décidé à tort ou à raison d'exclure tous les problèmes qui touchent de près ou de loin aux organisations internationales et M. Pellet estime qu'il vaut mieux à ce stade s'en tenir à cette décision, comme le maintient assez fermement le Rapporteur spécial aux paragraphes 276 (al. *a*) et 282 de son rapport. Cela étant, M. Pellet dit qu'il est en total accord avec le Rapporteur spécial, qui, au paragraphe 283 de son rapport, considère que les questions relatives à la pluralité d'États lésés et d'États responsables doivent, autant que faire se peut, être clarifiées dans le texte même du projet d'articles.

43. Passant à l'article 46 *sexies*, M. Pellet dit que sur le fond, et alors qu'il a eu l'occasion de plaider devant la CIJ plusieurs affaires dans lesquelles le problème se posait, il n'a pas d'idées très arrêtées, sauf une, à savoir que les analogies tirées du droit interne sont, en ce domaine, extrêmement hasardeuses. Cela étant, il n'est pas exact que, comme l'écrit le Rapporteur spécial de manière beaucoup trop catégorique au paragraphe 275 de son rapport, « les sources du droit international énumérées au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice n'incluent pas les analogies tirées des systèmes juridiques nationaux ». Pour M. Pellet, c'est précisément l'objet et la fonction des principes généraux de droit mentionnés à l'alinéa *c* de cette disposition qui renvoient aux principes communs aux États *in foro domestico*. Mais justement, en l'espèce, s'agissant des mécanismes de responsabilité conjointe ou solidaire, les systèmes nationaux divergent profondément, contrairement, là encore, à l'impression que peut donner le paragraphe 272 du rapport. Donc, pour une raison totalement différente de celle avancée par le Rapporteur spécial, M. Pellet rejoint ce dernier et ne croit pas qu'il y ait beaucoup à tirer d'une analogie avec les droits nationaux. Force est donc de se contenter du droit international et, sur ce point, le Rapporteur spécial montre très bien que la pratique est rare et pas absolument décisive. M. Pellet pense néanmoins que les quelques exemples qu'il a trouvés sont plutôt convaincants, à l'exception de celui de la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, qui fixe un régime conventionnel de responsabilité objective, donc pour des faits qui ne sont pas internationalement illicites, et cette convention, par conséquent, ne prouve absolument rien dans le domaine qui intéresse la Commission. Mais, pour le reste, les exemples donnés par le Rapporteur spécial, y compris celui de l'affaire du *Détroit de Corfou* dont quelques membres ont contesté la pertinence, paraissent montrer que le droit international penche pour la responsabilité solidaire, par opposition à la responsabilité conjointe. Cela signifie que si les faits internationalement illicites de plusieurs États ont contribué au même dommage, chacun de ces États est tenu à la réparation du préjudice

dans son ensemble, quitte à pouvoir se retourner contre les États coresponsables. Telle paraît être la conclusion à laquelle est arrivé le juge Shahabuddeen dans l'affaire concernant *Certaines terres à phosphates à Nauru* que cite le Rapporteur spécial au paragraphe 277 et à laquelle il semble se rallier, bien que la fin de ce paragraphe soit extrêmement sibylline. C'est d'ailleurs en effet le « scénario » qui concrètement a été retenu par les États en cause dans cette affaire. M. Pellet dit qu'il concède volontiers que ce n'est pas une conclusion absolument évidente au vu d'une pratique rare, mais c'est la plus vraisemblable et aussi la plus commode pour la victime. Ainsi, à défaut de coutume claire qu'elle puisse codifier, la Commission pourrait retenir ce principe au titre du développement progressif du droit international, qui n'est rien d'autre en effet que la consolidation de tendances qu'une analyse sans préjugé de la pratique permet de déceler. Pourtant, la rédaction de l'article 46 *sexies* est un peu étonnante : alors que le Rapporteur spécial s'est livré à cette analyse objective et semble en déduire la même conclusion que M. Pellet, le texte de l'article 46 *sexies* semble aller très exactement dans l'autre sens. Il est certain que « la responsabilité de chaque État [responsable d'un même fait illicite] doit être déterminée conformément au présent projet d'articles », mais ce n'est pas du tout de ce dont il s'agit en l'occurrence : la détermination de la responsabilité concerne en effet la première partie du projet et ce qui importe ici ce sont les conséquences de la responsabilité. Or le paragraphe 1 n'en parle pas, alors que le paragraphe 2 apporte des précisions ou des atténuations à un principe qui n'est pas posé dans le paragraphe 1. Pour M. Pellet, il faudrait concevoir ce paragraphe 1 assez différemment et dire, par exemple : « Lorsque deux ou plusieurs États sont responsables du même fait internationalement illicite, chacun d'eux est tenu » – ou, si l'on veut être prudent, « peut être tenu » – « de la réparation de l'entier dommage causé par ce fait ».

44. Une fois ce principe posé, le paragraphe 2 devient compréhensible. Le principe ne permet pas, en effet, à un État de recouvrer davantage que le dommage qu'il a subi (c'est l'alinéa *a* du paragraphe 2) et il est sans préjudice de la possibilité pour l'État ainsi tenu à l'ensemble de la réparation de se retourner vers ses coresponsables (c'est le sous-alinéa *ii* de l'alinéa *b*). Quant au sous-alinéa *i*, M. Pellet pense qu'il n'a pas sa place dans cet article et qu'il faudrait une disposition plus générale indiquant que toute la deuxième partie du projet d'articles est sans préjudice des règles de procédure et de compétence en vigueur devant les juridictions et les tribunaux internationaux.

45. Le libellé de ce paragraphe appelle par ailleurs quelques observations. À l'alinéa *a*, il ne semble pas opportun de mentionner les personnes ou entités autres que les États car, là encore, on retombe dans le droit de la protection diplomatique, voire dans les droits nationaux. M. Pellet se demande aussi s'il faut limiter cet alinéa *a* à l'indemnisation et il songe en particulier à la restitution d'une somme d'argent. « Réparation » serait peut-être plus compréhensif et certainement plus exact qu'« indemnisation ». Il considère enfin qu'au sous-alinéa *ii* de l'alinéa *b*, l'expression « exigence de contribution », qui traduit *requirement for contribution*, est propre à la *common law* et qu'il serait préférable de recourir à une expression moins orientée en disant tout simplement que le pagr-

phe 1 est sans préjudice de la possibilité pour l'État éventuellement appelé à verser l'intégralité de la réparation de se retourner contre les États coresponsables. Peut-être serait-il utile de préciser « en vue d'obtenir le recouvrement d'une somme proportionnelle à la contribution de chacun de ces États au fait illicite » ou « au dommage ».

46. En ce qui concerne l'article 46 *quinquies*, M. Pellet dit qu'il appelle moins d'observations, non parce qu'il ne semble poser aucun problème, mais faute d'éléments pour les résoudre. Tout bien considéré et faute de connaître la pratique pertinente (peut-être que l'affaire des *Forêts du Rhodope central* mise à part, il n'y en a pas), il paraît poser une règle de bon sens, d'ailleurs tellement évidente que l'on peut se demander s'il est bien nécessaire. Pour M. Pellet, il faut cependant répondre par l'affirmative à cette question, ne serait-ce que par symétrie avec l'indispensable article 46 *sexies*. Il se demande seulement si la Commission ne devrait pas trancher entre la position que prend le Rapporteur spécial au paragraphe 281 de son rapport, et qu'il aurait tendance à approuver, et celle de l'arbitre Uden dans l'affaire des *Forêts du Rhodope central*. Le Rapporteur spécial ne propose rien de spécifique, et le Comité de rédaction pourrait peut-être s'interroger sur ce point.

47. En conclusion, M. Pellet redit que, malgré certaines remarques critiques qu'il a formulées, dont les plus importantes concernent des lacunes persistantes, il considère que, dans leur esprit en tout cas, les articles proposés par le Rapporteur spécial sont d'une très grande utilité et constituent un « plus » indiscutable pour le projet. Ils devraient donc être examinés et complétés par le Comité de rédaction.

48. M. ROSENSTOCK croit se souvenir que M. Pellet était de ceux qui estimaient que l'on n'avait pas assez souligné que l'État lésé doit pouvoir choisir le mode de réparation et il se demande pourquoi dans ces conditions il veut supprimer l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 46 *ter*.

49. M. GALICKI pense, à la différence de M. Pellet, que c'est à bon droit que le Rapporteur spécial, au paragraphe 272 de son rapport, cite l'exemple de la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux et estime quant à lui qu'il faudrait aussi citer l'article VI de cette convention, qui réunit des éléments de responsabilité internationale (*liability*) et de responsabilité des États (*responsibility*).

50. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), se référant à l'observation de M. Rosenstock, dit qu'il avait bien l'intention, à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 46 *ter*, de souligner que l'État lésé avait le choix de la forme que devait prendre la réparation. Répondant à une observation faite par M. Pellet au sujet du paragraphe 1 de l'article 46 *sexies*, il indique que le mot « responsabilité » qui figure dans ce paragraphe renvoie à l'ensemble des première et deuxième parties du projet d'articles. Il lui semble que M. Pellet est d'accord avec lui sur le principe, sinon sur le libellé.

51. M. PELLET, répondant au Rapporteur spécial, précise que c'est le mot « déterminée » qui lui pose problème, car il renvoie à l'origine de la responsabilité.

52. Il dit qu'il est par ailleurs en total désaccord avec M. Galicki : il estime dangereux d'invoquer des conventions

qui posent des régimes spéciaux de responsabilité, car cela efface la distinction entre *liability* et *responsibility*.

53. Quant à l'observation de M. Rosenstock, tel qu'il est rédigé, l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 46 *ter* est une disposition de procédure : il signifie seulement que l'État doit notifier la forme de la réparation, mais il n'y est aucunement question du droit de l'État lésé de choisir la forme de cette réparation.

54. M. ECONOMIDES regrette de n'avoir pas eu suffisamment de temps pour étudier la version française du texte à l'examen parue avec retard. Ses observations sur les projets d'articles dont la Commission est saisie n'ont donc qu'un caractère tout à fait préliminaire.

55. L'article 46 *ter* ne semble pas couvrir le cas de l'État non lésé qui est cependant habilité à invoquer la responsabilité internationale d'un autre État. Comme ce cas se produit en particulier lorsqu'il est porté gravement atteinte aux intérêts fondamentaux de l'ensemble de la communauté internationale, il conviendrait d'en tenir compte, comme l'a conseillé M. Gaja. Pour ce qui est plus précisément de l'alinéa *b* du paragraphe 1, relatif à la forme que doit prendre la réparation, il faut rappeler que le droit de l'État lésé de choisir cette forme n'est pas absolu, surtout quand la restitution en nature est possible. Sinon, le principe qui veut que, sauf accord contraire entre les parties, la restitution ait la priorité sur la réparation n'aurait plus aucun sens. Ainsi, le choix de la forme de la réparation est conditionné par les dispositions de fond déjà adoptées en matière de restitution, d'indemnisation et de satisfaction. Ce n'est certainement pas l'article 46 *ter* qui doit régler cette question.

56. De surcroît, cet article n'est pas complet. Il y a beaucoup de choses que l'État lésé peut préciser dans sa réclamation en plus de la simple cessation, et que n'envisage pas le texte proposé. Si l'on doit maintenir cette disposition, il faudra préciser que l'énumération des éléments que doit contenir la réclamation est strictement indicative, et non limitative. D'autre part, la forme de la réparation est souvent déterminée à l'issue d'un travail de longue haleine et ne peut se définir immédiatement et unilatéralement. En réalité, le seul élément utile de l'article 46 *ter* est la notification écrite contenant la réclamation de l'État lésé. Il faut donc retenir cet élément dans une disposition spéciale sur le modèle proposé par M. Pellet ou alors évoquer dans le commentaire la question de la notification de la réclamation.

57. Le paragraphe 2 de l'article 46 *ter* devrait constituer une disposition tout à fait distincte qui pourrait être intitulée « Conditions pour l'exercice de la protection diplomatique ». Incidemment, M. Economides juge qu'il est naïf de parler au début de ce paragraphe de la responsabilité « invoquée en vertu du paragraphe 1 », puisque la responsabilité de l'État ne naît pas du paragraphe 1 mais bien du régime que l'ensemble du projet met en place. Le paragraphe 2 ne concerne donc pas la responsabilité directe entre États, puisqu'il envisage le cas de l'État qui prend fait et cause pour l'un de ses ressortissants, qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale. C'est une situation qu'il faut effectivement couvrir d'une manière ou d'une autre, et M. Economides proposera le texte suivant :

« Un État ne peut invoquer la responsabilité d'un autre État au titre de la protection diplomatique que :

a) Si sa demande est conforme aux règles en matière de nationalité des réclamations;

b) Si toutes les voies de recours interne effectives qui sont à la disposition de la personne ou de l'entité au profit de laquelle la protection diplomatique est exercée ont été épuisées. »

Si l'on ne veut pas entrer dans le détail, on peut retenir un texte plus sommaire encore, qui se lirait comme suit : « Un État ne peut invoquer la responsabilité d'un autre État au titre de la protection diplomatique lorsque les conditions de l'exercice de cette dernière ne sont pas remplies. »

58. Pour ce qui est de l'article 46 *quater*, M. Economides convient avec M. Simma que le terme « renonciation » n'est pas utilisé au paragraphe 2 dans son sens technique. En effet, s'il y a « acceptation sans condition d'une offre de réparation », il y a tout simplement règlement du litige, pas par voie de renonciation mais bien parce que la partie lésée a été satisfaite. D'autre part, le membre de phrase « soit d'une autre manière non équivoque » peut inclure la renonciation et d'autres modalités de perte du droit d'invoquer la responsabilité et mériterait donc d'être revu par le Comité de rédaction.

59. L'alinéa *b* de cet article est beaucoup plus problématique car il traite de la question très difficile de la prescription. Or, celle-ci, si elle est prévue, relève de règles primaires. L'introduire dans le projet par le biais d'une règle secondaire, c'est faire un saut que M. Economides qualifie de périlleux. D'abord, la règle du délai raisonnable ne convient pas à toutes les infractions : applicable aux délits, elle ne l'est pas aux crimes définis selon l'article 19. Dans le monde contemporain, on considère en effet que les violations les plus graves qui intéressent la communauté internationale dans son ensemble sont imprescriptibles. De surcroît, cette disposition est incomplète et elle ne dit pas clairement ce que l'on attend des États et est rédigée en termes trop vagues. Il faudrait en réalité la supprimer totalement.

60. L'article 46 *quinquies* au contraire paraît fort utile. Il est dommage qu'il ne donne pas une image complète des situations possibles : il envisage le cas d'un État lésé, de plusieurs États lésés, mais non celui dans lequel tous les États sont lésés par une violation très grave touchant aux intérêts de la communauté internationale dans son ensemble. Il y a là une faille, et M. Economides avoue ne pas savoir comment la combler.

61. En ce qui concerne l'article 46 *sexies*, il vaudrait mieux, comme M. Pellet l'a conseillé, le limiter à l'invoque de la responsabilité de chaque État, plutôt que de parler de la « détermination » de celle-ci, comme il est fait au paragraphe 1. La détermination de la responsabilité relève en effet d'une autre partie du projet. Il est également vrai que la clause *i* de l'alinéa *b* du paragraphe 2 n'est pas à sa place, au contraire du sous-alinéa *ii*. Cela dit, il faudra améliorer le libellé de ce dernier membre de phrase, surtout en français. Quant à l'alinéa *a* du même paragraphe, c'est une disposition utile mais il vaudrait mieux supprimer la mention « une personne ou une entité ». On dirait simplement dans le commentaire que, dans certains cas, ce

n'est pas l'État mais des institutions ou des personnes privées qui sont en cause.

62. M. ADDO dit que l'article 46 *ter* consacre une situation évidente : la seule façon d'invoquer la responsabilité d'un État est de lui notifier sa réclamation et de lui préciser le comportement requis pour assurer la cessation du fait illicite et la forme de la réparation. À ce propos, il conviendrait, comme on l'a déjà fait remarquer, de remplacer au paragraphe 1 les mots « devrait préciser » par « doit préciser », formule plus péremptoire. L'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article pose la règle de la nationalité de la réclamation, qui limite le droit à l'exercice de la protection diplomatique que le droit international reconnaît aux États. Ce droit est limité aussi par la règle de l'épuisement des recours internes, posée à l'alinéa *b*. Il ressort clairement de cet alinéa que, si les recours internes disponibles ne sont pas des recours effectifs, il ne sert à rien de les mettre en œuvre. Il en ressort également que lorsque des recours existent mais que les autorités de l'État d'origine font obstacle à leur utilisation, on peut considérer qu'il a été satisfait à la règle de l'épuisement des recours internes. C'est ce qu'a confirmé la CIJ, par exemple dans l'affaire de la *Barcelona Traction (exceptions préliminaires)*. Le libellé proposé par le Rapporteur spécial pour cet article est donc suffisant.

63. M. Addo approuve également l'article 46 *quater* proposé, étant entendu que le « délai raisonnable » dont il est question à l'alinéa *b* sera évalué au cas par cas et en fonction des circonstances de l'espèce. Les articles 46 *quinquies* et 46 *sexies* sont également acceptables. M. Addo est donc d'avis de renvoyer au Comité de rédaction le chapitre premier de la deuxième partie *bis* proposée par le Rapporteur spécial.

64. M. LUKASHUK, se référant au paragraphe 1 de l'article 46 *ter*, dit qu'il convient de conserver la forme verbale « devrait » et de ne pas la remplacer par « doit » qui traduit une obligation, comme le conseillent certains membres. Si l'on oblige en effet l'État lésé à préciser dès sa réclamation « la forme de la réparation », cela peut être interprété comme signifiant que l'État lésé qui, par exemple, ne prévoit pas l'indemnisation dans sa demande, ne peut plus par la suite y prétendre.

La séance est levée à 12 h 40.

2645^e SÉANCE

Mardi 25 juillet 2000, à 10 h 5

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M.

Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Operti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka.

Responsabilité des États¹ (suite) [A/CN.4/504, sect. A, A/CN.4/507 et Add.1 à 4², A/CN.4/L.600]

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. M. HE félicite le Rapporteur spécial d'avoir pris l'initiative d'élaborer la deuxième partie *bis* du projet d'articles sur la responsabilité des États. Ce texte exhaustif et bien argumenté occupera indubitablement une place de choix dans le projet d'articles.

2. Le paragraphe 1 de l'article 46 *ter* contient un élément central de l'invocation de la responsabilité : c'est l'obligation faite à l'État lésé de notifier sa réclamation à l'État dont il invoque la responsabilité. Aux paragraphes 234 et 236 de son troisième rapport (A/CN.4/507 et Add.1 à 4), le Rapporteur spécial insiste sur la nécessité, pour l'État lésé ou intéressé, de réagir à la violation en commençant par appeler l'attention de l'État responsable sur la situation, puis de lui demander de mettre fin à la violation et de pourvoir à la réparation. Selon les paragraphes 236 et 237, il faut veiller à ne pas formaliser à l'excès la procédure de notification, d'autant que la CIJ n'attache pas grande importance à la forme. La notification peut donc prendre des formes multiples, qui vont du rappel non officiel et confidentiel aux déclarations ou protestations formelles, selon les circonstances de l'espèce, mais le défaut de notification de la part de l'État lésé peut entraîner de graves conséquences juridiques pouvant aller jusqu'à la perte du droit d'invoquer la responsabilité.

3. Parmi toutes les exigences énumérées en ce qui concerne la notification, un aspect semble avoir été négligé : le facteur temps. Y a-t-il un délai applicable à la notification ? On trouve la réponse à cette question à l'alinéa *b* de l'article 46 *quater*, qui précise que la notification doit avoir lieu « dans un délai raisonnable » après que l'État lésé a pris connaissance de la lésion. Il faudrait donc mentionner l'élément temporel dans le commentaire.

4. M. He partage l'avis du Rapporteur spécial selon lequel les alinéas *a* et *b* du paragraphe 2 de l'article 46 *ter*, qui traite de la nationalité des réclamations et de l'épuisement des recours internes, exposent des principes généraux qui, loin de ne s'appliquer qu'à la protection diplomatique, à savoir les cas concernant le traitement à réserver à des étrangers – qu'il s'agisse de personnes physiques ou de personnes morales –, posent les conditions générales de

l'invocation de la responsabilité. Il considère toutefois, comme d'autres membres de la Commission, que le paragraphe 2 devrait faire l'objet d'un article distinct : celui-ci porte sur les circonstances dans lesquelles la responsabilité des États ne peut être invoquée tandis que le paragraphe 1 concerne l'obligation de notification.

5. M. He se félicite que l'article 46 *quater* maintienne la distinction usuelle entre renonciation et retard, et apprécie en particulier le libellé de l'alinéa *b*, qui parvient à établir un juste équilibre entre les intérêts de l'État lésé et ceux de l'État responsable. Certaines difficultés se posent toutefois en ce qui concerne le règlement. Aux termes de l'alinéa *a*, l'acceptation sans condition de la part de l'État lésé d'une offre de réparation émanant de l'État responsable pourrait être considérée comme une forme de renonciation. Cependant, dans la plupart des cas, une action unilatérale d'un des États ne suffit pas : le règlement doit résulter d'une action des deux États qui cherchent à trouver une solution qui soit à l'avantage de chacun. Le règlement ne peut donc être considéré comme une forme de renonciation et doit être traité séparément.

6. À défaut d'une formule spécifiquement applicable en cas de pluralité d'États lésés (art. 46 *quinquies*) et de pluralité d'États responsables du même fait internationalement illicite (art. 46 *sexies*), il serait souhaitable de s'en tenir au principe général proposé, selon lequel chaque État est responsable de son propre comportement au regard des obligations internationales qu'il a contractées et que chaque État lésé est habilité à invoquer la responsabilité de tout État auteur à raison des pertes qu'il a encourues et qui sont attribuables audit État, sous réserve de la disposition du paragraphe 2 de l'article 46 *sexies*. Comme il est souligné dans le rapport, il ne semble pas que, dans la pratique, ce type de situation – qu'il s'agisse de la pluralité des États lésés ou de la pluralité des États responsables d'un même fait illicite – pose des difficultés qui justifieraient que l'on consacre à ces cas de figure une disposition venant s'ajouter à l'article 46 *quinquies*.

7. M. TOMKA félicite lui aussi le Rapporteur spécial d'avoir proposé d'établir une deuxième partie *bis*, laquelle marque une nette amélioration par rapport au texte adopté en première lecture, notamment en ce qui concerne les contre-mesures.

8. La première question méritant d'être soulevée a trait au « droit » de l'État lésé de choisir la forme que prendra la réparation. Bien que l'article 46 *ter* n'évoque pas expressément un tel droit, l'alinéa *b* du paragraphe 1 semble en présupposer l'existence. Au cours du débat, le Rapporteur spécial a paru confirmer cette interprétation. Au paragraphe 232 de son rapport, il indique clairement qu'il est souhaitable de mentionner expressément le droit de choisir la forme de réparation. Selon le paragraphe 233, il « suffit de faire référence à un choix "valable" ... d'une forme de réparation ... tout en laissant au droit international général le soin de déterminer ces conditions de validité ». Doit-on voir dans le droit de choisir un droit subjectif de l'État lésé, avec, pour l'État responsable, l'obligation correspondante d'offrir la forme de réparation qui a été « valablement » choisie par l'État lésé ? Il semble que oui, si l'on en croit le paragraphe 233 aux termes duquel, « dans le cadre du projet d'articles, un tel choix devrait avoir des effets ». Or, cette conclusion ne

¹ Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), chap. III, sect. D, p. 62.

² Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

semble pas cadrer avec la critique formulée par le Rapporteur spécial au paragraphe 227 du rapport selon laquelle la deuxième partie adoptée en première lecture ne laissait « aucun pouvoir d'appréciation ou de réaction de la part des autres États, ni d'ailleurs de la part de l'État responsable lui-même ».

9. Deux affaires ont été citées dans le cadre du « droit » de choisir : l'affaire de l'*Usine de Chorzów* et celle du *Passage par le Grand-Belt*. Dans la première, l'Allemagne a préféré l'indemnisation à la possibilité de restitution. Dans la seconde, la Finlande a fini par choisir l'indemnisation, bien qu'un accord soit intervenu en 1992, avant la commission du fait internationalement illicite, alors que le pont n'avait pas encore été construit et que le libre passage des plates-formes pétrolières et des navires de forage n'avait pas encore été entravé. Une situation analogue s'est présentée dans l'affaire relative au *Projet Gabcikovo-Nagymaros* : en 1991, l'une des parties avait commencé une construction sur son territoire, laquelle n'avait alors aucune répercussion pour l'autre État, quoiqu'une modification des travaux projetés et la conclusion d'un accord sur ces modifications fussent encore possibles. Dans l'affaire du *Passage par le Grand-Belt* aussi, la modification du projet de construction d'un pont et la conclusion d'un accord à ce sujet étaient encore possibles. Comme aucun fait internationalement illicite n'avait encore été commis, la question de la responsabilité du Danemark ne s'est pas posée, ni l'obligation de restitution ou d'indemnisation au sens des projets d'articles 43 et 44. La Finlande, en contrepartie d'une somme versée à ses chantiers navals, a accepté que la construction se poursuive, et le pont a été ouvert à la circulation en 2000.

10. En pratique, le choix s'opère le plus souvent entre la restitution et l'indemnisation. Au paragraphe 143 de son rapport, le Rapporteur spécial conclut à juste titre que le principe de la primauté de la restitution doit être maintenu. L'article 44 traduit cette primauté puisqu'il dispose qu'un État qui a commis un fait internationalement illicite est tenu d'indemniser l'État lésé « dans la mesure où le dommage n'est pas réparé par la restitution ». En conséquence, l'article 46 *ter* ne peut être interprété comme confirmant le droit subjectif de l'État lésé de choisir la forme de réparation. Il doit s'agir d'une option ouverte à l'État lésé. Si celui-ci demande la restitution et que celle-ci n'est pas matériellement impossible ou qu'elle n'entraînerait pas une charge disproportionnée par rapport à l'avantage que gagnerait l'État lésé en l'obtenant en lieu et place d'une indemnisation, alors l'État responsable est tenu d'accorder la restitution. Si l'État lésé demande l'indemnisation en lieu et place de la restitution, alors que cette dernière n'est pas matériellement impossible et qu'elle n'entraîne pas une charge disproportionnée, deux cas de figure sont possibles : soit l'État responsable consent à l'indemnisation au lieu de la restitution et, du fait de son consentement, la primauté de la restitution est écartée *ad casum*, soit l'État responsable n'accepte pas d'indemniser et se dit prêt à accorder la restitution. Dans un tel cas, l'État lésé ne devrait pas avoir le droit de refuser la restitution et d'insister sur une indemnisation. Or, si l'on interprète l'article 46 *ter* comme disposant le droit de l'État lésé de choisir la forme de réparation, tel serait le résultat. Comme le « droit » de choisir n'est pas expressément prévu dans cette disposition, les critiques de M. Tomka portent sur les

paragrapes correspondants du rapport qui, semble-t-il, serviront de base au commentaire relatif à l'article 46 *ter*.

11. À l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 46 *ter*, le libellé « la forme de réparation à laquelle il prétend » serait préférable à « la forme que devrait prendre la réparation ». Il n'est pas convaincu que la règle *non ultra petita* représente l'extension, sur le plan procédural, du principe plus fondamental selon lequel un État lésé est en droit, dans le cadre de la réparation intégrale, de choisir parmi les différents modes de réparation disponibles, comme il est indiqué au paragraphe 247 du rapport. À son sens, le principe *non ultra petita*, que l'on y voie un principe de procédure judiciaire ou un principe général du droit, s'applique non seulement dans le contexte de la responsabilité des États mais aussi plus largement, par exemple s'agissant de réclamations ayant trait aux délimitations maritimes ou territoriales. Dès lors que la Commission ne s'occupe pas de codification de la procédure judiciaire, il n'y a pas lieu pour elle d'énoncer ce principe.

12. L'expression « nationalité des réclamations » qui figure à l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 46 *ter* est imprécise, même si on la retrouve parfois dans la doctrine et dans la pratique du Royaume-Uni et d'autres États. Le terme « nationalité » recouvre la relation spéciale existant entre une personne et un État, et non entre une réclamation et un État. Ce que l'on entend par-là, c'est la nationalité de la personne au nom de laquelle une réclamation est introduite par un État. Dans ses travaux futurs, la Commission devrait s'efforcer de mettre au point une meilleure expression. La règle de l'épuisement des recours internes relève elle aussi du sujet distinct de la protection diplomatique. Ces deux règles n'ont donc pas leur place dans un régime de responsabilité des États à raison d'un fait internationalement illicite qui a lésé un autre État directement et non en la personne de ses nationaux. Le paragraphe 2 est dès lors superflu. Il vaudrait mieux que la Commission aborde ces questions dans le cadre de ses travaux futurs sur la protection diplomatique, et se contente d'insérer dans la quatrième partie une clause de sauvegarde portant sur les règles en matière de protection diplomatique.

13. En ce qui concerne l'article 46 *quater*, M. Tomka convient que, lorsqu'un État a renoncé à une réclamation, il ne peut plus invoquer la responsabilité, mais n'est pas convaincu que l'acceptation sans condition d'une offre de réparation puisse être assimilée à la renonciation. De deux choses l'une : soit l'État propose une forme de réparation, qui est acceptée, auquel cas il s'agit d'un accord et non d'une renonciation, soit une forme de réparation est accordée, et il n'y a donc pas de raison d'invoquer la responsabilité, puisque l'obligation de réparation a été remplie.

14. À l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 46 *sexies*, « réparation » serait préférable à « indemnisation ». M. Tomka se demande aussi si l'expression « recevabilité d'une procédure », qui est utilisée au sous-alinéa *i* de l'alinéa *b* du paragraphe 2, est correcte. Ne vaudrait-il pas mieux la remplacer par « recevabilité d'une réclamation » ou « recevabilité d'une demande » ?

15. M. KABATSI ne voit aucune raison de rejeter la recommandation, d'ailleurs acceptée par la plupart des membres, selon laquelle les projets d'articles 46 *ter*, *quater*, *quinquies* et *sexies* devraient être renvoyés au Comité de rédaction. Ces projets d'articles reposent en effet sur un raisonnement solidement étayé, qui est exposé dans les chapitres II et III du troisième rapport. M. Kabatsi dit que les éloges adressés au Rapporteur spécial sont des plus mérités et qu'il souhaite se joindre aux membres de la Commission qui ont déjà complimenté le Rapporteur spécial.

16. Les dispositions de l'article 46 *ter* sont acceptables dans leur principe, et le Comité de rédaction pourra en peaufiner la formulation. Le paragraphe 1 porte sur la forme que doit prendre la notification. D'après le Rapporteur spécial, elle doit être donnée par écrit, puisqu'il s'agit du mode usuel de communication entre les États, même s'il faut veiller à ne pas formaliser à l'excès la procédure. Il ressort de la pratique judiciaire qu'aucune formalité n'est requise pour la notification. Le Rapporteur spécial insiste toutefois sur le fait qu'une notification effective doit être donnée à l'État défendeur pour que la réclamation soit recevable. Afin de ménager la souplesse nécessaire, il vaudrait mieux, contrairement à ce que certains membres ont proposé, ne pas ajouter, au paragraphe 1, les mots « officiellement » ou « par écrit » après le mot « notifier ». Le libellé proposé par le Rapporteur spécial est préférable. De plus, le paragraphe 2 est suffisamment clair sur les limites de l'invocation de la responsabilité et aucune autre précision n'est nécessaire. Quoi qu'il en soit, cette question sera traitée de façon plus approfondie dans le cadre d'un autre sujet, celui de la protection diplomatique.

17. Dans l'ensemble, l'article 46 *quater* est acceptable, bien que l'alinéa *b*, qui porte sur le délai applicable, soit superflu. On pourrait supprimer l'alinéa *b* et traiter la question du délai à l'alinéa *a*, de même que celle de la cessation ou de la suspension de l'obligation violée.

18. M. GOCO se dit satisfait du chapitre III, qui est complet, cohérent et énonce des règles et principes du droit contemporain. Le travail du Rapporteur spécial répond sans aucun doute au vœu de la Sixième Commission, qui, après l'adoption du projet d'articles en première lecture, s'est prononcée en faveur d'une mise à jour et d'une simplification du texte.

19. Le chapitre premier de la deuxième partie *bis*, intitulé « Invocation de la responsabilité d'un État », comprend à la fois des règles de fond et des règles de procédure : les règles de fond énoncent le droit de l'État lésé d'invoquer la responsabilité d'un autre État tandis que les règles de procédure décrivent les modalités d'une telle invocation. Le droit de l'État lésé de choisir la forme de réparation ne fait aucun doute, même si rien n'empêche les États parties, qu'ils soient lésés ou responsables, de conclure à un accord concernant le paiement de la réparation. De tels accords ont d'ailleurs été fréquents au lendemain de la seconde guerre mondiale. Le texte proposé par le Rapporteur spécial est équilibré, et le libellé du paragraphe 1 de l'article 46 *ter* n'appelle donc aucune objection.

20. En revanche, le paragraphe 2 du même article risque de soulever une foule de questions. Une simple disposition portant sur la nationalité des réclamations pourrait suffire.

Le principe qui sous-tend la nationalité des réclamations est l'existence d'un intérêt juridique de l'État lorsque des particuliers et des entités ayant un lien suffisant avec cet État ont été lésés par un autre État. Plusieurs cas particuliers sont en outre prévus, concernant la continuité de la nationalité, le changement de nationalité, les accords internationaux ou le droit interne. Cela tendrait à indiquer que, comme il est dit au paragraphe 242 du rapport, cette question sera traitée de façon plus détaillée dans le cadre du sujet de la protection diplomatique. L'argument présenté au paragraphe 241 du rapport, selon lequel le principe de l'épuisement des recours internes devrait être incorporé dans une clause de sauvegarde et non à l'article 22 est lui aussi convaincant. En effet, certains droits internes sont lacunaires à cet égard, ou sont appliqués de façon laxiste ou arbitraire. À ce propos, M. Goco attend avec impatience la reprise du débat relatif à la clause Calvo³, par laquelle un étranger renonce dans les contrats qu'il passe dans un autre État à son droit de saisir son propre État.

21. Le principe *non ultra petita* est judicieux lorsqu'il s'applique aux différends internationaux. Ce n'est pas une innovation : les tribunaux nationaux l'appliquent de façon systématique. Même dans les cas où les éléments de preuve tendraient à étayer une réclamation plus importante, les tribunaux sont généralement tenus de limiter la réparation au montant demandé. M. Goco partage donc l'avis du Rapporteur spécial exposé au paragraphe 247 du rapport, selon lequel il est inutile d'énoncer le principe de façon plus détaillée, car cela risquerait de limiter le pouvoir d'appréciation des tribunaux internationaux quant à la combinaison appropriée des recours. De même, la règle prohibant le double recouvrement peut effectivement être couverte par le principe général de réparation équitable intégrale, mais, comme il est indiqué au paragraphe 249, il peut se produire que différentes personnes soient en droit d'introduire la même réclamation devant des fors différents. Cette éventualité soulève les questions de l'identité des parties, des réclamations et des recours disponibles, qui pourraient conduire au rejet de la réclamation. Il y a aussi le risque de voir les parties présenter leur réclamation auprès de différents fors à la recherche du tribunal le plus favorable. Quoi qu'il en soit, il s'agit d'un point de procédure, et il faut laisser aux tribunaux le soin de l'apprécier et aux défendeurs attentifs à leurs intérêts celui de le soulever.

22. Dans l'article 46 *quater*, l'emploi du mot « valablement » dans le cadre d'une renonciation exclut tout consentement vicié à la renonciation. Des malentendus peuvent surgir entre des particuliers, mais c'est moins susceptible de se produire entre États parties, où les décisions sont formulées par des officiels. M. Goco pense cependant que, dans la version anglaise, le terme *renounce* serait meilleur que *waiver*, et ce, malgré l'explication solide du Rapporteur spécial. Le mot *to renounce* implique en effet une déclaration formelle d'abandon d'un droit. Il y aurait éventuellement lieu de prévoir, peut-être à l'alinéa *b*, les cas de retard excessif, lorsque l'État lésé n'a pas porté une réclamation à l'attention de l'État

³ Voir 2625^e séance, note 2.

responsable dans un délai raisonnable. L'estoppel serait une autre possibilité.

23. Comme indiqué au paragraphe 259, les tribunaux internationaux n'appliquent pas de délais stricts. Il est difficile de déterminer le délai raisonnable à l'expiration duquel une réclamation ne puisse plus être introduite. Il arrive que des circonstances empêchent un État d'introduire une réclamation en temps voulu. C'est le problème qu'ont rencontré les Philippines lorsque le Sultan de Sulu a cédé au Gouvernement philippin les droits de propriété qu'il détenait sur Sabah à Bornéo, alors que ce gouvernement faisait partie d'un commonwealth. Ce n'est que lorsque le pays a conquis son indépendance en 1946 que le Gouvernement a fait valoir ses droits sur le territoire, mais une société britannique et, plus tard, la Malaisie avaient entre-temps affermé leur emprise sur celui-ci. La question du retard a été évoquée au cours des négociations diplomatiques entre les Gouvernements philippin et malaisien. La Malaisie a toutefois refusé d'être partie devant la CIJ.

24. La question du règlement ne semble pas poser de problème : pour qu'il y ait règlement, les deux parties doivent être d'accord et l'action unilatérale ne suffit pas. La mention de la Convention de Vienne de 1969 est appropriée, puisque cet instrument prévoit que la cessation d'un traité n'empêche ni n'affecte le droit et l'obligation de réparation. Les articles 46 *quinquies* et *sexies* sont éclairés par les commentaires, en particulier par le paragraphe 282, qui fait le point de la question. M. Goco croit comprendre qu'il en ressort que chaque État est responsable de son comportement et que tout État lésé a droit à réparation; l'État lésé ne peut toutefois pas se voir octroyer une indemnisation supérieure à la valeur du préjudice et, lorsque plusieurs États sont responsables du même préjudice, des problèmes de contribution peuvent surgir, ce qui est d'ailleurs fréquent. Ainsi, l'Organisation de l'unité africaine a attribué la responsabilité du génocide de 1994 au Rwanda et à plusieurs États et entités. La même observation vaut lorsque des États ont conclu un pacte de défense mutuelle : une attaque dirigée contre un État constitue une attaque contre ses partenaires. De plus, tout État lié par le pacte pourrait être responsable de la mise en œuvre du plan de défense mutuelle. Les États membres de l'OTAN pourraient devenir solidairement responsables et la plainte dont a été saisie la CIJ concernant les bombardements de Belgrade (*Licéité de l'emploi de la force*) aurait pu donner lieu à un cas de pluralité. Dans ce contexte, la caractéristique distinctive des obligations conjointes et solidaires est la concurrence de plusieurs parties; le demandeur peut demander réparation à l'une quelconque des parties, qui a quant à elle le droit de se retourner contre les autres. Le principe est bien exposé à l'article 46 *sexies* et au paragraphe 282 du rapport.

25. Le juge Higgins de la CIJ a écrit qu'aucun sujet ne semblait sortir du champ de la responsabilité des États⁴. À son sens, cette tendance à en faire une matière « fourre-tout » explique les problèmes considérables que la Commission a rencontrés dans ses travaux. L'étendue du sujet ressort clairement de la diversité des articles qui ont été discutés et examinés, laquelle montre aussi que, loin d'être

irréaliste, le droit international est une discipline pertinente, opportune et bien vivante. Le domaine de la réparation en est un exemple éclatant. Le projet d'articles devrait être renvoyé au Comité de rédaction.

26. M. KUSUMA-ATMADJA, félicitant le Rapporteur spécial pour son rapport, dit qu'étant donné les commentaires éclairants qu'ont formulés les autres membres de la Commission, en particulier M. Goco, il ne voit guère ce qu'il pourrait ajouter au débat.

27. M. AL-BAHARNA dit que le Rapporteur spécial a eu raison d'incorporer l'article 40 *bis* au chapitre premier de la deuxième partie *bis*, puisqu'il contient une définition de l'État lésé. Il se demande toutefois si la numérotation des nouveaux projets d'articles (46 *ter* à *sexies*) est judicieuse; elle pourrait en effet prêter à confusion, voire à malentendu. L'article 46 s'en trouve surchargé et il vaudrait mieux le scinder en plusieurs articles. On pourrait sans doute trouver un mode de numérotation plus simple.

28. M. Al-Baharna appelle l'attention sur les paragraphes 227 et 228 du rapport, qui font ressortir la distinction entre les conséquences secondaires d'un fait internationalement illicite et les différentes méthodes de mise en œuvre de ces conséquences. Au paragraphe 232, le Rapporteur spécial évoque le choix entre diverses formes de réparation, dont l'indemnisation, la restitution ou la cessation. Cette approche permet de résoudre les problèmes posés par le texte de la deuxième partie adoptée en première lecture, notamment en ce qu'il fait apparaître l'élément de choix qui se présente à la fois pour l'État lésé et pour l'État responsable.

29. La formulation des projets d'articles proposés gagnerait cependant à être resserrée. Ainsi, au paragraphe 1 de l'article 46 *ter*, le mot « cherche » tend à affaiblir la disposition. De plus, il faudrait insérer « par écrit » après le verbe « notifier », et harmoniser le texte s'agissant de l'emploi de « doit » et de « devrait ». Enfin, il faudrait remplacer le membre de phrase « en vertu du présent projet d'articles » par « en vertu de la présente partie ». Le paragraphe modifié se lirait donc comme suit :

« 1. Un État lésé qui invoque la responsabilité d'un autre État en vertu de la présente partie devrait notifier par écrit sa réclamation à cet État et préciser :

a) Le comportement qui est selon lui requis de l'État responsable pour assurer la cessation de tout fait illicite ayant un caractère continu, conformément aux dispositions de l'article 36 *bis*;

b) La forme que devrait prendre la réparation. »

30. Le nouveau libellé proposé présente plusieurs avantages. Tout d'abord, l'omission du mot « cherche » renforce l'idée maîtresse du paragraphe. Deuxièmement, en insérant « par écrit » après « notifier », on s'alignerait sur les articles 23 et 67 de la Convention de Vienne de 1969, qui tous deux se réfèrent à une notification écrite. Cela est aussi en accord avec l'avis du Rapporteur spécial, exposé au paragraphe 238 du rapport et à la note y relative. Dans la version anglaise, le mot *notification* est préférable à *notice*, en ce sens qu'il est moins formel et correspond à la terminologie utilisée par la CIJ dans l'affaire concernant *Certaines terres à phosphates à Nauru*, à laquelle

⁴ Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, New York, Oxford University Press, 1994.

renvoie le paragraphe 237. Le projet d'articles devrait être assoupli afin que l'État responsable ne puisse pas prétexter qu'il n'a pas reçu de notification formelle pour justifier le non-respect de ses obligations. Une notification écrite peut prendre n'importe quelle forme. Quant au remplacement de « doit » par « devrait », il se justifierait sur la base implicite de l'arrêt de la Cour, puisque l'emploi du conditionnel ménagerait une plus grande souplesse concernant la forme de la communication que l'État lésé adresse à l'État responsable. Le Rapporteur spécial indique d'ailleurs au paragraphe 238 de son rapport « qu'il doit exister au minimum une certaine forme de notification de la réclamation en responsabilité d'un État à l'autre ».

31. La nécessité d'une notification ou communication écrite est confirmée par l'analogie avec la Convention de Vienne de 1969, et aussi par la position exprimée par le Rapporteur spécial au paragraphe 238 de son rapport, selon laquelle « il paraît approprié d'exiger que la notification de la réclamation ait lieu par écrit ». Étant donné ce qui précède, on voit mal pourquoi le Rapporteur spécial n'a pas rendu cette exigence explicite dans le texte du paragraphe 1 du projet d'articles.

32. À l'alinéa *a* du paragraphe 1, il faudrait supprimer « selon lui », expression qui n'a pas sa place dans un texte juridique. En ce qui concerne l'alinéa *b*, il faudrait indiquer, d'une part, que la restitution doit primer toute autre forme de réparation et, d'autre part, que le droit de l'État lésé de choisir la forme de réparation n'est pas absolu, mais soumis à certaines restrictions. Le Rapporteur spécial aborde d'ailleurs ces restrictions au paragraphe 134 de son rapport, dans lequel il indique que « l'État lésé peut ne pas avoir le choix de renoncer à la restitution si l'exécution continue de l'obligation violée incombe à l'État responsable et si l'État lésé n'a pas le pouvoir (ou pas à lui seul) de le libérer de ce devoir d'exécution ». Il faudrait donc tenir compte de ce qui précède à l'alinéa *b* de ce paragraphe.

33. De plus, l'alinéa *b* devrait être libellé de façon à rendre compte du fait que, dans la pratique, la forme de la réparation devant être offerte par l'État responsable fait habituellement l'objet de négociations, par les canaux diplomatiques, entre l'État lésé et l'État responsable. En conséquence, les États concernés peuvent résoudre le différend par un accord de règlement conclu dans le cadre de négociations bilatérales. Ce faisant, ils peuvent opter pour l'indemnisation au lieu de la restitution. De plus, suite à des négociations bilatérales, l'État lésé peut accepter de renoncer à sa réclamation ou accepter la satisfaction en tant que forme de réparation. On voit donc que l'État lésé n'est pas seul à choisir la forme de réparation. Toutes ces possibilités de régler la réclamation se présentent donc tant pour l'État lésé que pour l'État responsable, qui décident ensemble d'opter pour telle ou telle forme de réparation ou de privilégier une forme bien précise à l'exclusion des autres. Le libellé de l'alinéa *b* devrait donc en tenir compte.

34. Il faudrait remanier le paragraphe 2 de l'article 46 *ter* et en faire un nouvel article, distinct, intitulé « Conditions de l'invocation de la responsabilité ». Le nouvel article devrait être formulé en des termes positifs plutôt que négatifs et pourrait se lire comme suit :

« Article X

L'invocation de la responsabilité par un État lésé en vertu de l'article 46 *ter* doit être conforme à :

a) Toute règle applicable relative à la nationalité des réclamations;

b) Toute règle relative à l'épuisement des recours internes, lorsque la réclamation est telle que cette règle s'y applique effectivement. »

35. L'avantage de cette formule tient à ce que l'on obtient ainsi un article distinct, de nature purement procédurale, qui vient préciser l'article 46 *ter*, lequel serait incomplet s'il n'était pas fait mention de la nationalité des réclamations et de l'épuisement des recours internes. De plus, on évite de se référer à la deuxième partie de l'alinéa *b* du paragraphe 2, afin de ne pas aborder les questions de fond qui ont trait à la règle de l'épuisement des recours internes, et qui, de toute façon, relèvent d'un autre sujet, celui de la protection diplomatique.

36. Par ailleurs, en simplifiant cette règle ou ce principe dans le cadre de la deuxième partie *bis*, on irait dans le sens de l'objectif mentionné au paragraphe 241 du rapport à l'examen, selon lequel « la clause de sauvegarde devrait être énoncée en des termes très généraux : elle devrait comprendre tous les cas dans lesquels le principe de l'épuisement des voies de recours internes trouve à s'appliquer ». Il faudrait bien sûr mentionner dans le commentaire les cas exceptionnels où la règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique pas dans le contexte des actions en responsabilité. Le paragraphe 241 cite des exemples d'atteintes aux droits de l'homme auxquelles la règle ne devrait pas s'appliquer. Bien entendu, il n'y aurait alors plus besoin de consacrer tout un article de fond, l'article 22, à l'épuisement des recours internes dans la première partie. Il faudrait donc supprimer cet article. Quoi qu'il en soit, que le Rapporteur spécial sur la protection diplomatique, M. Dugard, ne se fasse pas de souci : en adoptant un article anodin sur la procédure pour compléter l'article 46 *ter*, le Rapporteur spécial sur la responsabilité des États n'empiètera pas sur son sujet.

37. D'une façon générale, l'article 46 *quater* ne pose pas de problème. Il faudrait toutefois renuméroter les alinéas *a* et *b* en paragraphes 1 et 2. À l'alinéa *a*, les mots « a fait valablement l'objet d'une renonciation » devraient couvrir tous les cas et modes de renonciation mentionnés par le Rapporteur spécial aux paragraphes 253 à 256 du rapport à l'examen, dans lesquels il décrit, à juste titre, la renonciation comme « une manifestation du principe général du consentement ». Il est aussi intéressant de noter que, selon le paragraphe 256, la renonciation peut, dans des cas exceptionnels, être inférée du comportement de l'État concerné, bien que l'argument avancé à cet effet par l'Australie dans l'affaire concernant *Certaines terres à phosphates à Nauru* ait été rejeté par la CIJ.

38. Un autre problème à l'alinéa *a* concerne le membre de phrase « soit d'une autre manière non équivoque ». L'expression est ambiguë et devrait être reformulée dans un souci de clarté. Les autres circonstances qui pourraient conduire à la perte du droit d'invoquer la responsabilité, comme le retard, le règlement, la cessation ou la suspen-

sion de l'obligation violée, devraient être spécifiquement mentionnées dans le paragraphe, ou du moins dans le commentaire y relatif.

39. À l'alinéa *b*, il faudrait remplacer, dans la version anglaise, le mot *notice* par *knowledge*. En revanche, l'expression « dans un délai raisonnable » est utile, puisqu'elle laisse aux tribunaux le soin de décider, en fonction des circonstances de l'espèce, si le retard constitue un motif de perte du droit d'invoquer la responsabilité. Il est douteux que ce que l'on appelle dans le troisième rapport la « prescription extinctive » joue, au sens strict du terme, dans le contexte des actions en responsabilité. La CIJ tend à se montrer souple sur la question des délais, qu'elle apprécie au cas par cas.

40. Le principe énoncé à l'article 46 *quinquies* reflète la pratique courante, qui veut que chaque État lésé puisse présenter sa propre réclamation. Afin d'insister sur ce principe, il serait souhaitable de remplacer l'expression « pour ce qui le concerne » par « en son nom propre ». L'article devrait aussi faire une place aux différents problèmes qui risquent de surgir lorsqu'il y a désaccord entre les États lésés concernant les formes de réparation demandées.

41. Le paragraphe 1 de l'article 46 *sexies* laisse à désirer : comme M. Economides l'a déjà fait remarquer, le membre de phrase « doit être déterminée » n'est pas approprié. Il faudrait remanier le paragraphe pour qu'il se lise comme suit : « Lorsque deux États ou davantage sont responsables du même fait internationalement illicite, la responsabilité de chaque État peut être invoquée à raison du fait internationalement illicite commis par cet État ». Une telle reformulation permettrait d'utiliser la terminologie utilisée à l'article 46 *quinquies*, ainsi que dans le titre du chapitre premier de la deuxième partie *bis*. Ce même souci de cohérence explique l'emploi du verbe « peut » au lieu de « doit », et l'omission de l'expression « conformément au présent projet d'articles ».

42. Le paragraphe 2 de l'article 46 *sexies* a suscité des critiques de la part d'autres membres de la Commission. Ce paragraphe ne semble pas être à sa place dans cet article ; il n'a aucun rapport direct avec le paragraphe 1 et il devrait parler de réparation et non d'indemnisation. De plus, il devrait s'appliquer aux seuls États, à l'exclusion des personnes ou entités. Cependant, M. Al-Baharna ne partage pas l'avis de M. Pellet selon lequel il serait dangereux ou inopportun d'établir une analogie avec le droit interne dans le contexte du paragraphe 2 de cet article. Dans ses arrêts, la CIJ a recouru maintes fois à cette analogie. Cependant, si le Rapporteur spécial envisage de codifier les principes mentionnés aux paragraphes 243 à 249 de son rapport, s'agissant des limites du recouvrement dans le cadre de la réparation, ainsi que les problèmes y relatifs, le paragraphe 2 de l'article 46 *sexies*, qui ne mentionne que l'indemnisation, ne semble pas correspondre à ces principes. Il faudrait donc remanier le paragraphe 2, et l'insérer ailleurs dans le projet d'articles, peut-être dans le chapitre II, dans la section relative à l'indemnisation, et plus précisément dans les dispositions relatives aux formes de la réparation.

43. M. KAMTO dit, au sujet de l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 46 *ter*, qu'au paragraphe 232 de son troisième

rapport le Rapporteur spécial a indiqué qu'un État lésé était « en droit de choisir entre les formes de réparation disponibles ». Étant donné que la forme de réparation doit faire l'objet de négociations entre les États concernés ou, à défaut, être décidée par une tierce partie impartiale, il semble à M. Kamto qu'il ne s'agit pas tant d'un droit que d'une prétention, interprétation que semble confirmer l'emploi du conditionnel « devrait ».

44. Sa deuxième observation a trait à la notion de prescription acquisitive. À l'alinéa *b* de l'article 46 *quater*, la perte du droit d'invoquer la responsabilité est assujettie au défaut de notification par l'État lésé à l'État responsable dans un délai raisonnable après que l'État lésé a pris connaissance du préjudice. Une telle condition, qui est conforme à la jurisprudence contemporaine, pourrait être tempérée au vu des réalités des relations interétatiques, car cette notion doit aussi être envisagée dans le contexte des États qui ont subi un processus de décolonisation. Souvent, les éléments de preuve qui permettraient à ces États d'invoquer la responsabilité d'un autre État ne leur ont pas été communiqués au moment de l'indépendance. Un exemple en est fourni par les événements qui se sont produits dans l'ex-Congo belge, lorsqu'il a gagné son indépendance en 1960. De plus, il arrive parfois que les États nouvellement indépendants ne soient pas en mesure d'invoquer la responsabilité d'un autre État, en raison d'une guerre ou de troubles civils. La Somalie est un exemple récent de ce type de situation, et la Sierra Leone pourrait bien le devenir. En conséquence, il faudrait insérer à l'alinéa *b* de l'article 46 *quater*, ou du moins dans le commentaire, un membre de phrase qui préciserait que l'État lésé doit être « en mesure d'établir la responsabilité de l'État défendeur ».

45. M. GALICKI comprend les craintes exprimées par M. Kamto au sujet des États qui sortent de la colonisation, mais se dit convaincu que l'expression « dans un délai raisonnable après que l'État lésé a pris connaissance de la lésion » peut être interprétée dans un sens de nature à apaiser ses craintes. Ce point pourrait être précisé dans le commentaire.

46. Toujours à propos de l'article 46 *quater*, la logique voudrait que l'on évoque d'abord les réclamations, puis les renonciations y relatives. Par conséquent, il serait peut-être bon d'inverser l'ordre des alinéas *a* et *b*.

47. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), résumant le débat, dit que tous les membres semblent d'accord pour renvoyer les projets d'articles examinés au Comité de rédaction. La plupart des commentaires concernent la rédaction des articles, ou soulèvent des points qui peuvent être réglés à ce niveau. Cependant, quelques questions de fond doivent être abordées. Le Rapporteur spécial en a soigneusement pris note et s'excuse d'avance auprès de ceux auxquels il n'aura pas l'occasion de répondre individuellement dans le temps imparti.

48. Les membres se sont accordés à penser qu'il fallait incorporer dans le projet d'articles un chapitre distinct sur l'invocation, qui s'ajouterait aux chapitres qui portent sur les conséquences immédiates des faits internationalement illicites. Il ressort implicitement, sinon explicitement, du chapitre III du rapport que les droits de l'État lésé et des autres États d'invoquer la responsabilité seront abordés

dans la deuxième partie *bis*. À ce propos, il convient de noter que la numérotation insolite retenue pour les projets d'articles 46 *ter* à *sexies* s'explique par le fait que ces dispositions doivent s'intercaler entre l'article 46 et l'article 47. On peut espérer que d'ici à la fin de la session en cours, le Comité de rédaction aura renuméroté tous les articles, ce qui évitera d'avoir recours au latin.

49. La première observation de fond, qui a trait à l'article 46 *ter*, porte sur l'emploi, dans la version anglaise, du terme *notice* qui, selon M. Al-Baharna, serait plus formel que *notification*, mais qui, dans l'esprit du Rapporteur spécial, est moins formel. Des vues divergentes ont été exprimées sur le niveau de formalité de la notification et sur le point de savoir si elle devait être faite par écrit, divergences qui se retrouvent dans le rapport, puisqu'il est dit dans le commentaire que la notification doit être faite par écrit, tandis que l'article lui-même ne le précise pas. Le Rapporteur spécial est à première vue en faveur de la seconde option, à laquelle semble s'être ralliée la majorité des membres de la Commission. Il appartiendra au Comité de rédaction de se pencher sur ce point.

50. Une question plus importante concerne le choix entre les formes de réparation. À ce propos, il convient tout d'abord de préciser que la situation est clairement différente lorsque la question de la réparation, y compris la restitution, se conjugue à celle de l'exécution continue de l'obligation. Il se pourrait que l'État lésé ne soit pas le seul compétent pour décharger l'État responsable de la poursuite de l'exécution de l'obligation. Aucune doctrine du choix ne pourra permettre de contourner cette réalité. La Commission ne doit donc envisager que les situations où l'enjeu est la restitution et où la question de l'exécution continue ne se pose pas. Dans ces circonstances, la question qui se pose est de savoir si l'État lésé peut choisir librement la forme de réparation ou, dans les cas où la restitution est possible et l'indemnisation serait excessivement lourde, si l'État responsable peut insister pour fournir la restitution au lieu de l'indemnisation. De toute évidence, si l'État lésé a déjà subi un préjudice susceptible d'évaluation financière, il doit, outre la restitution à laquelle il a droit, être indemnisé à raison de ce préjudice. À la connaissance du Rapporteur spécial, un tel cas ne s'est jamais présenté dans la pratique et il s'agit d'un problème qui n'est pas facile à résoudre dans l'abstrait. C'est la raison pour laquelle, dans un projet d'articles dont le libellé laisse indubitablement à désirer, il a choisi d'utiliser le mot « valablement », du moins dans le contexte de la renonciation; mais la même remarque vaut, ne serait-ce que de façon implicite, pour l'article 46 *ter*

51. Un exemple a été donné dans lequel les États lésés, deux États riverains d'aval, n'étaient pas d'accord sur la forme de la réparation : l'un était prêt à accepter l'indemnisation en lieu et place d'un débit normal, tandis que l'autre ne l'était pas. Dans une telle situation, le premier État d'aval serait tenu d'assurer au deuxième un approvisionnement en eau approprié. En conséquence, un accord entre les deux États riverains le plus en amont pourrait se traduire par la violation des droits de l'État plus en aval sur le plan de la continuité de l'exécution et non seulement en ce qui concerne ses droits liés à des événements passés. De toute façon, on s'est demandé s'il convenait d'entrer dans les détails, tant sur le plan de la validité du choix que sur celui des problèmes qui se posent lorsqu'il y a plus d'un

État lésé et qu'ils sont en désaccord. Le Rapporteur spécial a choisi de ne pas entrer dans les détails, de façon instinctive plutôt que du fait d'une décision consciente, en partie en raison des lacunes de la pratique des États et en partie parce que, dans de tels cas, beaucoup dépendrait des circonstances particulières de l'espèce. On pourrait probablement inférer du chapitre II de la deuxième partie que, lorsque la restitution est possible, chaque État lésé est en droit de l'exiger. Un tel droit prévaudrait probablement sur le droit de choisir d'un autre État lésé, du moins si ce choix a pour effet de dénier le droit du premier État. Si cette interprétation est juste, il faudrait peut-être l'explicitement dans l'article, ou peut-être dans le commentaire. Quoi qu'il en soit, ce point dépasse l'état actuel de la doctrine et de la pratique, comme M. Tomka l'a clairement fait observer dans son analyse. Ce dernier a fait remarquer à juste titre que l'affaire du *Passage par le Grand-Belt* ne concernait pas la responsabilité, puisqu'au moment où un règlement est intervenu, il n'y avait pas encore eu de violation mais seulement l'appréhension d'une violation future. Dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów*, où il s'agissait d'une action en indemnisation pour des biens présentée au nom d'un national, nul ne peut nier que l'on avait affaire au droit de choisir. Il est difficile de dire si ce droit existe dans tous les cas, abstraction faite des questions relatives à l'exécution future.

52. Le Rapporteur spécial pense, comme la majorité des membres de la Commission, qu'il convient de retenir le paragraphe 2 de l'article 46 *ter*, mais en en faisant un article distinct. Cette disposition soulève la question plus générale des relations entre le projet d'articles sur la responsabilité des États et celui sur la protection diplomatique. Pour le Rapporteur spécial, la protection diplomatique n'est pas un sujet distinct; c'est un compartiment du sujet de la responsabilité des États. Tout en partageant l'avis de M. Al-Baharna et d'autres selon lesquels le paragraphe 2 ne devrait pas être approfondi, il considère toutefois que cette disposition a sa place dans le projet et qu'une simple clause de sauvegarde générale concernant la protection diplomatique qui ne préciserait pas ce qui est du ressort des États ne serait pas satisfaisante. Si la règle de l'épuisement des recours internes était omise, les gouvernements ne manqueraient pas de s'en inquiéter, surtout eu égard à la place qu'elle occupait dans les articles adoptés en première lecture. Le Rapporteur spécial serait donc en faveur de l'élaboration d'un article distinct qui incorporerait le contenu du paragraphe 2, et dans lequel on tiendrait compte des observations rédactionnelles formulées mais sans entrer dans les détails. L'article, qui devrait être incorporé à la deuxième partie *bis*, devrait être rédigé de manière à ne pas préjuger de l'issue du débat entre ceux qui voient dans la règle de l'épuisement des recours internes une règle de fond et ceux qui la considèrent comme une règle de procédure. Un autre élément, décisif à son sens, qui plaide en faveur du maintien de la règle de l'épuisement des recours internes est que celle-ci s'applique non seulement à la protection diplomatique mais aussi dans le contexte des violations individuelles des droits de l'homme, ce qui ne relève pas du droit de la protection diplomatique mais du droit de la responsabilité des États.

53. En ce qui concerne la perte du droit d'invoquer la responsabilité, l'alinéa *a* de l'article 46 *quater* a recueilli l'adhésion générale, bien que certains aient proposé de

traiter séparément la question du règlement et celle de la renonciation. Ils pourraient bien avoir raison. En ce qui concerne l'alinéa *b*, on a fait observer qu'il fallait distinguer entre les retards injustifiables équivalant à un retard excessif ou *mora* et les cas où le retard d'un État à faire valoir un droit cause un véritable préjudice à l'État responsable. Le Comité de rédaction devrait peut-être envisager de scinder l'alinéa *b*, quoique cette question reste ouverte en raison de la diversité des opinions exprimées.

54. En ce qui concerne la pluralité des États lésés et des États responsables, l'approche mesurée adoptée dans les articles a suscité l'adhésion générale. L'idée d'une approche plus catégorique prônant la responsabilité conjointe et solidaire n'a guère reçu d'appui. On a fait observer que l'on pouvait interpréter l'affaire du *Détroit de Corfou* comme ayant porté sur deux faits illicites distincts ayant concouru au même préjudice. Selon une autre interprétation, deux États s'étaient entendus pour commettre un seul fait illicite. Quoi qu'il en soit, le Comité de rédaction voudra peut-être examiner la question de savoir si l'article 46 *sexies* devrait s'appliquer aux situations où il existe plusieurs faits illicites qui causent le même préjudice.

55. En ce qui concerne l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 46 *sexies*, le Rapporteur spécial est fermement opposé à l'idée de supprimer la mention de « personne ou entité ». Une telle situation se présente de toute évidence lorsque l'entité lésée est indemnisée dans le cadre d'une procédure nationale, voire dans d'autres procédures. Le principe du double recouvrement doit être pris en compte, et comme l'a indiqué M. Al-Baharna, ce n'est pas le cas dans le libellé actuel de l'alinéa *a* du paragraphe 2, bien que le paragraphe évoque un cas particulier qui, de l'avis du Rapporteur spécial et de la majorité des membres, devrait figurer dans le projet d'articles.

56. En ce qui concerne l'alinéa *b* du paragraphe 2, le Rapporteur spécial est d'accord avec l'avis exprimé par M. Pellet et d'autres, selon lequel le sous-alinéa *i* porte sur une règle de recevabilité judiciaire et ne devrait pas figurer dans l'article. Cette règle devrait faire l'objet d'une clause de sauvegarde générale, qui serait incorporée dans la quatrième partie. Le Rapporteur spécial n'a rien proposé à ce sujet et cette question doit être examinée par le Comité de rédaction. Il est utile en effet d'établir une distinction entre la recevabilité d'une réclamation dans le contexte des relations interétatiques et la recevabilité d'une affaire devant une cour internationale. Il est clair que le sous-alinéa *i* de l'alinéa *b* du paragraphe 2 a trait à la dernière et non à la première.

57. Il n'y a pas eu de désaccord concernant le fond du sous-alinéa *ii* de l'alinéa *b* du paragraphe 2, mais on a demandé au Rapporteur spécial s'il existait une instance chargée de l'application du principe *ex turpi causa* entre États coresponsables. Il n'en connaît aucune et a soulevé cette question à toutes fins utiles. Selon le libellé actuel de l'alinéa, la question doit être décidée sur le fond, et le Comité de rédaction pourrait peut-être trouver une formulation satisfaisante.

58. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que la Commission souhaite renvoyer

les projets d'articles de la deuxième partie *bis* au Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

59. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à présenter la section D du chapitre III de son troisième rapport.

60. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que la section D du chapitre III traite d'une partie du sujet général des contre-mesures, et constitue la deuxième de trois tranches sur le sujet. Les membres se rappelleront qu'à sa cinquante et unième session la Commission avait examiné, dans son deuxième rapport⁵, quelques questions générales relatives aux contre-mesures, notamment le lien qu'établissaient les articles adoptés en première lecture entre la prise de contre-mesures et le règlement des différends. Le résultat de ce débat est résumé au paragraphe 286 de son troisième rapport. La majorité des membres avait estimé qu'il était inconcevable que la procédure de règlement soit ouverte unilatéralement à l'État responsable. C'est ce que pensait le Rapporteur spécial, et il n'a pas varié; d'ailleurs, ce point de vue a recueilli une large adhésion dans les débats de la Sixième Commission. En tout état de cause, la CDI était parvenue à un accord provisoire aux termes duquel elle élaborerait les articles de fond concernant les contre-mesures sans s'occuper des questions relatives au règlement des différends, puis passerait à l'examen des questions touchant le règlement des différends à la session suivante, à la lumière de l'ensemble du texte. La section D du chapitre III du rapport part de cette prémisse.

61. Cette section ne porte pas sur la troisième tranche des contre-mesures – les contre-mesures collectives et les contre-mesures adoptées à titre individuel par des États dans le cadre de l'invocation de la responsabilité envers la communauté internationale tout entière –, dont il est question au chapitre IV du rapport. Elle ne concerne que la question plus restreinte de l'adoption de contre-mesures par un État lésé telle que définie provisoirement au paragraphe 2 de l'article 40 *bis*. Il traite de la situation relativement simple dans laquelle l'État A lèse l'État B et l'État B, n'ayant pas obtenu réparation, cherche à prendre des contre-mesures à l'endroit de l'État A.

62. Les articles 47 à 50 adoptés en première lecture abordent cette situation, et l'on trouvera un compte rendu approfondi de la teneur de ces articles et des observations très détaillées des gouvernements à leur sujet aux paragraphes 292 à 319⁶. Ces observations ont été mûrement pesées et il en a été pleinement tenu compte. Le Rapporteur spécial tient à remercier tout particulièrement le Gouvernement français, dont il a repris plusieurs observations presque mot pour mot.

63. Les articles qu'il propose ont l'effet attendu des articles 47 à 50 sur les contre-mesures adoptés en première lecture, mais ils ont été remaniés afin de résoudre un certain nombre de difficultés d'ordre conceptuel et autre. L'article 47 était une disposition hybride en ce qu'il avait pour objet de définir les contre-mesures tout en tentant de

⁵ Voir 2614^e séance, note 5.

⁶ Voir 2615^e séance, notes 5 et 6.

les limiter, ce qui créait des problèmes. L'article 48 créait quant à lui le grand problème de la relation entre la procédure de demande de réparation et l'adoption de contre-mesures, qui est la question la plus controversée de l'ensemble du texte; il a tenté de la résoudre par une distinction de forme – et peut-être de fond – plutôt insatisfaisante entre mesures conservatoires et autres mesures. L'article 49 était rédigé d'une manière plutôt vague, et le Rapporteur spécial en propose une formulation plus stricte compte tenu des orientations données par la CIJ dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. L'article 50 confondait deux questions différentes : celle de savoir quelles obligations peuvent être suspendues par l'adoption de contre-mesures et celle de savoir quels effets les contre-mesures ne peuvent avoir, par exemple porter atteinte aux droits de l'homme ou aux droits d'États tiers. La clarté de l'analyse dépend de cette distinction.

64. Le Rapporteur spécial propose donc un plus grand nombre d'articles afin de répondre aux préoccupations assez largement répandues que suscitent les contre-mesures, tout en maintenant sur le fond une grande partie de ce que la Commission a tenté de faire en première lecture.

65. À présent, l'article 47 définit l'objet et le contenu des contre-mesures, en adoptant la conception instrumentale de celles-ci et en traitant des obligations qui ne peuvent être suspendues du fait de l'adoption de contre-mesures. L'article 48 traite des conditions procédurales du recours aux contre-mesures, l'article 49 de la proportionnalité et l'article 50 des contre-mesures interdites. L'article 50 *bis*, un nouvel article répondant aux propositions faites plus particulièrement par le Gouvernement français, traite de la suspension et de la cessation des contre-mesures.

66. Il convient de faire une distinction fondamentale entre la suspension de l'exécution d'une obligation et la suspension d'une obligation, distinction qui n'a guère été éclaircie au cours du débat sur les contre-mesures. La Convention de Vienne de 1969 envisage la suspension des obligations conventionnelles, stipulant en substance que, si un État est en droit de mettre fin à un traité bilatéral, il peut aussi le suspendre. Elle est par contre muette sur la façon dont les obligations conventionnelles doivent être remises en vigueur, c'est-à-dire, en d'autres termes, sur les modalités selon lesquelles il doit être mis fin à la suspension ou à quel moment. Le fait est que des seuils très élevés sont fixés en matière de suspension : la violation doit être matérielle, par exemple. L'effet de la suspension est de libérer les deux parties de l'obligation d'exécution et de geler l'obligation suspendue. Il est vrai que l'État qui suspend l'obligation ne doit rien faire pour empêcher que le traité suspendu ne puisse être remis en vigueur à une date ultérieure, mais on peut présumer que si l'État qui suspend l'obligation était en mesure de mettre fin au traité, il peut aussi exercer ce droit à un stade ultérieur, à moins qu'il n'y ait renoncé.

67. La question consiste à déterminer ce que l'on considère comme une contre-mesure. En partie pour éviter toute confusion avec la suspension des traités, on s'est abstenu dans les projets d'articles adoptés en première lecture d'utiliser le mot « suspension ». L'article 47 se contentait de dire que des contre-mesures étaient prises lorsqu'un État ne s'acquittait pas de ses obligations, mais cela posait un problème très grave dans la mesure où dire qu'un État

« n'exécute pas ses obligations » couvrirait toutes sortes de situations, y compris celles dans lesquelles le dommage pouvait en fait être irréparable et permanent.

68. La CIJ, dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, a dit que les contre-mesures devaient être réversibles, mais il n'y a rien dans les projets d'articles adoptés en première lecture qui corresponde à cet élément important de la notion de contre-mesure. Par définition, les contre-mesures sont prises pour encourager, inciter ou si possible obliger l'État responsable à se conformer à ses obligations de cessation et de réparation. Elles sont proportionnelles à la violation, et il s'ensuit que, dès lors que l'État responsable s'est acquitté de ses obligations, il doit être mis fin aux contre-mesures. Il s'ensuit en outre qu'il convient de ne pas prendre de contre-mesures qui entraîneraient une violation continue par l'État lésé de ses obligations, alors même que les contre-mesures auraient perdu toute justification. C'est en ce sens que la CIJ a vu dans la réversibilité un élément substantiel de la notion de contre-mesure. Ce mot signifie en fait qu'il doit être possible de revenir à la licéité des deux côtés. Certaines mesures consistant à ne pas se conformer aux obligations internationales telles que définies à l'article 47 seraient incompatibles avec la réversibilité. D'un autre côté, il y a quelque difficulté à dire que les contre-mesures devraient être réversibles car, après tout, si des contre-mesures ont été prises, elles ont produit des effets alors qu'elles étaient prises.

69. Parfois, les conséquences des contre-mesures sont irréversibles, notion difficile à formuler. Le Rapporteur spécial a donc choisi de revenir à l'expression « suspension » de l'exécution des obligations, qu'avait utilisée auparavant l'ancien rapporteur spécial, M. Riphagen⁷. Peut-être faudrait-il aussi user dans l'article 47 *bis* de cette formulation. Le droit de l'État responsable à l'exécution des obligations si lui-même s'est acquitté de ses propres obligations de cessation et de réparation est l'un des droits à prendre en compte pour jauger la proportionnalité des contre-mesures. C'est au Comité de rédaction d'examiner la façon de formuler ce concept, mais l'un des éléments importants qui manquent dans les projets d'articles adoptés en première lecture tient à ce que la question du retour à la licéité si les contre-mesures produisent leur effet n'a nullement été abordée. Le Rapporteur spécial s'est efforcé d'en traiter en recourant à la notion de suspension de l'exécution d'une obligation, et non de l'obligation elle-même. L'obligation reste en vigueur, et il n'est pas question qu'elle soit suspendue. L'obligation est là comme l'aune à laquelle on peut évaluer les contre-mesures.

70. Une autre question doit être examinée en ce qui concerne l'article 47. Les contre-mesures susceptibles d'être prises ne sont pas des contre-mesures réciproques au sens que l'ancien rapporteur spécial Riphagen donnait à ce terme, à savoir des contre-mesures prises en relation avec la même obligation ou une obligation connexe. La question est de savoir si la notion de contre-mesure réciproque doit être introduite soit exclusivement, soit au moins en partie comme base de distinction dans le domaine des

⁷ Voir sixième rapport, *Annuaire... 1985*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/389, p. 11.

contre-mesures. En première lecture, la Commission a rejeté cette distinction, ayant estimé que limiter les contre-mesures aux contre-mesures réciproques créerait une situation dans laquelle plus répréhensible était le comportement de l'État responsable, moins il y avait de chances que des contre-mesures soient disponibles, parce que plus le comportement était répréhensible, plus il y avait de chances qu'il porte atteinte, par exemple, à des obligations en matière de droits de l'homme. Dans une situation de violations des droits de l'homme, ou de violations particulièrement flagrantes, il est parfaitement évident que les considérations humanitaires font obstacle à l'adoption de contre-mesures.

71. Parmi les types d'action qui ont typiquement fait l'objet de contre-mesures, il y a le gel d'avoires et la suspension d'autorisations ou de licences d'exploitation. Ce sont là des actions assez facilement réversibles. Les projets d'articles devraient encourager l'adoption de contre-mesures relativement à un comportement réversible; pour ces raisons, et aussi parce que, dans de nombreux cas, il n'est concrètement pas possible de recourir à des contre-mesures réciproques, la Commission a décidé en première lecture de ne pas adopter un régime de ce type. Le Rapporteur spécial souscrit à cette décision et aux raisons qui l'ont motivée.

72. La formulation de l'article 47 semblait être un hybride parce qu'elle soulevait des questions sur les effets des contre-mesures à l'endroit d'États tiers, qui étaient en réalité distinctes de la définition des contre-mesures. L'essence de la notion de contre-mesure est qu'il s'agit de la suspension par l'État lésé de l'exécution d'une obligation due à l'État responsable dans l'intention d'amener ce dernier à s'acquitter de ses obligations de cessation et de réparation. Cette notion fondamentale est incorporée dans le nouvel article 47, et est assujettie bien entendu aux limitations prévues au chapitre II.

73. Les projets d'articles établissent aussi une distinction entre les obligations dont la suspension n'est pas soumise au régime de contre-mesures et les obligations qui ne peuvent être enfreintes lorsque l'on adopte des contre-mesures. On traite du premier type d'obligation à l'article 47 *bis*, et du second à l'article 50. Le contenu de l'article 50 adopté en première lecture a été scindé en ces deux dispositions. C'est important, parce qu'un État, même lorsqu'il adopte des contre-mesures légitimes en vertu du chapitre II, ne doit pas accomplir les actes mentionnés à l'article 50. L'article 47 *bis* porte sur les obligations qui, pour commencer, ne doivent pas être suspendues à titre de contre-mesures. La distinction est importante si l'on considère l'effet qu'ont les contre-mesures sur les droits de l'homme. Personne ne suggère qu'une obligation en matière de droits de l'homme puisse faire l'objet d'une suspension à titre de contre-mesure. On prend une contre-mesure à l'encontre d'un État et non d'un individu. Des problèmes se posent cependant en ce qui concerne l'effet des contre-mesures sur les droits de l'homme, question abordée à l'article 50.

74. Sous réserve de ce qui précède, le Rapporteur spécial a repris dans ses grandes lignes la teneur de l'article 50. Les obligations dont la suspension n'est pas soumise à l'adoption de contre-mesures à l'article 50 comprennent au premier chef l'obligation relative à la menace ou à

l'emploi de la force consacrée par la Charte des Nations Unies. En première lecture, la Commission avait précisé que cet article ne traitait pas des représailles coercitives, des représailles belligérantes ni de l'emploi de la force, ce qui est reflété à l'alinéa *a* de l'article 47 *bis*.

75. Peu de critiques ont été émises en première lecture sur la disposition qui figure actuellement à l'alinéa *b* de l'article 47 *bis*, laquelle a généralement été approuvée par les gouvernements dans leurs observations. Parmi les obligations dont l'exécution ne peut être suspendue par la prise de contre-mesures, le Rapporteur spécial fait figurer celles concernant l'inviolabilité des agents, locaux, archives ou documents diplomatiques ou consulaires.

76. L'alinéa *c* de l'article 47 *bis* relatif aux obligations relatives au règlement des différends par tierce partie était clairement implicite dans l'article 48, mais il est parfaitement évident qu'un État ne peut suspendre une obligation relative au règlement pacifique des différends à titre de contre-mesure. Dans le cadre des contre-mesures, régler pacifiquement un différend signifie contenir et chercher à résoudre la situation créée par les contre-mesures.

77. L'article 50 traitait ensuite des droits de l'homme, stipulant qu'ils ne pouvaient faire l'objet de contre-mesures. Deux problèmes distincts se posent à cet égard. Il apparaît clairement à la lecture de la définition des contre-mesures qui figure à l'article 47 que les obligations en matière de droits de l'homme elles-mêmes ne peuvent être suspendues, et l'alinéa *d* de l'article 47 *bis* aborde la question distincte et plus limitée des obligations à caractère humanitaire excluant les représailles contre les personnes qu'elles protègent, dont il a été reconnu à l'issue des débats tenus sur ces questions dans le cadre de l'élaboration de la Convention de Vienne de 1969 et de la Conférence diplomatique de 1977 sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés qu'elles faisaient partie intégrante du droit international général.

78. Le Rapporteur spécial a retenu la disposition qui figure actuellement à l'alinéa *e* de l'article 47 *bis* parce qu'il est clair que l'exécution d'obligations découlant de normes impératives du droit international général ne peut être suspendue que dans les cas prévus par ces obligations elles-mêmes.

79. Il faut le répéter, même licites au regard du projet d'articles, les contre-mesures ne doivent pas porter atteinte aux droits de tiers et, là encore, l'exercice de leurs droits par les tiers ne peut être suspendu. Si des tiers ont un droit à l'égard de l'État lésé, ce dernier est responsable vis-à-vis d'eux de toute atteinte à ce droit. Les tiers comprennent les êtres humains, les bénéficiaires des droits fondamentaux de la personne, si bien que les droits de l'homme sont également couverts par l'alinéa *b* de l'article 50 proposé.

80. L'alinéa *b* de l'article 50 tel qu'adopté en première lecture contenait une référence à des mesures de contrainte économique ou politique extrêmes visant à porter atteinte à l'intégrité territoriale ou à l'indépendance politique de l'État responsable, qui a fait l'objet de nombreux commentaires. Les États se sont évidemment alarmés de ce que des mesures de contrainte extrêmes puissent être prises à titre de contre-mesures. Mais en un sens, les con-

tre-mesures sont coercitives de par leur caractère même, puisqu'elles sont conçues pour amener un État à se conformer à ses obligations internationales. Il y a quelque contradiction à dire que les contre-mesures, sous réserve qu'elles soient proportionnées, incitent un État à se conformer à ses obligations internationales et, d'un autre côté, à se plaindre de ce qu'elles soient coercitives. D'autres préoccupations ont été exprimées, dont le Rapporteur spécial a tenté de se faire l'écho dans le nouvel article 50. Il est déclaré à l'alinéa *a* que les contre-mesures ne doivent pas porter atteinte à l'intégrité territoriale ou constituer une intervention dans le domaine réservé de l'État responsable. Il convient bien entendu d'avoir à l'esprit que demander à un État de s'acquitter de ses obligations et adopter des contre-mesures ne sont pas, en soi et par définition, des questions relevant du domaine réservé de cet État, mais il y a d'autres choses susceptibles d'être accomplies par le moyen de contre-mesures qui pourraient enfreindre ce domaine réservé. L'article se présente comme une formulation plus acceptable de l'alinéa *b* de l'article 50 adopté en première lecture, qui a suscité tant de critiques.

81. S'agissant des conditions du recours aux contre-mesures, le Rapporteur spécial a adopté pour l'essentiel la proposition du Gouvernement français sur cette question. On convient généralement qu'avant qu'un État ne prenne des contre-mesures, il doit invoquer la responsabilité de l'État responsable en l'invitant à se conformer à ses obligations. Le problème tient à ce qui arrive si l'État responsable n'obtempère pas. Les projets d'articles font une distinction entre mesures conservatoires de protection et autres mesures. La proposition du Rapporteur spécial consiste à éviter l'expression « mesures conservatoires de protection », qui renvoie à la procédure judiciaire, et à lui préférer la notion de mise en œuvre provisoire des contre-mesures au paragraphe 2 de l'article 48. Si l'on admet que la notion de contre-mesure implique la suspension de droits – par exemple, le gel d'avoirs –, les contre-mesures doivent être prises immédiatement si l'on ne veut pas risquer qu'elles ne puissent pas être prises du tout et qu'il y ait alors une incitation à prendre des mesures extrêmes. L'État lésé doit donc prendre des mesures conservatoires pour se protéger pendant que les négociations se déroulent. C'est là l'idée qui sous-tendait l'article 48 adopté en première lecture, quoiqu'elle ait été mal exprimée.

82. Le nouvel article 48 proposé par le Rapporteur spécial énonce au paragraphe 1 l'obligation fondamentale de soumettre une demande à l'État responsable, puis prévoit au paragraphe 2 que, dans l'intervalle, l'État lésé peut mettre en œuvre à titre provisoire les mesures nécessaires pour préserver ses droits. Le paragraphe 3 énonce une autre condition, à savoir que, si les négociations ne conduisent pas au règlement du différend dans un délai raisonnable, l'État lésé peut prendre des contre-mesures pleines et entières. Par exemple, si ces contre-mesures prennent la forme de la mise d'avoirs sous séquestre, il peut être immédiatement interdit de transférer ces avoirs hors de la juridiction de l'État lésé afin de préserver le droit de ce dernier de les mettre sous séquestre en dernier ressort. La mise sous séquestre elle-même serait la forme la plus substantielle de contre-mesure. Bien entendu, la confiscation des avoirs serait totalement exclue en tant que contre-mesure car elle serait irréversible. Le nouvel article 48 consacre donc sous une forme légèrement différente le compromis dont s'était inspirée la Commission en pre-

mière lecture. Des opinions très arrêtées ont été exprimées sur cette question, et si la Commission décide de ne pas adopter la position intermédiaire, le Rapporteur spécial lui propose une disposition plus simple dans la note relative au paragraphe 3 du nouvel article 48.

La séance est levée à 13 h 15.

2646^e SÉANCE

Mercredi 26 juillet 2000, à 10 heures

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Operti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka.

Responsabilité des États¹(suite) [A/CN.4/504, sect. A, A/CN.4/507 et Add.1 à 4², A/CN.4/L.600]

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à poursuivre la présentation de la section D du chapitre III de son troisième rapport (A/CN.4/507 et Add.1 à 4).
2. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) rappelle qu'à la séance précédente il a traité du premier aspect du problème des contre-mesures, celui de leur définition; il a également traité, à propos du deuxième aspect, de certaines des conditions qui régissent l'adoption de contre-mesures, les conditions de procédure.
3. Mais il y a aussi des conditions de fond, c'est-à-dire des obligations que doit respecter l'État qui impose des contre-mesures. Il s'agit évidemment en premier lieu du principe de proportionnalité, consacré à l'article 49. Dans

¹ Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), chap. III, sect. D, p. 62.

² Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

les commentaires reçus, aucun État n'a émis le moindre doute sur ce principe. Certains cependant se sont inquiétés de l'importance décisive du rôle qui lui revenait, puisque c'est au regard de cette prescription que se détermine la licéité des contre-mesures. D'autres se sont dits préoccupés par la façon assez lâche dont la situation était envisagée dans l'article 49 adopté en première lecture. Celui-ci en effet utilise une sorte de double négation : « Les contre-mesures [...] ne doivent pas être hors de proportion avec ... ». De son côté, la CIJ, dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, a exprimé la même idée mais sous une forme positive en disant que les contre-mesures « doivent être proportionnées aux dommages subis » [p. 56, par. 85]. Il convient de rendre plus clair l'article 49 et de bien faire ressortir que la proportionnalité est une condition *sine qua non* de licéité, et non une vague déclaration de principe comme dans l'article antérieur.

4. Le troisième et dernier aspect du problème des contre-mesures est celui de la suspension ou de la levée des mesures adoptées. Les articles adoptés en première lecture n'en disaient mot et plusieurs gouvernements, y compris le Gouvernement français³, ont insisté pour qu'il en soit question dans le projet. La CIJ en a parlé indirectement dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, mais sous l'angle de la réversibilité. Or, si une contre-mesure ne peut pas être suspendue ou levée, c'est qu'elle n'est pas réversible, et si elle n'est pas réversible, elle ne peut être licite selon la Cour.

5. Le projet d'articles adopté en première lecture prévoyait en revanche le cas de la suspension des contre-mesures, qui devait intervenir quand avait cessé le fait générateur ou quand le différend était soumis au jugement d'une tierce partie dont la décision s'imposait aux deux États. Cela semblait satisfaisant car les contre-mesures ressortissent à une situation dans laquelle un État lésé n'a pas, en l'absence d'un tiers ayant autorité, d'autre choix que de prendre lui-même les choses en main. L'article 48 adopté en première lecture présumait donc que la nécessité des contre-mesures disparaissait dès lors qu'était engagée une procédure de règlement obligatoire. Cette disposition a été généralement bien accueillie par les États, sous réserve de quelques améliorations de forme. En fait, elle était en partie fondée sur l'arbitrage rendu dans l'affaire concernant l'*Accord relatif aux services aériens*. Cet aspect de l'article 48 a été intégré dans le nouvel article 50 *bis*. Un troisième paragraphe a été ajouté à cet article, où il est dit qu'il doit « être mis fin aux contre-mesures dès que l'État responsable s'est acquitté des obligations qui lui incombent par rapport au fait internationalement illicite en vertu de la deuxième partie ». Ce paragraphe fonctionne indépendamment de la question de savoir si les contre-mesures ont été suspendues.

6. Le Rapporteur spécial rappelle qu'il reste à régler le cas de la pluralité d'États lésés. Selon ce qui a été proposé en la matière dans le chapitre premier de la deuxième partie *bis*, chaque État lésé devrait avoir le droit de prendre les contre-mesures proportionnées au préjudice qu'il subit, indépendamment de la position qu'il pourrait avoir par ailleurs à l'égard des contre-mesures collectives. Cela fera l'objet d'un autre chapitre.

7. M. LUKASHUK rappelle que le droit de prendre des contre-mesures n'est pas la conséquence de la violation du droit international, mais celle du refus de l'État qui l'a commise de se conformer aux obligations qui lui incombent de par ses relations avec l'État lésé. Les contre-mesures ne relèvent donc pas directement du sujet de la responsabilité : elles ne sont qu'un moyen d'inciter un État à s'acquitter de ses obligations. Autrement dit, le simple fait de la violation ne crée pas le droit de recourir à des contre-mesures. Le Rapporteur spécial l'a très bien compris, qui a explicité les conditions bien déterminées dans lesquelles les contre-mesures sont licites, c'est-à-dire dans lesquelles elles peuvent inciter l'État auteur à s'acquitter des obligations secondaires de cessation, de suspension et de réparation. Certains États, notamment la République tchèque⁴, ont eux aussi souligné dans leur commentaire que les contre-mesures n'étaient pas un moyen direct et automatique de répondre à la violation d'une obligation. Tout cela incline à faire des contre-mesures une institution indépendante du droit international, n'entrant en jeu qu'en cas de refus d'un État de s'acquitter de ses obligations.

8. En fait, le Rapporteur spécial s'abstient de donner une définition des contre-mesures. M. Lukashuk pense que c'est une institution d'une telle importance qu'il faut absolument en élaborer une définition juridique très claire. Le Rapporteur spécial a préféré, comme il le dit au paragraphe 322 du document à l'examen, formuler l'article 47 « comme une affirmation de l'habilitation d'un État lésé à prendre des contre-mesures contre un État responsable dans le but et sous les conditions précisés par les articles concernés ». L'article 47 proposé ne résout pas le problème et ne définit rien. Il y a pourtant dans les analyses du Rapporteur spécial assez d'éléments pour mettre sur pied une définition qui pourrait se lire comme suit :

« Les contre-mesures sont des mesures qui ne sont pas conformes aux obligations qu'a l'État lésé qui les prend à l'égard de l'État auteur du fait illicite, mais que l'État lésé a le droit d'appliquer à l'État auteur pour l'inciter à exécuter les obligations qui lui incombent en droit international. »

9. Le paragraphe 2 de l'article 47 présente aussi des difficultés. Limiter les contre-mesures à la suspension de l'exécution d'une ou plusieurs obligations internationales, c'est s'écarter des normes actuelles du droit. La Convention de Vienne de 1969 dispose en son article 60 qu'une violation substantielle d'un traité bilatéral autorise l'autre partie à invoquer la violation comme motif pour mettre fin à ce traité ou en suspendre l'application. Dans le cas des traités multilatéraux, la même violation donne aux autres parties, agissant par accord unanime, le droit de suspendre l'application du traité en totalité ou en partie. L'article 47 devrait être aligné sur cette disposition. Le Rapporteur spécial a tout à fait raison de souligner au paragraphe 331 que les contre-mesures n'ont pas de caractère coercitif. C'est bien ce qui les distingue des sanctions.

10. M. Lukashuk insiste pour que l'on fasse clairement la distinction entre contre-mesures et sanctions, car il

³ Voir 2613^e séance, note 3.

⁴ Ibid.

s'agit de deux choses de nature sensiblement différente. On a vu se dégager de la pratique et de l'*opinio juris* l'idée que l'État n'a le droit de recourir qu'à des contre-mesures, comme l'avait noté le rapporteur spécial précédent. Les sanctions, par opposition, sont le monopole de l'Organisation des Nations Unies et aucun État ni groupe d'États n'a le droit d'en imposer en dehors de cette institution. Peut-être serait-il bon d'ajouter à l'article 47 une clause qui pourrait se lire : « Le présent article n'affecte pas le droit de l'Organisation des Nations Unies d'appliquer des sanctions conformément à la Charte ».

11. Un autre élément du paragraphe 1 de l'article 47 est problématique. Il est dit que les contre-mesures visent à « inciter [l'État] à s'acquitter de ses obligations ». Il se trouve qu'on peut dire la même chose de la rétorsion, cas de figure dont il n'est question nulle part dans le projet. Pourtant, les mesures de rétorsion sont importantes et elles appellent elles aussi une définition juridiquement claire.

12. Le paragraphe 47 pose enfin la question de l'évaluation du comportement d'un État par un autre État, évaluation qui comporte toujours une part de subjectivité. Sans compter qu'un État peut se méprendre en toute bonne foi. Aussi faut-il prévoir que l'État faisant l'objet des contre-mesures doit disposer de moyens de se disculper. Cette clause serait très importante, surtout pour les petits pays qui ont des choses à dire sur les contre-mesures que leur imposent certains États plus forts.

13. Passant à l'article 47 *bis*, M. Lukashuk constate simplement qu'il est très proche par son contenu de l'article 50 et qu'il devrait donc précéder immédiatement cette dernière disposition.

14. L'alinéa *b* de l'article 50 parle des « droits de tierces parties, notamment [des] droits fondamentaux de l'homme ». Si ces « tierces parties » sont des États ou des institutions, à quoi peuvent bien correspondre leurs « droits fondamentaux de l'homme » ? Le plus sage serait de consacrer une clause particulière aux droits de l'homme.

15. L'article 50 *bis* dispose de façon fort catégorique que les contre-mesures doivent être suspendues si le fait internationalement illicite a cessé. On peut pourtant imaginer une situation où, les contre-mesures ayant ainsi été suspendues, l'État auteur refuse de se conformer aux obligations secondaires que sont la restitution ou l'indemnisation, par exemple. Quelle sera alors la position de la partie lésée ? Quant au paragraphe 3 du même article, il serait beaucoup plus précis libellé ainsi : « Il doit être mis fin aux contre-mesures dès que l'État auteur s'est acquitté des obligations mentionnées dans la deuxième partie relative à sa responsabilité dans le fait internationalement illicite ».

16. En conclusion, M. Lukashuk dit qu'à son avis les projets d'articles dont la Commission est actuellement saisie peuvent être renvoyés au Comité de rédaction.

17. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) tient à préciser sa position sur la question des rapports entre les contre-mesures et le droit des traités. Selon l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969, tout État lésé par la violation d'un traité peut mettre fin à celui-ci ou en suspendre l'exécution, le tout sous certaines conditions : la violation doit être « substantielle » (le critère en est assez élevé, selon la

définition) et le traité peut n'être suspendu qu'en partie, selon sa nature. Quand le traité s'éteint, il n'y a plus d'obligation pour personne. Quand le traité est suspendu, il devient virtuel et aucune partie n'a à le respecter jusqu'à sa remise en vigueur avec, on peut le présumer, le consentement exprès des parties qui avaient été touchées par cette suspension.

18. La situation juridique des contre-mesures est très différente. La dénonciation d'un traité en vertu de l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969 est un acte licite. À ce titre, il n'intéresse pas la Commission, qui s'occupe du cas dans lequel un État ne respecte pas un traité en vue d'en inciter un autre à respecter les obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie du projet d'articles. Les conditions aussi sont différentes : les contre-mesures peuvent être prises même si la violation n'est pas « substantielle », encore qu'elle(s) doive(nt) rester proportionnée(s); il n'est pas question de fractionner les obligations; l'obligation de départ incombe toujours à l'État visé par les contre-mesures; enfin, cette obligation est pertinente pour déterminer la licéité des contre-mesures adoptées.

19. Le Rapporteur spécial, qui dit trouver un certain intérêt à la notion d'exception d'inexécution parce qu'elle est en relation avec celle de réversibilité, comprend fort bien que la Commission puisse considérer que le terme *suspension* utilisé dans *suspension of performance* au paragraphe 2 de l'article 47 pour traduire cette idée risque de prêter à confusion avec la « suspension » d'un traité. Elle a sans doute raison, mais ce qu'elle ne doit pas faire, c'est confondre la situation envisagée dans la Convention de Vienne de 1969 et celle qui se présente dans le domaine de la responsabilité des États.

20. Le Rapporteur spécial souhaite ajouter deux commentaires à sa présentation du chapitre à l'examen (Circonstances excluant l'illicéité). D'abord, il propose une formulation simple de l'article 30, dans l'hypothèse où les autres articles à l'examen seraient approuvés. Il rappelle que cet article avait été laissé en suspens en attendant la décision sur les contre-mesures⁵. Ensuite, pour les raisons assez complexes exposées aux paragraphes 363 à 366 de son rapport, il pense désormais que la notion plus vaste d'exception d'inexécution est suffisamment couverte par les dispositions consacrées aux contre-mesures et que sa propre conception plus étroite, inspirée du *dictum* de la CPJI dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*, l'est suffisamment par l'article 38 de la deuxième partie, qu'il propose de conserver. Il n'insiste donc pas pour faire de l'exception d'inexécution une circonstance distincte d'exclusion de l'illicéité.

21. M. SIMMA approuve la distinction que le Rapporteur spécial établit entre la suspension d'un traité et la suspension de l'exécution d'une obligation dans le contexte des contre-mesures, mais ne peut le suivre dans la distinction qu'il fait entre la situation envisagée dans la Convention de Vienne de 1969 et celle qui se présente dans le cadre du droit de la responsabilité des États. Il a dit que l'article 60 de la Convention n'autorisait l'extinction ou la suspension de l'exécution d'un traité qu'en cas de viola-

⁵ *Annuaire...* 1999, vol. II (2^e partie), par. 448, p. 92.

tion substantielle de ses dispositions, ce qui implique que ces deux opérations ne sont pas autorisées lorsque la violation n'est pas suffisamment grave, alors que les contre-mesures peuvent être prises pour des raisons relativement mineures. Ce n'est pas convaincant, car on pourrait penser, et M. Simma l'a soutenu dans un certain nombre de publications, que l'idée consacrée à l'article 60 de la Convention devrait aussi permettre une suspension proportionnelle et réciproque au motif de la violation même, et non à titre de contre-mesure. L'avant-dernier alinéa du préambule de la Convention dit bien que « les règles du droit international coutumier continueront à régir les questions non réglées dans les dispositions de la présente Convention ». Il y a des exemples où a eu lieu cette sorte de suspension proportionnelle et réciproque en vertu de l'*exceptio non adimpleti contractus* que consacre l'article 60. C'est sur ce seul point que M. Simma diffère du Rapporteur spécial.

22. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que, selon la Convention de Vienne de 1969, un traité peut être suspendu ou annulé en cas de violation substantielle. Autrement dit, on ne peut toucher au traité si la violation n'est pas substantielle. M. Simma a raison de dire que l'exception d'inexécution, prise dans son sens large, pourrait bien conduire à ce qui reviendrait à une suspension dans le contexte d'obligations synallagmatiques, mais c'est une question maintenant couverte par la Convention. Il faut résister à l'idée qu'il y a d'autres moyens d'annuler un traité ou d'en suspendre l'exécution que ceux que prévoit la Convention, qui indique expressément qu'elle énonce la totalité des motifs de la faire.

23. M. PELLET juge utile la distinction introduite par M. Lukashuk entre les contre-mesures, autrefois appelées représailles, et les mesures de rétorsion. Mais il a tort de reprocher au Rapporteur spécial de ne pas avoir inclus la rétorsion dans le projet d'articles. En effet, la rétorsion est une réaction à un fait qui peut être illicite aussi bien que licite. Elle est par définition en elle-même une mesure licite – elle n'est donc pas une « circonstance excluant l'illicéité » – qui peut être prise par un État si l'attitude d'un autre État ne lui plaît pas, répondant ainsi à une attitude inamicale par une autre attitude inamicale. La rétorsion n'est pas la conséquence d'un fait internationalement illicite et n'entre pas dans le cadre du sujet. De plus, si on ajoute la rétorsion aux contre-mesures, on s'éloignera encore plus du concept même de responsabilité, qui suppose au départ un fait internationalement illicite. Peut-être pourrait-on dire dans le commentaire qu'il vaut mieux d'abord recourir à des mesures de rétorsion plutôt que d'imposer directement des contre-mesures, parce que la rétorsion ne menace pas le système juridique international. Mais ce serait une erreur, de l'avis de M. Pellet, que de le faire dans le projet, même si c'est tentant sur le plan de ce qu'on peut appeler « la politique juridique ».

24. M. LUKASHUK précise son idée : la rétorsion aussi peut être utilisée à l'égard d'un État « pour l'inciter à s'acquitter de ses obligations ». C'est pourquoi il serait judicieux d'y consacrer un paragraphe ou un article, où il serait dit que le projet d'articles ne règle pas la question du recours aux moyens de rétorsion.

25. M. TOMKA pense qu'une mesure de rétorsion peut être prise en réponse à un fait illicite. La différence fonda-

mentale entre les mesures de rétorsion et les contre-mesures est que les premières n'affectent en rien la situation juridique : elles ne sont pas un instrument de droit, elles sont une réponse de fait. La Commission codifie le régime des institutions juridiques, elle n'a pas à s'occuper de ce qui n'est pas juridique.

26. M. ROSENSTOCK, appuyé par M. SIMMA, pense lui aussi que la Commission aurait tort de s'engager dans le domaine de la rétorsion, qui ne relève pas du sujet à l'examen.

27. M. SIMMA, après avoir redit combien il juge étrange l'expression « contre-mesures », estime opportune la décision de la Commission d'aborder la question des contre-mesures et d'élaborer des dispositions à ce sujet, car les contre-mesures sont un fait et ce n'est pas en prétendant les ignorer que la Commission les fera disparaître.

28. En substance, M. Simma juge satisfaisant le régime proposé par le Rapporteur spécial et approuve l'essentiel de ses propositions.

29. Pour ce qui est de la procédure, il a été surpris de voir avec quelle promptitude, lors de la cinquante et unième session, l'idée d'un lien procédural entre les contre-mesures et le règlement des différends par l'arbitrage, qui figurait dans le projet adopté en première lecture, a été abandonnée. Il peut toutefois se résigner au découplage des contre-mesures et des procédures de règlement des différends, tout d'abord parce qu'il a l'impression que le produit final des travaux de la Commission sera un instrument de droit souple, c'est-à-dire une sorte de déclaration adoptée par l'Assemblée générale et, deuxièmement, parce qu'il constate une multiplication de régimes particuliers – *lex specialis* – qui réglementent les moyens d'inciter les États à revenir à la licéité et contribuent ainsi à mettre sur un pied d'égalité les grandes puissances et les États moins puissants.

30. S'agissant des questions traitées dans la section D du chapitre III du rapport, M. Simma juge plusieurs éléments satisfaisants. Tout d'abord, la définition que donne le Rapporteur spécial des contre-mesures à l'article 47 constitue une amélioration notable par rapport à l'ancienne version. Deuxièmement, M. Simma juge opportune la distinction entre la suspension des obligations fondée sur le droit des traités et la suspension de l'obligation fondée sur les contre-mesures, qui laisse l'obligation intacte. Il approuve en troisième lieu l'abandon des idées de Riphagen concernant les mesures de réciprocité ou les contre-mesures réciproques⁶, non pas parce que de telles mesures n'existent pas mais parce que, de manière générale, elles sont soumises exactement au même régime que les autres contre-mesures. Quatrièmement, il estime très utile la distinction qu'établit le Rapporteur spécial entre les obligations qui ne peuvent être des cibles légitimes des contre-mesures d'une part, qui sont visées à l'article 47 *bis*, et ce que l'on pourrait appeler des « atteintes collatérales à des droits », visées à l'article 50, d'autre part. Il se félicite à cet égard de l'intention du Rapporteur spécial de ne pas inclure l'exception d'inexécution (*exceptio non adimpleti contractus*) parmi les circonstances excluant

⁶ Voir 2645^e séance, note 7.

l'illicéité. Enfin, M. Simma approuve la proposition d'élaborer un nouveau texte pour l'article 30, en préférant l'expression « contre-mesure » au mot « sanction ».

31. La position de M. Simma est plus critique s'agissant des droits de l'homme. Tout d'abord, il estime curieux de mentionner les droits de l'homme en relation avec les droits de tierces parties, comme cela est le cas à l'alinéa *b* du nouvel article 50, car d'une part l'expression « tierces parties » en droit international vise manifestement des États ou d'autres sujets de droit international mais non des êtres humains, et d'autre part parce que, si un être humain a un droit fondamental, il est purement et simplement une partie, et non une tierce partie, et enfin parce que l'adjectif « tierce » implique manifestement que la personne n'est pas concernée, ce qui n'est pas le cas si elle a des droits fondamentaux. En deuxième lieu, M. Simma ne peut souscrire au raisonnement du Rapporteur spécial pour expliquer pourquoi les droits de l'homme sont exclus du jeu des contre-mesures. L'idée du Rapporteur spécial est que, s'agissant des obligations relatives aux droits de l'homme, les premiers bénéficiaires sont, non pas les autres États, mais les êtres humains. C'est là une bonne idée, mais ce que M. Simma juge en revanche dangereux est le fait de libérer les États de la responsabilité de veiller au respect des obligations relatives aux droits de l'homme de la part des autres États, faisant ainsi passer au second plan l'aspect intéressant des obligations relatives aux droits de l'homme. De l'avis de M. Simma, s'il est vrai que les droits de l'homme ne doivent pas faire l'objet de contre-mesures, c'est parce que les obligations s'y rapportant, qu'elles résultent de traités ou qu'elles soient fondées sur le droit international coutumier, sont par définition des « obligations intégrales » au sens de l'article 40 *bis* et qu'il n'est pas possible de bilatéraliser l'exécution de ces obligations parce que cela porterait atteinte au droit qu'ont tous les autres États parties à cette obligation à ce que le droit de l'homme en cause soit respecté.

32. Le libellé du nouvel article 47 est satisfaisant jusqu'au milieu de la troisième ligne, mais le membre de phrase « aussi longtemps qu'il ne s'est pas acquitté de ces obligations et pour autant que cela soit nécessaire à la lumière de ses réponses à la demande qu'il s'en acquitte » rend la phrase trop longue en ce qu'il vise à intégrer à la fois un élément temporel, qui figure à l'article 50 *bis*, et l'idée de proportionnalité, qui fait l'objet de l'article 49. M. Simma propose donc une rédaction de cette partie de l'article qui consisterait, d'une part, à élarger le dernier membre de phrase du paragraphe 1 et, d'autre part, à le combiner avec le paragraphe 2, et qui se lirait ainsi « ... deuxième partie, en suspendant l'exécution d'une ou plusieurs obligations internationales à la charge de l'État prenant ces mesures envers l'État responsable ». Il pense par ailleurs que l'expression « une ou plusieurs obligations » n'est pas heureuse et qu'il devrait être demandé au Comité de rédaction de la revoir.

33. S'agissant de l'article 47 *bis*, M. Simma serait tout d'abord d'avis de donner un peu plus de force au libellé des alinéas *a*, *b* et *c* en caractérisant les obligations de la manière suivante :

« *a*) L'obligation de s'abstenir de la menace ou de l'emploi de la force, conformément à la Charte des Nations Unies;

b) L'obligation de respecter et de garantir l'inviolabilité des agents, locaux, archives ou documents diplomatiques ou consulaires;

c) L'obligation de soumettre le différend à un règlement par tierce partie; ».

L'alinéa *d* pose un problème plus fondamental, lié au fait qu'il reprend en grande partie les termes du paragraphe 5 de l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969 et vise notamment les « représailles » exclues par le droit humanitaire. Or, tenant compte, d'une part, du fait qu'à l'époque de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités les droits de l'homme étaient une idée relativement nouvelle et, d'autre part, qu'à l'époque contemporaine on ne saurait trop insister sur la nécessaire protection des droits de l'homme dans un contexte comme celui des représailles, M. Simma serait d'avis, soit d'insérer un paragraphe distinct visant les droits fondamentaux de l'homme, soit de reformuler l'alinéa *d* en s'inspirant du projet adopté en première lecture afin d'exclure les droits fondamentaux de l'homme du jeu des représailles. Enfin, M. Simma estime que, dans le texte anglais, il conviendrait de remplacer le terme *precluding* par le mot *excluding*.

34. L'article 48 énonce une idée très importante et M. Simma estime qu'il doit être maintenu sous sa forme étoffée et ne pas être ramené à la forme proposée dans la note relative au paragraphe 3 de l'article. Cet article appelle par ailleurs quelques observations. À l'alinéa *c* du paragraphe 1, peut-être conviendrait-il de remplacer le verbe « accepter » par « proposer » car le libellé existant risque de donner l'impression que l'on est en présence d'un *pactum de negociando*. Le paragraphe 2 reprend la vieille notion de mesure conservatoire et constitue peut-être un mal nécessaire pour rendre acceptable à certains États l'ensemble de l'article 48. M. Simma relève toutefois que le libellé de ce paragraphe n'est pas aussi différent du libellé adopté en première lecture que les commentaires semblent l'indiquer. Au paragraphe 3, M. Simma se demande si le choix du terme « différend » est heureux car l'existence d'un différend au sens juridique est subordonnée à certaines conditions et l'on peut se demander si c'est bien un différend au sens technique qui est visé dans ce paragraphe.

35. S'agissant de l'article 49, relatif à la proportionnalité, M. Simma approuve le remplacement d'une formulation négative par une formulation positive inspirée de celle adoptée par la CIJ dans son arrêt rendu en l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. Il serait d'ailleurs d'avis de calquer davantage encore le libellé de l'article 49 sur les termes de l'arrêt rendu par la Cour dans cette affaire car, en l'état du texte proposé par le Rapporteur spécial, le membre de phrase placé après la virgule n'ajoute rien au premier membre de phrase. M. Simma propose donc, après la virgule, un libellé qui pourrait être le suivant : « compte tenu des droits atteints par le fait internationalement illicite ».

36. Pour ce qui est de l'article 50, M. Simma se demande si la mention de l'« intervention » ne revient pas à ouvrir en quelque sorte la boîte de Pandore. Pour ce qui est de l'alinéa *b*, tout en rappelant les problèmes qu'il a précédemment évoqués quant au lien entre les droits de

tières parties et les droits fondamentaux de l'homme, M. Simma se félicite de la référence à l'observation générale n° 8 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, qui est citée au paragraphe 350 du rapport.

37. En conclusion, M. Simma est favorable au renvoi de l'ensemble des projets d'articles au Comité de rédaction.

38. M. ROSENSTOCK précise, sur la question de la proportionnalité, que le Rapporteur spécial a tenté, avec un relatif succès, d'intégrer dans l'article 49 les deux éléments de mesure de la proportionnalité qu'avait dégagés Riphagen dans l'arbitrage de l'affaire concernant l'*Accord relatif aux services aériens*, à savoir la gravité du fait internationalement illicite et du préjudice découlant du comportement français, mais aussi les effets préjudiciables qui résulteraient de la répétition de ce comportement à l'égard de nombreux autres traités identiques conclus par les États-Unis⁷.

39. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) reconnaît que l'alinéa *b* de l'article 50 pose un problème mais qu'il en allait de même du texte adopté en première lecture. Le véritable problème est que des contre-mesures prises par un État qui, au départ, peuvent être licites, par exemple un embargo commercial, peuvent, en se prolongeant, entraîner une violation des droits de l'homme. C'est pourquoi le Rapporteur spécial a visé les droits de l'homme dans l'article 50, non en raison d'un refus de sa part de les considérer sérieusement, mais parce qu'il est délicat d'analyser les droits de l'homme dans le contexte des contre-mesures. Il est certain qu'un État ne peut prendre des contre-mesures qui entraînent la suspension de droits de l'homme en tant que tels. Il peut toutefois y avoir des cas où l'élément humain n'est pas le sujet du droit, mais, en quelque sens, son objet. De l'avis du Rapporteur spécial, tel était le cas de l'ancienne interdiction des représailles en droit humanitaire qui, à la différence des droits de l'homme contemporains, constitue une obligation purement interétatique, dont les personnes sont les bénéficiaires. C'est pourquoi le Rapporteur spécial a placé l'interdiction des représailles à l'article 47 *bis*, tout en acceptant l'idée que la rédaction de celui-ci pourrait être ultérieurement revue.

40. Dès lors que l'on accepte la distinction proposée entre les obligations non soumises à des contre-mesures et les contre-mesures interdites, il ressort de l'analyse que le problème du respect des droits de l'homme relève du champ d'application de l'article 50 et non de celui de l'article 47 *bis*.

41. Le Rapporteur spécial admet que le rapprochement, à l'alinéa *b* de l'article 50, des droits de tierces parties et des droits fondamentaux de l'homme risque de passer pour un excès de « droits de l'homme » en ce que cela revient à considérer les bénéficiaires des droits de l'homme comme des tierces parties vis-à-vis de l'État. Le problème est qu'il paraîtrait étrange de consacrer un paragraphe distinct aux droits de l'homme car ceux-ci sont précisément des droits de tierces parties par rapport à l'obligation interétatique qui est soumise aux contre-mesures. La solution serait donc de décomposer l'alinéa *b* en deux alinéas, l'un visant les droits d'États tiers et l'autre visant les droits de l'homme. Cela laisserait de côté la possibilité

d'une atteinte aux droits d'entités autres que des États tiers, mais cet aspect pourrait être traité dans le commentaire.

42. M. SIMMA se dit prêt à accueillir favorablement l'idée de diviser l'alinéa *b* de l'article 50 en deux parties, l'une visant les droits de tierces parties et l'autre visant les droits fondamentaux de l'homme. Il souligne toutefois le risque qu'il y aurait à « privatiser » en quelque sorte les obligations relatives aux droits de l'homme en les présentant comme des obligations qui ne sont pas dues aux États. À son avis, les obligations relatives aux droits de l'homme, en particulier celles énoncées dans des conventions, ont une double nature : ce sont des obligations existant entre les États parties qui justifient au même titre que d'autres obligations, en cas de violation, l'exercice de contre-mesures. Cet aspect est important et ne doit pas être occulté par l'autre aspect des droits de l'homme, mis en évidence notamment par la Cour européenne des droits de l'homme, à savoir que les obligations découlant de traités ne sont pas seulement des obligations entre États mais sont aussi, et peut-être en premier lieu, des obligations à l'égard des individus.

43. M. Simma pense donc qu'il ne serait pas illogique d'insérer à l'article 47 *bis* un alinéa prévoyant, comme le faisait le projet adopté en première lecture, l'exclusion du champ des contre-mesures des obligations relatives aux droits fondamentaux de l'homme.

44. M. Sreenivasa RAO pense que la distinction entre protection des droits de l'homme dans le contexte de représailles et protection des droits de l'homme en général est judicieuse jusqu'à un certain point. Si l'on considère la protection des droits de l'homme dans le contexte des situations de conflit armé, on est amené à reconnaître qu'il s'agit en réalité de la protection de civils innocents. Si l'on se place dans l'optique de l'État qui fait l'objet de contre-mesures, et donc d'une attaque dont il doit se protéger, on peut admettre que celui-ci suspende l'exercice d'un grand nombre de droits de l'homme dans le cadre d'un état d'urgence. La suspension de certains de ces droits peut être sans grandes conséquences sur le plan de la responsabilité des États. Mais que faire du cas où, comme cela s'est produit pendant la seconde guerre mondiale, on procède à des rafles d'importants groupes d'individus pour les placer dans des camps ? Il est difficile de séparer la question des droits de l'homme de celle des situations de conflit armé. En outre, les temps changent et les droits considérés comme des droits fondamentaux de l'homme sont de plus en plus nombreux. Il faudrait prévoir que tant l'État affecté que l'État auteur des contre-mesures soient tenus de protéger les droits fondamentaux. Dans cette perspective, la distinction entre l'article 47 *bis* et l'article 50 perdrait beaucoup de son importance.

45. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) répond à M. Sreenivasa Rao qu'il est bien entendu que l'on doit défendre les droits de l'homme sans concessions et que les dispositions prévoyant des dérogations dans les situations d'urgence font partie du régime des droits de l'homme. C'est à l'aune de ces dispositions qu'il faut examiner l'internement de personnes lors de conflits armés, et cela ne relève pas du droit des contre-mesures.

⁷ Ibid.

46. Concernant ce qu'a dit M. Simma, le problème est que, si l'on place à l'article 47 *bis* la protection générale des droits de l'homme, on élude le problème beaucoup plus important de l'article 50. En effet, si les contre-mesures entraînent des violations des droits de l'homme, ce n'est pas en raison de représailles exercées contre des individus mais des souffrances humaines dont elles s'accompagnent, qui peuvent être très graves. Pour cette raison, il importe au plus haut point d'avertir les États que, s'ils peuvent instituer des embargos ou geler des comptes bancaires, certains droits individuels doivent être maintenus, sous réserve bien entendu de certaines dérogations. Il s'ensuit que si l'on a le choix entre un traitement plus confiné à l'article 47 *bis* en ce qui concerne les problèmes classiques de représailles et une protection plus large à l'article 50, on fait plus en réalité pour les droits de l'homme qu'en suivant la démarche proposée par M. Simma.

47. M. GALICKI fait observer que l'article 50 adopté en première lecture rassemblait les éléments désormais divisés entre l'article 47 *bis* et l'article 50. Peut-être serait-il bon de revenir sur ce divorce dans une certaine mesure, pour éviter des répétitions ou des omissions. Comme cela a été mentionné, on parle à l'alinéa *d* de l'article 47 *bis* d'obligations à caractère humanitaire. Cette différence de terminologie devrait être prise en considération. Certains participants au débat ont considéré que cette notion a également trait aux droits de l'homme. Il conviendrait d'unifier la terminologie et de savoir si l'on doit parler de droit humanitaire ou de droit des droits de l'homme, comme à l'article 50. Il faudra que le Comité de rédaction se penche sur ce point. On relève aussi des séquelles du divorce opéré à partir de l'article 50 adopté en première lecture dans une comparaison de l'alinéa *a* de l'article 47 *bis* et de l'alinéa *a* de l'article 50. Cette procédure de séparation devrait être encore une fois réexaminée avec soin.

48. M. SIMMA plaide pour le maintien de la distinction établie entre l'article 47 *bis* et l'article 50. Dans l'hypothèse où un État exerce des contre-mesures économiques à l'égard d'un autre État, les obligations ne pouvant être suspendues au sens de l'article 47 *bis* seraient des obligations nées d'un accord commercial ou de quelque accord d'assistance économique. Les victimes de dommages collatéraux seraient bien entendu des civils innocents, ce qui est très bien dit à l'article 50. Pour M. Simma, cela est parfaitement logique et il n'y a là aucune confusion. D'un autre côté, ne peut-on pas envisager des contre-mesures qui visent précisément des obligations en matière de droits de l'homme ?

49. L'exemple des rafles donné par M. Sreenivasa Rao invite à réfléchir. Les personnes regroupées dans des camps seront vraisemblablement des nationaux de l'État faisant l'objet des contre-mesures : on entre alors dans le domaine de la protection diplomatique, des normes minimales s'appliquant au traitement des étrangers et donc de leurs droits individuels.

50. Mais d'autres cas de figure peuvent se présenter. On pourrait par exemple imaginer qu'il existe en Allemagne une association des amis de l'Autriche. L'Allemagne, en froid avec l'Autriche, pourrait très bien, dans le cadre de contre-mesures, mettre en détention les membres de l'association qui seraient ses propres nationaux, des res-

sortissants allemands. De telles mesures ne sont pas invisibles puisqu'on en voit couramment des exemples dans la presse.

51. C'est pourquoi placer des considérations relatives aux droits de l'homme dans l'article 50 ne résout pas de nombreuses difficultés ni ne dissipe les craintes de M. Simma. Il serait utile d'y revenir dans le cadre du Comité de rédaction.

52. M. PELLET dit que sa position sur les contre-mesures est connue. Premièrement, il n'affectionne guère les contre-mesures qu'il croit réservées par la nature des choses aux États les plus puissants, comme l'est l'intervention. Deuxièmement, si les contre-mesures sont un mal, elles sont un mal nécessaire et en tout cas un fait. Force est donc de s'en accommoder, aussi longtemps que la société internationale demeurera essentiellement décentralisée, si bien que, faute de justice organisée, cette forme, primitive, de « justice privée » est inéluctable. Troisièmement, enfin, les choses étant ce qu'elles sont, mieux vaut régler les contre-mesures que les laisser dans l'anomie où certains voudraient les confiner. Rien n'est plus dangereux pour le faible que l'absence de droit.

53. Cela dit, les propositions du Rapporteur spécial semblent constituer globalement un progrès par rapport au projet adopté en première lecture, même si elles ne sont pas parfaites et peuvent constituer sur certains points une régression.

54. Tel est le cas de la formulation du début de l'article 47, qui reprend la formulation initiale qu'avait proposée le Rapporteur spécial Arangio-Ruiz⁸, à laquelle une majorité de membres de l'ancienne Commission s'était opposée avec succès malgré la résistance acharnée d'une minorité dont faisait partie M. Crawford. L'article 47 tel qu'adopté en première lecture était neutre : il présentait les contre-mesures comme un fait. Le Rapporteur spécial invite la Commission à revenir sur cette neutralité de bon aloi, sans d'ailleurs justifier clairement ce retour en arrière, et à partir de l'idée que les contre-mesures sont licites à certaines conditions : « ... un État lésé peut [*may*] prendre des contre-mesures ... à certaines conditions ». M. Pellet préférerait une formulation négative, comme certains États l'ont proposé : « ... un État lésé ne peut pas prendre de contre-mesures, sauf si... ». Mais, si cela n'est pas acceptable pour une majorité de membres, il demande au moins que l'on ne présente pas le recours aux contre-mesures comme le principe, et que l'on revienne à la formule neutre de compromis laborieusement adoptée en 1996, à la quarante-huitième session. Aux yeux de M. Pellet, c'est le point le plus négatif du rapport à l'étude, sur le plan des principes au moins : d'un trait de plume, sans explications, le Rapporteur spécial est revenu sur un équilibre laborieusement acquis.

55. Pour le reste, M. Pellet croit que le Rapporteur spécial a raison de chercher à simplifier la structure de l'article 47, même s'il serait possible d'aller plus loin dans le sens de la rationalisation. Comme M. Simma, il doute du bien-fondé du dernier membre de phrase du paragraphe 1 : « ... à la lumière de ses réponses à la demande qu'il

⁸ Voir quatrième rapport, *Annuaire... 1992*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/444 et Add.1 à 3, art. 11, p. 23.

s'en acquitte ». Outre que c'est difficilement compréhensible à la première lecture, il lui semble que si ces demandes et ces réponses sont des éléments à prendre en considération, ce ne sont que des éléments parmi d'autres et que la vérité est que les contre-mesures doivent être « strictement nécessaires eu égard aux circonstances », formule qu'il préférerait car elle lui paraît plus simple, plus limitative et plus exacte.

56. En ce qui concerne le paragraphe 2 de l'article 47, M. Pellet est d'accord avec le Rapporteur spécial pour considérer que la limitation des contre-mesures à ce que le Rapporteur spécial Riphagen appelait les « contre-mesures réciproques » ne serait pas réaliste. En revanche, malgré les explications données au paragraphe 347, M. Pellet regrette vivement que le Rapporteur spécial ait court-circuité la préservation des droits des tiers dans cet article, préservation que réalise le paragraphe 3 de l'article 47 adopté en première lecture. C'est d'autant plus surprenant que la lecture du paragraphe 348 donne à penser qu'au bout du compte le Rapporteur spécial se ralliait à la proposition de l'Irlande⁹ qui vise, au contraire, à renforcer la position des tierces parties aussi bien dans l'article 47 que dans l'article 30.

57. Cela étant, il est inévitable que, dans certains cas, les intérêts de tiers soient atteints par des contre-mesures. Mais il ne faut pas confondre droits et intérêts, et si les tiers ont des droits, on ne voit pas pourquoi, alors qu'ils n'ont commis aucun manquement, la violation de leurs droits se trouverait légitimée par le manquement commis par l'auteur du fait internationalement illicite. Le paragraphe 3 de l'article 47 adopté en première lecture tire expressément les conséquences de cette constatation. Il est indispensable de réinsérer cette idée et de ne pas s'en tenir à la formulation très ambiguë que propose le Rapporteur spécial, qui semble vouloir atteindre le même résultat avec l'allusion sibylline aux « mesures envers l'État responsable ». Par contre, M. Pellet conteste absolument que les hommes soient des « tierces parties » dans le cadre de la responsabilité interétatique et ne peut accepter la formulation que propose le Rapporteur spécial à l'alinéa *b* de l'article 50. Il rejoint sur ce point ce qu'ont dit MM. Lukashuk et Simma : les personnes humaines ne sont pas des objets du droit des droits de l'homme, ce sont bel et bien des parties à l'obligation et pas du tout des tierces parties. Il n'est pas sûr que couper en deux l'alinéa *b* de l'article 50 suffise à répondre à ses préoccupations.

58. C'est en ce qui concerne l'article 48 qu'intervient le progrès le plus spectaculaire et le plus net résultant des propositions du Rapporteur spécial par rapport au texte adopté en première lecture. Ce dernier repose sur la croyance naïve selon laquelle les excès trop souvent liés aux contre-mesures seraient limités par un hypothétique recours à l'arbitrage obligatoire prévu dans la troisième partie. À tout reporter ainsi sur un mécanisme irréaliste, évidemment inacceptable pour une grande majorité d'États, on en vient à négliger les limitations de fond nécessaires pour canaliser la « justice privée » que sont les contre-mesures. Le Rapporteur spécial propose à juste titre d'abandonner cette idée saugrenue, cette sorte d'opium des membres de la Commission qui veulent croire que la

société internationale est identique à la société nationale ou qu'il faut l'en rapprocher à marche forcée.

59. En revanche, il semble impératif de préserver le grand progrès accompli à la quarante-huitième session, qui a consisté à subordonner la possibilité de prendre des contre-mesures à l'échec de négociations menées de bonne foi dans un délai raisonnable. M. Pellet reconnaît que le paragraphe 3 de l'article 48 proposé par le Rapporteur spécial reprend cette idée. Il regrette néanmoins que la séquence logique entre ce paragraphe 3 et l'alinéa *c* du paragraphe 1 qui a trait à l'obligation d'accepter de négocier de bonne foi soit interrompue par le paragraphe 2, qu'il souhaiterait voir reléguer à la fin de l'article. Les mesures provisoires qui y sont prévues doivent apparaître pour ce qu'elles sont, à savoir des exceptions à l'interdiction de prendre des contre-mesures avant que la voie de la négociation ait été essayée. Leur caractère exceptionnel devrait être plus marqué et, à l'expression « qui peuvent être nécessaires », M. Pellet préférerait une expression plus ferme comme « qui se révèlent [ou qui sont] indispensables ». Par contre, il pense que le Rapporteur spécial a raison de lever l'ambiguïté qui résultait de la mention des « mesures conservatoires » même s'il doit être bien entendu que c'est de la même idée qu'il s'agit. Il est vrai qu'on pouvait avoir à l'esprit les mesures conservatoires du droit judiciaire international, or ce n'est pas la même chose.

60. Pour en revenir à la séquence des paragraphes 1 et 2, il semble aussi à M. Pellet que l'alinéa *b* est prématuré à l'endroit où il est placé et qu'il est trop rigide d'exiger de l'État lésé qu'il notifie les contre-mesures qu'il entend prendre avant le début des négociations. L'ordre logique et pratique devrait être celui-ci : premièrement, une demande motivée de réparation; deuxièmement, une négociation de bonne foi, et il n'est peut-être pas nécessaire de prévoir une obligation distincte d'accepter de négocier, car l'État qui envisage de prendre des contre-mesures ne doit pas seulement « accepter de négocier », il doit le proposer; troisièmement, la notification des contre-mesures envisagées qui peuvent légitimement être aménagées en fonction de la négociation. Ce serait d'ailleurs dans la logique de la mention, trop étroite, de l'exigence de la nécessité des contre-mesures à la lumière des réponses de l'État responsable à la demande de l'État lésé, figurant à la fin du paragraphe 1 de l'article 47.

61. Quant au paragraphe 4 (qui pourrait devenir le paragraphe 3 et passer lui aussi avant le paragraphe 2), il ne pose pas de problème, dans son principe en tout cas, et paraît être rédigé d'une manière souple et acceptable.

62. En revanche, M. Pellet est fermement opposé à l'alternative figurant à la note relative au paragraphe 3 de l'article 48, qui supprime le principal acquis du projet adopté en première lecture, l'obligation – en principe préalable – de négocier.

63. La proportionnalité dont il est question à l'article 49 est une notion indispensable, et M. Pellet se félicite de ce que le Rapporteur spécial ait substitué le mot « et » après « gravité du fait internationalement illicite » et au mot « ou » qui figure dans le projet d'article adopté en première lecture. Comme M. Simma, il considère aussi que la proportionnalité pure et simple à laquelle le Rapporteur

⁹ Voir *supra* note 3.

spécial propose de revenir est infiniment préférable à la formulation négative « hors de proportion » du texte adopté en première lecture.

64. Se proposant d'examiner conjointement les projets d'articles 47 *bis* et 50, M. Pellet relève qu'au paragraphe 334 de son rapport le Rapporteur spécial dit que la distinction qu'il opère entre « les obligations qui ne peuvent être suspendues au titre des contre-mesures et celles qui doivent être respectées lorsque des contre-mesures sont prises » introduit un élément de clarification. En l'occurrence, le Rapporteur spécial fait preuve d'un cartésianisme excessif. Si, dans l'abstrait, M. Pellet comprend la distinction que le Rapporteur spécial a en tête entre l'objet des contre-mesures, d'une part, et leurs effets, d'autre part, il comprend très mal sa mise en œuvre dans les articles 47 *bis* et 50. Si on rédige l'alinéa *a* de l'article 50 d'une manière légèrement différente mais qui revient strictement au même sur le fond, en disant par exemple que l'obligation de ne pas porter atteinte à l'intégrité territoriale des autres États ne peut être limitée au titre des contre-mesures, on en arrive à une « obligation non soumise à des contre-mesures », c'est-à-dire une obligation relevant de l'article 47 *bis*. Il en va de même si l'on parle du devoir de non-intervention. Quant à l'alinéa *b* de l'article 50, dont il a déjà parlé, M. Pellet doit ajouter que, malgré les explications données aux paragraphes 340 et 341, il n'arrive pas à comprendre en quoi le respect des droits fondamentaux de la personne humaine se distingue par essence des obligations à caractère humanitaire figurant à l'article 47 *bis*.

65. En tout cas, il semblerait sage de revenir à un article 50 unique concernant les contre-mesures interdites. M. Pellet partage en cela les vues de M. Galicki malgré le plaidoyer véhément de M. Simma.

66. Il est inutile de se lancer dans une discussion point par point des sept contre-mesures interdites qui figurent dans les articles 47 *bis* et 50. Pour M. Pellet, il suffirait en effet de mentionner l'interdiction du recours à la force conformément à la Charte des Nations Unies et l'obligation de ne pas porter atteinte aux normes impératives du droit international général, quitte à indiquer dans le commentaire que le caractère impératif de certaines obligations (notamment celles relatives aux inviolabilités des diplomates) a été contesté. Cela dit, la CIJ elle-même y a vu des « obligations impératives » dans son ordonnance relative à l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* [p. 20, par. 41]. De même, elle a qualifié d'obligations « intransgressibles » les obligations humanitaires visées à l'alinéa *d* de l'article 47 *bis*, dans l'avis sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* [p. 257, par. 79]. Sur ce point, M. Pellet est d'accord avec M. Simma, qui considère qu'il n'y a pas de raison de distinguer les obligations à caractère humanitaire du respect des droits de l'homme, et il rejoint aussi M. Simma sur ce qu'il a dit en ce qui concerne les droits fondamentaux de la personne humaine et la limitation nécessaire de l'article 50 et de l'article 47 *bis* à ces droits fondamentaux. On peut sans doute dire la même chose du principe de l'intégrité territoriale et peut-être aussi du principe de non-intervention. Ne resterait que l'obligation relative au règlement des différends par tierce partie, mais le paragraphe 4 de l'article 48 paraît couvrir l'hypothèse principale. Il est vrai que ce paragraphe ne recouvre pas exactement l'alinéa *c* de l'article 47 *bis*, mais

il n'est pas sûr que l'on ait besoin de cet ajout qui porte sur des hypothèses marginales.

67. En tout cas, si M. Pellet n'a rien contre le contenu de la longue énumération des articles 47 *bis* et 50, il s'élève, comme il l'avait déjà fait lors de la discussion en première lecture, contre le procédé même de l'énumération, probablement non exhaustive. On n'est jamais sûr de ne rien oublier et puisque l'on se réfère au *jus cogens* à l'alinéa *e* de l'article 47 *bis*, autant lui laisser faire son office.

68. Abordant l'article 50 *bis*, M. Pellet dit qu'il est favorable à son insertion dans le projet et pense que c'est une excellente chose de prévoir que les contre-mesures doivent cesser lorsque les circonstances les justifiant ont elles-mêmes cessé.

69. Le paragraphe 3 de l'article 50 *bis* ne pose donc pas de problème. Par contre, le paragraphe 2 ne s'impose pas. D'une part, il pose d'assez nombreux problèmes de rédaction : par exemple, M. Pellet n'est pas enthousiasmé par l'expression « peuvent être reprises » qui est une sorte d'écho atténué du début de l'article 47, et il a dit tout le mal qu'il pensait de cette formulation. D'autre part, ni le mot « demande », ni le mot « injonction » ne semblent satisfaisants. Enfin, la précision « de bonne foi » ne l'est pas davantage. Le Comité de rédaction pourrait remédier à tout cela mais, d'un autre côté, ces précisions paraissent superflues, et pourraient très bien trouver leur place dans le commentaire avec, si possible, quelques illustrations concrètes. Ce sont des conséquences implicites mais concrètes du paragraphe 1. Cette disposition est d'ailleurs tellement inutile que M. Pellet n'est pas partisan de son renvoi au Comité de rédaction.

70. Il en va différemment en ce qui concerne le paragraphe 1, qui peut être renvoyé au Comité de rédaction. M. Pellet se demande néanmoins si le mot « injonction » qui figure à l'alinéa *b* est approprié et il pense que l'on pourrait se contenter de viser les tribunaux ou organes habilités à rendre des décisions obligatoires pour les parties.

71. Par ailleurs, cet alinéa *b* soulève deux questions. La première est celle de savoir s'il vise aussi les décisions prises par le Conseil de sécurité en vertu de l'Article 25 de la Charte des Nations Unies. M. Pellet suppose que oui, mais si tel est le cas il faudrait le dire et l'expliquer dans le commentaire. Cela soulève d'ailleurs des problèmes juridiques intéressants en ce qui concerne l'affaire de *Lockerbie*.

72. Deuxièmement, cet alinéa *b* vise-t-il les ordonnances de la CIJ ou d'un autre tribunal en indication de mesures conservatoires ? Ce devrait certainement être le cas, mais ce n'est pas ce que dit le texte proposé. Pour M. Pellet, ces ordonnances de la CIJ ne constituent pas des décisions obligatoires, et encore moins des injonctions; peut-être s'agit-il de demandes au sens du paragraphe 2, mais si tel est le cas, les paragraphes 1 et 2 ne correspondent pas l'un à l'autre.

73. Pour ce qui est de l'article 30, M. Pellet ne voit pas d'inconvénient au texte que propose le Rapporteur spécial au paragraphe 362 de son rapport, qui marque au contraire un progrès par rapport au libellé antérieur grâce à l'ajout de l'expression « dans la mesure où ». Cela étant, il se

demande si cette disposition est nécessaire. Son inclusion dans la première partie établit une ambiguïté dont certains membres de la Commission se sont inquiétés l'année précédente, puisque les contre-mesures apparaissent à la fois comme une circonstance excluant l'illicéité et comme des conséquences de la responsabilité. Ce « dédoublement de la personnalité » juridique de la notion n'est pas utile. Bien sûr, abstraitement, on peut voir dans les contre-mesures une circonstance excluant l'illicéité, mais c'est vrai aussi d'autres institutions juridiques, par exemple d'une décision du Conseil de sécurité imposant aux États de prendre des mesures contraires à certaines de leurs obligations, ce que le Conseil peut faire dans certaines limites, et c'est vrai aussi, ou ça peut l'être, du consentement à l'illicéité ou de l'exception *non adimpleti contractus*, exception que, sagement, le Rapporteur spécial a décidé de ne pas mentionner dans le projet. M. Pellet croit qu'il a eu raison de le faire pour les mêmes raisons qui lui donnent à penser qu'il n'est ni utile ni souhaitable de mentionner les contre-mesures dans la première partie, d'autant plus qu'à strictement parler, ce n'est pas la contre-mesure qui exclut l'illicéité mais bien l'illicéité du fait initial attribuable à l'État responsable. C'est en fait la première illicéité qui excuse la seconde et pas la contre-mesure en tant que telle. Il y a là un illogisme. L'article 30 n'est pas nécessaire et les articles 47 *bis* à 50 *bis* se suffisent à eux-mêmes.

74. En résumé, M. Pellet dit qu'il est favorable au renvoi de l'ensemble des projets d'articles à l'examen au Comité de rédaction, à l'exception du paragraphe 2 de l'article 50 *bis* et de l'article 30. Il souhaite en outre vivement : premièrement, que l'article 47 soit remanié de manière à éviter de faire apparaître les contre-mesures comme un droit; deuxièmement, que l'article 47 *bis* réintègre l'article 50 et que la liste des cas visés par ces deux dispositions soit réduite considérablement et, troisièmement, que la séparation entre le régime général des contre-mesures et le règlement des différends soit fermement maintenue. Tout le reste est affaire d'ajustements rédactionnels.

75. M. LUKASHUK dit qu'il approuve l'essentiel des observations de M. Pellet à l'exception de celles qui concernent l'alinéa *d* de l'article 47 *bis* et l'alinéa *b* de l'article 50, et pense au contraire qu'il faut maintenir la distinction entre les obligations à caractère humanitaire, c'est-à-dire découlant du droit international humanitaire, et les droits de l'homme.

76. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit qu'il ne partage aucunement l'opinion de M. Pellet selon laquelle l'ensemble des interdictions du recours à des contre-mesures est couvert par la notion de *jus cogens* et qu'il ne saurait souscrire à sa proposition sur ce point. Comme les États ne reconnaissent presque jamais à une norme le caractère de *jus cogens*, une telle formule élargirait radicalement le champ des contre-mesures, ce qui n'est certainement pas le résultat souhaité par M. Pellet. En particulier, le Rapporteur spécial ne pense absolument pas que l'inviolabilité des locaux, archives et documents diplomatiques et consulaires, mentionnée à l'alinéa *b* de l'article 47 *bis*, soit une norme du *jus cogens*. Cette disposition a d'ailleurs été approuvée par les États et le Rapporteur spécial s'opposerait à ce qu'on la supprime.

77. Par ailleurs, si l'on fait figurer les dispositions à l'examen sous une forme appropriée dans le projet d'arti-

cles, l'article 30 n'est peut-être pas nécessaire, mais si on leur donne la forme neutre et totalement insatisfaisante sous laquelle elles ont été adoptées en première lecture, il l'est assurément.

78. M. ECONOMIDES se demande, dans l'hypothèse où après la notification faite par l'État lésé visée à l'article 48, l'État responsable répond qu'il conteste l'existence de la violation et propose de porter immédiatement le différend devant la CIJ ou devant un tribunal arbitral, si l'État lésé peut néanmoins prendre des contre-mesures, même celles visées au paragraphe 2 de l'article 48.

79. M. DUGARD souscrit à l'observation de M. Lukashuk : il faut distinguer nettement entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme.

80. M. ROSENSTOCK, se référant à la suggestion faite par M. Pellet de supprimer la référence aux contre-mesures à l'article 30 au motif que ce qui importe vraiment est le fait illicite initial de l'État responsable, estime qu'avec un tel raisonnement on pourrait a fortiori supprimer la référence à la légitime défense. On peut effectivement ainsi vider l'article 30 de toute sa substance et reconfigurer l'ensemble du texte pour tenter de régler le problème qu'il envisage de manière tout à fait différente. La Commission risque néanmoins, ce faisant, de perdre toute chance de finir ses travaux sur le sujet en 2001.

81. M. SIMMA dit qu'il pense également qu'on doit conserver l'article 30. Par ailleurs, le titre de l'article 50 lui semble beaucoup trop large, et il serait préférable d'intituler cet article, par exemple, « Effets prohibés des contre-mesures ». D'autre part, dans le texte anglais de l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, la CIJ a employé un mot très fort mais s'est gardée de dire si le droit diplomatique relevait oui ou non du *jus cogens*. En ce qui concerne la question de l'inexécution d'une obligation en vertu de décisions prises par le Conseil de sécurité, elle est couverte par une disposition de sauvegarde.

82. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA souscrit aux observations de M. Pellet sur l'ordre des dispositions de l'article 48. Il estime par ailleurs qu'au paragraphe 3 du même article, il n'y a aucune raison de limiter les modes de règlement du différend aux négociations.

83. M. TOMKA dit qu'en ce qui concerne l'article 30, la CIJ a, dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, analysé les contre-mesures comme des circonstances excluant l'illicéité. Cela est par ailleurs bien établi en doctrine depuis les années 1930 et le célèbre article de Kelsen¹⁰. Il importe donc de faire figurer les contre-mesures parmi les circonstances excluant l'illicéité.

84. Par ailleurs, les États peuvent déroger par accord bilatéral à des obligations relatives à l'inviolabilité des agents, locaux, archives ou documents diplomatiques ou consulaires, ce qui montre que ces obligations ne relèvent pas du *jus cogens*.

¹⁰ H. Kelsen, "Unrecht und Unrechtsfolge im Völkerrecht", *Zeitschrift für öffentliches Recht* (Vienne), vol. XII, n° 4, octobre 1932, p. 571 et suiv.

85. M. MOMTAZ fait observer que les contre-mesures ne peuvent être prises qu'en réaction à un comportement effectivement illicite, et il relève à cet égard que le Rapporteur spécial indique au paragraphe 294 de son rapport « la croyance de bonne foi en l'illicéité n'est pas suffisante ».

86. M. PELLET estime toujours qu'il serait préférable, à l'article 47 *bis*, de remplacer l'énumération des diverses obligations par une formule plus générale qui les couvrirait toutes. Cette énumération est de toute façon incomplète : on pourrait aussi parler, par exemple, des obligations qu'imposent le droit de l'environnement et de beaucoup d'autres. Il est à cet égard surpris que le Rapporteur spécial, qui a en son temps critiqué le paragraphe 3 de l'article 19, utilise le même procédé à l'article 47 *bis*.

87. En ce qui concerne la question posée par M. Economides, la réponse se trouve à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 50 *bis*. Quant à savoir qui va juger de la nécessité des contre-mesures, en droit international ce sont les États qui sont les premiers juges de la licéité, aussi regrettable que cela puisse être, d'où l'importance de limiter au maximum le recours aux contre-mesures.

88. Répondant à M. Rosenstock, M. Pellet dit qu'on devrait aussi supprimer la mention de la légitime défense à l'article 30, ne serait-ce que parce qu'il s'agit d'une *lex specialis*.

89. Répondant à l'observation de M. Simma, il fait observer que les décisions prises par le Conseil de sécurité dans le cadre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies qui permettent aux États de ne pas respecter une obligation sont certes couvertes par une disposition spéciale dans le projet d'articles mais fonctionnent bien de la même manière que les contre-mesures. Quant à l'observation de M. Tomka, dans l'affaire citée par celui-ci, la CIJ a peut-être accordé aux projets d'articles de la Commission beaucoup plus de poids que ne le méritaient des textes uniquement adoptés en première lecture.

90. M. KAMTO dit qu'il faut conserver l'article 30, notamment pour la raison donnée par M. Rosenstock. Il souligne par ailleurs le lien presque indissoluble existant entre les contre-mesures et le règlement des différends et indique qu'il y reviendra dans son intervention à la séance suivante.

91. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), répondant à M. Economides, dit que, dans l'hypothèse imaginée par celui-ci, l'État lésé ne peut pas prendre de contre-mesures si le fait illicite a cessé. Enfin, répondant à une question de M. Pellet, il indique que le Conseil de sécurité n'est pas concerné par l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 50 *bis* et que c'est de l'article 39 que relèvent ses décisions.

La séance est levée à 13 heures.

2647^e SÉANCE

Jeudi 27 juillet 2000, à 10 heures

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. He, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Operti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Tomka.

Responsabilité des États¹ (suite) [A/CN.4/504, sect. A, A/CN.4/507 et Add.1 à 4², A/CN.4/L.600]

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à poursuivre l'examen de la section D du chapitre III du troisième rapport (A/CN.4/507 et Add.1 à 4).

2. M. KATEKA dit que, dans le commentaire général du chapitre III de la deuxième partie adopté en première lecture, les contre-mesures sont décrites comme l'aspect le plus difficile et le plus controversé de l'ensemble du régime de la responsabilité des États. Il est également précisé dans le commentaire qu'en prenant des contre-mesures les États recourent à des mesures unilatérales d'auto-assistance. M. Kateka est d'avis, dès lors, qu'il faut user de la plus grande prudence en traitant des articles actuellement proposés.

3. Il ressort clairement des positions exprimées par certaines puissances qu'elles n'écartent pas les contre-mesures impliquant l'emploi de la force, ce qui indique qu'il y a un risque manifeste de recours abusif à des contre-mesures, surtout de la part des pays puissants à l'encontre des faibles, qui, en matière de contre-mesures, ne pourraient avoir que la possibilité d'adresser des notes de protestation par la voie diplomatique. L'inclusion des contre-mesures dans le projet aura pour effet que seuls certains États pourront accepter les articles. Il rappelle qu'il a déjà fait part de son opposition à cette inclusion lors du débat consacré à l'article 30.

¹ Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), chap. III, sect. D, p. 62.

² Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

4. Le Rapporteur spécial prévoit d'achever la seconde lecture du projet d'articles à la cinquante-troisième session, en 2001, le Comité de rédaction étant chargé d'élaborer un texte complet, en laissant de côté la question du règlement des différends, qui ne sera abordée qu'à la fin. Ce processus de dissociation a laissé un certain nombre de questions dans une situation assez ambiguë. Par exemple, la catégorie des « violations graves » relèverait des dispositions de l'article 19. Le Rapporteur spécial a indiqué sa préférence pour un instrument non obligatoire sur la responsabilité des États et a dissocié contre-mesures et règlement obligatoire des différends au motif que « le maintien d'un tel lien donne à l'État cible un droit univoque » (par. 287). Personnellement, M. Kateka se dit enclin à accorder le même droit à l'État lésé, le règlement des différends étant un mode universellement accepté pour résoudre les conflits.

5. Il rappelle que le groupe d'étude de l'Association de droit international sur le droit de la responsabilité des États a fait observer dans son premier rapport que les contre-mesures constituaient une ouverture dangereuse de l'ordre juridique vers la force, ce qui semblerait indiquer qu'il est nécessaire d'établir un lien entre les contre-mesures et le règlement obligatoire des différends de manière à garantir effectivement le respect des règles de droit international public. Malheureusement, le groupe d'étude a ensuite soutenu que l'argument en faveur d'une juridiction obligatoire, au moins en ce qui concerne les contre-mesures, ne semblait guère réaliste. Le temps mais aussi les réactions des États nous diront ce qui était réaliste et ce qui ne l'était pas. De la même manière que la partie V de la Convention de Vienne de 1969 était liée au règlement obligatoire des différends, cela pourrait être le cas des contre-mesures.

6. Le Rapporteur spécial a remanié les articles relatifs aux contre-mesures adoptés en première lecture en faisant valoir que celles-ci remplissaient une fonction instrumentale, celle d'assurer le respect des obligations. Cela n'est pas toujours le cas, car les contre-mesures pourraient être punitives et tendre à répondre à des buts politiques et économiques de l'État lésé. Quelle que soit la forme donnée à ces contre-mesures, elles ne sont manifestement pas acceptables. Dans le commentaire de l'article 30 adopté en première lecture, il est indiqué que les mesures dont il est question sont des mesures qui, par définition, ont une finalité de répression ou d'exécution et qui, dans d'autres conditions, comporteraient la lésion du droit subjectif du sujet à l'encontre duquel ces mesures sont appliquées³. Cette caractéristique générale sert à distinguer l'application de ces contre-mesures, appelées parfois sanctions, du simple fait de se prévaloir du droit d'obtenir la réparation des dommages subis. Le commentaire ne laisse aucun doute sur l'objectif des contre-mesures. La Commission est ainsi appelée à légitimer ce qui serait autrement considéré comme la loi de la jungle qui permet au fort d'intimider le faible. M. Kateka se déclare opposé à l'inclusion des contre-mesures dans le projet d'articles.

7. Si la Commission décide néanmoins de les faire figurer dans le projet, il souhaite faire quelques commentaires. La reconfiguration des articles n'a pas simplifié les choses. La création d'un nouvel article 47 *bis* tiré de l'article 50

adopté en première lecture n'apporte pas d'amélioration au texte. Il est d'avis qu'il serait préférable de reprendre l'article 50 de portée générale sur les contre-mesures interdites. Le Rapporteur spécial a dit que l'article 47 adopté en première lecture est un texte hybride, mais, dans sa nouvelle proposition, il retient l'essentiel du paragraphe 1 de cet article. M. Kateka considère que les contre-mesures vont au-delà d'une simple question d'incitation. Il ne voit pas l'intérêt d'expliquer à un pays dont les avoirs à l'étranger ont été gelés que cette action a une fonction instrumentale; l'État en question peut ne pas être en mesure d'acheter des médicaments, et ce caractère instrumental peut dès lors conduire à un résultat punitif. Il partage l'avis de M. Lukashuk, qui considère que les contre-mesures sont difficiles à définir de manière précise. Il serait peut-être utile de remanier l'article 47.

8. Le Rapporteur spécial a recensé cinq questions essentielles concernant la refonte des dispositions relatives aux contre-mesures. M. Kateka considère qu'il a eu raison de rejeter les contre-mesures réciproques, car il n'y a, en réalité, pas de réciprocité; il s'agit d'une voie à sens unique. Si certains pays en développement ont des avoirs dans les pays développés, et deviennent ainsi des proies faciles pour tout pays qui veut appliquer des contre-mesures, la plupart des pays développés n'ont quant à eux pas d'avoirs dans les pays en développement qui pourraient être saisis dans le cadre de contre-mesures.

9. Dans l'article 47 *bis*, le Rapporteur spécial a considéré que la question des obligations non soumises à des contre-mesures devait être reformulée. Au paragraphe 334 du rapport, il indique qu'il semble préférable et plus clair de distinguer entre les obligations qui ne peuvent être suspendues au titre des contre-mesures et celles qui doivent être respectées lorsque des contre-mesures sont prises – en d'autres termes, entre l'objet des contre-mesures et leur effet. M. Kateka considère que cette distinction n'est pas très utile au regard de l'article 50 adopté en première lecture. M. Lukashuk a proposé de placer l'article 47 *bis* à la suite de l'article 50 du fait du lien étroit qui existe entre ces deux dispositions. Un autre membre a suggéré de les fusionner en un seul article. Toutefois, la formulation du chapeau de l'article 47 *bis* n'est pas aussi claire que celle, plus impérative, de l'article 50 adopté en première lecture. En effet, le caractère discrétionnaire du terme « peuvent » pourrait laisser entendre que dans certains cas les obligations mentionnées pourraient être suspendues. Le texte de l'alinéa *a* serait amélioré si le terme « prévues » était remplacé par le terme « consacrées ».

10. Il se dit préoccupé par la suppression de l'alinéa *b* de l'article 50 adopté en première lecture. Le Rapporteur spécial a indiqué au paragraphe 312 que les contre-mesures sont contraignantes, et M. Kateka dit que cela confirme ses plus grandes craintes à ce sujet. Plus loin, au paragraphe 352, le Rapporteur spécial a fait valoir qu'une mesure ne peut licitement « viser » à porter atteinte à l'intégrité territoriale d'un État parce que le recours à la force est exclu en tant que contre-mesure. Il est difficile de soutenir un tel argument car la souveraineté et l'existence d'un État ne sont pas seulement menacées par l'emploi de la force; les mesures de contrainte économique et politique portent irrémédiablement atteinte à la souveraineté de nombreux pays en développement. Lors des discussions sur les dispositions relatives aux droits de

³ *Annuaire...* 1979, vol. II (2^e partie), par. 3, p. 128

l'homme, certains membres se sont déclarés vivement préoccupés par les dommages collatéraux. M. Kateka exprime l'espoir qu'ils fassent preuve de la même inquiétude s'agissant des mesures de contrainte économique.

11. Le Rapporteur spécial a proposé une version édulcorée et tronquée de l'article 50 pour tenir compte des préoccupations des tenants de l'alinéa *b* tel qu'adopté en première lecture. Toutefois, le nouveau texte de l'alinéa *a* de l'article 50 est insuffisant car il élargit la portée de cette disposition et passe sous silence les mesures de contrainte politique et économique qui sont exercées dans le but de justifier des contre-mesures déstabilisantes. Il est d'avis que la formulation de l'alinéa *b* de l'article 50 adopté en première lecture doit être conservée.

12. Il a été dit que l'article 48 est de loin le plus controversé des quatre articles adoptés en première lecture. Il serait préférable que la version proposée de l'alinéa *c* du paragraphe 1 devienne l'alinéa *a* du paragraphe 1 afin de montrer combien il est nécessaire de mener des négociations avant de prendre des contre-mesures. Il estime que l'importance de cette disposition doit prendre le pas sur des questions de logique. Même s'il a été jugé utile par le Rapporteur spécial de remplacer dans le texte anglais la formulation malheureuse *interim measures of protection* par la notion de *provisional measures*, le problème de base demeure : quel que soit le nom qui leur est donné, les contre-mesures sont injustifiables en raison de leur caractère unilatéral. Qu'elles soient prononcées à titre conservatoire ou non, les contre-mesures ont des conséquences qui peuvent difficilement être annulées. La question ne se pose donc pas en termes de durée ou de temps. Le problème essentiel réside dans la possibilité accordée aux États de prendre des contre-mesures. À cet égard, M. Kateka est favorable à l'option présentée à l'alinéa *d* du paragraphe 358 qui vise à interdire toute contre-mesure jusqu'à ce que les négociations soient achevées ou aient définitivement échoué. À défaut, on pourrait supprimer la distinction entre les contre-mesures prises à titre « conservatoire » et les autres. Le paragraphe 4 de l'article 48 est assez vague, et il serait préférable d'utiliser la formulation du paragraphe 3 de l'article 48 tel qu'adopté en première lecture.

13. M. Kateka considère qu'il est judicieux d'avoir retenu une formulation positive dans le nouveau texte de l'article 49 contrairement à la version adoptée en première lecture et d'avoir supprimé la double négation. Toutefois, il ne paraît pas utile comme le suggère le Rapporteur spécial au paragraphe 346 d'introduire la notion d'objet pour les raisons qu'il a déjà mentionnées.

14. Le nouveau texte de l'alinéa *b* de l'article 50 prévoit que les contre-mesures ne doivent pas porter atteinte aux droits de tierces parties, notamment aux droits fondamentaux de l'homme. Le Rapporteur spécial a soutenu au paragraphe 347 qu'il n'y a nul besoin d'envisager la situation des États tiers qui peuvent être affectés par les conséquences des contre-mesures. Pourtant, même si les contre-mesures peuvent ne pas opérer objectivement, elles peuvent causer des souffrances. Par exemple, un embargo commercial imposé par un État A contre un État B peut avoir des conséquences graves pour un État C, qui peut être la victime innocente de contre-mesures; les pays en développement sans littoral peuvent ainsi se voir refuser des facilités de transit essentielles du fait de l'application

de contre-mesures. La mention expresse des « droits fondamentaux de l'homme » soulève la question de savoir si les droits de l'homme des habitants de l'État cible peuvent tacitement être exclus du champ d'application de l'article 50 parce que celui-ci n'est pas un État tiers. L'utilisation du terme « fondamentaux » soulève également la question si souvent évoquée du contenu des droits de l'homme fondamentaux et leurs liens avec les droits auxquels il est possible de déroger. Il a introduit un élément d'appréciation subjectif, qu'il aurait dû laisser de côté.

15. Dans la nouvelle version de l'article 50 *bis*, le Rapporteur spécial a introduit une proposition de la France selon laquelle il doit être mis fin aux contre-mesures dès que la situation qui les justifiait a cessé. Le Rapporteur a précisé qu'il s'agit d'une suspension de l'exécution de l'obligation et non de l'obligation elle-même. Pourquoi, dès lors, l'article fait-il mention de suspension si le fait internationalement illicite a cessé ? L'article reprend la formulation de l'article 48 adopté en première lecture. Il aurait été préférable d'employer l'expression « mis fin » plutôt que « suspendues ». Le paragraphe 3 envisage un cas dans lequel il doit être mis fin dans certaines conditions aux contre-mesures en faisant référence aux obligations qui incombent à l'État en vertu de la deuxième partie. Ce lien avec la deuxième partie élargit inutilement la portée du paragraphe.

16. Enfin, M. Kateka souhaite réitérer son opposition à l'inclusion des contre-mesures dans le projet d'articles. Si la Commission devait décider de les y faire figurer, il se déclare favorable à des dispositions générales qui soient relativement courtes, sur la base des projets d'articles adoptés en première lecture. En toute justice, il estime que le Rapporteur spécial a fait de son mieux pour traiter d'une question si difficile.

17. M. GAJA dit que les articles semblent être mieux formulés que dans le projet adopté en première lecture, mais qu'à certains égards des améliorations lui paraissent possibles. Il serait utile aussi de réduire le texte consacré aux contre-mesures.

18. Il souscrit au point de vue selon lequel les contre-mesures licites ont un objet contraignant. L'article 47 indique que les contre-mesures ont pour objet d'inciter un État à s'acquitter de ses obligations au titre de la deuxième partie. Toutefois, les articles ne reflètent pas toutes les conséquences de cet objet. Le paragraphe 3 de l'article 50 *bis* dispose, à raison, qu'il doit être mis fin aux contre-mesures dès lors que l'État responsable s'est acquitté de ses obligations en vertu de la deuxième partie. Mais l'article 49 dispose que les contre-mesures doivent être proportionnelles au préjudice subi, compte tenu de la gravité du fait internationalement illicite et de ses effets préjudiciables sur la partie lésée. Le libellé de cet article laisse à penser que les contre-mesures visent à sanctionner un acte illicite, et que plus cet acte est grave, plus la contre-mesure sera importante. M. Gaja est d'avis que la proportionnalité devrait plutôt être appréciée au regard de l'objet contraignant des contre-mesures. Si, par exemple, un État A se dit prêt à verser des indemnités pour tous les dommages qu'il a causés mais soutient qu'il faut pour cela qu'une loi soit adoptée, des contre-mesures ne devraient être prises que dans le but d'accélérer l'adoption de cette loi. Dans cette hypothèse, la gravité du pré-

judice subi n'a pas d'importance. On pourrait aussi envisager des cas dans lesquels la gravité du préjudice subi a des incidences sur la probabilité que l'État s'acquitte de ses obligations. Il n'a pas été inutile dans ces cas de faire référence à la gravité de l'acte illicite. M. Gaja propose que le libellé de l'article 49, qui s'inspire des sentences arbitrales rendues dans les affaires du *Naulilaa* et de l'*Accord relatif aux services aériens*, soit remanié. La CIJ dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* a considéré que l'objet des contre-mesures était d'inciter l'État auteur du fait illicite à exécuter les obligations qui lui incombent en droit international, mais, en énonçant cette condition comme une des conditions de licéité des contre-mesures, elle a contribué, d'une certaine façon, à en limiter l'importance. En outre, la Cour n'a pas établi de lien entre la condition de proportionnalité et l'objet des contre-mesures. Suivant dans une certaine mesure l'approche timide adoptée par la Commission dans les premiers projets d'articles s'agissant de l'objet des contre-mesures, la Cour a également considéré que la contre-mesure doit être proportionnée « aux dommages subis, compte tenu des droits en cause » [p. 56, par. 85]. Il appartient à la Commission d'aller encore plus loin et de déterminer les incidences éventuelles de l'objet des contre-mesures sur la proportionnalité.

19. M. Gaja approuve en grande partie les propos de MM. Galicki, Kateka et Pellet concernant le lien entre les articles 47 *bis* et 50. La distinction entre une violation directe d'une obligation et une violation découlant des conséquences d'un acte illicite est en effet très ténue. Si un État est soumis à l'obligation de protéger le droit à la vie des personnes, il importe peu qu'il soit porté atteinte à ce droit directement ou par le biais de mesures économiques ou autres qui ont pour effet de les laisser mourir de faim. Si l'on peut dire que la violation d'obligations qui ne découlent pas de normes impératives pourrait être justifiée uniquement dans le cadre des relations entre l'État responsable et l'État lésé, une telle violation n'est généralement pas dans l'intérêt de la communauté internationale. M. Gaja considère toutefois qu'on ne peut dire la même chose au sujet de toutes les obligations qui ne découlent pas de normes impératives. Il serait étrange que les contre-mesures soient considérées comme licites en droit international alors même qu'elles supposent de la part de l'État qui les prend une violation de ses obligations qui a des conséquences sur plusieurs autres États et surtout sur la communauté internationale dans son ensemble. Il faudrait établir une règle générale interdisant les contre-mesures dans le cas où la violation de l'obligation visée a des conséquences sur la communauté internationale dans son ensemble, ce qui permettrait de traiter nombre des cas prévus à l'article 47 *bis*, et notamment aux alinéas *a*, *d* et *e*, et à l'article 50 proposé. Il serait difficile de supprimer tous les exemples énoncés à l'article 50 adopté en première lecture, mais on pourrait envisager de n'en conserver qu'un ou deux et insérer une formule plus générale. Contrairement à M. Pellet, il ne voit aucune difficulté à ce que les questions de l'inviolabilité des agents diplomatiques et des obligations en matière de règlement des différends soient mentionnées séparément.

20. Au paragraphe 84 de l'arrêt rendu dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la CIJ considère que l'État lésé doit avoir invité l'État responsable à exécuter ses obligations avant d'appliquer des contre-mesures, ce

qui donne à penser qu'il doit s'écouler un certain délai avant que les contre-mesures ne soient prises. Il serait utile d'indiquer au paragraphe 1 de l'article 48 que l'invitation à négocier fait partie de la procédure de notification. Il ne se dit pas convaincu de la nécessité de conserver l'alinéa *b* : il pourrait, en effet, s'avérer plus nuisible qu'utile de notifier à l'État responsable quelles sont exactement les contre-mesures qui vont être prises.

21. La notion de notification utilisée au paragraphe 2 de l'article 48 écarte la nécessité d'une mise en demeure et est, en outre, imprécise. Il dit préférer la variante proposée à la note relative à l'article 48, à laquelle on pourrait ajouter certains éléments.

22. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), répondant aux observations de M. Gaja concernant les obligations affectant la communauté internationale, se demande si le projet d'articles pourrait être interprété comme limitant l'application des contre-mesures aux obligations bilatérales existant entre l'État responsable et l'État lésé. Dans ce cas, les seules contre-mesures qui ne pourraient être prises sont celles énoncées aux articles 47 *bis* et 50 relatifs à l'inviolabilité des agents diplomatiques et consulaires, au règlement des différends et, probablement, au domaine réservé de l'État responsable.

23. M. ROSENSTOCK se déclare surpris d'entendre, au cours d'une intervention tout à fait convaincante par ailleurs, qu'avant de prendre des contre-mesures un État, en plus de notifier ses intentions à l'autre État, doit attendre qu'un certain délai se soit écoulé. Cette idée ne semble pas correspondre au droit coutumier en la matière et crée, en outre, plus de problèmes qu'elle n'en règle. Dès lors qu'il est demandé à l'État responsable de s'acquitter de ses obligations, le droit reconnaît à l'État lésé la faculté de prendre des contre-mesures, et non de transformer aisément des conditions d'ordre judiciaire en mesures temporaires.

24. M. GAJA dit que, si la Commission souhaite s'engager en partie dans le développement progressif du droit, elle pourrait prévoir que seules les obligations bilatérales existantes, au sens des seules obligations de l'État responsable envers l'État lésé, pourraient donner lieu à des contre-mesures. Il pourrait en être de même pour les obligations découlant de traités multilatéraux qui donnent naissance, en pratique, à une série de relations bilatérales. On peut estimer qu'une telle disposition restreindrait davantage le recours aux contre-mesures que ne le fait le droit international coutumier actuel. Répondant à M. Rosenstock, il ne voit aucune raison à ce que le projet ne dise pas qu'il faut respecter un certain délai avant de prendre des contre-mesures. Il ne saurait être question de permettre à l'État responsable de gagner du temps pour ne pas avoir à subir les conséquences de ses actes, mais il ne faudrait pas non plus qu'il fasse brusquement l'objet de contre-mesures, avant même que l'invocation de responsabilité lui ait été notifiée.

25. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit qu'il accepte totalement les critiques concernant l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 48 et ne voit aucune objection à ce qu'il soit supprimé. Il précise que cet alinéa a été inséré dans le projet uniquement parce qu'il faisait partie d'une

proposition cohérente présentée par la France qui semblait représenter un compromis intéressant en la matière.

26. M. KAMTO, comme d'autres membres de la Commission, émet des réserves sur le principe des contre-mesures, avant tout car il considère qu'elles constituent un retour en arrière à une époque où la tendance est, à l'inverse, à la régulation des relations internationales au moyen de mécanismes de règlement des différends, y compris de mécanismes judiciaires. Il lui paraît curieux que, au moment même où de nombreuses institutions juridiques internationales appelées à régler, à tous les niveaux, les différends entre États voient le jour un peu partout, la Commission donne aux États le droit de s'interposer et, d'une certaine manière, de les supplanter. Ensuite, il ne se dit pas convaincu qu'il existe dans le droit coutumier international général une base suffisante pour justifier le principe des contre-mesures. Une pratique récente a émergé sur la base des actions prises par certains États, mais on est loin de ce que l'on entend traditionnellement par le droit coutumier.

27. Il n'est peut-être pas utile de rouvrir le débat sur le principe de l'inclusion des contre-mesures dans le projet d'articles. Le problème a été largement débattu et il est aujourd'hui résolu. Il s'agit, toutefois, d'un sujet politiquement sensible et il est dès lors important de cerner la nature des contre-mesures avant d'en déterminer le régime juridique. La question est de savoir si les contre-mesures pourraient être assimilées à des institutions connues que sont les représailles, la rétorsion, la réciprocité et les sanctions. Entre toutes ces institutions, il reste bien peu de place pour les contre-mesures. Il est totalement artificiel, par exemple, de vouloir démarquer totalement les contre-mesures des sanctions. Comme il ressort des paragraphes 290 et 296 du rapport, certains gouvernements s'en sont inquiétés, mais le Rapporteur spécial adopte le point de vue contraire au paragraphe 287. Le caractère punitif d'une mesure ne tient pas à son origine – une mesure individuelle d'un État ou une décision collective – mais à ses effets et à la perception qu'en a le destinataire. M. Kamto ne voit pas en quoi une décision des Nations Unies ou de l'Union européenne d'imposer un embargo pour défaut de respect des obligations découlant des conventions relatives aux droits de l'homme aurait le caractère d'une sanction et celle d'un État pour les mêmes raisons ne l'aurait pas. Si l'on demandait aux États comment ils perçoivent les contre-mesures, il ne fait aucun doute qu'ils répondraient qu'elles ne sont ni plus ni moins que des sanctions.

28. Par rapport à la réciprocité, il apparaît, au sens de l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969, que la suspension et surtout l'extinction d'un traité pour violation substantielle des obligations qui en découlent a pour effet d'effacer la norme soit temporairement soit définitivement. En revanche, les contre-mesures sont une réaction à une obligation qui n'emporte pas les mêmes effets : les obligations découlant du traité sont mises à mal mais elles peuvent toujours être valablement invoquées et le traité reste en vigueur.

29. Les contre-mesures se distinguent de la rétorsion, qui est licite *ab initio*, en ce qu'elles sont illicites *ab initio* et ne tiennent leur licéité que du fait illicite auquel elles constituent une réponse. Contrairement aux représailles, les contre-mesures ne sauraient avoir un caractère militaire.

Les représailles armées n'étaient admises qu'à une époque où l'interdiction du recours à la force par un État n'était pas encore érigée en un principe fondamental du droit international. De nos jours, l'interdiction du recours à la force a été introduite de façon non équivoque dans la Charte des Nations Unies. Les contre-mesures apparaissent donc comme des représailles non armées qui peuvent ou non avoir un caractère punitif ou de sanctions. Le terme « contre-mesures » est un terme générique et neutre – ce qui semble le rendre plus acceptable pour les États – qui recouvre au moins en partie les notions de « représailles » et de « sanctions ». Jusqu'au début du xx^e siècle, dans le cadre d'une société totalement anarchique, les États ont pu mettre en œuvre des représailles et des sanctions, mais cela n'est plus le cas aujourd'hui. Les contre-mesures ont émergé à la fin des années 1970 et au début des années 1980, dans une période d'affaiblissement considérable du Conseil de sécurité et un retour de plus en plus marqué à ce que l'on dénomme « la justice privée ». M. Kamto souhaite que l'on ne perde pas de vue ces considérations dans la recherche et l'élaboration d'un régime juridique des contre-mesures.

30. La question fondamentale est, selon lui, de savoir comment s'assurer que, par l'exercice des contre-mesures, un État qui s'estime lésé ne se substitue pas à une tierce partie impartiale et que les contre-mesures ne bloquent pas ou ne compliquent pas le règlement pacifique des différends. La section D du chapitre III du rapport considéré n'offre pas, à son avis, une réponse satisfaisante à ces questions, bien qu'il représente un progrès si on le compare aux autres rapports sur le sujet.

31. Le principe même du recours aux contre-mesures ainsi que les notions de « contre-mesures conservatoires » et de « proportionnalité » sont autant de sources de divergences probables entre l'État qui s'estime lésé et celui qui est prétendument responsable – il reste encore à définir ce que l'on entend par « responsable ». L'État qui revendique une lésion ne peut régler la situation unilatéralement en appliquant, par exemple, des contre-mesures pleines. Elle ne peut être réglée que par les différents modes de règlement pacifique des différends qui vont de la négociation aux modes juridictionnels de règlement. C'est en cela que l'adoption de contre-mesures est indissolublement liée à celle du règlement pacifique des différends. Or, selon le Rapporteur spécial, il en va différemment. Au paragraphe 287 de son rapport, le Rapporteur dit qu'il faut éviter d'établir un lien spécifique entre les contre-mesures et le règlement des différends parce que le maintien d'un tel lien donnerait à l'État prétendument auteur du fait internationalement illicite le droit univoque d'invoquer le règlement par un tiers alors que ce droit devrait être également conféré à l'État lésé en lieu et place du recours aux contre-mesures. M. Kamto ne voit pas pourquoi l'État qui s'estime lésé pourrait se considérer comme privé du droit de recourir au règlement par un tiers. Si, comme il ressort du paragraphe 299, l'on redoute que l'État prétendument responsable bloque les négociations et recourt à des procédures dilatoires, il comprend que l'on argue de la nécessité, dans certains cas, de prendre des contre-mesures. Mais M. Kamto dit qu'il ne peut en aucun cas souscrire au point de vue selon lequel il faut déconnecter les contre-mesures du règlement pacifique des différends.

32. En fait, il se dit favorable à l'établissement, dans la deuxième partie, d'un régime juridique complet des contre-mesures. Il faudrait partir de l'idée fondamentale que les contre-mesures ne pourraient être prises que pour contribuer au bon fonctionnement des procédures de règlement des différends ou à l'exécution des décisions prises au terme de ces procédures et non pour les bloquer. En fait, il serait plus conforme au droit international contemporain que les mesures conservatoires soient décidées – et non ordonnées – en référé, dans le cadre d'une procédure d'urgence, par un tiers impartial ayant le pouvoir de faire des injonctions contraignantes. C'est ce que fait aujourd'hui, avec un certain succès, le Tribunal international du droit de la mer. On peut regretter que la CIJ ne dispose pas d'un tel pouvoir et suggérer sur ce point une révision du Statut et du Règlement de la Cour. Toutefois, toute juridiction arbitrale internationale peut statuer en référé si les parties le lui demandent. En outre, rien n'interdit à deux États saisissant la CIJ sur la base d'un compromis de stipuler dans ledit compromis que les ordonnances en indication de mesures conservatoires auront pour elles une force contraignante. Il y a donc là tout un ensemble de procédures de règlement par la voie du référé qui pourraient permettre de parer à la nécessité des contre-mesures qui, entre les mains de certains États, représentent un réel danger. Comme il a été dit précédemment, les contre-mesures peuvent être disproportionnées, mais il se demande ce qu'il adviendrait si un État prétendument responsable ne l'était finalement pas. Dans ce cas, il faudrait réparer, réparation qui doit être décidée par un tiers impartial.

33. Les contre-mesures pourraient être prises soit avant le déclenchement des procédures de règlement des différends, sous réserve du contrôle de leur validité par un tiers impartial, soit après le règlement des différends pour assurer l'exécution des décisions prises. Dans la logique de cette approche, M. Kamto souhaite faire les observations suivantes sur les projets d'articles eux-mêmes.

34. Au paragraphe 1 de l'article 47, il propose d'insérer, après « deuxième partie », le membre de phrase « ou découlant d'une décision contraignante rendue par un tiers impartial ». Dans la version française de l'alinéa *a* de l'article 47 *bis*, il souscrit à l'idée de remplacer l'expression « prévues dans » par « conformément à ». Il propose également que soient supprimés à l'alinéa *c* les mots « par tierce partie » afin d'en élargir la portée.

35. S'agissant du paragraphe 1 de l'article 48, il lui paraît en effet utile de mettre l'alinéa *b* avant l'alinéa *a* et de remplacer, pour les raisons qu'il a précédemment indiquées, l'expression « État responsable » par « État considéré comme responsable ».

36. M. Kamto dit que le paragraphe 2 de l'article 48 lui pose un problème car, selon lui, il n'énonce pas réellement les conditions du recours à des contre-mesures. Si l'on souhaite malgré tout le maintenir, il considère qu'il faudrait le formuler différemment de manière à insérer des expressions telles que « en cas d'urgence » ou « si la situation l'exige » et à supprimer l'expression « à titre provisoire ». Il propose également d'ajouter « conformément au paragraphe 2 de l'article 47 » et de supprimer le membre de phrase « à partir de la date de la notification » car il n'est pas justifié, selon lui, de notifier des contre-mesures et de les prendre aussitôt, même à titre

de contre-mesures conservatoires. De fait, il émet des doutes sur la notion de contre-mesures conservatoires, considérant qu'il s'agit ni plus ni moins de contre-mesures. Si ses propositions devaient être acceptées, le paragraphe 3 pourrait logiquement être supprimé et le paragraphe 4 deviendrait le paragraphe 3. Il se dit alors favorable à ce que l'on insère un nouveau paragraphe 4 qui reprendrait la formulation du paragraphe 2 de l'article 50 *bis*, qui semble mieux entrer dans le cadre de l'article 48. Il suggère de le formuler de la manière suivante :

« Un État peut mettre en œuvre des contre-mesures qui peuvent être nécessaires pour assurer l'exécution des décisions rendues par une tierce partie aux termes d'une procédure de règlement des différends si l'État responsable ne se conforme pas à cette décision. »

37. Il est d'avis que l'article 49 conforte l'idée selon laquelle un mécanisme de règlement des différends est nécessaire. La proportionnalité ne peut, en effet, exister dans le vide : quelqu'un doit l'apprécier et la contrôler.

38. Il ne voit aucune raison de maintenir l'article 50, à tout le moins comme article séparé, car son intitulé est logiquement inexact. Il devrait s'intituler soit « conduite interdite », soit « contre-mesures » du fait que, par définition, les contre-mesures ne peuvent pas être interdites. La solution serait de fusionner les articles 48 et 50. En outre, à l'alinéa *a*, il ne juge pas très heureuse la traduction française de *domestic jurisdiction*. L'expression « domaine réservé », qui est une notion âprement discutée peut faire l'objet de controverses. Il préférerait l'expression « juridiction interne ». Enfin, le seul changement qu'il envisage à l'article 50 *bis* est que le paragraphe 2 soit transféré à l'article 48 dont il deviendrait un paragraphe 3.

39. M. GOCO dit qu'il souscrit à l'approche réaliste de M. Kamto. En fait, selon lui, la question est de savoir dans quelles circonstances un État peut être considéré comme lésé. Il existe de par le monde de nombreuses situations dans lesquelles un État fait une incursion sur le territoire, dans l'espace aérien ou dans la zone économique exclusive d'un autre État, donnant lieu à différentes allégations de part et d'autre. Dans de nombreux cas, il ne saurait être question de s'en remettre à un tiers. Le paragraphe 2 de l'article 48 oblige, toutefois, l'État lésé à notifier à l'État responsable les contre-mesures qu'il a l'intention de prendre. C'est là méconnaître les dures réalités de la vie et le fait que les contre-mesures sont des mesures d'autoprotection. Il y a une grande différence entre la condition posée à l'article 48 et l'article 30 proposé initialement. En effet, l'article 48 prévoit des mesures provisoires alors que l'article 30 dispose qu'un État peut adopter des contre-mesures en réponse à la violation par un autre État de ses obligations internationales. Il se demande s'il faut, dès lors, maintenir l'article 30.

40. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA se dit frappé par les propos de M. Kamto lorsqu'il met l'accent sur la nécessité de s'assurer que l'État considéré comme responsable l'est réellement. Cela suppose que la responsabilité doit être établie pour que les contre-mesures soient valables. S'il est établi, par la suite, que ces contre-mesures ne sont pas justifiées, il s'ensuivrait une situation difficile du fait que l'on ne peut pas présumer de la responsabilité pour justifier des contre-mesures. Si la responsabilité n'est pas éta-

blie, le système même de réglementation des contre-mesures conservatoires, qui repose sur une présomption, pourrait se trouver compromis. M. Pambou-Tchivounda se demande ce qu'il adviendrait dans le cas où un État qui se prétend lésé se révélait être un État responsable. Cette possibilité devrait être envisagée dans les projets d'articles.

41. M. ROSENSTOCK approuve en partie les observations de M. Pambou-Tchivounda mais dit qu'il souhaiterait aller plus loin. Il relève que M. Kamto semble ne pas accepter l'article 47 car, à son avis, cet article présuppose une illicéité. Il ne souscrit pas non plus au projet d'article 50 parce qu'il ne présuppose pas une illicéité. M. Kamto fait ici preuve d'un manque de logique singulier, qui semble indiquer que la Commission a adopté une position partielle sur une question difficile, qui n'est sans doute que le reflet réaliste de la situation actuelle dans le monde. Tous les États n'acceptent pas la juridiction obligatoire de la CIJ, de même qu'il n'existe pas de mécanismes de règlement des différends s'étendant à toutes les régions. Les contre-mesures ou les représailles quelles qu'elles soient sont une réalité. La vraie question est, dès lors, de savoir s'il est possible de trouver une base d'accord qui permette de soumettre ces mesures à un certain contrôle dans le cadre d'une structure organisée qui ne favoriserait pas des groupes d'États par rapport à d'autres. À défaut d'accord sur la question, tous les efforts déployés pour élaborer un mécanisme de règlement des différends seraient réduits à néant.

42. M. GOCO se demande si l'on a adopté l'approche qui convenait. Chaque fois qu'il est possible, le règlement des différends est indiscutablement la meilleure solution. Mais le respect des dispositions du paragraphe 2 de l'article 48 dans un cas tel que celui du conflit frontalier qui oppose l'Éthiopie et l'Érythrée pourrait amener l'État responsable à réagir. Toutefois, la solution semble être de reconnaître à l'État qui se prétend lésé le droit à agir unilatéralement.

43. M. KAMTO dit qu'il ne conteste pas avoir exprimé des vues très marquées au sujet des contre-mesures mais qu'elles prennent en compte la réalité de la situation internationale. Il n'est pas juste de dire qu'il rejette le principe des contre-mesures conservatoires. Il demande simplement que l'on précise à quelles conditions et dans quels cas elles doivent être prises. Il n'est nullement d'avis qu'un État lésé n'a pour seul recours que la CIJ. Chacun sait que les États recourent à l'arbitrage. Enfin, il ne se déclare pas opposé à l'article 50 dans son ensemble, il conteste simplement le caractère illogique de son intitulé. Le problème pourrait d'ailleurs être résolu par l'inclusion dans l'article 48 des dispositions de l'article 50.

44. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que le réalisme varie suivant les individus. M. Kateka l'accusait d'être trop réaliste lorsqu'il disait que les projets d'articles ne pourraient faire l'objet d'un traité s'ils comprenaient un système de juridiction obligatoire. Bien qu'il se dise évidemment tout à fait favorable à une telle perspective – ne serait-ce que pour la satisfaction de voir son travail consolidé –, elle est difficilement envisageable d'un point de vue réaliste. Si elle décide de traiter les contre-mesures de manière plus approfondie que ne le fait le libellé très général de l'article 30, la Commission doit établir entre les contre-mesures et le règlement des différends un lien qui

s'inscrive dans le développement lent mais généralement perceptible de l'idée de recours à un règlement par un tiers impartial. Il ne serait pas possible, pour plusieurs raisons, d'établir un nouveau lien automatique entre la prise de contre-mesures et le règlement des différends, mais l'on pourrait envisager dans les projets d'articles de renvoyer à des systèmes de règlement des différends existants ou en cours d'élaboration de sorte qu'un État qui est présumé ne pas s'être acquitté de ses obligations internationales serait en mesure d'empêcher ou de suspendre toute contre-mesure et de soumettre la question à une cour. C'est l'effet qui doit être recherché dans les dispositions des projets d'articles.

45. M. LUKASHUK partage entièrement les préoccupations de M. Kamto mais craint que son approche ne nécessite de reconstruire toutes les branches du droit international. S'agissant du règlement pacifique des différends, son point de vue est assez peu réaliste. De même, le Rapporteur spécial n'est pas aussi réaliste qu'il le prétend : même la plus petite des limitations qu'il suggère d'apporter est profondément idéaliste par rapport aux pratiques contemporaines. Si les gouvernements approuvent ne serait-ce qu'un petit nombre des dispositions proposées, cela constituerait un remarquable succès pour la Commission et un pas important dans le développement progressif du droit international.

46. M. Sreenivasa RAO se félicite du travail accompli par le Rapporteur spécial qui a permis d'éclairer une question complexe à maints égards du fait des nuances qu'elle comporte et des changements survenus et que l'on ne pourra sans doute jamais saisir en totalité. La difficulté est d'autant plus grande que la question a des connotations politiques. La période de la colonisation n'est pas significative puisque les temps ont changé; pourtant, elle est à l'origine de l'approche que la communauté internationale a adoptée à l'égard des contre-mesures. M. Arangio-Ruiz, ancien rapporteur spécial, pensait que les risques d'abus étaient tels qu'il était plus raisonnable d'inclure les contre-mesures dans le sujet plus général sur la responsabilité des États. Si l'on traite de manière complète la question des contre-mesures, celles-ci constitueraient un dispositif entier du droit international. La *lex specialis* pourrait également être applicable. En outre, il serait nécessaire de prévoir des dispositions concernant les conséquences d'une mauvaise application de dispositions antérieures. Il se demande si l'on a réellement besoin de garanties à deux niveaux.

47. Par ailleurs, l'opinion selon laquelle les contre-mesures doivent nécessairement être prises et qu'il faut, dès lors, prévoir des dispositions permettant de veiller à ce qu'elles aient un caractère raisonnable semble gagner du terrain. Il ne se dit pas catégoriquement opposé à ce que les contre-mesures soient examinées sous l'angle du droit. Les États ont parfois été contraints de prendre des mesures minimales de protection. Mais ces mesures doivent se limiter à des sanctions prises conformément à la Charte des Nations Unies, telles que le gel des comptes bancaires, le refus d'apporter une aide économique ou la suspension des droits et obligations découlant d'un traité. Dans le cas de violation des droits de l'homme, on peut envisager des actions telles que des résolutions de la Commission des droits de l'homme et la constatation des violations par un rapporteur spécial. Les exemples qu'il a

donnés tendent à démontrer que le fait de défendre avec ferveur l'une ou l'autre approche ne correspond en rien à la réalité, même s'il reconnaît que les débats de la Commission ont permis à la CIJ, dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, d'énoncer quatre conditions qui, à leur tour, donneraient de nouvelles orientations à la Commission. Quant à savoir si la Commission pourrait procéder à une véritable codification, c'est là une autre question.

48. Dans leurs déclarations devant la Sixième Commission, les États se sont montrés plus raisonnables et pragmatiques que dans certains exposés faits au sein de la Commission où la tentation est grande de répondre à une déclaration véhémement par une autre de même nature. Le pragmatisme des États est, toutefois, un exemple à suivre : ils formulent des revendications mais ils finissent par trouver des compromis. M. Sreenivasa Rao s'interroge dès lors sur l'utilité de proposer des règles strictes s'agissant des contre-mesures. En fait, il ne verrait pas d'inconvénient à ce que la question des contre-mesures ne soit pas traitée dans le projet sur la responsabilité des États.

49. Nul ne conteste que les contre-mesures devraient être l'ultime recours, un « mal nécessaire » pour reprendre les mots de M. Pellet. Ainsi, si les contre-mesures constituent une dérogation à la règle générale selon laquelle on ne peut à la fois être juge et partie de sa propre cause, les projets d'articles doivent permettre de dresser autant d'obstacles qu'il est raisonnablement possible pour que les États qui seraient tentés de le faire ne puissent trop facilement avoir recours aux contre-mesures. Cela explique pourquoi on a insisté, dans les articles adoptés en première lecture, sur le lien entre les contre-mesures et le règlement des différends. Il aurait fallu insister davantage sur ce lien à l'article 48 proposé en seconde lecture au lieu de considérer le règlement des différends comme une simple option. À cet égard, il fait remarquer que le paragraphe 4 de l'article 48 paraît superflu : il ne fait qu'énoncer une évidence lorsqu'il prévoit qu'avant de prendre des contre-mesures les États doivent recourir à toute procédure de règlement des différends en vigueur. Quoi qu'il en soit, si l'on décide de maintenir le paragraphe 4 de l'article 48, il devrait logiquement être placé avant le paragraphe 3, comme le suggèrent M. Pellet ainsi que d'autres membres de la Commission, de façon à mieux correspondre au déroulement naturel des événements. Par ailleurs, l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 48, qui oblige l'État à notifier les contre-mesures qu'il a l'intention de prendre, ne doit pas être supprimé, comme le suggère le Rapporteur spécial, car il rend compte du déroulement logique des événements et peut en outre permettre à l'État responsable de concentrer son attention sur les principaux griefs de l'État lésé. S'agissant de l'alinéa *c* du paragraphe 1 de l'article 48, il souscrit à la proposition de remplacer le terme « accepter » par *offer* (proposer). À l'alinéa *a* du paragraphe 1, il suggère de remplacer l'expression « demande motivée » par *written claim* (demande écrite).

50. Le problème réside dans le fait que les textes de droit international sur lesquels l'État lésé peut s'appuyer constituent un corps de règles très complexes qui n'est intelligible que par ses créateurs et les spécialistes et rarement par les quelque 180 États auxquels il s'applique. Ainsi, les États, plutôt que de faire appel à des juristes, préfèrent adopter une approche qui leur est propre et s'en remettre à

des institutions internes qui leur sont généralement plus favorables. En résumé, le processus de codification du droit international n'a pas encore été mené à bien. Certains ont même émis des doutes quant à l'application et à l'interprétation de la Charte des Nations Unies, texte clair et précis s'il en est. Le *jus cogens* est une boîte hermétique et personne n'est vraiment sûr de ce qu'il renferme. Les règles de droit international à l'exception des cas où les droits et obligations sont négociés directement sous la forme de traités bilatéraux ou multilatéraux ne peuvent avoir qu'une application limitée si la plupart des États se sentent exclus de leur processus d'élaboration et de mise en œuvre.

51. Il est difficile de comprendre comment une structure qui a établi des obligations *erga omnes* et de *jus cogens*, traduisant ainsi l'existence d'un ordre juridique supérieur, peut également permettre des actions unilatérales d'États qui s'approprient le droit. Dans un tel système, la communauté internationale semble parfois exister et parfois ne pas exister. Cependant, on doit choisir entre un système global, quoique idéaliste, et un système de liberté d'action sur le plan international pour tous. Il n'y a pas de solution intermédiaire. Il faut trouver un équilibre, dans le traitement des contre-mesures, entre les intérêts de l'État lésé, ceux de l'État responsable et ceux de la communauté internationale.

52. Les dispositions des articles 48 et 50 contribuent utilement, au même titre que l'article 47, à limiter la liberté des États de prendre de contre-mesures. M. Sreenivasa Rao suggère de fusionner les articles 47 et 50. Tel qu'il est libellé, le chapeau de l'article 47 *bis* semble donner à penser que la suspension des obligations mentionnées dans cet article relève du pouvoir d'appréciation des États. Si ce n'est pas l'objectif souhaité, le chapeau doit être formulé en termes plus stricts de manière à dissiper cette impression. De même, à l'alinéa *a*, il faudrait trouver un terme plus fort que « prévues par ». Il semble également qu'il y ait un chevauchement entre l'alinéa *a* de l'article 47 *bis* et l'alinéa *a* de l'article 50; on pourrait peut-être avoir une vision plus claire des conditions applicables aux contre-mesures en fusionnant ces deux articles.

53. En dépit des inconvénients que le Rapporteur spécial a mentionnés, il faut encourager les contre-mesures réciproques chaque fois que cela est possible. Il faudrait accorder davantage de place à cette question dans les projets d'articles, et pas seulement dans le commentaire.

54. Le Rapporteur spécial a également évoqué la question de la réversibilité des contre-mesures en tant que critère pour déterminer si elles sont licites ou ont un caractère raisonnable. Le critère de la réversibilité a été adopté par la CIJ, comme le fait remarquer le Rapporteur spécial au paragraphe 289 de son rapport. La Commission devrait faire siens les travaux de la Cour, comme la Cour l'avait fait auparavant avec les travaux de la Commission. Cette question devrait faire l'objet d'un examen plus approfondi, à tout le moins au sein du Comité de rédaction. En outre, il considère que la réversibilité ne doit pas être assimilée à la suspension mais qu'elle doit être considérée, en soi, comme un critère très important.

55. Il propose en troisième lieu que les projets d'articles relatifs aux contre-mesures s'appliquent uniquement dans le cas d'obligations découlant du *jus cogens* ou lorsqu'il

s'agit de combler une lacune. Les contre-mesures ne devraient jamais se substituer aux régimes indépendants élaborés par les États, qui, aussi imparfaits soient-ils, doivent être respectés et doivent pouvoir évoluer dans le cadre de la structure globale du droit international.

56. Il faut également insister sur l'idée selon laquelle les contre-mesures ne doivent pas porter atteinte aux droits de l'homme fondamentaux. La protection des droits de l'homme doit être l'une des raisons fondamentales du recours aux contre-mesures et non pas seulement une question qui s'ajoute à celle, relativement différente, des droits des tiers.

57. Enfin, s'agissant de la question de la proportionnalité, la CIJ a fait remarquer, dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, que les contre-mesures devaient être proportionnées aux dommages subis compte tenu des droits en cause. Toutefois, le Rapporteur spécial propose maintenant que les contre-mesures soient proportionnelles au préjudice subi, compte tenu de la gravité du fait internationalement illicite et de ses effets préjudiciables sur la partie lésée. M. Sreenivasa Rao n'a pas eu le temps de considérer attentivement la question mais il a le sentiment que ces deux approches sont très différentes. La question mériterait indiscutablement d'être examinée plus en détail. Enfin, alors que les contre-mesures peuvent être justifiées dans les cas où elles visent à inciter un État à s'acquitter de ses obligations, elles doivent, de toute évidence, être séparées de la question, très différente, des sanctions punitives.

58. M. KUSUMA-ATMADJA dit qu'il souhaiterait simplement évoquer la question de la réversibilité des contre-mesures comme critère de leur licéité. Il considère, en effet, que la situation internationale évolue si vite que les contre-mesures peuvent, dans certains cas, se révéler irréversibles.

La séance est levée à 13 h 5.

2648^e SÉANCE

Vendredi 28 juillet 2000, à 10 heures

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. He, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Operti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Tomka.

Responsabilité des États¹ (*suite*) [A/CN.4/504, sect. A, A/CN.4/507 et Add.1 à 4², A/CN.4/L.600]

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. M. DUGARD dit que les publicistes n'aiment pas les contre-mesures ou représailles parce qu'elles leur rappellent que le système dans lequel ils travaillent est primitif et ne dispose pas des moyens de coercition qui existent dans les systèmes de droit interne. C'est probablement pourquoi il est fréquent que les représailles ou contre-mesures ne soient pas mentionnées dans les manuels de droit international. Pourtant, elles constituent un fait de la vie internationale ou, comme l'a dit M. Sreenivasa Rao, un mal nécessaire, et il appartient donc aux publicistes progressistes d'en limiter les excès. La Commission semble en convenir. Elle doit donc adopter des dispositions qui, tout en reconnaissant l'existence des contre-mesures comme un fait regrettable de l'ordre juridique international, visent à en réduire la portée. Les projets d'articles présentés par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport (A/CN.4/507 et Add.1 à 4) réalisent cet objectif, moyennant certaines modifications.

2. En ce qui concerne l'article 47, le texte adopté en première lecture était un modèle d'inélégance, et M. Dugard se réjouit que le Rapporteur spécial l'ait substantiellement remanié. Il regrette seulement qu'il en ait conservé la dernière phrase, même si le Comité de rédaction devrait pouvoir remanier celle-ci pour la rendre plus claire et plus élégante.

3. Le Rapporteur spécial a, à juste titre, rejeté la notion de contre-mesures réciproques. Il est assurément impossible, en pratique, que des contre-mesures correspondent à l'obligation qui a été violée. C'est ainsi qu'en 1984, sous le régime d'apartheid en Afrique du Sud, six dirigeants du mouvement anti-apartheid se sont réfugiés dans le consulat britannique à Durban. Le Gouvernement sud-africain déclara que l'octroi de l'asile politique à des réfugiés politiques au consulat constituait une violation de la Convention de Vienne sur les relations consulaires. À titre de représailles, il refusa d'honorer un engagement qu'il avait pris de livrer quatre Sud-Africains au Royaume-Uni pour qu'ils y soient jugés pour des violations de l'embargo sur les armes décrété par le Gouvernement britannique. Cela illustre la difficulté qu'il y a en pratique à faire correspondre les contre-mesures à la violation alléguée.

4. M. Dugard partage l'opinion de M. Sreenivasa Rao au sujet de la réversibilité des contre-mesures. Le Rapporteur spécial semble en approuver le principe, mais il n'en fait pas mention expressément au paragraphe 2 de l'article 47. Pour M. Dugard, il serait judicieux de l'énoncer à l'article 47, et le Comité de rédaction pourrait s'en charger.

¹ Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), chap. III, sect. D, p. 62.

² Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

5. En ce qui concerne les articles 47 *bis* et 50, M. Dugard comprend les raisons, expliquées clairement au paragraphe 334 du rapport, pour lesquelles le Rapporteur spécial a séparé ces deux dispositions : l'article 47 *bis* traite de l'objet des contre-mesures, alors que l'article 50 traite de leur effet. Néanmoins, comme la plupart des membres qui ont commenté les projets d'articles, M. Dugard considère que ces deux dispositions sont si étroitement liées qu'il conviendrait de les réunir ou, si cela n'est pas possible, de placer l'article 50 directement après l'article 47 *bis*. En outre, le titre de l'article 50 ne correspond pas à son contenu et le titre proposé par M. Simma, « Effets prohibés des contre-mesures », semble plus approprié. Le Comité de rédaction pourra régler cette question, comme il pourra remanier l'article 47 *bis* pour s'efforcer d'en éliminer les répétitions du mot « obligations ».

6. L'article 50 présente plus de difficultés. Il faudrait tout d'abord séparer les droits des tierces parties et les droits de l'homme dans deux alinéas distincts. S'agissant des atteintes aux droits de l'homme, il est inévitable que la plupart des contre-mesures affectent certains droits de l'homme, notamment dans le domaine économique et social. M. Dugard n'est pas sûr à cet égard que le mot « fondamentaux » soit bien utile. En outre, il pense qu'ainsi que l'a proposé M. Simma il faudrait inclure une disposition interdisant les contre-mesures préjudiciables à l'environnement.

7. L'alinéa *a* proposé par le Rapporteur spécial pour l'article 50 n'est guère satisfaisant. Il serait préférable de revenir au texte de l'alinéa *b* de l'article 50 adopté en première lecture. Le mot « extrêmes » est certes difficile à définir, mais l'expression « intégrité territoriale ou indépendance politique » qui y figure est importante et revient souvent dans les résolutions de l'Assemblée générale, et devrait donc être maintenue. Le principe du respect de l'intégrité territoriale et de l'indépendance politique est important pour les nations en développement, et le libellé antérieur était de toute façon plus clair. Le mot « intervention » est notoirement difficile à définir, et l'expression « domaine réservé » est malheureuse parce qu'en anglais elle renvoie à une époque révolue où le paragraphe 7 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies prévalait sur le droit international en toutes circonstances. Elle n'a pas sa place dans un texte moderne; il serait préférable de revenir au libellé adopté en première lecture.

8. S'agissant des autres articles, M. Dugard n'a pas d'objection à l'encontre des articles 49, 50 *bis* et 30, et il approuve l'article 48 sous réserve que l'on substitue, à l'alinéa *c* du paragraphe 1, le mot « offrir » au mot « accepter ». Tous ces projets d'articles peuvent être renvoyés au Comité de rédaction.

9. M. ELARABY dit que la notion de contre-mesure est très controversée et que par principe il y est personnellement « allergique ». Les contre-mesures mettent en effet en lumière le déséquilibre et accroissent même l'écart entre les États riches et puissants et les autres États. Ayant représenté son pays au Conseil de sécurité pendant deux ans, il sait pertinemment combien il est facile pour les États les plus puissants d'imposer leur volonté à la communauté internationale. Il faut néanmoins faire face à la réalité : dans le monde contemporain, on use et on abuse des contre-mesures, et elles sont jusqu'à un certain point

reconnues par le droit international coutumier. La Commission doit donc élaborer un régime très strict en ce qui les concerne.

10. Un incident qui s'est produit en 1964 donne un bon exemple de contre-mesure réciproque, proportionnée et réversible. Lors des troubles que connaissait le Congo en 1964, le Gouvernement congolais a décidé d'assigner l'ambassadeur d'Égypte au Congo à résidence. M. Tschombe, passant en Égypte peu après, fut arrêté par le Gouvernement égyptien et assigné à résidence. Il fut relâché quand l'ambassadeur d'Égypte fut relâché.

11. Pour ce qui est des projets d'articles présentés par le Rapporteur spécial, M. Elaraby préférerait, comme M. Pellet et pour les raisons données par celui-ci, que l'article 47 soit libellé en termes négatifs : « Un État lésé ne peut prendre des contre-mesures sauf si... ». En outre, il serait préférable que le paragraphe 1 de cet article se termine après les mots « ces obligations », car ce qui suit est imprécis et n'ajoute rien.

12. Pour ce qui est de l'article 47 *bis*, il faudrait, à l'alinéa *a*, mentionner expressément « l'interdiction » de la menace ou de l'emploi de la force, un principe cardinal du droit international contemporain. Au paragraphe 3 de l'article 48, les mots « dans un délai raisonnable » devraient être supprimés. Quant aux contre-mesures interdites visées à l'article 50, M. Elaraby souscrit aux observations de M. Dugard et souhaiterait lui aussi que l'on revienne à la formulation précédente et à l'expression « intégrité territoriale et indépendance politique ». Enfin, M. Elaraby souscrit au point de vue exprimé par le Rapporteur spécial au paragraphe 366 de son rapport au sujet de l'article 30.

13. M. ADDO dit qu'on ne peut nier que le régime des contre-mesures soit plus favorable aux nations puissantes. Le Rapporteur spécial lui-même indique au paragraphe 290 de son rapport que dans leurs commentaires sur le point de savoir si les dispositions relatives aux contre-mesures, c'est-à-dire les articles 47 à 50, devaient être maintenues, les gouvernements ont fait référence à « la nature déséquilibrée des contre-mesures, qui favorisent uniquement les États les plus puissants ». Il n'est donc pas surprenant que l'ancien rapporteur spécial Riphagen ait souligné que la Commission devrait veiller, lorsqu'elle définirait les conditions du recours licite à de telles mesures, à ce que les inégalités factuelles existant entre les États n'avantagent pas indûment les États puissants et riches au détriment des États faibles et pauvres. Il faut donc élaborer un régime de contre-mesures équilibré, et cela contribuera davantage à mettre fin aux excès que certains craignent que de garder le silence et faire comme si le problème n'existait pas. Comme l'a dit le Rapporteur spécial, ne rien faire au sujet des contre-mesures risque d'être catastrophique. Dans l'état actuel du droit international et des relations internationales, il faut en effet que les États conservent le droit de prendre des contre-mesures en réponse à des actes commis en violation de leurs droits juridiques. On reproche invariablement au droit international l'absence de mécanisme propre à assurer le respect de ses dispositions en raison de l'absence de procédures « judiciaires » obligatoires et du pouvoir limité des institutions internationales s'agissant de sanctionner

ceux qui violent le droit. Cela est inévitable dans un monde divisé.

14. Le droit international général autorise les contre-mesures à certaines conditions et dans les limites de la nécessité et de la proportionnalité. Mais les décisions judiciaires et arbitrales sur les contre-mesures ont été rares et le phénomène a été relativement peu étudié par la doctrine. La pratique des États, bien qu'abondante, n'a pas donné beaucoup d'éclaircissements quant aux circonstances dans lesquelles les représailles sont autorisées ni quant aux limites précises des contre-mesures. Assurément, on a dit qu'il fallait préférer les modules de règlement pacifique aux contre-mesures, mais on n'a guère étudié la relation entre ces deux catégories. Il est certain que l'auto-assistance non violente et les contre-mesures ne faisant pas appel à la force demeureront un élément important du droit international et pourront se développer au fur et à mesure que le réseau du droit international et des obligations internationales s'étendra. Plus il y a de dispositions juridiques, plus il y a de risques de violations et de réactions à ces violations par ceux qui s'estiment lésés et n'ont pas d'autre recours. Les mesures comme les embargos commerciaux, le gel des avoirs, la suspension d'obligations conventionnelles et l'expulsion de ressortissants étrangers confirment cette observation. L'affaire concernant l'*Accord relatif aux services aériens* donne l'exemple d'une manière de faire respecter le droit international, à savoir l'auto-assistance. L'expression « contre-mesure » qui a été utilisée la première fois dans cette affaire en est venue récemment à remplacer le mot « représailles », très probablement en raison de la connotation péjorative de celui-ci, qui englobe les représailles armées, aujourd'hui illicites.

15. Une contre-mesure est donc un fait illicite qui est rendu licite parce qu'il est une réaction à un fait illicite antérieur. Pour M. Addo, c'est ce que dit l'article 30 de la première partie du projet d'articles.

16. Selon l'affaire de *Naulilaa*, qui semble être le *locus classicus* du droit des représailles, l'objet des représailles doit être d'obtenir une réparation pour le fait illicite de l'État qui en est l'auteur ou un retour à la légalité faisant en sorte que les infractions ne se répètent pas, et elles ne sont licites que lorsqu'elles sont précédées d'une « demande non satisfaite » de réparation ou d'exécution des obligations. Assurément, les contre-mesures impliquant le recours à la force armée sont interdites aux termes du paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies.

17. Abordant ensuite les projets d'articles proposés par le Rapporteur spécial, M. Addo dit qu'il approuve celui-ci de vouloir les incorporer au chapitre II de la deuxième partie *bis*. Ces dispositions appellent cependant quelques remarques. Pour ce qui est d'abord du paragraphe 2 de l'article 47, M. Addo conseille de le supprimer. On ne perdra rien s'il disparaît et, si on le maintient, au contraire, il risque de prêter à confusion et de soulever des problèmes d'interprétation. Il peut aussi être indûment restrictif à cause des limitations qu'il impose.

18. À l'article 47 *bis*, on peut se demander si l'alinéa *e* doit être conservé. Il n'est en effet jamais permis d'enfreindre les règles du *ius cogens*, mais la Commission voudra peut-être maintenir cette clause par surcroît de pru-

dence. Pour ce qui est de l'alinéa *c*, qui prévoit l'obligation relative au règlement des différends par tierce partie, lorsque des États se sont engagés à résoudre pacifiquement leurs différends, l'État responsable doit, en règle générale, disposer d'assez de temps pour remédier à la situation qu'il a créée. Il ne faudrait donc pas que des décisions soient prises hâtivement après qu'une demande a été présentée. Par conséquent, si les deux États en cause se sont formellement engagés à régler pacifiquement leur différend, le recours aux contre-mesures par l'un ou l'autre doit être considéré comme illicite. Pourtant, il peut y avoir des situations dans lesquelles les mécanismes de règlement se révèlent inefficaces. C'est alors que l'État lésé peut légitimement imposer des contre-mesures, en vertu du droit international coutumier. Cette démarche est possible parce que le principe des contre-mesures a, du point de vue de l'applicabilité, une existence distincte de la règle concernant le règlement des différends au niveau du droit des traités.

19. Il ressort de l'analyse faite par le Rapporteur spécial que les conditions de licéité des contre-mesures sont les suivantes : *a*) il doit y avoir violation d'une obligation internationale; *b*) la demande de l'État lésé doit être restée vaine; *c*) les contre-mesures de l'État lésé doivent répondre au principe de proportionnalité.

20. L'article 48 pose en principe que les contre-mesures doivent toujours être précédées d'une demande de l'État lésé, demande à laquelle l'État responsable se sera abstenu de répondre. Bien qu'il n'y ait pas de prescription précise quant à son contenu, cette demande doit être exprimée si clairement que l'État responsable ne puisse se méprendre et comprenne bien la gravité des conséquences à prévoir. Contrairement à ce que dit l'alinéa *b*, l'État lésé ne devrait pas être tenu d'y annoncer la nature des contre-mesures qu'il a l'intention de prendre. Quant à l'alinéa *c*, il vaudrait mieux dire que l'État lésé doit « offrir de négocier », car c'est à l'État responsable d'accepter cette offre ou de la rejeter et dans ce cas de s'exposer à des contre-mesures.

21. Pour ce qui est du paragraphe 4, qui porte sur les obligations qui incombent à l'État lésé en matière de règlement des différends, le principe de la bonne foi exige que l'État qui s'est engagé à soumettre un différend à l'arbitre ou au juge ne contrevienne pas à cette obligation par des actes illicites. Une fois que la procédure arbitrale ou judiciaire est engagée, le recours aux contre-mesures ne devrait plus aller de soi, car dans une telle situation ces mesures peuvent compromettre l'action en justice. C'est sans doute pourquoi le Rapporteur spécial a prévu ce paragraphe 4. Mais il n'a pas résolu tous les problèmes. Quand les États appartiennent à un organisme institutionnalisé, comme la Commission économique des États de l'Afrique de l'Ouest ou l'Organisation de l'unité africaine, qui impose des procédures de règlement pacifique des différends, il est certain qu'avant de prendre des contre-mesures l'État concerné doit avoir épuisé ces procédures. Pendant tout ce temps, son droit de recourir aux contre-mesures est simplement suspendu, et il peut s'exercer à nouveau si l'institution dont il s'agit se révèle inefficace. Ainsi, dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, la CIJ, dans son ordonnance en indication de mesures conservatoires, a exigé de la République islamique d'Iran qu'elle mette fin à la

détention des otages et à certains autres actes illicites, mais l'Iran n'a tenu aucun compte de cette injonction pendant tout le reste de la procédure. Il est clair que la Cour n'offrait pas en l'occurrence un recours utile. Il peut donc arriver que l'on ait à maintenir des contre-mesures pendant un procès quand le tribunal ne peut pas faire cesser le préjudice découlant de la violation qui les a motivées.

22. M. Addo approuve sans réserve le principe consacré à l'article 49, ainsi que la formulation de cette disposition. Cependant, la détermination du critère de proportionnalité risque à son avis de présenter certaines difficultés. Il approuve également l'alinéa *a* de l'article 50 mais, pour ce qui est de l'alinéa *b*, il pense que les contre-mesures qui comportent par exemple l'emprisonnement ou la torture de nationaux de l'État auteur doivent être considérées comme illicites, puisqu'elles violent les normes reconnues en matière de droits de l'homme. La question se pose de savoir s'il faut, en termes de licéité des contre-mesures, faire la distinction entre diverses catégories de droits de l'homme. Tout le monde s'accorde à penser que l'État qui adopte des contre-mesures ne peut s'en prendre à l'intégrité physique des nationaux de l'État responsable. Mais, par exemple, si la liberté de circulation des nationaux d'un État a été soumise à des restrictions par un autre État, est-il licite pour le premier État d'imposer lui-même des restrictions analogues aux nationaux du second ? Le Rapporteur spécial voudra peut-être répondre à cette question.

23. D'autre part, l'alinéa *b* de l'article 50 parle des droits de tierces parties. Or, avec l'interdépendance politique et économique croissante des États, il n'est pas impossible que les contre-mesures prises contre un État aient des répercussions sur des tiers innocents sans que l'État qui les a adoptées l'ait voulu. Les atteintes portées à ces tiers ou à leurs biens affectent-elles la licéité des contre-mesures ? La Commission devrait-elle élaborer des articles pour régler ce cas de figure ? Les tierces parties lésées peuvent-elles prendre des contre-mesures de leur propre chef et, dans l'affirmative, contre qui : l'État lésé d'origine ou l'État auteur d'origine ? Ce sont là des questions fort difficiles, que le Comité de rédaction voudra peut-être considérer.

24. Pour terminer, M. Addo déclare souscrire aux principes énoncés dans les projets d'articles 47 à 50 *bis*. Ces dispositions devraient à son avis être renvoyées au Comité de rédaction.

25. M. GOCO, se référant au paragraphe *b* de l'article 50, se demande ce qu'il faut entendre par « droits fondamentaux de l'homme ». Deux pactes, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, garantissent les droits civils et politiques, économiques, sociaux et culturels de l'homme. Lesquels de ces droits ne doivent pas être violés pour qu'une contre-mesure soit licite ?

26. M. ADDO répond que c'est bien le problème qu'il a lui-même soulevé : si la torture est à l'évidence une contre-mesure illicite, il devrait en revanche être permis d'imposer des restrictions à la liberté de circulation des nationaux de l'État responsable. Il cite en exemple l'expulsion des nationaux nigériens par le Ghana en 1969, suivie

de l'expulsion des nationaux ghanéens par le Nigéria en 1983.

27. M. KAMTO fait observer qu'il est difficile de considérer que l'expulsion des Ghanéens par le Nigéria relevait des contre-mesures, puisqu'elle intervenait plus de 10 ans après le premier événement.

28. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit qu'en effet il y a un problème de coordination entre les traités multilatéraux qui garantissent les droits de l'homme et le régime des contre-mesures. La distinction faite par M. Addo est pertinente mais il s'agit, de toute manière, de protéger les droits de l'homme des effets des contre-mesures. Pour sa part, il conseille à la Commission de ne pas se prononcer sur le point de savoir s'il y a des droits fondamentaux auxquels on peut déroger à titre de contre-mesures dans certaines circonstances et certains autres droits absolument intangibles.

29. M. MOMTAZ dit que le Rapporteur spécial a réussi à établir dans l'ensemble un juste équilibre entre les intérêts de l'État lésé et ceux de l'État auteur du fait illicite. Il ressort assez clairement de son rapport que les contre-mesures, si elles peuvent être considérées comme licites sous certaines conditions restrictives en droit international, devraient néanmoins toujours être une solution de dernier ressort. Les nouveaux articles proposés visent à prévenir l'abus des contre-mesures en instituant des limitations aussi bien substantielles que procédurales à la liberté de l'État lésé d'y recourir.

30. Pour ce qui est d'abord des limitations substantielles, ou de fond, elles commencent à l'article 47, par la définition même de l'objet des contre-mesures. Le paragraphe 1 de cet article ne soulève guère de difficultés puisqu'il prévoit que les contre-mesures sont destinées à inciter l'État responsable d'un fait internationalement illicite à s'acquitter de ses obligations, en d'autres termes qu'elles ne devraient avoir aucun caractère punitif. La question pourrait néanmoins se poser dans le cas d'une violation du droit international constituant un crime. La Commission aura l'occasion d'y revenir à une étape ultérieure de ses travaux.

31. L'article 47 *bis* énonce les circonstances dans lesquelles l'État lésé ne peut recourir aux contre-mesures. La liste qui figure dans cet article, non exhaustive, pourrait être abrégée dans la mesure où ses divers éléments se recoupent en partie. Ainsi des alinéas *a* et *e* : il suffirait de parler de « normes impératives du droit international général ». Les obligations relatives à la menace ou à l'emploi de la force, dont il est question à l'alinéa *a*, sont consacrées dans la Charte des Nations Unies et constituent en effet, incontestablement, une norme impérative du droit international. Il en va de même des immunités diplomatiques mentionnées à l'alinéa *b*, dont la nature impérative et intransgressible ne fait plus de doute. La CIJ a été suffisamment nette à cet égard.

32. En ce qui concerne l'alinéa *d*, relatif aux obligations à caractère humanitaire, peut-être faudrait-il préciser qu'il s'agit des dispositions aussi bien du droit international humanitaire que du droit des droits de l'homme. Dans les deux cas, les représailles contre des personnes que ces deux corpus de normes protègent sont interdites. Il est clair que l'alinéa *d* est fondé sur le paragraphe 5 de l'arti-

cle 60 de la Convention de Vienne de 1969, qui interdit de mettre fin aux dispositions « relatives à la protection de la personne humaine contenues dans des traités de caractère humanitaire ». Cette disposition est incontestablement l'expression d'une coutume internationale bien établie et il est intéressant de noter que la CIJ s'y est référée bien avant l'entrée en vigueur de la Convention, dans son avis consultatif relatif à l'affaire de la *Namibie*.

33. Constatant qu'il y a un lien logique entre l'article 47 *bis* et l'article 50, relatifs tous deux aux contre-mesures interdites, M. Momtaz passe directement à cette dernière disposition. Il regrette que son alinéa *b* ne fasse plus référence aux contre-mesures portant atteinte à l'indépendance politique de l'État auteur du fait illicite. Au paragraphe 352 de son rapport, le Rapporteur spécial justifie cette suppression en posant la question de savoir comment des contre-mesures pourraient porter atteinte à l'indépendance politique de l'État auteur. La question pourrait fort bien se poser si l'État lésé est le principal partenaire commercial de l'État auteur et refuse, à titre de contre-mesure, d'acheter à cet État sa production, celle d'une monoculture par exemple. La perte de revenu qui en résulterait pourrait alors être incontestablement de nature à porter atteinte à l'indépendance politique de l'État auteur.

34. Pour ce qui est de l'alinéa *b* de l'article 50, la référence aux « droits fondamentaux de l'homme » risque de soulever quelques difficultés : qu'entend-on en effet par « droits fondamentaux » ? Il peut s'agir des droits de l'homme auxquels aucune dérogation n'est possible, mais ce n'est pas toujours le cas. Ainsi, l'article 11 du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels qualifie de « fondamental » le droit qu'a toute personne d'être à l'abri de la faim. On serait donc tenté de dire que, selon l'alinéa *b* de l'article 50, les contre-mesures qui auraient pour conséquence d'affamer la population civile de l'État auteur du fait illicite devraient être interdites puisqu'elles violent un droit fondamental.

35. Il est bon à cet égard de rappeler que l'article 23 de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, du 12 août 1949, oblige chaque partie contractante à accorder le libre passage à tout envoi de médicaments et de matériel sanitaire destiné à la population civile d'une autre partie contractante, même ennemie. Cet article 23 exprime incontestablement une coutume bien établie. Les mesures qui viseraient à interrompre l'envoi de tels produits en temps de guerre, et a fortiori en temps de paix, seraient donc interdites.

36. À propos encore de l'article 50, M. Momtaz exprime les très sérieux doutes que lui inspire l'exemple donné à la dernière note du paragraphe 347 du rapport. Le droit reconnu aux marines de guerre des États belligérants d'arraisonner en haute mer les navires de commerce battant pavillon d'un État neutre afin de s'assurer qu'ils ne transportent pas de la contrebande de guerre à destination du territoire ennemi n'a absolument rien à voir avec le sujet à l'examen. En outre, en français, l'expression « droits de poursuite » n'est pas pertinente car elle a un sens très différent en droit de la mer. Si on veut maintenir cette note, il faudrait en modifier le libellé.

37. En ce qui concerne les limitations dites procédurales qui encadrent les contre-mesures, M. Momtaz juge perti-

nente la remarque de M. Simma, qui a mis en doute l'utilité de dispositions relatives au règlement des différends dans le projet d'articles. Il reste que des différends peuvent surgir entre les États concernés par les contre-mesures au sujet de la nature de l'acte attribué à l'État faisant l'objet de ces contre-mesures. Celles-ci ne peuvent se justifier qu'en réponse à un comportement illicite. Un conflit pourrait donc surgir justement sur le point de savoir si le fait en cours est illicite ou non. Ainsi, quand l'Iraq a dénoncé, en 1969, le traité frontalier qui le liait depuis 1937 à l'Iran, il se targuait d'agir contre un État « prétendument responsable », pour reprendre l'expression de M. Kamto, et son initiative ne relevait donc pas des contre-mesures licites, mais plutôt des mesures de rétorsion ou des représailles.

38. Dans ces conditions, il serait judicieux de prévoir dans le texte le recours à un règlement des différends par tierce partie. Nombreux sont les cas où des États adoptent des contre-mesures alors que l'illicéité du fait d'origine est fortement contestée par l'État qui en fait l'objet. Lorsqu'il existe des doutes quant à l'illicéité du fait d'origine et que le droit international n'est pas catégorique sur ce point ou est en pleine mutation, M. Momtaz se demande si le recours à une procédure obligatoire de règlement ne s'imposerait pas. Le projet d'article 50 *bis* est le bienvenu car il répond à une préoccupation essentielle.

39. Pour terminer, M. Momtaz attire l'attention sur le paragraphe 364 du rapport, où il est question, à titre d'exemple, d'accords concernant un échange de prisonniers de guerre. L'expression ne lui paraît pas correcte ni conforme au droit international humanitaire : selon l'article 118 de la Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, du 12 août 1949, les États belligérants sont tenus de libérer et non d'échanger les prisonniers de guerre qu'ils détiennent dès la fin des « hostilités actives », sans aucune condition. En d'autres termes, les États qui organiseraient un accord d'échange de prisonniers de guerre se comporteraient d'une façon contraire à cette convention, qui consacre une coutume indubitablement établie. Il serait plus sage de ne pas citer un tel exemple.

40. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA constate que la question des contre-mesures est un sujet politiquement sensible, à en juger par la diversité des réactions des États au projet d'articles adopté par la Commission en première lecture. L'élaboration d'un corps de règles de droit tendant à canaliser et circonscrire les conséquences des contre-mesures répond précisément à l'exigence de conférer une allure de normalité à une décision qui relève, par nature, de la seule appréciation souveraine de son auteur mais qui est redoutée pour ses conséquences. À cet égard, les projets d'articles 47 à 50 figurant au paragraphe 367 du troisième rapport représentent une option courageuse qui mérite d'être retenue, au moins comme texte de travail pour la Commission.

41. La section D du chapitre III appelle trois séries d'observations générales. Tout d'abord, la lecture peut inspirer, au moins, deux attitudes. La première est une attitude de dramatisation, face à la notion de contre-mesures perçue comme un système d'exception, un mécanisme de justice privée au regard du niveau atteint dans l'institu-

tionnalisation de la communauté internationale, attitude qui commande de normaliser et de codifier les contre-mesures. À cela peut être opposée une attitude de banalisation ou d'indifférence dictée par le fait que la motivation du recours aux contre-mesures relève de la seule appréciation, par l'État, de l'importance de ses intérêts – les contre-mesures ayant en quelque sorte une fonction « alimentaire » – que l'on trouve d'ailleurs exprimée par l'arbitre Reuter dans l'affaire de l'*Accord relatif aux services aériens*. Sous cet angle, la codification du droit relatif aux contre-mesures est nécessaire en ce qu'elle peut contribuer à limiter l'emprise de la loi de la jungle dans les relations internationales. Quelle que soit l'attitude adoptée, l'exercice mené par la Commission doit donc suivre son cours.

42. Pour que l'exercice suive effectivement son cours, encore faut-il que la Commission sache de quoi elle parle. Or, à cet égard, la section D du chapitre III est en retrait par rapport au texte adopté par la Commission en première lecture sur la notion même de contre-mesure, lequel avait à la fois l'avantage et l'inconvénient de dire qu'il faut voir dans les contre-mesures un fait justifié par une finalité, sans toutefois expliciter sa consistance matérielle. La section D est à son tour totalement silencieuse sur ce point et c'est là une des faiblesses conceptuelles de l'article 47 tel que remanié par le Rapporteur spécial. Elle ne règle pas non plus le statut des contre-mesures, notamment en cas de pluralité d'États responsables, car un État, même puissant, l'est nettement moins face à plusieurs adversaires contre tous lesquels il n'est jamais sûr d'avoir raison. Cela incline à relativiser l'efficacité même des contre-mesures. Enfin, l'éclatement de la notion même de contre-mesures en deux branches, celle des contre-mesures décidées par l'État lésé, en quelque sorte à titre conservatoire, et celle des contre-mesures ordonnées par un tiers impartial, est de nature à compromettre l'unité du régime en cours d'élaboration. Le document à l'examen ne règle pas spécifiquement le régime de l'une et l'autre de ces branches, alors que celui-ci gagnerait à être éclairé par un mécanisme intégré de règlement des différends approprié.

43. En dernier lieu, la lecture du rapport laisse penser que l'encadrement normatif des contre-mesures doit reposer sur deux piliers fondamentaux propres à déterminer son fonctionnement rationnel. Il s'agit, d'une part, de l'exigence de proportionnalité, dont le caractère de règle ou de principe général du droit n'est plus à établir, mais dont une formulation plus correcte dans le projet d'articles pourrait contribuer à lever toute équivoque sur les mobiles des contre-mesures et, ainsi, faciliter l'appréciation de la bonne foi de leur auteur au moment où il décide d'y recourir. Le deuxième pilier, qui manque dans le projet et devrait faire l'objet d'une proposition du Rapporteur spécial et de la Commission, est l'aménagement plus que nécessaire d'un mécanisme de règlement de différends aussi ouvert que possible pour conférer une assise plus rationnelle, ou une légitimité, aux contre-mesures dans le droit international actuel et contribuer ainsi à réduire l'ambiguïté créée par la dualité des contre-mesures – conservatoires d'une part, enjointes aux États par un tiers impartial d'autre part. Tout cela tendrait à instaurer une rationalité qui réduirait la portée de la présomption de responsabilité dont pourrait se prévaloir un État qui se prétend lésé pour instrumenter tel ou tel comportement à titre de contre-mesure vis-à-vis de l'État prétendument responsable. Il y a lieu en effet de

redouter un engrenage de responsabilités qui se télescopent ou se concurrencent, précisément parce que nul ne sait qui est responsable ou qui est lésé, engrenage auquel la section D du chapitre III ne propose pas la moindre parade. L'efficacité ou l'utilité de la technique des contre-mesures et, partant, la fiabilité des projets d'articles s'y rapportant s'en trouvent en quelque sorte interpellées.

44. M. Pambou-Tchivounda tient par ailleurs à faire quelques propositions de réécriture avant le renvoi des projets d'articles au Comité de rédaction. Il propose tout d'abord que l'article 47 soit intitulé « Objet et but des contre-mesures » plutôt que « Objet et contenu des contre-mesures » parce que ce qui compte, c'est l'objectif poursuivi lorsqu'un État décide de prendre des contre-mesures. S'agissant de la définition des contre-mesures, dont l'exigence s'impose d'elle-même, mais qui est une nouveauté dans le système de la responsabilité des États, il propose, en s'inspirant du début du paragraphe 1 de l'article 47 adopté en première lecture, le libellé suivant :

« Au sens des présents articles, le terme “contre-mesures” désigne le fait pour l'État lésé de prendre unilatéralement toute disposition qu'il juge appropriée pour inciter un État responsable à s'acquitter de ses obligations au titre desdits articles, aussi longtemps qu'il ne s'est pas acquitté de ces obligations et qu'il n'a pas satisfait à la demande de l'État lésé aux fins de s'en acquitter. »

Le dernier membre de phrase permet d'éviter le recours à la notion de nécessité qui a une trop grande charge de subjectivité et peut dès lors donner lieu à contestation. Le paragraphe 2 pourrait être remanié comme suit :

« Sous réserve des conditions et restrictions énoncées dans les articles 48 à 50, un État lésé peut prendre des contre-mesures portant sur l'exécution d'une ou plusieurs obligations internationales à sa charge envers l'État responsable. »

Enfin, il conviendrait de reprendre le paragraphe 3 du texte adopté en première lecture en substituant aux termes « État auteur d'un fait internationalement illicite » l'expression « État responsable ».

45. L'article 47 *bis* est le résultat de la dislocation de l'article 50 adopté en première lecture, laquelle n'a pas de raison d'être. Il faudrait au contraire raisonner dans le cadre d'une conception intégrée de l'article 47 *bis* proposé par le Rapporteur spécial et de l'article 50 adopté en première lecture pour en faire un tout, mais plus condensé dans le sens qu'ont préconisé MM. Momtaz et Pellet. Par contre, l'intitulé « Obligations non soumises à des contre-mesures » doit être préféré au titre « Contre-mesures interdites » qu'avait adopté la Commission en première lecture et qui dénote une contradiction. Une contre-mesure, lorsque c'est autorisé, ne peut pas être interdite.

46. La construction de l'article 48 proposé par le Rapporteur spécial est le résultat d'un exercice de méthode qui, mené au plan strictement formel ou structurel et non pas fonctionnel, conduit à perdre de vue que les contre-mesures doivent être utiles et jouir d'un minimum d'enracinement dans l'ordre juridique international qui préexiste afin de servir non seulement des États mais, par-delà les États, le droit international et la communauté

internationale. C'est pourquoi M. Pambou-Tchivounda préconise un article 48 constitué de trois paragraphes. Le paragraphe 1 devrait subordonner l'exercice du droit de prendre des contre-mesures à la mise en œuvre préalable d'un système de règlement des différends qu'il faut nécessairement prévoir dans le corps de dispositions. Dans cet esprit, il conviendrait de s'inspirer du libellé du paragraphe 2 de l'article 48 adopté en première lecture, de telle sorte que le paragraphe 1 se lirait :

« Un État lésé qui prend des contre-mesures s'acquitte de ses obligations relatives au règlement des différends conformément aux présents articles ou de toute autre procédure de règlement des différends en vigueur ou à convenir entre l'État lésé et l'État responsable. »

Suivrait un paragraphe 2 relatif aux mesures conservatoires, qu'il ne faut pas exclure mais appréhender conformément au paragraphe 1. Viendrait enfin le paragraphe 3 qui correspondrait à ce que M. Pellet a appelé « l'aménagement de l'ordre des facteurs » et qui se lirait ainsi :

« L'État lésé qui prend des contre-mesures se conforme à la procédure suivante :

- a) Demande de cessation ou de réparation;
- b) Offre de négociation;
- c) Notification des contre-mesures. »

47. Enfin, les articles 49 et 50 seraient consacrés à la proportionnalité et à la suspension des contre-mesures, dans le sens de ce que propose le Rapporteur spécial dans la section D du chapitre III de son rapport.

Coopération avec d'autres organismes

[Point 9 de l'ordre du jour]

DÉCLARATION DE L'OBSERVATEUR DU COMITÉ JURIDIQUE INTERAMÉRICAIN

48. Le PRÉSIDENT souhaite la bienvenue à M. Brynmor T. I. Pollard, observateur du Comité juridique interaméricain, et lui donne la parole.

49. M. POLLARD (Observateur du Comité juridique interaméricain) rappelle que le Comité juridique interaméricain est composé de 11 juristes, ressortissants d'États membres de l'OEA qui sont élus à titre personnel et pour quatre ans par l'Assemblée générale de l'Organisation et sont rééligibles.

50. Le Comité juridique interaméricain a pour vocation principale de servir d'organe consultatif de l'OEA pour les questions juridiques internationales, de promouvoir le développement progressif et la codification du droit international et d'étudier les problèmes juridiques que pose l'intégration des pays en développement de l'hémisphère et la normalisation de leur législation. Au cours de ses dernières sessions ordinaires, il s'est plus particulièrement intéressé à cinq grands sujets, à savoir le droit d'accès à l'information, notamment aux informations personnelles (et ses restrictions), l'amélioration de l'administration de

la justice dans les Amériques, la mise en œuvre de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer par les États de l'hémisphère, l'établissement d'un rapport sur les droits de l'homme et la biomédecine ou sur la protection du corps humain et les aspects juridiques de la sécurité de l'hémisphère.

51. Sur la demande de l'Assemblée générale de l'OEA, le Comité a cherché à savoir dans quelle mesure les législations nationales traitaient de l'accès à l'information et de la protection des données personnelles pour décider de l'opportunité d'établir un avant-projet de convention interaméricaine sur le modèle de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel. À son avis, il importe que les systèmes de courrier électronique ou de transmission numérisée de données, qu'ils soient publics ou privés, bénéficient d'une protection juridique suffisante. Mais six États membres seulement ayant répondu à ses demandes d'information, le Comité a décidé de poursuivre l'examen de la question en vue de déterminer la meilleure façon de procéder, notamment s'il fallait envisager des principes fondamentaux, des directives, une loi type ou un projet d'instrument international couvrant ce domaine d'activité.

52. Le sujet de l'administration de la justice dans les Amériques, à l'étude depuis 1995, a fait l'objet d'un rapport préliminaire présenté au Conseil permanent de l'OEA. Ce rapport contient une étude approfondie des principes, procédures et mécanismes visant à préserver l'indépendance des magistrats et des avocats dans l'exercice de leurs fonctions. Le Comité est très favorable aux initiatives issues des réunions de ministres de la justice ou procureurs généraux de la région des Amériques. Il se félicite en particulier de la décision prise par les ministres d'instituer le Centre d'études judiciaires des Amériques et de leur volonté affichée d'améliorer l'accès des couches sociales défavorisées à la justice ainsi que d'affermir la coopération entre États membres de l'OEA dans la lutte contre la criminalité transnationale et la cybercriminalité.

53. En mars 2000, le Comité a adopté un document passant en revue les droits et les obligations des États en vertu de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et décidé qu'il serait distribué à tous les organes des États membres chargés d'appliquer la Convention ou concernés par le droit de la mer. Il s'agit d'un guide fort utile pour donner effet aux dispositions de la Convention en raison de la complexité de celle-ci et des difficultés que les États en développement rencontrent dans sa mise en œuvre. Le Comité a aussi décidé de poursuivre l'examen de la question au vu des commentaires qu'il recevrait, le cas échéant, de la part des États membres et du Comité des affaires juridiques et politiques du Conseil permanent de l'OEA.

54. À l'initiative de l'un de ses membres, le Comité a commencé à examiner la question de l'établissement d'un rapport sur les droits de l'homme et la biomédecine ou sur la protection du corps humain. Parmi les problèmes abordés figuraient ceux du droit à la vie à partir du moment de la conception et des embryons excédentaires dans les procédures d'insémination ou de fécondation artificielle. Il a été convenu que l'objectif suprême devait être de protéger l'embryon et d'écarter des pratiques telles que celles de la

maternité de substitution ou de la paternité posthume. Par contre, il a été jugé prématuré de se préoccuper d'établir une loi type ou un projet de convention dans ce domaine. Le Comité a décidé d'en informer l'Organisation panaméricaine de la santé en lui demandant de lui communiquer des informations et des avis sur les facteurs scientifiques, médicaux et techniques entrant en jeu et toutes autres observations pertinentes.

55. À la cinquante-sixième session ordinaire du Comité, tenue à Washington du 20 au 31 mars 2000, un échange de vues s'est tenu dans le cadre d'une réunion conjointe avec les conseillers juridiques des ministres des affaires étrangères de l'OEA sur la question d'un nouveau concept de sécurité dans l'hémisphère. Des documents ont été présentés par les représentants du Chili, du Mexique et du Pérou ainsi que par des membres du Comité. L'un de ces derniers a présenté au nom du Canada un document intitulé "Human Security: Safety for People in a Changing World". Selon la thèse canadienne, la sécurité des États et la sécurité des hommes se confortent mutuellement. Il est impossible de parvenir à un monde sûr si ses habitants ne sont pas en sécurité. Les autres communications soulèvent la question de la sécurité future de l'hémisphère dans le cadre élargi de la responsabilité mondiale. Toutes ces questions feront l'objet d'un plus ample examen à la session suivante du Comité.

56. Les réunions conjointes avec les conseillers juridiques des ministères des affaires étrangères des États membres de l'OEA qui se tenaient tous les ans auront désormais lieu tous les trois ans. En août 1998, les rapports préliminaires des coorganisateur du centenaire de la première Conférence internationale de la paix de La Haye ont été examinés dans le cadre d'une de ces réunions conjointes. Les coorganisateur se sont engagés à tenir compte des vues exprimées et des conclusions dégagées lors de cette réunion dans la finalisation de leurs rapports.

57. Par ailleurs, depuis 1974, le Comité organise chaque année à l'intention de fonctionnaires des pays de l'OEA un cours de droit international auquel participent des spécialistes renommés. En août 1999, MM. Baena Soares et Candiotti, membres de la CDI, y ont donné des conférences.

58. Pour terminer, M. Pollard remercie les membres de la Commission de l'occasion qui lui a été donnée de maintenir et de renforcer l'association instituée entre la CDI et le Comité. Il les assure de la haute importance que le Comité attache à cette collaboration permanente.

59. M. OPERTTI BADAN dit que la présence de l'observateur du Comité juridique interaméricain à la séance en cours symbolise la nécessité d'harmoniser codification régionale et codification universelle, qui sont des tâches nécessairement complémentaires.

60. La sécurité dans l'hémisphère revêt une importance réelle à l'heure où de nouvelles formules de sécurité régionale voient le jour, formules qui devraient être subordonnées à la Charte des Nations Unies. Face à certaines mesures récentes, on ne peut en effet qu'être préoccupé par le fait que les mécanismes prévus par la Charte n'ont pas été consultés. La sécurité humaine a fait l'objet d'un dialogue intense à la dernière Assemblée générale de l'OEA, et il s'agit là encore d'une question d'une importance capitale. Enfin, la région des Amériques déploie de véritables

efforts en matière d'intégration économique et sociale, et le travail du Comité en la matière sera toujours le bienvenu.

61. Le principe de non-ingérence a toujours limité l'action que peuvent exercer les organisations internationales en faveur de la protection de la démocratie. Quelques semaines auparavant, l'OEA a cependant adopté des mesures d'aide au Gouvernement péruvien dans le but de rétablir le dialogue démocratique, d'améliorer les relations entre les différents pouvoirs et de relancer le fonctionnement de la Cour constitutionnelle et du système judiciaire péruviens. Cela montre de façon très positive que l'OEA ne tourne pas le dos aux problèmes, bien au contraire, et que sa démarche n'est pas de sanctionner, mais de coopérer.

62. M. Operti Badan remercie M. Pollard de sa déclaration et encourage le Comité à poursuivre son effort de codification régionale, qui répond à des besoins dont il n'est pas suffisamment tenu compte dans le cadre de la codification universelle.

63. M. MOMTAZ aimerait, eu égard au rôle déterminant qu'a joué l'Amérique latine dans le développement progressif du droit de la mer, que M. Pollard donne des renseignements supplémentaires sur les difficultés que rencontrent les États latino-américains membres du Comité dans l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, qu'il a lui-même qualifiées de complexes.

64. M. GOCO voudrait savoir quelle suite a été donnée à la Convention interaméricaine contre la corruption adoptée en 1996. En Asie, région à laquelle il appartient, la corruption est un sujet de préoccupation majeur. En fait, le phénomène n'est plus endémique et touche tous les pays. C'est pourquoi il serait intéressant de savoir quelles mesures ont été prises dans le cadre de l'OEA pour lutter contre ce fléau.

65. M. TOMKA demande à M. Pollard quels sont les plans du Comité quant à ses activités futures et s'il existe un échange d'informations entre ses États membres et le Comité à propos des travaux de la Commission. Il a pu constater en tout cas qu'un grand nombre de ces États font part à la Commission d'observations écrites sur ses travaux.

66. M. POLLARD (Observateur du Comité juridique interaméricain) dit qu'en ce qui concerne la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, des difficultés existent, par exemple en matière de délimitation des eaux territoriales, de la zone contiguë, du plateau continental entre États contigus, etc. Mais le véritable problème est que les divisions juridiques des ministères des affaires étrangères manquent de personnel pour établir un catalogue des tâches à accomplir et pour les entreprendre, si bien que beaucoup reste à faire.

67. S'agissant de la corruption, le Comité a consacré beaucoup de temps à établir des projets de loi visant à donner effet à la Convention interaméricaine contre la corruption que M. Goco a évoquée. C'est à présent aux États membres de prendre les mesures voulues en s'inspirant de ces travaux.

68. Quant à la question posée par M. Tomka, qui s'inquiétait de savoir si le Comité tenait compte des travaux de la Commission, il est vrai que le Comité s'occupe essentiellement des questions dont il est saisi par les organes dont il relève, l'Assemblée générale et le Conseil permanent de l'OEA. Cela ne l'empêche cependant pas de tenir compte des travaux de la Commission et de prendre un grand intérêt dans les contacts qu'il peut avoir avec ses membres.

La séance est levée à 12 h 50.

2649^e SÉANCE

Mardi 1^{er} août 2000, à 10 heures

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Operti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka.

Responsabilité des États¹ (suite) [A/CN.4/504, sect. A, A/CN.4/507 et Add.1 à 4², A/CN.4/L.600]

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. M. TOMKA dit que le droit international considère les contre-mesures comme une institution juridique, comme le montre la décision de la CIJ dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, aux termes de laquelle les contre-mesures sont une circonstance pouvant rendre licite un acte qui autrement serait illicite. Les contre-mesures licites devraient donc figurer parmi les circonstances excluant l'illicéité à l'article 30 du chapitre V de la première partie. La nouvelle version de l'article 30 proposée par le Rapporteur spécial au paragraphe 362 de son troisième rapport (A/CN.4/507 et Add.1 à 4) est une base utile

pour la poursuite des travaux, et M. Tomka en appuie pleinement le renvoi au Comité de rédaction.

2. C'est pourquoi il approuve également les articles 47 à 50 *bis*, relatifs aux contre-mesures licites, et félicite le Rapporteur spécial d'avoir renoncé à proposer son nouvel article 30 *bis*, qui aurait fait figurer l'exception de non-exécution (*exceptio inadimplenti non est adimplendum*) parmi les circonstances excluant l'illicéité. La meilleure manière de répondre aux craintes – exprimées par plusieurs membres – que des États recourent illicitement à des contre-mesures est d'énoncer clairement les conditions de licéité de ces dernières, et de limiter ainsi les possibilités d'abus. C'est une raison de plus pour définir clairement dans le projet les conditions dans lesquelles des contre-mesures peuvent être prises, une démarche qui n'a pas été défendue par de grands États, lesquels, dans les observations écrites qu'ils ont faites à la suite de l'adoption des articles en première lecture³, ont préféré qu'elle ne figure pas dans le projet.

3. L'article 47 indique à juste titre que l'objet des contre-mesures est d'amener un État qui a commis un fait internationalement illicite à exécuter les obligations découlant pour lui de la responsabilité, telles que cessation et réparation, et qu'il exclut les contre-mesures punitives. L'article 47 pose néanmoins quelques problèmes. Premièrement, il n'indique pas clairement, parce qu'il utilise le mot « peut » au paragraphe 1, si un État lésé a un droit subjectif de prendre des contre-mesures, avec en contrepartie l'obligation correspondante d'au moins tolérer ce comportement de l'État dont le fait illicite est allégué, ou si l'article prévoit seulement la possibilité pour l'État de prendre de telles contre-mesures. Au paragraphe 322 de son rapport, le Rapporteur spécial affirme précisément qu'« il vaudrait mieux formuler l'article 47 comme une affirmation de l'habilitation d'un État lésé à prendre des contre-mesures contre un État responsable dans le but et sous les conditions précisés par les articles concernés ». Or cette habilitation ne figure pas dans le texte de l'article lui-même. Ainsi, même si au paragraphe 294 de son rapport le Rapporteur spécial ne fait pas pleinement sienne l'approche qui avait été prise par la Commission lorsqu'elle a adopté l'article 47 en première lecture, il adopte en fait plus ou moins la même démarche. Le terme « licite » ne figure pas au chapitre II de la deuxième partie *bis*, mais à l'article 30, et l'illicéité des contre-mesures est exclue non par les articles 47 et suivants, mais par l'article 30.

4. La question peut au premier abord sembler purement théorique. Certains gouvernements pourraient néanmoins être réticents s'agissant de reconnaître à l'État un « droit » de prendre des contre-mesures. Par exemple, l'Argentine a proposé que les contre-mesures soient considérées comme un fait simplement toléré par le droit international, tandis que le Danemark, au nom des pays nordiques, estime qu'il faut en premier lieu déclarer que le recours à des contre-mesures est illicite sauf si certaines conditions sont réunies⁴.

¹ Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), chap. III, sect. D, p. 62.

² Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

³ *Annuaire... 1998*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/488 et Add.1 à 3 et *Annuaire... 1999*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/492.

⁴ *Ibid.*

5. Au paragraphe 1 du commentaire de l'article 30, la Commission a défini une contre-mesure comme « une mesure *admise** par le droit international à titre de réaction à une infraction internationale », et a dit au paragraphe 4 : « Ce n'est que dans des hypothèses déterminées que le droit international accorde à l'État lésé par un fait internationalement illicite commis à son détriment ... la *faculté** d'avoir recours, à l'encontre de l'État coupable dudit fait, à une mesure se traduisant ... par la lésion d'un droit subjectif international dudit État »⁵. Nulle part dans le commentaire de l'article 30 la Commission n'a utilisé le mot « droit » en ce qui concerne les contre-mesures. Ce mot n'est pas non plus utilisé dans le commentaire général du chapitre III (Contre-mesures) de la deuxième partie adoptée en première lecture⁶. Au contraire, le paragraphe 2 de ce commentaire précise qu'« il existe suffisamment d'éléments démontrant que la pratique des contre-mesures est *admise** par le droit international coutumier en tant que moyen de réagir à un comportement illicite ». Ainsi, l'idée d'un « droit » de prendre des contre-mesures n'apparaît qu'au paragraphe 1 du commentaire de l'article 47, aux termes duquel « l'idée de base de la notion de contre-mesures est que l'État lésé est en droit de ne pas respecter une ou plusieurs de ses obligations envers l'État auteur du fait illicite ». Mais si, dans certaines conditions, des contre-mesures peuvent être prises dans l'exercice d'un droit subjectif, il n'y a eu nul besoin de faire figurer les contre-mesures dans la première partie parmi les circonstances excluant l'illicéité puisque, par définition, l'exercice d'un droit ne peut être illicite.

6. M. Tomka dit qu'il approuve le texte proposé par le Rapporteur spécial pour le paragraphe 1 de l'article 47 à condition qu'il soit clairement indiqué dans le commentaire que ce paragraphe prévoit la faculté, mais non le droit de prendre des contre-mesures.

7. Quant au problème de la relation entre la suspension de l'obligation et les contre-mesures, il est envisagé au paragraphe 2 de l'article 47, aux termes duquel « Les contre-mesures sont limitées à la suspension de l'exécution d'une ou plusieurs obligations internationales... », et dans le chapeau de l'article 47 *bis*, relatif aux obligations ne pouvant faire l'objet de contre-mesures. À cet égard, M. Tomka souscrit pleinement aux vues exprimées au paragraphe 325 du rapport, mais est réservé au sujet du paragraphe 324 et quant à l'opportunité de faire figurer dans le projet une notion que la Commission s'était délibérément abstenue d'y introduire jusqu'ici. Au paragraphe 324, le Rapporteur spécial évoque les conclusions de la CIJ dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, mais la situation était dans cette espèce tout à fait différente. La Cour a accepté l'argument d'une des parties selon lequel une décision de l'autre partie d'arrêter les travaux prévus par le traité équivalait à une tentative de suspendre l'exécution du traité, mais elle a conclu que c'était au regard du droit des traités qu'il fallait déterminer si une convention avait ou n'avait pas été régulièrement suspendue. C'est pourquoi il faut veiller, aux articles 47 et 47 *bis*, à éviter toute référence à la suspension de l'exécution. Peut-être suffit-il de dire, au paragraphe 2, que les contre-

mesures sont limitées à la non-exécution d'une ou plusieurs obligations internationales de l'État, pour éviter de donner l'impression que le droit de la responsabilité des États prévoit des motifs supplémentaires de suspension de l'exécution d'obligations.

8. Les critères justifiant la distinction entre les articles 47 *bis* et 50 ne sont pas clairs, et M. Tomka pense comme d'autres membres qu'il serait préférable de réunir ces deux articles comme ceux adoptés en première lecture. Si l'énumération qui figure à l'article 47 *bis* est pour l'essentiel acceptable, on peut néanmoins se demander comment, en pratique, une obligation relative au règlement des différends par tierce partie (al. *c*) peut être suspendue à titre de contre-mesure. S'il y a compétence obligatoire et que l'État exerce le droit de saisir la tierce partie, la non-comparution de l'autre partie ne mettra pas en elle-même fin à la procédure. En fait, il faudrait prévoir spécifiquement le cas où le traité interdit expressément le recours à des contre-mesures. Le Rapporteur spécial a envisagé la question au paragraphe 343 de son rapport, mais il conclut que ce « résultat peut... être obtenu par l'opération de la *lex specialis* (article 37 adopté en première lecture) et il est suffisant de mentionner cette possibilité dans le commentaire de l'article 50 ». Toutefois, lorsqu'elle s'est penchée sur l'état de nécessité, la Commission a en première lecture adopté pour l'article 33 un texte qui interdit d'invoquer l'état de nécessité si cette possibilité est expressément exclue par le traité.

9. Enfin, M. Tomka appuie le texte proposé par le Rapporteur spécial pour l'article 49, et note à cet égard que le mot « proportionnelles » a été utilisé non seulement par la CIJ dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, mais aussi par la Commission il y a quelque 20 ans dans son commentaire de l'article 30.

10. M. KABATSI dit que les partisans des contre-mesures soutiennent qu'en l'absence d'autorité judiciaire centralisée capable de dispenser et de faire respecter la justice parmi les États, ces derniers doivent être autorisés ou habilités à se protéger par eux-mêmes si leurs droits internationaux sont violés. On soutient également qu'une telle pratique est de toute façon autorisée par la coutume internationale, laquelle a la force du droit. On dit également que cette pratique a été approuvée par la CIJ dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. On dit aussi que définir pour les contre-mesures un régime équilibré devrait être plus utile, s'agissant d'éviter les abus, que de garder le silence sur le problème. En outre, on souligne que des restrictions et des interdictions rigoureuses du recours à des contre-mesures sont prévues dans le projet, pour faire en sorte que l'État qui se prétend lésé ne prenne des contre-mesures contre l'État qui aurait commis le fait illicite que s'il n'y a pas d'autre solution, et de manière à éviter de porter, ce faisant, préjudice à des États tiers et atteinte aux droits de l'homme fondamentaux.

11. Ainsi, les projets d'articles visent à indiquer, premièrement, que des contre-mesures ne peuvent être prises qu'en réaction à un comportement effectivement illicite; deuxièmement, que l'objet des contre-mesures est d'amener l'État ayant commis ce fait à s'acquitter de ses obligations de cessation et de réparation, et non de punir cet État; troisièmement, que les contre-mesures ne peuvent être utilisées qu'en dernier recours, lorsque les autres

⁵ Voir *Annuaire... 1979*, vol. II (2^e partie), p. 128 et 129.

⁶ Voir *supra* note 1.

moyens ont échoué ou qu'il est clair qu'ils seraient inefficaces s'agissant d'amener l'État fautif à s'acquitter de ses obligations internationales; quatrième, que les contre-mesures ne peuvent être mises en œuvre que dans la mesure nécessaire à cette fin; cinquième, qu'aux termes des conclusions de la CIJ dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, les contre-mesures doivent être réversibles; enfin, qu'un dialogue s'engagera entre l'État qui se dit lésé et l'État accusé du fait illicite avant et pendant le recours aux contre-mesures.

12. De prime abord, tous ces arguments semblent donner un visage humain au régime proposé pour les contre-mesures. Toutefois, en réalité, on ne peut guère dire qu'il en soit ainsi. Si en théorie les contre-mesures sont une faculté à la disposition de tous les États, en pratique le déséquilibre des règles les régissant avantage les États puissants au détriment des plus faibles. Ce n'est pas une coïncidence si ce sont les États les plus puissants qui sont les plus favorables aux contre-mesures et les États faibles, qui sont de loin la majorité, qui leur sont opposés. Les puissances moyennes ont évidemment une attitude plus ambivalente, car leur crainte d'être victimes de contre-mesures prises par des États puissants est compensée par la faculté de pouvoir en prendre à l'encontre d'États plus faibles qu'eux-mêmes.

13. En outre, la détermination de l'existence d'un fait illicite ou d'un comportement illicite ainsi que l'étendue et la gravité de ce fait ou de ce comportement sont laissées à l'appréciation unilatérale de l'État qui prend les contre-mesures. De même, la question de la proportionnalité, en particulier l'appréciation de la gravité du préjudice, est laissée au jugement de cet État. Par ailleurs, comme l'admet le Rapporteur spécial, les effets des contre-mesures peuvent n'être pas réversibles. De plus, même si le projet d'articles s'efforce d'interdire les contre-mesures qui affectent des États tiers ou portent atteinte aux droits de l'homme fondamentaux, il est souvent inévitable qu'un préjudice grave soit causé à ces États tiers, et une atteinte portée à ces droits, même s'ils ne sont pas la cible directe des contre-mesures. Cela non plus, le Rapporteur spécial ne le conteste pas.

14. C'est à juste titre que M. Simma a comparé les contre-mesures à un dragon mystérieux, sans toutefois suggérer de tenter de domestiquer ce dragon. Peut-être est-ce parce que les dragons sont, par leur nature même, impossibles à domestiquer. De toute manière, il est bien connu qu'il est préférable de rencontrer des animaux moins mythiques comme les lions et les léopards dans la nature que de les laisser libres au sein de la communauté. C'est pourquoi M. Kabatsi ne peut souscrire à un projet d'articles qui, tel qu'il est actuellement libellé, ne peut qu'aggraver les inégalités entre les États, dont la majorité sont déjà victimes du sous-développement, du déséquilibre des termes de l'échange, de retards technologiques et d'une dette dont le poids les écrase.

15. Quant à savoir si les dispositions proposées maintenant par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport constituent une amélioration par rapport à celles adoptées en première lecture, M. Kabatsi considère les propositions actuelles comme un pas dans la mauvaise direction, comme l'a soutenu avec éloquence M. Kamto. Les dispositions adoptées en première lecture étaient liées à des

mécanismes de règlement des différends qui étaient applicables avant le recours à des contre-mesures et qui, tout en constituant une garantie contre les abus, tenaient aussi compte de la possibilité réelle que les projets d'articles prennent finalement la forme d'un instrument international contraignant. Une telle perspective n'est pas envisagée dans le cadre des propositions actuelles. L'alinéa b de l'article 50 adopté en première lecture, qui interdit le recours, à titre de contre-mesures, à des mesures de contrainte économique ou politique extrêmes visant à mettre en péril l'indépendance territoriale ou politique d'un État ayant commis un fait internationalement illicite, doit disparaître du projet proposé pour adoption en seconde lecture. Il n'y a désormais pratiquement plus de garanties contre les erreurs et abus éventuels. S'il doit choisir entre les projets d'articles proposés pour adoption en première lecture et ceux proposés pour adoption en deuxième lecture, M. Kabatsi choisira les premiers, qui au moins offrent aux États faibles un réconfort, à savoir un lien entre contre-mesures et règlement des différends préalable. Les limitations procédurales du recours à des contre-mesures imposées par le paragraphe 1 de l'article 48 sont presque entièrement vidées de leur sens par les dispositions du paragraphe 2 du même article.

16. En conclusion, tout en se joignant aux membres de la Commission qui s'opposent à l'inclusion de contre-mesures licites dans les projets d'articles, en particulier pour les raisons détaillées exposées par M. Kateka, M. Kabatsi tient néanmoins à donner acte au Rapporteur spécial de ses compétences et à l'en féliciter, en ce qu'il a analysé avec beaucoup de finesse cet aspect extrêmement difficile et complexe de la responsabilité des États.

17. M. AL-BAHARNA dit que, sur la base de son évaluation des commentaires soumis par les gouvernements et des déclarations généralement favorables faites à la Commission, le Rapporteur spécial a présenté un ensemble de projets d'articles révisés sur les contre-mesures sans lien particulier avec les procédures de règlement des différends envisagées dans la troisième partie du projet d'articles. Au paragraphe 289 de son troisième rapport, le Rapporteur spécial évoque l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, qui semble avoir inspiré sa révision des articles sur les contre-mesures. Résumant ses conclusions sur l'arrêt de la Cour, le Rapporteur spécial note que la Cour a « fait sienne la conception des contre-mesures » et a « également adopté l'exigence de proportionnalité ... en retenant une approche plus stricte que celle que pourrait impliquer la rédaction de l'article 49 ». Il en résulte un ensemble de projets d'articles sur les contre-mesures nettement améliorés et beaucoup plus susceptibles d'être acceptés que les articles adoptés sur le sujet en première lecture. Il faut féliciter le Rapporteur spécial pour le travail de pionnier qu'il a ainsi effectué.

18. Comme le nouvel article 47 énonce le droit de l'État lésé de prendre des contre-mesures et les déclare licites si l'État responsable ne fait pas droit à sa demande ou à sa notification, il est préférable au texte adopté en première lecture, qui se contente de définir ces mesures. Les mots « peut prendre des contre-mesures » sont plus appropriés en ce qu'ils permettent à l'État lésé d'agir pour défendre ce qu'il considère comme son droit. D'autre part, peut-être est-il possible de trouver une expression plus heu-

reuse que « à la lumière de ses réponses » qui figure au paragraphe 1. De même, il serait peut-être judicieux d'utiliser un terme moins fort que « demande » (*demands*) qui figure à l'article 47. Il serait peut-être plus adéquat de dire « en réponse à la notification de l'État lésé lui demandant de le faire ». Les mots « sont limitées à » qui figurent au paragraphe 2 représentent une amélioration, car ils reflètent la portée fondamentale des contre-mesures telle que celle-ci est examinée au paragraphe 323 du rapport. À l'article 47 *bis*, les cinq catégories de comportement visées dans l'article 50 adopté en première lecture sont formulées plus élégamment, mais les alinéas *a* à *e* devraient être numérotés 1 à 5.

19. Le contenu du nouvel article 48 représente une nette amélioration par rapport à celui de l'article adopté en première lecture en ce qu'il ne mentionne pas la troisième partie et qu'il énonce dans un ordre logique les mesures progressives que doit prendre l'État lésé. Il faut se louer qu'une procédure aussi « civilisée » soit prévue. Toutefois, l'alinéa *a* du paragraphe 1 devrait se lire « Adresser à cet État une notification lui demandant d'exécuter ses obligations » car les mots « une demande motivée » sont superflus. Toute demande doit indiquer les raisons qui la motivent. À l'alinéa *b* du paragraphe 1, c'est à juste titre que le mot « notifier » est utilisé. Il faut conserver la procédure définie aux alinéas *a* à *c* du paragraphe 1 et ne pas supprimer l'alinéa *b*, puisque les mesures visées doivent être prises avant le recours à des contre-mesures. À l'alinéa *c*, « offrir » serait préférable à « accepter ».

20. Le Rapporteur spécial semble justifier les mesures provisoires en tant que première réaction au fait illicite commis par l'État responsable, mais M. Al-Baharna n'est pas personnellement favorable au paragraphe 2 car, en l'absence d'un cadre juridique spécifique, les mesures provisoires possèdent en fait et en pratique toutes les caractéristiques des contre-mesures, et ce, sans aucune garantie juridique. De ce fait, un État lésé qui sait qu'il est tenu d'appliquer la procédure progressive définie au paragraphe 1 préférera recourir à des contre-mesures en vertu du paragraphe 2, vidant ainsi de sa substance la procédure définie au paragraphe 1.

21. Si le paragraphe 2, relatif aux contre-mesures provisoires, peut être supprimé, il ne faut pas, comme le propose le Rapporteur spécial, supprimer les paragraphes 3 et 4, car ceux-ci sont liés au paragraphe 1. Les mots « dans un délai raisonnable » devraient constituer pour l'État lésé une garantie satisfaisante contre des négociations prolongées et vaines.

22. L'article 49 proposé est plus simple et plus clair que le texte adopté en première lecture et consacre à juste titre la règle limitant le droit de prendre des contre-mesures telle que celle-ci a été établie dans l'arrêt rendu dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. Le nouvel article 50 représente lui aussi une amélioration, parce que l'alinéa *a* en est libellé beaucoup plus élégamment que l'alinéa *b* de la version antérieure et que l'idée contenue dans l'actuel alinéa *d* est reprise à l'alinéa *b* du texte proposé. M. Al-Baharna estime que, pour les raisons exposées aux paragraphes 352 à 354 du rapport, l'alinéa *a* proposé pour l'article 50 est acceptable et il pense avec le Rapporteur spécial qu'il n'y a nul besoin d'ajouter « ou indépen-

dance politique de l'État », car cette notion est implicite dans l'expression « intégrité territoriale ».

23. La question de savoir ce qu'il faut entendre par « droits fondamentaux de l'homme », une expression qui figure à l'alinéa *b* de l'article 50, reçoit une réponse adéquate au paragraphe 351 du rapport, qui semble indiquer qu'une interprétation plus large de cet alinéa *b* pourrait comprendre une interdiction des représailles contre des individus, qui sont prohibées par le droit international humanitaire. L'accent mis dans cet alinéa *b* sur les tierces parties, par opposition aux États tiers, est expliqué au paragraphe 349 du rapport. D'autre part, cette explication, lue à la lumière de la disposition expresse de l'alinéa *b* de l'article 50, confirme que cette disposition vise les droits des tiers en général et les droits de l'homme fondamentaux en particulier et que son champ d'application est donc loin de se limiter aux droits de l'homme fondamentaux. Pour cette raison, il est à craindre que les États rejettent cet alinéa *b* dans son état actuel, alors qu'ils pourraient l'accepter si l'on ajoutait les mots « de l'homme » pour aboutir à l'expression « droits de l'homme de tierces parties ».

24. Notant que l'article 50 *bis* proposé contient la plupart des éléments figurant dans l'article 48 adopté en première lecture, M. Al-Baharna propose que le paragraphe 1 en soit remanié comme suit : « Les contre-mesures doivent être suspendues si : ». Le paragraphe 3 devrait devenir le paragraphe 2 et vice versa.

25. Enfin, s'agissant du libellé de l'article 30 proposé, et compte tenu du consensus qui semble se faire jour au sein de la Commission selon lequel le principe des contre-mesures serait énoncé dans la deuxième partie *bis*, cet article doit nécessairement figurer dans la première partie du projet, comme il est suggéré au paragraphe 362 du rapport. L'article 30 tel que reformulé par le Rapporteur spécial est préférable à l'article adopté en première lecture mais, pour la clarté, les mots « obligation internationale de cet État » devraient être remplacés par « obligation internationale due par cet État à un autre État ».

26. M. HE fait observer que l'institution des contre-mesures occupe une place importante dans le régime de la responsabilité des États. Son existence en droit international a été confirmée par l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* et la décision de la Commission de l'inclure dans la deuxième partie *bis*, relative à la mise en œuvre de la responsabilité. C'est un sujet délicat, car il met en balance les intérêts de l'État lésé et de l'État responsable. Les États petits et faibles craignent que des États puissants n'abusent des contre-mesures pour exercer une coercition ou imposer leurs exigences. C'est pour cette raison que les contre-mesures ne peuvent être utilisées qu'en dernier recours dans des circonstances exceptionnelles et elles doivent être réglementées soigneusement et avec précision de manière à refléter le droit international coutumier et non reformulées au détriment des États petits et faibles.

27. On a donc proposé que les contre-mesures soient étroitement délimitées, que leur application soit strictement définie de manière à prévenir les abus et qu'une procédure de règlement des différends par tierce partie soit prévue. Selon une autre proposition, il fallait indiquer

clairement que les contre-mesures devaient être prises de bonne foi, mises en œuvre objectivement et ne pas affecter les droits de tierces parties. En outre, on a souligné qu'il était vital d'établir un lien entre les contre-mesures et une procédure de règlement des différends obligatoire afin de préserver la primauté du droit.

28. D'autre part, on a dit que les contre-mesures étaient assujetties à trop de restrictions injustifiées et on a donc demandé que le lien existant entre l'adoption des contre-mesures et le recours à des procédures de règlement des différends disparaisse, au motif que ces procédures étaient trop longues et que l'État responsable risquait d'engager une procédure pour gagner du temps. En outre, le recours à de telles procédures ne pouvait empêcher un État de prendre ce qu'il considérait comme des contre-mesures appropriées.

29. Le cœur du problème est donc de savoir si le recours à des contre-mesures doit être lié à une procédure de règlement des différends. Ce lien garantirait la primauté du droit, mais il ne semble guère réaliste tant que les procédures de règlement par tierce partie obligatoires ne sont pas généralement acceptées par les États. Peut-être serait-il possible de réaliser un équilibre en prévoyant un régime général de règlement des différends par tierce partie dans le projet et en trouvant un moyen concret de séparer les contre-mesures du règlement des différends. À cette fin, il serait nécessaire d'ajuster, de développer et de renforcer l'article 48, la disposition clef sur les contre-mesures. À l'alinéa *c* du paragraphe 1, « accepter » devrait être remplacé par « offrir ». Le paragraphe 3 devrait être ainsi libellé : « Si les négociations n'aboutissent à un règlement du différend : » et viendraient ensuite deux alinéas ainsi libellés : « *a*) L'État lésé ou l'État responsable peut soumettre le différend à une procédure de règlement des différends en vigueur entre eux; *b*) En l'absence de procédure de règlement des différends en vigueur entre eux, le différend peut être soumis à toute procédure de règlement de différends par accord entre l'État lésé et l'État responsable ». L'ensemble du paragraphe 4 devrait être supprimé et remplacé par la phrase : « L'État lésé peut prendre les contre-mesures en question après avoir mené à terme les procédures ci-dessus ».

30. Il est généralement admis que la proportionnalité, à laquelle est consacré l'article 49, constitue une limite aux contre-mesures en droit international. Le texte proposé suit le raisonnement adopté dans l'arrêt rendu dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, qui prend en considération la gravité du fait internationalement illicite et ses effets préjudiciables pour la partie lésée. Il prévoit donc une limitation extrêmement efficace qui devrait contribuer à limiter l'arbitraire unilatéral dans un système auquel une juridiction obligatoire fait défaut.

31. M. ECONOMIDES fait observer que les contre-mesures sont une pratique archaïque qui fonctionne inévitablement à l'avantage des États puissants et sape le prestige et l'autorité du droit international. Le droit interne interdit depuis longtemps de se faire justice soi-même, et il est donc choquant que la même règle ne s'applique pas en droit international. Les contre-mesures sont assurément un mal, mais sont-elles réellement un mal nécessaire ? Quoi qu'il en soit, la majorité des membres de la Commission étant en faveur des contre-mesures, M. Economides

ne peut que souligner la nécessité de les assujettir à un régime aussi rigoureux et restrictif que possible.

32. La Grèce a, dans ses observations, noté à juste titre que les contre-mesures sont plus justifiées pour les violations qualifiées de délit que pour celles qui constituent des crimes internationaux et que cette distinction devrait être reflétée au chapitre III. M. Economides est convaincu qu'il serait naïf de la part des États d'essayer de réagir individuellement aux crimes internationaux visés au projet d'article 19 en prenant des contre-mesures qui pourraient être graves.

33. Les crimes internationaux violent l'ordre public international et toute réaction doit donc être une réaction collective de la communauté internationale agissant par l'intermédiaire de ses organes compétents, et en tout premier lieu le Conseil de sécurité. De telles mesures doivent naturellement être instrumentales mais aussi punitives et objectives. Il faut espérer que le Rapporteur spécial traitera de ce sujet au chapitre IV de son troisième rapport.

34. Pour le moment, il faudrait expressément indiquer à l'article 47 ou dans un autre article que les contre-mesures ne s'appliquent pas en cas de violations d'obligations internationales essentielles pour la protection des intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble. Dans le libellé que propose le Rapporteur spécial, l'article 47 peut être interprété en ce sens, mais uniquement en ce qui concerne les crimes irrémédiables comme le génocide. De même, le projet devrait contenir une disposition spécifiant que les contre-mesures ne s'appliquent pas en cas de crimes internationaux.

35. Avant de pouvoir envisager des contre-mesures, il faut être absolument certain qu'un fait internationalement illicite a été commis. De l'avis de deux représentants éminents de la doctrine, Politis⁷ et Fitzmaurice⁸, qui ont examiné la question il y a de nombreuses années, il serait souhaitable, à tout le moins, d'ajouter le mot « établi » après les mots « fait internationalement illicite » à l'article 47.

36. M. Economides souscrit pleinement à l'opinion exprimée par MM. Kamto, Kateka et Sreenivasa Rao sur la nécessité d'un lien entre les contre-mesures et le règlement des différends. Le règlement des différends par la négociation ou le recours à une tierce partie doit avoir la priorité sur tout type de contre-mesure. À défaut, on favoriserait une action unilatérale sur des bases pouvant être douteuses au détriment de la justice internationale. Bien entendu, il faut veiller à ce que la procédure soit rapide et que les deux parties agissent de bonne foi. Ce n'est que si des concessions réciproques sont manifestement impossibles que des contre-mesures doivent être prises, et elles doivent être équivalentes ou proportionnées au fait internationalement illicite de l'État responsable. En outre, l'adoption du critère de réversibilité des contre-mesures pourrait contribuer à atténuer celles-ci.

37. À l'article 47, les mots « un État lésé peut prendre » devraient être remplacés par « un État lésé peut devoir

⁷ N. Politis, « Le régime des représailles en temps de paix », *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1934, Paris, Pedone, p. 31.

⁸ Quatrième rapport sur le droit des traités, *Annuaire... 1959*, vol. II, doc. A/CN.4/120, p. 46.

prendre ». Le paragraphe 2 pourrait être libellé comme suit : « Les contre-mesures consistent en la suspension d'une ou de plusieurs obligations internationales dues par l'État prenant ces mesures à l'État responsable, sans que la validité de ces obligations en soit affectée d'aucune manière ». Le paragraphe 3 de l'article 47 adopté en première lecture pourrait utilement être conservé dans cet article ou quelque part ailleurs dans le chapitre II.

38. Les articles 47 *bis* et 50 devraient être réunis sous le titre « Obligations ne pouvant faire l'objet de contre-mesures » pour les raisons exposées par M. Pambou-Tchivounda. L'article 48, la disposition la plus importante du chapitre, est la plus problématique car elle favorise l'État lésé, qui contrôle la situation du début jusqu'à la fin. C'est à juste titre que cet article attache beaucoup d'importance à la bonne foi de l'État responsable, mais il ne se préoccupe pas de la bonne foi de l'État lésé – qui peut faire défaut. Comment peut-on améliorer l'équilibre de cet article ? Au paragraphe 1, l'alinéa *b* devrait précéder l'alinéa *a* et de très courts délais devraient séparer les mesures requises dans les trois alinéas. Si l'État responsable accepte l'offre de négocier et que les négociations échouent, et s'il accepte que le différend soit réglé par un tribunal judiciaire ou arbitral, l'État lésé ne doit pas pouvoir recourir unilatéralement à des contre-mesures. De même, l'État lésé ne doit pas avoir le droit de recourir à des contre-mesures s'il refuse de soumettre le différend à une tierce partie impartiale. En outre, il n'y a pas de distinction claire entre les contre-mesures visées au paragraphe 2 et celles mentionnées au paragraphe 3. D'autre part, des contre-mesures peuvent être prises contre l'État responsable si celui-ci refuse les négociations ou le règlement du différend par une tierce partie impartiale, ou s'il n'exécute pas le jugement du tribunal.

39. L'article 49 devrait être ainsi libellé : « Les contre-mesures doivent être égales au préjudice subi ou, si cela est impossible, elles doivent être proportionnelles à ce préjudice ». Le mot « égales » ne doit pas être interprété comme « réciproques ». En son état actuel, la dernière phrase de l'article 49 n'ajoute rien du point de vue juridique. Le titre de l'article 50 *bis* doit être révisé. À l'alinéa *b* du paragraphe 1, le mot « ou » (deuxième occurrence) doit être remplacé par « et », et la fin du paragraphe 2, à partir des mots « ou, d'une autre manière », supprimée. M. Economides dit que l'alinéa *b* du paragraphe 1 est dans la ligne de la proposition qu'il a faite au sujet de l'article 48, car il ne voit pas pourquoi la saisine d'un tribunal devrait automatiquement suspendre les contre-mesures alors que la soumission du même différend à un tribunal, à un stade antérieur, n'empêche pas automatiquement d'en prendre.

40. M. ROSENSTOCK dit que le débat qui est en cours a commencé il y a 20 ans et qu'il s'articule autour du fait qu'il vaut mieux être puissant que faible. Y a-t-il quelque chose de si exceptionnel et de si particulier au sujet des contre-mesures qu'il ne soit pas acceptable de les admettre comme un moyen de faire face à un monde imparfait ? Chacun pense comme M. Economides qu'il est malheureux que la société des nations ne soit pas aussi développée que les ordres internes et qu'il faille de ce fait de temps à autre prendre des contre-mesures pour donner effet à des obligations juridiques. En droit international coutumier, le rôle des contre-mesures ou des représailles est largement et couramment reconnu. L'exemple le plus récent en est la

position prise par la CIJ dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. La Cour et d'autres qui se sont penchés sur la question des contre-mesures ont indiqué clairement qu'il y avait des limites à ce qu'elles autorisaient, que les règles pertinentes devaient être compatibles avec leur efficacité et qu'il fallait éviter les abus. Les contre-mesures sont une réaction à une violation d'une obligation internationale, et la Commission n'aide personne en essayant d'obscurcir ce fait, car le but des contre-mesures est le rétablissement du *statu quo ante*, les relations qui devraient exister selon le droit.

41. Le nouveau texte proposé par le Rapporteur spécial est meilleur que celui qui a été adopté en première lecture, un projet concocté à la hâte en séance plénière dénaturait le travail méticuleux et extrêmement ambitieux accompli par le Comité de rédaction.

42. M. Rosenstock pense comme d'autres membres qu'il faut supprimer la dernière phrase du paragraphe 1 de l'article 47. Le paragraphe 2 de cet article semble acceptable, puisque la « suspension de l'exécution » s'entend à la fois de la levée d'une interdiction et de la suspension d'une obligation positive. Le Comité de rédaction pourrait néanmoins souhaiter trouver un libellé moins obscur. L'alinéa *c* de l'article 47 *bis* semble indûment exhaustif. Vise-t-il des obligations qui n'ont rien à voir avec le fait illicite ou les contre-mesures en cause ? Si tel est le cas, pourquoi ?

43. L'article 48 trahit une approche complexe et risquée et devrait être remplacé par le texte figurant dans la note relative au paragraphe 3 de cet article. Il constitue un piège pour qui n'est pas prudent, de même qu'une source de confusion et de controverse. Il ne correspond pas au droit coutumier ni à la jurisprudence de la CIJ. Quant à l'article 49, sur la proportionnalité, le terme « gravité » renvoie à des questions autres que le retour au *statu quo*. L'article 50 semble dire qu'un État qui a vu son intégrité territoriale compromise et sa juridiction interne violée ne peut réagir proportionnellement. Cela est scandaleux. La rédaction de l'alinéa *b* n'est pas très heureuse. Si causer un préjudice à un État tiers ne peut se justifier dans le cadre de contre-mesures, il n'affecte pas la relation juridique existant entre l'État lésé et les États auteurs du fait illicite.

44. L'article 50 *bis* semble exiger la suspension automatique des contre-mesures même lorsqu'un tribunal autorisé à ordonner cette suspension ne le fait pas. N'est-ce pas là aller trop loin ? Si un accord n'est pas possible, l'objectif fondamental peut être atteint en faisant figurer l'article 30, libellé de manière objective, dans la première partie du projet, sans tenter de préciser quels actes déclenchent la suspension.

45. Enfin, il n'est dans l'intérêt de personne que la Commission réagisse au monde d'aujourd'hui comme s'il était le même qu'il y a 50 ans.

46. M. OPERTTI BADAN souligne l'opposition frontale existant entre ceux qui ne souhaitent pas que les contre-mesures soient prévues dans le projet en tant qu'institution régie par le droit international et ceux qui pensent au contraire que cela est possible. Il s'agit d'un domaine dans lequel la ligne de démarcation entre le droit international proprement dit et les relations extérieures est assez

floue. La Commission, en tant qu'organe composé de juristes, est tenue de contribuer à lever cette incertitude. Sa première tâche est de décider si, en matière de contre-mesures, elle doit se contenter de refléter les réalités ou développer progressivement le droit conformément à l'article 15 de son statut.

47. La question se pose aussi de savoir s'il existe aujourd'hui un ensemble de règles coutumières généralement acceptées qui légitime l'emploi de la force. Des changements tant qualitatifs que quantitatifs sont intervenus au sein de la communauté internationale. L'ONU compte maintenant 189 membres dont les attentes sont différentes. Certains s'efforcent de faire face à des problèmes internes cruciaux, comme le développement économique. D'autres veulent que l'Organisation légitime certains faits ou comportements internationaux. Il est très difficile de parler aujourd'hui d'un droit coutumier immuable et figé. La Commission devrait donc envisager le sujet des contre-mesures avec l'esprit ouvert, sans toutefois abandonner sa démarche juridique en faveur du réalisme.

48. La Commission pourrait adopter des règles en tant que recommandations aux États sur le recours aux contre-mesures pour régler les différends par ce qui est, après tout, un type d'emploi de la force – dans la troisième partie du projet adopté en première lecture, l'État dont la responsabilité est alléguée a la possibilité de faire obstacle aux contre-mesures en déclenchant unilatéralement le mécanisme de l'arbitrage. C'est ainsi qu'a été reconnu le lien entre les contre-mesures et le règlement pacifique des différends. L'article 48 qui est proposé obligerait l'État lésé qui a pris des contre-mesures à exécuter ses obligations de règlement pacifique des différends « en vertu de toute procédure de règlement des différends en vigueur entre lui et l'État responsable ». Pourtant, en l'absence de telles procédures, cette obligation n'existera pas. Cette formulation plus restrictive constitue-t-elle réellement une contribution au développement progressif du droit international ?

49. De même, l'article 50 adopté en première lecture, à la différence du texte actuellement proposé, mentionnait la contrainte économique ou politique extrême parmi les contre-mesures interdites. Cela n'était pas réaliste, parce que de telles mesures ont un impact puissant, non seulement sur les gouvernements mais aussi sur les peuples. Un certain nombre de précédents doivent être pris en considération. À San Francisco, lors de l'adoption de la Charte des Nations Unies, les nations d'Amérique latine avaient présenté des propositions visant à interdire les sanctions économiques. La Déclaration sur les principes du droit international concernant les relations amicales et la coopération entre États conformément à la Charte des Nations Unies⁹ les interdit, et il faut aussi avoir à l'esprit certaines déclarations faites au niveau régional, par exemple l'opinion adoptée par le Comité juridique interaméricain sur la loi Helms-Burton¹⁰.

50. L'alinéa *b* de l'article 50 ne définit pas les droits de l'homme fondamentaux : le Rapporteur spécial a déclaré qu'il n'appartenait pas à la Commission de le faire. Ces droits comprennent-ils les droits économiques ? Pour un

État qui vient d'accéder à l'indépendance politique, les droits économiques, y compris le droit d'accès aux marchés, par exemple, sont effectivement fondamentaux. La stabilité économique va de pair avec la stabilité politique.

51. La référence à l'alinéa *b* de l'article 50 à des « tierces parties » et non à « un État tiers » comme à l'article 47 adopté en première lecture représente un progrès majeur. D'une acception plus large, cette expression vise les personnes physiques et les agents économiques aussi bien que les États.

52. Si l'on décide de traiter des contre-mesures dans le projet d'articles, elles doivent être envisagées non comme un droit mais comme une exception en droit international. En outre, on peut douter sérieusement qu'on puisse réellement garantir la licéité dans la mesure où c'est l'État lésé lui-même qui est autorisé à apprécier la licéité des contre-mesures qu'il prend. C'est pourquoi la proportionnalité telle qu'envisagée à l'article 49 est une notion problématique. Toutes dispositions sur le sujet doivent être aussi simples et concises que possible.

53. Le PRÉSIDENT, prenant la parole en qualité de membre de la Commission, dit qu'il appuie dans ses grandes lignes les propositions présentées par le Rapporteur spécial sur les contre-mesures.

54. Le paragraphe 4 du nouvel article 48 et l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 50 *bis* traitent du même sujet, à savoir la situation après que des contre-mesures ont été prises, et ils doivent être lus ensemble. M. Yamada appelle l'attention sur une question particulière. Le paragraphe 2 de l'article xxiv du Traité d'amitié, de commerce et de navigation entre le Japon et les États-Unis¹¹ est libellé comme suit : « Tout différend qui pourrait s'élever entre les parties quant à l'interprétation ou à l'application du présent Traité et qui ne pourrait pas être réglé de manière satisfaisante par la voie diplomatique sera porté devant la Cour internationale de Justice, à moins que les parties ne conviennent de le régler par d'autres moyens pacifiques ». Si le Japon viole ce traité, par exemple en pratiquant, en violation de son engagement d'accorder le traitement de la nation la plus favorisée aux États-Unis, une discrimination à l'encontre d'Américains présents sur son territoire, les États-Unis doivent s'efforcer d'abord de régler le problème par la voie diplomatique. Si la diplomatie échoue, ils peuvent avoir recours à des contre-mesures. Après cela, ils ont l'obligation, en application du paragraphe 2 de l'article xxiv, de soumettre le différend à la CIJ ou d'accepter un autre moyen pacifique de règlement des différends. Lorsque le différend est soumis à la CIJ, les États-Unis doivent suspendre leurs contre-mesures. Est-ce ainsi qu'il faut interpréter le paragraphe 4 de l'article 48 et l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 50 *bis* du projet ?

55. Un autre point mérite d'être soulevé. Le traité entre le Japon et les États-Unis est une *lex specialis*, alors que le projet d'articles est un ensemble de règles de droit international général et supplétif. Ainsi, le paragraphe 2 de l'article xxiv du Traité doit être appliqué en priorité en cas de problème découlant de ce traité : son régime de

⁹ Voir 2617^e séance, note 19.

¹⁰ Voir 2629^e séance, note 9.

¹¹ Signé à Tokyo le 2 avril 1953 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 206, n° 2788, p. 143).

règlement des différends autonome exclut tout recours à des contre-mesures.

56. M. Yamada convient que le principe de la proportionnalité consacré à l'article 49 fait partie du droit international coutumier. Toutefois, si l'on envisage un équilibre avec le préjudice subi ou la gravité du fait illicite, ce principe soulève des difficultés. À cet égard, M. Yamada partage l'opinion exprimée par M. Gaja et souscrit à l'observation faite par le Gouvernement des États-Unis : les contre-mesures sont autorisées pour amener les États auteurs de faits illicites à exécuter leurs obligations, et la proportionnalité doit être interprétée dans ce sens; en d'autres termes, elle constitue le minimum de mesures nécessaires pour amener l'exécution des obligations.

57. M. GALICKI félicite le Rapporteur spécial de l'imagination et de la ténacité dont il a fait preuve lorsqu'il a traité de la question problématique des contre-mesures. Cette question a été longuement débattue à la Commission de sa quarante-sixième à sa quarante-huitième session, et ce débat a abouti aux dispositions figurant dans les articles 47 à 50. À sa cinquante et unième session, la Commission a adopté une double approche en ce qui concerne les contre-mesures : elle a décidé de conserver l'article 30 sur les contre-mesures en tant que circonstance excluant l'illicéité au chapitre V de la première partie et, dans le même temps, elle a ajourné la finalisation de cet article 30 jusqu'à ce qu'elle ait examiné le régime des contre-mesures au chapitre III de la deuxième partie. Dans son deuxième rapport¹², le Rapporteur spécial a identifié quatre options, allant de la conservation intégrale à la suppression totale des dispositions relatives aux contre-mesures de la deuxième partie. L'opinion qui a prévalu parmi les membres de la Commission était qu'il fallait traiter substantiellement des contre-mesures hors de l'article 30, mais éviter tout lien spécial avec le règlement des différends. Il convient de s'en souvenir maintenant que la Commission est sur le point de prendre sa décision finale quant à la place et à l'ampleur des dispositions sur les contre-mesures dans le projet d'articles sur la responsabilité.

58. Dans son troisième rapport, le Rapporteur spécial fait des propositions rafraîchissantes et courageuses en vue d'une reconstruction des dispositions relatives aux contre-mesures. Malgré certaines critiques, l'opinion qui semble prévaloir est qu'il serait utile d'avoir un chapitre distinct sur les contre-mesures dans la partie relative à la mise en œuvre de la responsabilité de l'État. Tel que proposé, ce chapitre est toutefois trop long, et il conviendrait de l'abrégé en réunissant certains articles. M. Operti Badan a certes raison de dire que le recours à des contre-mesures doit être considéré comme exceptionnel, mais il ne faut pas oublier que dans la pratique quotidienne des États ce recours n'est pas rare. Ce qui semble faire défaut aux dispositions proposées est une définition plus précise ou une description juridique des contre-mesures aux fins du projet d'articles sur la responsabilité des États. Il faudrait s'efforcer de distinguer entre plusieurs notions étroitement liées telles que contre-mesures, représailles, rétorsion et sanctions.

59. Au paragraphe 289 de son rapport, le Rapporteur spécial rappelle à juste titre l'intégralité des éléments

qu'englobe la notion de contre-mesures tels qu'énumérés par la CIJ dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. Ces éléments ne sont pas, néanmoins, pleinement reflétés dans la quasi-définition très succincte et fonctionnelle des contre-mesures qui figure à l'article 47. Des facteurs aussi importants que le caractère bilatéral et réversible des contre-mesures, par exemple, n'ont pas été suffisamment soulignés.

60. M. Galicki rappelle qu'il a déjà émis des doutes au sujet du « divorce » proposé par le Rapporteur spécial parmi les dispositions de l'article 50 adopté en première lecture sur les contre-mesures interdites, et qui résulteraient dans la formulation d'un nouvel article 47 *bis*, relatif aux obligations ne pouvant faire l'objet de contre-mesures. Il n'est pas toujours possible en pratique de distinguer nettement entre « obligations ne pouvant faire l'objet de contre-mesures » et « contre-mesures interdites ». On peut aussi se demander pourquoi certaines situations découlant directement de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies sont envisagées à l'alinéa *a* de l'article 47 *bis*, alors que d'autres figurent à l'alinéa *a* de l'article 50. L'article 50 adopté en première lecture traitait ces questions ensemble en des termes plus proches du libellé de la Charte.

61. La distinction, aux articles 47 *bis* et 50, entre « obligations à caractère humanitaire » et « droits fondamentaux de l'homme » risque de créer des difficultés dans la pratique. La notion même de droits de l'homme fondamentaux pourrait causer de graves problèmes s'agissant des droits précis qu'elle recouvre. Englobe-t-elle la liberté d'aller et de venir et le droit d'être à l'abri de la faim ? Et qu'en est-il du droit à la protection de la propriété, si souvent violé en pratique lorsque des contre-mesures sont prises ?

62. De même, la juxtaposition à l'alinéa *b* de l'article 50 des « droits de tierces parties » et des « droits fondamentaux de l'homme » n'est pas très heureuse, car la première notion concerne les États et la seconde les individus. Pour éviter les problèmes risquant de découler de la mention assez artificielle des « droits des tierces parties » à l'article 50, il pourrait être souhaitable de rétablir le paragraphe 3 de l'article 47 adopté en première lecture, qui traitait le même problème dans le contexte, bien plus approprié, de l'objet et du contenu des contre-mesures.

63. De nombreuses voix se sont élevées contre l'idée de séparer l'article 47 *bis* et l'article 50. Si on les sépare néanmoins, ils doivent être placés très près l'un de l'autre ou se suivre; il faut distinguer clairement entre leurs champs d'application mutuels et utiliser des termes compatibles avec d'autres instruments internationaux, en particulier la Charte des Nations Unies.

64. Les conditions formelles du recours à des contre-mesures sont énumérées à l'article 48, mais elles semblent trop détaillées et devraient être condensées. On pourrait, par exemple, combiner les alinéas *a* et *b* du paragraphe 1. L'ordre dans lequel ces conditions sont énumérées est quelque peu problématique. L'article 48 adopté en première lecture est beaucoup plus logique en ce qu'il place l'obligation de négocier de bonne foi au début de la liste des conditions.

¹² Voir 2614^e séance, note 5.

65. L'article 49 applique les formules utilisées par la CIJ dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* et semble généralement acceptable. Il doit demeurer un article distinct, de manière à souligner l'importance du principe de la proportionnalité dans l'application des contre-mesures. L'article 50 *bis* appelle des corrections éditoriales mais conclut logiquement l'ensemble des articles sur les contre-mesures par les dispositions voulues sur la suspension et la cessation.

66. Les articles 47 à 50 *bis* devraient être renvoyés au Comité de rédaction pour qu'il y mette la dernière main.

67. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), résumant le débat, dit que ses observations seront sans préjudice des vues qui pourront être exprimées ultérieurement, et dont lui-même et le Comité de rédaction tiendront pleinement compte.

68. À sa cinquante et unième session, la Commission a décidé d'améliorer les projets d'article sur les contre-mesures, sans lien spécifique avec le règlement des différends sous la forme unilatérale qui avait été proposée en première lecture, puis d'examiner les commentaires reçus sur la version révisée. La Sixième Commission commenterait alors les dispositions proposées et la Commission en reprendrait l'examen d'un point de vue général à sa cinquante-troisième session dans le cadre du texte final dans son ensemble.

69. De nombreux États et de nombreux membres de la Commission ont fait beaucoup d'observations de caractère général, comme MM. Kabatsi et Kateka, ou de caractère particulier. Dans l'ensemble, les États ont soit accepté avec réticence ou appuyé positivement l'élaboration de dispositions sur les contre-mesures, bien qu'ils puissent changer d'avis lorsqu'ils verront le résultat final. La Commission n'en est pas moins tenue vis-à-vis des États de présenter le meilleur texte possible, sur lequel elle prendra ensuite une décision compte tenu des observations des États.

70. La réticence générale à envisager les contre-mesures est compréhensible, mais les contre-mesures sont une réalité. Ayant connu des situations dans lesquelles des contre-mesures avaient été prises, le Rapporteur spécial pense qu'un peu de réglementation vaut mieux que pas du tout et, à cet égard, il souscrit vigoureusement aux observations faites par MM. Addo, He, Simma et Tomka et d'autres. Dans sa recherche du meilleur texte possible, la Commission doit distinguer nettement entre une question générale, celle de la position adoptée dans le projet en ce qui concerne le règlement des différends, et une autre, plus particulière, celle du lien entre le règlement des différends et les contre-mesures. La réponse à la question générale dépend de la forme que prendra finalement le projet, et celle-ci n'a pas encore été arrêtée. Si, suivant les orientations venant de la Sixième Commission, l'opinion majoritaire au sein de la Commission est qu'il doit prendre la forme d'une convention, le Rapporteur spécial l'acceptera. Dans le même temps, l'article 48 établit entre les contre-mesures et le règlement des différends un lien aussi étroit qu'il est possible sans introduire de nouvelles formes de règlement des différends dans le texte. La Commission est allée aussi loin qu'elle pouvait dans la direction du compromis suggéré par M. Bowett, un ancien membre, sans

contredire la décision prise à la cinquante et unième session au sujet du principe de l'égalité des États. Ce principe avait été sérieusement compromis par le texte examiné par la Commission à cette session, un texte qui aurait sensiblement incité les États à prendre des contre-mesures.

71. Le débat a été extrêmement riche et le Rapporteur spécial ne peut faire des observations sur tous les points soulevés. Il est néanmoins patent que la tentative qu'il a faite pour distinguer entre les articles 47 *bis* et 50 est un échec total. Ces deux dispositions doivent être réunies. Le Rapporteur spécial espère qu'il n'en sera pas moins possible de distinguer entre les obligations pouvant faire l'objet de contre-mesures et celles qui ne le peuvent pas. Mais comme l'a dit M. Gaja, un seul article suffit pour ce faire.

72. Pour ce qui est de la relation entre l'article 30, qui est aussi renvoyé au Comité de rédaction, et les dispositions de la deuxième partie *bis*, l'avis général est que cet article doit demeurer simple dans sa forme. Le Rapporteur spécial aime la proposition de M. Al-Baharna tendant à ce que les mots « obligation internationale de cet État » soient remplacés par les mots « obligation internationale due par cet État à un autre État ». L'article définit l'effet juridique des contre-mesures, à savoir que ces dernières, si elles sont justifiées au regard des dispositions des articles, ne sont pas illicites vis-à-vis de l'État qui en est la cible. Comme a jugé la CIJ dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, et comme il est clairement indiqué dans le chapitre II, les contre-mesures constituent un moyen. Cela étant, on pourrait clarifier le texte de l'article 47 comme l'a suggéré M. Tomka : les dispositions pourraient être inversées pour stipuler qu'on ne peut avoir recours à des contre-mesures que si certaines conditions sont remplies. Les effets illicites éventuels seraient alors réglementés par l'article 30. Le texte n'aurait ainsi rien de l'hypocrisie de celui adopté en première lecture, et à l'égard duquel M. Rosenstock a eu des mots très durs. La majorité des membres est favorable à une formulation plus claire de l'article 47, même s'il faut faire preuve de prudence en ce qui concerne le point soulevé par MM. Opertti Badan et Tomka. Le Rapporteur spécial espère que le Comité de rédaction sera en mesure de régler le problème.

73. Nombre des observations faites sur les articles 47 et 47 *bis* portaient sur la forme, mais deux concernaient le fond. De fait, elles donnent à penser que la section D du chapitre III du troisième rapport ne va peut-être pas assez loin. La première touche la question de la réversibilité, et la seconde celle du bilatéralisme des obligations suspendues. Peut-être la Commission devrait-elle serrer les dents et dire simplement que les contre-mesures doivent être réversibles et doivent avoir trait uniquement aux obligations en vigueur entre l'État lésé et l'État qui en est la cible. La question de la réversibilité soulève un problème particulier : il n'est pas contestable que ce qui a été fait dans le cadre des contre-mesures doit ultérieurement être défait. Des actes dont l'illicéité serait exclue en vertu de l'article 30 auront sans aucun doute été accomplis. La réversibilité signifie le retour au statu quo, comme l'a souligné M. Tomka. Il faut préserver l'intégrité de cette notion. Le Rapporteur spécial indique qu'il a essayé de l'exprimer par le biais de celle de suspension de l'exécution des obligations, et la distinction entre la suspension

des obligations et la suspension de leur exécution a recueilli un appui général. Le paragraphe 3 de l'article 50 *bis* a aussi d'une manière générale été approuvé comme un pas dans la bonne direction. Il reste à voir s'il va assez loin ou si le Comité de rédaction peut l'améliorer, mais il est certain que la question mérite d'être examinée plus avant. Le Rapporteur spécial craint néanmoins que le problème soit trop subtil pour que la solution en soit facile.

74. Des difficultés se posent en ce qui concerne le caractère bilatéral de l'obligation faisant l'objet des contre-mesures. Il est clair, comme M. Rosenstock l'a souligné, que la position de l'État lésé vis-à-vis des États tiers n'est absolument pas affectée par le projet d'articles. Si un État tiers est victime d'une violation, des droits distincts naissent à son profit. En ce sens, les contre-mesures sont bilatérales. Là encore, le Comité de rédaction devra examiner s'il faut faire plus.

75. De nombreuses observations de forme ont été faites au sujet de l'article 48, certains membres de la Commission ayant dit préférer la disposition simple figurant dans la note relative au paragraphe 3 de l'article, d'autres estimant qu'aucune contre-mesure ne devait être prise tant que les négociations étaient en cours. Le fait qu'un débat similaire et interminable a eu lieu en première lecture montre la tension que suscite le sujet. Les dispositions de l'article 48, bien qu'elles puissent à l'évidence être améliorées, tentent un compromis raisonnable entre les deux positions, sans oublier que les contre-mesures réversibles ou suspensibles en question sont précisément celles qui, si elles n'étaient pas prises immédiatement, ne pourraient pas l'être du tout. Le Rapporteur spécial demeure donc favorable à un compromis dans le sens de la proposition figurant à l'article 48 qui est après tout le même, en substance, que celui adopté en première lecture. De nombreux défauts subsistent peut-être, mais le Comité de rédaction doit pouvoir s'efforcer d'améliorer le projet d'article.

76. Le Rapporteur spécial admet que l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 48 doit être supprimé. Il avait été inséré dans le projet pour reprendre, en des termes quelque peu différents, la proposition modérée qu'avait faite le Gouvernement français pour tenter de résoudre un problème difficile.

77. De l'avis général, la proportionnalité doit figurer dans le texte : il appartiendra au Comité de rédaction de décider s'il faut en traiter dans un article distinct ou dans le cadre d'une synthèse plus large. Il en va de même de la « commensurabilité », même si le Rapporteur spécial reconnaît que le dernier membre de phrase de l'article 49 pose une difficulté qui a été très finement analysée. Le Comité de rédaction devra à l'évidence examiner également cette question. Peut-être la CIJ avait-elle, au sujet de la deuxième partie de la formule, aussi raison qu'au sujet de la première.

78. L'article 50, comme on l'a vu, doit être réuni à l'article 47 *bis*. L'article 50 *bis*, quant à lui, a d'une manière générale été approuvé durant le débat. Quelle que soit la décision que l'on prenne au sujet de l'article 48, une disposition comparable à l'article 50 *bis* doit être conservée, même si le texte actuel peut être considérablement amélioré.

79. En dépit des doutes exprimés par certains membres, la Commission est en mesure de renvoyer les articles en question et l'article 30 au Comité de rédaction pour déterminer si une meilleure synthèse des diverses idées avancées peut être mise au point pour examen par la Sixième Commission et par la Commission à sa cinquante-troisième session.

80. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que la Commission souhaite renvoyer les projets d'articles figurant au paragraphe 367 du troisième rapport et l'article 30 au Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

81. M. OPERTTI BADAN se dit convaincu que le renvoi au Comité de rédaction ne préjuge pas le résultat de l'examen du sujet par la Commission. Le Comité de rédaction pourra régler nombre des problèmes qui ont été soulevés, mais cela ne signifie pas qu'il a été décidé d'accepter le mécanisme des contre-mesures dans le cadre du projet d'articles.

82. Le PRÉSIDENT donne l'assurance que la Commission aura la possibilité d'examiner le rapport du Comité de rédaction et de faire de nouveaux commentaires.

83. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit qu'il n'y a guère de possibilité de reprendre le débat à la session en cours. Il s'agira plutôt de prendre acte des améliorations apportées au texte par le Comité de rédaction. Dans son quatrième rapport, dont il espère qu'il sera le dernier, le Rapporteur spécial dit qu'il reviendra sur la question à la lumière des réactions des États et de la Sixième Commission. À sa cinquante-troisième session, la Commission examinera le projet d'articles dans son ensemble, y compris le traitement des questions envisagées dans la section D du chapitre III et dans le chapitre IV de son troisième rapport. C'est également à ce moment-là que la Commission fera ses choix ultimes quant aux diverses options.

84. M. HAFNER dit qu'il est d'accord avec pratiquement tout ce qui figure dans la section D du chapitre III du troisième rapport et avec une grande partie de ce que vient de dire le Rapporteur spécial. Le paragraphe 338 semble néanmoins viser un droit de l'État de réception « de mettre un terme à la mission ». Il est douteux qu'une telle règle existe en droit diplomatique, comme l'a montré l'expérience récente. De fait, des discussions ont déjà eu lieu sur la question au Conseil de l'Europe. Au paragraphe 343, la référence aux traités sur l'Union européenne devrait être une référence aux traités établissant les Communautés européennes, sur lesquels repose le caractère exclusif de l'exécution, comme le confirme l'article 292 du Traité d'Amsterdam. Toutefois, même dans le domaine du droit communautaire, on peut arguer que le système d'exécution n'est pas un régime autonome aux fins de la responsabilité des États. D'autre part, il est vrai que le traité sur l'Union européenne, hors des Communautés européennes, ne semble pas constituer un système fermé, puisque des mesures prises par 1, 3 ou 14 États contre un autre État dont il est allégué qu'il viole des principes consacrés dans le Traité sont considérées comme licites. Jusqu'ici, aucun argument n'a été exprimé contre cette conclusion. Le paragraphe 343 contient aussi une déclaration qui pourrait être interprétée comme impliquant que, lorsqu'un traité interdit les réserves, les obliga-

tions qu'il prévoit excluent l'utilisation de l'objet des contre-mesures. M. Hafner ne peut accepter cette proposition. Les droits que confère la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer peuvent, après tout, être utilisés à cette fin.

85. En ce qui concerne le paragraphe 1 de l'article 47, un État lésé doit avoir le droit de prendre des contre-mesures non seulement aussi longtemps que l'État responsable n'a pas exécuté ses obligations initiales mais aussi dans la mesure où il ne les a pas exécutées. S'agissant du paragraphe 2, M. Hafner se demande, comme d'autres membres, si l'expression « envers l'État responsable » exprime assez clairement le caractère bilatéral des contre-mesures. L'article 47 *bis* n'est guère différent de l'article 50, si ce n'est qu'il envisage certains droits qui ne peuvent être suspendus alors que l'article 50 dispose que, si certains droits sont suspendus, cette suspension ne doit pas constituer une menace contre l'intégrité territoriale. M. Hafner préfère que les deux dispositions demeurent distinctes, mais placées très près l'une de l'autre. Il interprète l'alinéa *b* de l'article 47 *bis* comme signifiant que les violations des droits d'autres personnes qui jouissent de l'immunité diplomatique peut entraîner des contre-mesures. Cela ne vaut pas pour les droits des diplomates « bilatéraux », par exemple un ministre en visite dans un autre État. À l'alinéa *c*, les mots « par tierce partie » devraient être supprimés, car de nombreux traités prévoient un mécanisme de règlement ne faisant pas appel à une tierce partie, ou ils prescrivent une telle procédure comme condition préalable à un règlement par tierce partie. En l'état actuel du texte, les négociations ou les consultations pourraient être suspendues mais non la procédure de règlement proprement dite, alors que cette dernière vient nécessairement après les premières. Quant à l'article 48, M. Hafner préfère la version plus brève figurant dans la note relative au paragraphe 3 de l'article, et il partage l'opinion de MM. Gaja et Yamada en ce qui concerne l'article 49.

86. L'alinéa *a* de l'article 50 pourrait être utilisé à mauvais escient pour exclure toute contre-mesure. On pourrait dire que le refus de livrer des articles militaires, par exemple, porte atteinte à l'intégrité territoriale, puisque la capacité de l'État concerné de défendre son territoire en sera limitée. Quoi qu'il en soit, l'objectif du libellé utilisé diffère de celui de l'alinéa *a* de l'article 47 *bis* en ce qu'il n'exige pas l'emploi de la force pour parvenir au résultat désiré. Cet objectif devrait donc être incorporé à l'alinéa *a* de l'article 47 *bis* ou être limité par une formule comme « constitue une menace directe contre l'intégrité territoriale ». Toutefois, les polluants aussi menacent l'intégrité d'un État. Il serait donc judicieux de conserver la référence générale à l'intégrité territoriale, mais de limiter la manière dont cette intégrité peut être mise en péril. M. Hafner se demande s'il faut conserver la référence à l'intervention, étant donné le vague de la définition du principe de non-intervention. L'alinéa *b* contient deux idées différentes qui doivent demeurer séparées. La première pourrait rester à l'article 50, mais il est peut-être préférable de transférer la seconde à l'article 47 *bis*, dans la mesure où les droits de l'homme fondamentaux ne doivent pas faire l'objet de contre-mesures. Ils sont de toute manière différents des droits à caractère humanitaire visés à l'alinéa *d* de l'article 47 *bis*. Au paragraphe 2 de l'article 50 *bis*, la référence aux « injonctions » d'un tribunal international, sans plus de précision, pourrait être interprétée

comme visant même les injonctions de procédure, ordonnant par exemple à une partie de produire un document avant une date donnée. M. Hafner doute que telle soit l'intention. C'est pourquoi il faudrait être plus précis, en ajoutant, après le mot « injonctions », une expression comme « sur le fond » ou « touchant le fond de l'affaire ».

87. Enfin, s'agissant de l'ordre des articles, les dispositions limitant le droit de recourir à des contre-mesures devraient être regroupées et séparées des dispositions procédurales. En l'état actuel du texte, les unes et les autres sont mélangées.

88. M. GOCO note qu'aux termes du paragraphe 4 du commentaire de l'article 48, l'expression « mesures conservatoires » s'inspire de procédures de juridictions internationales qui sont ou peuvent être habilitées à émettre des injonctions ou à indiquer des mesures pour préserver les droits respectifs des parties au différend. Or dans la version que propose le Rapporteur spécial, l'État lésé peut unilatéralement prendre de telles contre-mesures à titre provisoire. En outre, les mesures conservatoires ne sont pas censées être des contre-mesures à part entière, et pourtant le paragraphe 2 de l'article 48 semble englober les contre-mesures qui vont au-delà des mesures conservatoires. La question se pose donc de savoir s'il y a une réelle différence entre ces mesures et les mesures conservatoires prises à titre provisoire. En ce qui concerne les premières, il y a bien entendu une analogie avec le droit interne ou même la pratique des tribunaux internationaux : demander à un tribunal d'émettre une injonction pour mettre fin à un acte est une procédure établie. De plus, dans le cadre de cette procédure, il existe un recours auxiliaire également reconnu, consistant à demander au tribunal d'ordonner au défendeur de suspendre l'exécution de l'acte en question. Ce type d'injonction est analogue à une mesure conservatoire. On peut garder les mesures conservatoires en remaniant le paragraphe 2 de l'article 48, mais la disposition doit être affinée pour que leur objet soit plus clair.

89. M. BROWNLIE dit que, s'il n'a pas d'opinion bien arrêtée sur les contre-mesures, un sujet extrêmement complexe, il pense toutefois que même au stade avancé où en sont les travaux de la Commission il peut être intéressant d'examiner la nature de la tâche qu'elle a à accomplir. Il faut aussi analyser quel est l'état actuel du droit international en la matière. La Commission n'a pas pour tâche exclusive de codifier le droit, elle peut élaborer ou proposer de nouvelles règles juridiques. Il n'est pas moins utile qu'elle teste la profondeur des eaux sur lesquelles elle essaie de naviguer. Il ressort du rapport et du débat qu'on peut admettre que les contre-mesures n'impliquant pas le recours à la force sont reconnues par le droit international général. Mais cela est à la fois vrai et faux. Les contre-mesures n'impliquant pas le recours à la force sont effectivement reconnues comme une des circonstances excluant l'illicéité, et c'est ainsi que l'article 30, et cela n'est pas surprenant, a vu le jour. Il existe néanmoins une différence qualitative entre l'état bidimensionnel d'une institution qui est une circonstance excluant l'illicéité parmi d'autres – aux côtés du consentement, de l'observation des normes impératives et de la légitime défense – et l'édification d'une institution à trois dimensions, à savoir des contre-mesures légitimées par des dispositions emportant légitimation d'éléments qui n'étaient pas aupa-

ravant reconnus comme faisant partie du droit international général.

90. Les contre-mesures ont une multitude d'objets, non au sens juridique mais du point de vue du comportement politique des États. Elles sont utilisées pour amener un État à recourir à une procédure de règlement des différends, à titre de représailles, pour dissuader, pour amener un État à abandonner une politique, comme une forme de légitime défense (auquel cas les mesures conservatoires s'appliquent) ou en tant que mesures d'auto-assistance pour parvenir à un règlement. En dépit de la qualité du travail qu'a accompli le Rapporteur spécial, il n'en demeure pas moins que ni lui ni son prédécesseur n'ont produit de décision claire quant à savoir lequel de ces buts doit être légitimé dans le projet d'articles, même si les articles 47 et 48 donnent à penser qu'il s'agit de l'auto-assistance. Dans ce contexte, l'objet semble être d'amener la cessation et la réparation, mais de le faire sans aucune procédure de règlement pacifique.

91. M. Brownlie précise qu'il ne soulève pas la question du lien mais qu'il analyse simplement l'effet apparent des articles en question. Après tout, si aucune procédure de règlement pacifique n'intervient, le projet d'articles légitimera ce qui est, en dernière analyse, l'auto-assistance, même sans recours à la force. La démarche adoptée par le Rapporteur spécial est empirique, comme si le sujet était une bête sauvage qu'il s'agissait d'appivoiser. Il existe toutefois un lien direct entre le choix des buts à légitimer et les questions techniques de proportionnalité et de « réversibilité » : ces dernières ne peuvent être traitées adéquatement si le contexte n'est pas clair. C'est pour cette raison que M. Brownlie estime que, même au stade actuel de l'examen du sujet, il faudrait réfléchir davantage aux buts légitimes d'une telle forme d'auto-assistance. Il ne s'agit pas simplement de nourrir le long débat sur le lien entre les contre-mesures et le règlement des différends, mais bien de savoir si une pression exercée pour aboutir à un règlement pacifique doit être légitimée. Peut-être est-ce là l'objectif de la Commission mais, si tel est le cas, il faut qu'elle le dise clairement; et pour M. Brownlie, cette clarté semble faire défaut.

La séance est levée à 13 heures.

2650^e SÉANCE

Mercredi 2 août 2000, à 10 heures

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M.

Operti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Tomka.

Responsabilité des États¹ (suite) [A/CN.4/504, sect. A, A/CN.4/507 et Add.1 à 4², A/CN.4/L.600]

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à présenter le chapitre IV de son troisième rapport (A/CN.4/507 et Add.1 à 4).

2. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) indique que le chapitre IV, dans sa partie consacrée à l'invocation de la responsabilité envers un groupe d'États ou envers la communauté internationale, traite de questions dont la Commission a déjà débattu en deuxième lecture dans le contexte de l'examen de son premier rapport³ en liaison avec l'article 19 de la première partie et au début de la session en cours dans le cadre de la discussion sur la deuxième partie de l'article 40 figurant dans le chapitre premier de son rapport. Le chapitre IV marque l'achèvement du processus d'analyse ainsi engagé. Les questions abordées sont de toute évidence éminemment controversées, et la Commission fait en l'occurrence essentiellement œuvre de codification, alors que le texte adopté en première lecture intégrait la notion très contestée de « crimes internationaux » tels que définis à l'article 19 et établissait à l'intention des États non directement lésés, par le truchement des articles 40 et 47 combinés, un régime de contre-mesures indéfendable en ce qu'il leur donnait le droit de prendre des contre-mesures dans le cas de toute violation des droits de l'homme individuels par exemple.

3. Le problème est qu'à ce stade la Commission se trouve engagée en un sens sur la voie du développement – reste à savoir s'il est progressif – du droit de la responsabilité des États, s'inscrivant qui plus est dans le cadre d'un exercice plus vaste de développement nullement progressif entrepris en première lecture. La question est de savoir comment elle doit procéder à partir de là. La Commission doit pouvoir d'ici à la fin de la session en cours, avec l'aide du Comité de rédaction, adopter un texte complet afin de disposer, à sa session suivante, des observations et de la Sixième Commission et des gouvernements pour parachever alors son travail. Elle doit s'attacher à trouver pour les propositions qui figurent dans le chapitre IV des formulations qui soient largement acceptables. Le Rapporteur spécial invite les membres de la Commission à limiter leurs interventions à ces propositions, en les priant d'éviter de rouvrir le débat vif sur l'article 19 tenu à la cinquantième session, mais qui a pu

¹ Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), chap. III, sect. D, p. 62.

² Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

³ *Annuaire... 1998*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/490 et Add.1 à 7.

déboucher sur une décision dont le texte est reproduit au paragraphe 369 du troisième rapport et qui a permis et permettra d'avancer dans le sens indiqué au paragraphe 371 du rapport, c'est-à-dire dans le sens d'une « désintégration » de la notion de « crimes internationaux ». Il tient à préciser qu'en adoptant les projets d'articles à la session en cours, la Commission ne prendra pas de décision finale. Elle aura tout le temps d'y revenir à sa session suivante.

4. La reconnaissance de l'existence d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble étant désormais acquise, plusieurs questions restent à résoudre. Il y a lieu tout d'abord d'admettre que le droit de la responsabilité des États n'est pas la forme première de règlement des cas de violation évoqués à l'article 19. L'idée que face à un génocide ou à une invasion, par exemple, une réaction des États suffit à elle seule, sans avoir à être accompagnée d'une action coordonnée de la part de la communauté internationale, est un mythe, que le Rapporteur spécial explique au paragraphe 372 de son rapport. En réalité, les faits illicites qualifiés de crimes à l'article 19 renvoient principalement aux faits de gouvernements irresponsables, non démocratiques, et la population devrait demeurer à l'abri de toute sanction qui pourrait être prise à son encontre. Il est révélateur à cet égard qu'en partie à l'initiative de la Commission et en partie pour d'autres raisons, la communauté internationale commence, avec le Statut de Rome de la Cour pénale internationale adopté en 1998 mais qui n'est pas encore en vigueur, à admettre la notion de responsabilité individuelle dans le cas de ces crimes. Certes, les États encourent une responsabilité à raison de ces faits, mais cette responsabilité n'occupe qu'une place secondaire, que le chapitre IV tente de définir.

5. La Commission ayant approuvé dans son principe, au début de la session en cours, le droit pour tout État d'invoquer la responsabilité en cas de violation quelle qu'elle soit d'une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble, il reste à en déterminer l'étendue. Ce droit s'étend incontestablement au droit d'exiger la cessation du fait internationalement illicite; en corollaire, au droit de solliciter une déclaration de manquement; et au droit d'exiger la restitution pour le compte des victimes.

6. La question se pose alors de savoir si ce droit, compte tenu d'autres considérations, doit être assujéti à des limitations. Le Rapporteur spécial envisage à cet égard trois situations. Premièrement, lorsque la victime principale est l'État, qu'il soit l'objet d'une agression ou que sa population soit victime de crimes de guerre commis par un autre État, c'est à lui-même qu'il revient de réagir, la réaction éventuelle d'autres États venant tout simplement se greffer sur la sienne. Cela vaut aussi bien pour l'invocation de la responsabilité que pour les contre-mesures. Deuxièmement, dans le cas où il n'y a pas d'État lésé, c'est-à-dire normalement dans le cas où la population, ou un groupe de population, est victime, par exemple, d'un acte de génocide commis par son propre État, aucun État à l'évidence ne peut agir pour son compte. C'est à la communauté internationale qu'il appartiendrait de le faire, quelle que soit la position de l'État responsable, et d'exiger la cessation du fait illicite, satisfaction et restitution. Elle devrait pouvoir aussi demander réparation, mais le dispositif existant ne le permet pas. Il est manifeste que les États tiers ne sauraient demander réparation pour leur propre compte. Enfin, la

troisième situation est celle où il n'y a aucune victime, ou où tout le monde est victime. C'est le cas par exemple de la violation d'obligations en matière de protection de l'environnement, qui peut avoir des effets à long terme mais qui n'a pas d'effet spécifique – réchauffement de la planète, appauvrissement de la couche d'ozone, etc. Là, les États membres de la communauté internationale, en cette qualité même, devraient pouvoir demander la cessation du fait illicite et satisfaction; dans de nombreux cas, il serait difficile d'exiger la restitution en tant que telle.

7. La Commission peut-elle aller au-delà? Si elle entend élaborer un vrai « régime des crimes », elle devra à tout le moins prévoir les sanctions à imposer. La question des amendes est traitée aux paragraphes 380 et suivants du rapport. Le Rapporteur spécial y relate une affaire (*Commission des Communautés européennes c. République hellénique*) dans laquelle, pour la première fois de son histoire, la Cour de justice des Communautés européennes, juridiction à vocation européenne sinon internationale, a imposé une astreinte à un pays membre pour violation continue du droit européen. Il analyse cette procédure aux paragraphes 383 à 385 du rapport, pour en dégager des enseignements au niveau international. Lorsque le droit international ne permet pas d'établir des procédures collectives, il vise dans un premier temps des procédures individuelles. Il en va ainsi, dans un certain sens, des contre-mesures. Deux cas sont à envisager dans ce contexte. Premièrement, lorsque l'État victime lui-même a le droit de prendre des contre-mesures en réaction à la violation d'une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble, ou d'ailleurs de toute obligation multilatérale, les autres États parties à l'obligation devraient pouvoir l'aider à les prendre, à sa demande et dans les limites des moyens que lui-même pourrait mettre en œuvre à cette fin. Cette procédure s'apparente à celle de la légitime défense collective. L'autre cas, plus complexe, est celui de contre-mesures collectives prises en réaction à des violations lorsqu'il n'y a pas d'État victime. La pratique en la matière est limitée, mais elle n'en existe pas moins. Elle est analysée aux paragraphes 391 et suivants du rapport; les conclusions sont, quant à elles, exposées au paragraphe 396, auquel le Rapporteur spécial renvoie les membres de la Commission. La pratique est manifestement embryonnaire, rien moins qu'universelle et controversée. De plus, jusqu'à une époque récente, elle n'était étayée par aucune *opinio juris*. La Commission pourrait, dans ces conditions, être tentée de se contenter d'adopter une clause de sauvegarde, en s'en remettant à l'avenir pour tout développement du droit dans ce domaine. Telle était, à la cinquantième session, la position que le Rapporteur spécial lui-même avait adoptée à titre provisoire. Mais il considère maintenant que la Commission n'a pas à être prudente, à moins que la Sixième Commission ne le lui demande. Il serait bon qu'elle lui soumette – c'est le moins qu'elle puisse faire – la proposition exposée aux paragraphes 401 et suivants du rapport, à savoir : les États parties à une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble devraient avoir le droit de prendre des contre-mesures collectives en réaction à des violations flagrantes et bien établies de cette obligation.

8. Après avoir analysé aux paragraphes 407 et suivants les conséquences juridiques supplémentaires découlant de la commission d'un « crime » en vertu de la deuxième

partie, telle qu'adoptée en première lecture, le Rapporteur spécial considère qu'elles n'ont pas leur place, pour les raisons mêmes qu'il a exposées dans le rapport. En revanche, il est possible à tout le moins de soutenir qu'en cas de violation grave d'une obligation envers la communauté internationale et s'il n'y a pas d'État lésé, les autres États membres de la communauté internationale devraient pouvoir exiger de l'État responsable des dommages-intérêts punitifs au nom des victimes naturelles. C'est là un développement progressif du droit international en la matière. C'est dans cet esprit que le Rapporteur spécial propose au paragraphe 412 de son rapport une nouvelle version de l'article 53, avec un paragraphe supplémentaire dans une formulation moins dramatique, sans le mot crime, et ménageant l'évolution du droit pénal en la matière : il s'agit de l'article 51, « Conséquences des violations graves d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble », qui constitue l'article unique d'un nouveau chapitre III intitulé « Violations graves d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble ».

9. En outre, le Rapporteur spécial renvoie à la note relative au paragraphe 413 dans laquelle figurent des éléments qui pourraient être incorporés dans l'article 40 *bis*. Il propose aussi deux articles sur les contre-mesures, l'article 50 A « Contre-mesures au nom d'un État lésé » et l'article 50 B « Contre-mesures en cas de violations graves d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble ».

10. Le Rapporteur spécial souligne que le texte que la Commission soumettra à la Sixième Commission doit être, dans toute la mesure possible, un texte de consensus. La Commission ne saurait se présenter divisée sur des notions aussi controversées que celle de « crimes internationaux », sauf à condamner l'ensemble du projet d'articles. Dans ce sens, la démarche qu'il propose, compte tenu de la décision déjà mentionnée adoptée par la Commission à sa cinquantième session, aussi ambitieuse soit-elle, est la seule possible en l'état actuel des choses. S'agissant de la quatrième partie du projet d'articles, relative aux dispositions générales, la Commission est convenue qu'elle devait contenir une disposition sur la *lex specialis*, et tel était l'objet de l'article 37 adopté en première lecture. Le Rapporteur spécial indique qu'il a remanié cet article 37 car il ne suffit pas qu'il existe un texte, par exemple un traité, qui traite de la matière en cause, il faut aussi que ce texte en traite de telle manière que l'on puisse dire, en l'interprétant, qu'il vise à exclure toute autre conséquence.

11. La deuxième clause de sauvegarde, déjà acceptée à la cinquantième session, a été reprise telle quelle à l'article 50 A.

12. La troisième clause de sauvegarde concerne la relation du projet d'articles avec la Charte des Nations Unies et l'article 39 qui en traitait a été vivement critiqué, notamment par le précédent rapporteur spécial. Le Rapporteur spécial indique que c'est parce qu'il estime que ces critiques étaient justifiées qu'il propose pour cet article un texte beaucoup plus simple et qui ressemble moins à un amendement déguisé de la Charte.

13. Il fallait enfin une clause de sauvegarde concernant le droit des traités, qui précise en outre que le projet d'arti-

cles sur la responsabilité des États ne préjuge pas de l'existence ou du contenu d'une obligation primaire mais traite uniquement des conséquences des violations. C'est pourquoi le Rapporteur spécial s'est efforcé de formuler l'article 50 B en termes généraux, de manière qu'il s'applique au droit international coutumier comme au droit des traités.

14. Ce sont les seules clauses de sauvegarde nécessaires au stade actuel. Pour la raison indiquée au paragraphe 428, une clause de sauvegarde n'est pas nécessaire pour la protection diplomatique, et la relation entre ce domaine et la responsabilité des États pourra être définie dans le commentaire. Il en va de même des questions de nullité et de non-reconnaissance. Il n'est pas non plus besoin de mentionner la non-rétroactivité, et, enfin, une disposition relative aux définitions n'est pas non plus nécessaire en l'espèce.

15. En conclusion, le Rapporteur spécial recommande que les projets d'articles qu'il propose soient ajoutés au projet d'articles sur la responsabilité des États de telle manière que si, par miracle ou par accident, le Comité de rédaction pouvait en achever l'examen à la session en cours, ils puissent être examinés à la Sixième Commission à la prochaine session de l'Assemblée générale et par la Commission elle-même à sa cinquante-troisième session.

16. M. KATEKA dit que la présentation que le Rapporteur spécial a faite était extrêmement instructive et qu'il faut espérer avec lui que la Commission parviendra à un consensus sur les questions à l'examen.

17. L'expression « contre-mesures collectives » est trompeuse; il s'agit en réalité des mesures prises par un État ou un groupe d'États en réaction à une violation d'obligations collectives et l'emploi d'une autre expression permettrait de lever la confusion. Bien qu'étant opposé aux contre-mesures, M. Kateka dit qu'il peut concevoir que des contre-mesures « collectives » puissent être utilisées dans une situation où des États d'égale puissance sont en cause, car si les embrassades d'une personne de même taille ne sont pas dangereuses, celles d'un géant peuvent vous étouffer. M. Kateka peut donc envisager que des contre-mesures soient prises dans un contexte régional. Par exemple, les pays de la région des Grands Lacs en Afrique ont pris des contre-mesures contre un État de la région qui violait les droits de l'homme pour amener celui-ci à s'asseoir à la table de négociations pour régler des problèmes de gouvernance. Bien qu'il ait fallu beaucoup de temps, un « traité de "paix" » doit être bientôt signé. Un autre exemple, peut-être plus délicat, est celui des mesures prises par l'Union européenne contre l'Autriche. Qu'elles aient l'effet désiré ou non, M. Kateka aimerait connaître l'avis du Rapporteur spécial à cet égard. Mais il n'est pas sûr que la Commission puisse élaborer des dispositions tenant compte de ces situations intervenant dans un contexte régional.

18. Lorsqu'il examine la pratique des États, le Rapporteur spécial cite plusieurs exemples de contre-mesures collectives, dont le premier concerne un État se livrant à un génocide. Cela illustre le dilemme que posent ces contre-mesures et qui tient à leur connotation politique, d'autant plus qu'elles ne sont pas appliquées uniformé-

ment. La situation dans l'ex-Yougoslavie et les massacres qui se sont produits en 1994 au Rwanda en sont de tristes exemples. Dans le cadre de son analyse, le Rapporteur spécial conclut qu'il faut limiter le cercle des États ayant le droit de recourir à des contre-mesures collectives; pour M. Kateka, ce droit doit être limité à un groupe d'États également liés d'une région particulière.

19. En ce qui concerne l'article 51, relatif aux conséquences des violations graves d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble, le Rapporteur spécial s'est efforcé de résoudre la controverse qu'ont suscitée l'article 19 et l'article 53 connexe adoptés en première lecture. Au paragraphe 374 de son rapport, il propose de prendre en considération « les quelques normes qui sont généralement acceptées comme étant d'application universelle, non susceptibles de dérogation ». Il cite le *dictum* de la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction* mais ajoute qu'il est « inutile (et d'ailleurs inopportun) que le projet d'articles cite des exemples de telles normes ». Sur ce point, M. Kateka n'est pas d'accord avec le Rapporteur spécial. Certains des exemples que donne ce dernier figurent en effet déjà à l'article 19, ils ne sont qu'indicatifs et ne visent pas l'exhaustivité. Ils devraient donc être conservés. Les exemples cités par le Rapporteur spécial sont l'interdiction de l'usage de la force dans les relations internationales, l'interdiction du génocide et de l'esclavage, le droit à l'autodétermination, et les droits de l'homme et obligations du droit humanitaire qui ne sont pas susceptibles de dérogation. Il laisse judicieusement de côté les questions controversées comme celles de l'agression ou de la pollution massive. Néanmoins, des exemples de violations graves au sujet desquelles il existe un accord général devraient figurer dans le projet d'articles. Le Rapporteur spécial a évité d'utiliser les expressions latines *erga omnes* et *jus cogens* et il faut s'en féliciter. Quoi qu'il en soit, reléguer les exemples dans le commentaire constituerait une injustice à l'égard de ceux qui, comme M. Kateka, sont de fervents partisans de l'article 19.

20. Au paragraphe 2 de l'article 51, le Rapporteur spécial prévoit « des dommages-intérêts punitifs » mais place l'expression entre crochets. Il fait de même à l'alinéa *c* de la disposition, figurant dans la note relative au paragraphe 413, qu'il propose d'ajouter à l'article 40 *bis*. Il semblerait que ces crochets soient motivés par l'opinion énoncée par le Rapporteur spécial au paragraphe 380 de son rapport, à savoir que « les dommages-intérêts punitifs n'existent pas en droit international », mais pour M. Kateka la Commission devrait supprimer les crochets. Même si les dommages et intérêts punitifs doivent être utilisés au bénéfice des victimes de la violation, il s'agit d'un bon point de départ sur la voie de la reconnaissance de l'existence de crimes.

21. Il est à noter qu'à l'article 51 le Rapporteur spécial a repris la terminologie utilisée à l'article 53 adopté en première lecture en remplaçant le mot « crime » par « violation grave » ou « violation ». À cet égard, M. Kateka ne comprend pas ce que veut dire le Rapporteur spécial lorsqu'il écrit, au paragraphe 412 : « Dans la mesure où le chapitre III proposé se suffit à lui-même et puisque l'article 19 adopté en première lecture ne jouait aucun rôle particulier dans la première partie, cet article peut lui-même être supprimé si le chapitre III est adopté ».

22. L'article 50 A, relatif aux contre-mesures au nom d'un État lésé, suscite les mêmes réserves que la situation dans laquelle un État en « invite » un autre dans l'exercice de la légitime défense. Il en va de même de l'intervention suite à une « invitation » dans les situations de crise humanitaire. Il faut être très prudent à cet égard et lorsqu'un État n'est pas directement lésé il faut, comme indiqué au paragraphe 402 du rapport, limiter sa possibilité d'intervenir. Or l'article 50 A ne le fait pas vraiment et il pourrait donner lieu à des abus. Le Comité de rédaction devrait l'examiner de près.

23. L'article 50 B présente le même inconvénient que l'article 50 A. La faculté d'intervenir au titre des contre-mesures inquiète les petits États. Il n'existe pas de mécanisme en la matière et la Commission n'en a pas prévu. De toute façon, même les institutions de sécurité collective qui existent connaissent des problèmes et on peut douter qu'il en aille différemment des contre-mesures. On pourra certes essayer d'obtenir la cessation en exerçant une pression sur l'État auteur du fait illicite en recourant à ces dispositions, mais il n'est pas certain qu'elles soient, sur ce point, assez explicites.

24. Pour ce qui est de la quatrième partie, relative aux dispositions générales, M. Kateka appuie le nouveau libellé proposé par le Rapporteur spécial pour les articles en question, en particulier l'article 37, relatif à la *lex specialis*, et l'article 39, sur la relation des articles sur la responsabilité avec la Charte des Nations Unies. L'article A est une clause de sauvegarde de la responsabilité des organisations internationales, un sujet que la Commission pourrait étudier à l'avenir si elle accepte le rapport du Groupe de travail sur le programme de travail à long terme.

25. M. HAFNER, se référant à l'observation de M. Kateka au sujet de ce qu'il a appelé les « mesures prises par l'Union européenne contre l'Autriche », souligne en premier lieu qu'il ne s'agissait pas de mesures prises par l'Union européenne mais de mesures prises par 14 membres de l'Union européenne et, deuxièmement, que ces mesures ne relèvent pas des projets d'articles parce que l'Autriche ne s'était rendue coupable d'aucune violation et donc que la responsabilité des États n'était pas en cause. Il ne s'agissait pas de contre-mesures ni de sanctions, mais de mesures qui doivent être jugées en elles-mêmes, au regard du droit de l'Union européenne et du droit international général.

26. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit qu'il souscrit totalement aux observations de M. Hafner.

27. Pour ce qui est de l'avant-dernière phrase du paragraphe 412 du rapport évoquée par M. Kateka, le Rapporteur spécial indique qu'elle signifie que s'il faut une disposition équivalant à l'article 19, elle doit figurer dans le chapitre III. L'article 19 ne joue absolument aucun rôle dans la première partie du projet et n'y a pas sa place. Si la Commission décide de donner des exemples des violations visées à l'article 50, elle doit le faire dans le chapitre III et non dans la première partie du projet.

28. M. SIMMA dit qu'il est satisfait, au moins en principe, des résultats auxquels aboutit le Rapporteur spécial dans le chapitre IV de son rapport, à savoir les projets d'articles proposés, mais qu'il juge l'analyse des problè-

mes singulièrement hétérogène, trop détaillée pour certaines questions secondaires – les développements consacrés à l'affaire *Commission des Communautés européennes c. République hellénique* en est un exemple –, alors que d'autres sont à peine traitées, comme celles qui font l'objet de l'article 51. En outre, il est curieux que les dispositions visant à répondre aux critiques adressées à l'article 40 figurent dans la note relative au paragraphe 413. M. Simma espère que cela ne nuira pas à l'acceptation des projets d'article et que les commentaires que le Rapporteur spécial va élaborer traiteront de manière systématique et approfondie les questions passées sous silence, compte tenu en particulier de l'abondance de la doctrine, que le Rapporteur spécial ne mentionne d'ailleurs pas dans ses notes.

29. Pour ce qui est du compromis historique auquel la Commission est parvenue à la cinquantième session et qui est reproduit au paragraphe 369 du rapport à l'examen, on peut estimer qu'un exposé systématique par le Rapporteur spécial en ce qui concerne les obligations *erga omnes* et les normes impératives constituerait un substitut satisfaisant à l'article 19. M. Simma regrette l'absence d'un tel exposé, mais le résultat final est acceptable, tout juste il est vrai. Fort heureusement, le champ d'application du régime ainsi défini sera très limité, car de nombreux régimes spéciaux en vigueur lui confèrent un caractère supplétif. C'est ainsi que le Chapitre VII de la Charte des Nations Unies définit le régime applicable à l'agression ainsi qu'aux violations massives des droits de l'homme, puisque le Conseil de sécurité considère désormais qu'elles menacent la paix internationale. Il existe en outre des régimes conventionnels à ce sujet, comme celui de la Convention de Lomé (Quatrième Convention ACP-CEE) qui subordonne l'exécution de leurs obligations par les États de l'Union européenne au respect des droits de l'homme. Il existe aussi un régime autonome en ce qui concerne le commerce international et des régimes spéciaux en matière d'environnement.

30. Chacun est mal à l'aise s'agissant de conférer aux États qui ne sont pas directement lésés par une violation la faculté de recourir à des contre-mesures, mais ce malaise n'est que la continuation de celui que suscitent les contre-mesures en général. D'une part, la Commission a peur de créer un monstre, mais d'autre part elle ne peut laisser impunies les violations graves du droit international. L'exercice risque de revêtir un caractère artificiel, notamment pour ce qui est des violations « sans victime ». Comme exemple de telles violations, le Rapporteur spécial a évoqué le réchauffement de la planète, mais pour M. Simma l'idée que les États puissent lutter contre le réchauffement de la planète par des contre-mesures est tout simplement comique.

31. En revanche, il faut se réjouir que les contre-mesures collectives soient assujetties aux limitations que le Comité de rédaction est en train de définir. En outre, seules les violations graves, manifestes et bien établies pourront faire l'objet de ce type de contre-mesure. Troisièmement, la pratique des États révèle que les États non directement lésés sont loin d'abuser des contre-mesures en cas de violation des droits de l'homme et autres obligations *erga omnes*, et qu'au contraire ils ne se préoccupent guère de ces violations et qu'en la matière la sélectivité est généra-

lisée. Il faut de toute façon être très prudent lorsqu'on met des obligations à la charge d'États tiers comme le fait l'article 51. Qui plus est, laisser à la « communauté internationale organisée », c'est-à-dire à l'ONU, le soin de réagir aux violations des obligations *erga omnes* confine au cynisme.

32. Par ailleurs, il faudrait dûment souligner dans le commentaire que, lorsque cela est possible, la décision de prendre des contre-mesures collectives doit elle aussi être collective.

33. La Commission doit avoir à l'esprit qu'elle est en train d'élaborer un régime de contre-mesures n'impliquant pas l'emploi de la force qui permette d'éviter les situations dans lesquelles les États affirment avoir épuisé tous les moyens d'action pacifique et adoptent l'attitude qui a été celle du Royaume-Uni dans le cadre des mesures collectives prises contre la Yougoslavie en 1998⁴. Si la Commission définit un régime viable de contre-mesures collectives pacifiques, les États seront moins incités à emprunter une autre voie, comme celle, regrettable, qui a été suivie au Kosovo.

34. L'étude de la pratique des contre-mesures collectives qui figure dans le rapport est extrêmement intéressante, mais peut-être le Rapporteur spécial aurait-il pu aussi évoquer les lois adoptées dans les années 1970 par les États-Unis, qui subordonnent l'assistance militaire, économique et technique à un certain comportement en matière de droits de l'homme. Certaines des lois en question prévoient même la prise en considération des constatations du Comité international de la Croix-Rouge pour apprécier ce comportement, et la Commission pourrait réfléchir à une telle procédure. Par ailleurs, les développements consacrés aux astreintes de la Communauté européenne sont trop longs et amènent d'ailleurs à se demander, si l'on songe qu'il a fallu 40 ans à une institution aussi fortement intégrée que la Communauté européenne pour arriver au Traité de Maastricht qui prévoit de telles sanctions, combien de décennies il faudra à la communauté internationale pour se doter d'un régime de contre-mesures digne de ce nom. S'agissant des dommages-intérêts punitifs, il faut prévoir une procédure de coordination des demandes des États.

35. En ce qui concerne les dispositions que le Rapporteur spécial propose d'ajouter à l'article 40 *bis* dans la note relative au paragraphe 413 de son rapport, M. Simma estime qu'elles devraient figurer dans un article distinct. À l'alinéa *a*, il conviendrait de mentionner les garanties de non-répétition, qui sont mentionnées à plusieurs reprises dans les paragraphes correspondants du rapport.

36. L'article 50 A devrait, en ce qui concerne les États tiers, mentionner la gravité de la violation, car, en l'état, ce texte semble permettre la fourniture d'une assistance à l'État lésé quelle que soit la gravité de la violation.

37. Pour ce qui est de l'article 50 B, son titre est trop général et, tel que libellé, englobe tout aussi bien les situa-

⁴ Voir "United Kingdom materials on international law 1998", textes réunis sous la direction de G. Marston, *The British Year Book of International Law*, 1998, vol. 69, p. 580 et 581.

tions envisagées à l'article 50 A. Le paragraphe 1 comporte une erreur; c'est en effet l'article 51 qui devrait y être visé. En outre, on ne retrouve pas dans le texte de cet article les catégories définies aux paragraphes 377 à 379 du rapport.

38. En ce qui concerne l'article 51, la Commission doit décider une fois pour toutes comment qualifier les violations : il s'agit des violations « graves et manifestes » dans le projet d'article, alors que dans le texte du rapport elles sont qualifiées de « graves et flagrantes », parfois de « bien établies ». Le Rapporteur spécial a, en présentant son rapport, parlé de violations « bien établies » et M. Simma souhaiterait que l'on utilise cette expression ou l'expression « établies de manière fiable », largement utilisée en matière de droits de l'homme et qui a l'avantage de renvoyer à l'appréciation d'une tierce partie objective. Le libellé du paragraphe 1 pourrait en outre être plus proche de celui du paragraphe 2 de l'article 19 adopté en première lecture.

39. L'obligation énoncée à l'alinéa *a* du paragraphe 3 est bien établie en pratique et ne soulève aucune difficulté. L'alinéa *b* pose par contre un problème théorique, certes mineur, à savoir celui de sa relation avec l'article 27. En revanche, l'alinéa *c*, relatif à l'obligation de coopérer, est probablement la disposition la plus problématique de toutes celles à l'examen. Si l'on songe à une situation comme celle du Kosovo à la fin de 1997 et au début de 1998, un État qui souhaite jouer un rôle de leader dans l'application de contre-mesures peut demander à d'autres États de coopérer. Or, rien n'indique à qui l'obligation de coopérer est due : est-elle due à la communauté internationale, à la victime ou à l'État qui sollicite la coopération ? Quoi qu'il en soit, la Commission ne peut énoncer à la charge de tous les États une obligation de coopérer sur une demande de l'État qui prend l'initiative.

40. Au paragraphe 4, la référence aux conséquences pénales n'est pas claire : vise-t-elle la responsabilité pénale individuelle ou renvoie-t-elle à la notion absurde de responsabilité pénale directe de l'État ? Il faudra enfin se demander si les conditions procédurales définies à l'article 48 peuvent toutes s'appliquer aux contre-mesures collectives.

41. Pour ce qui est des dispositions générales proposées, l'expression « dans la mesure » figurant à l'article 37 devrait être supprimée car elle est logiquement incompatible avec l'adjectif « exclusivement » : il n'y a pas de degré dans l'exclusivité. Quant au nouveau libellé de l'article 39, il est nettement meilleur que celui adopté en première lecture.

42. M. LUKASHUK émet des doutes à propos du paragraphe 2 de l'article 50 B. Ce paragraphe, où il est question de la coopération entre les États, fixe une règle qui a le caractère d'un principe général, représentant le droit « souple ». Il répond néanmoins au principe de coopération, qui est l'un des principes fondamentaux du droit international. Cette disposition revêt donc une importance particulière dans le domaine des contre-mesures collectives. Pour M. Lukashuk, il est impératif de la maintenir dans le projet.

43. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA remercie M. Simma d'avoir attiré l'attention de la Commission sur une anomalie de construction de l'article 51 à l'examen. Cet article en effet parle de deux choses : le paragraphe 1 a pour objet la « violation d'une obligation internationale », c'est-à-dire ce que recouvre le titre du chapitre III de la première partie; les paragraphes 2 à 4 correspondent bien à l'intitulé de l'article, c'est-à-dire à ce type de violation qui se mesure à l'aune de la gravité et qui entraîne certaines conséquences, et ces conséquences elles-mêmes. Il faudrait faire justice à la Commission et aux efforts qu'elle a entrepris pour établir une distinction à partir de cette notion de gravité entre « crimes » et « délits », selon la terminologie de Roberto Ago⁵. On a longtemps épilogué sur cette dénomination binaire, pour découvrir à présent qu'elle a causé beaucoup plus de problèmes que la chose qu'elle désignait. Dans le texte à l'examen, cette dénomination a disparu, même si son objet est conservé, ce qui est une bonne chose. Ainsi, le paragraphe 1 de l'article 51 retient le contenu de l'ancien paragraphe 2 de l'article 19, même s'il le fait sans le dire.

44. Pour que la distinction soit bien mise en valeur dans la construction proposée par le Rapporteur spécial, il serait peut-être nécessaire, dans un souci élémentaire de symétrie, de scinder l'article 51 en deux. Le paragraphe 1 constituerait un article spécifique, portant par exemple pour titre : « Violation grave et manifeste d'une obligation due à la communauté internationale dans son ensemble », intégré dans la première partie après l'article 25 du chapitre III, justement intitulé « Violation d'une obligation internationale ». Dans la deuxième partie, on trouverait symétriquement les conséquences de cette disposition spécifique, à savoir les paragraphes 2 et 3 de l'article 51. Cette configuration répondrait aux préoccupations qui animent depuis longtemps la Commission.

45. M. SIMMA convient avec M. Pambou-Tchivounda qu'il y a une certaine asymétrie entre le régime applicable aux violations que l'on peut appeler « normales » et celui qui s'applique aux violations des obligations *erga omnes*. Aussi propose-t-il d'enrichir le chapitre III, qu'il juge bien succinct avec sa disposition unique sur la violation grave des obligations fondamentales à l'égard de la communauté internationale. On y prévoirait un article sur les violations en général, puis les recours offerts à l'État lésé, puis les contre-mesures à la disposition de l'État lésé, puis le régime applicable aux obligations à l'égard de la communauté internationale, puis le contenu de la note relative au paragraphe 413, puis les articles 50 A et 50 B, et, à la fin, l'article 51. Cela constitue un régime respectable et applicable à un domaine très important.

46. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit qu'il accepterait volontiers de scinder l'article 51 et d'y incorporer de nouveaux éléments. Mais il s'oppose fermement à ce qu'il figure dans la première partie, où il ne remplirait absolument aucune fonction. De surcroît, si on l'y inclut, il faudra examiner les règles d'attribution de la responsabilité applicables à ce type de violation. Sa place est donc

⁵ Voir cinquième rapport, *Annuaire... 1976*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/291 et Add.1 et 2, par. 117, p. 41.

bien au chapitre III. Quant à la construction proposée par M. Simma, il n'a rien à y redire.

47. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA précise son idée. Il lui semble qu'il faudrait que l'on sache à la fin de la première partie s'il n'y a qu'un seul type de violation ou s'il y en a plusieurs. En effet, on risque de ne pas comprendre pourquoi, dans la deuxième partie, au niveau des conséquences du fait illicite, il y aurait plusieurs régimes.

48. M. TOMKA dit partager l'avis du Rapporteur spécial. La première partie devrait à ses yeux porter sur les violations du droit international en tant que telles, sans distinction. La différenciation se ferait au niveau des conséquences découlant de la violation : il y aurait d'abord les conséquences « normales », puis les conséquences des « violations graves d'obligations à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble ». Pour enrichir le chapitre III, la solution pourrait consister à faire du paragraphe 1 de l'article 51 proposé un article distinct, qui serait suivi, dans un autre article, des paragraphes 2, 3 et 4.

49. M. GAJA dit que la note relative au paragraphe 413 donne une indication sur ce que peuvent demander les États autres que l'État lésé en cas de violation d'une obligation internationale intéressant la communauté internationale dans son ensemble. Le Rapporteur spécial a rappelé, et cela ressort clairement du texte du nouveau paragraphe proposé dans cette note, que les États non lésés peuvent réclamer, dans la situation particulière envisagée, la restitution dans l'intérêt de la personne ou de l'entité lésée et demander aussi des dommages-intérêts pour les victimes de la violation, mais cela seulement en cas de violation grave et manifeste d'une obligation *erga omnes*. Par exemple, en cas de violation grave et manifeste des droits de l'homme, il est possible de réclamer une indemnisation à l'État qui en est l'auteur. Mais si elle n'est pas grave et manifeste, que se passe-t-il ? En pratique, on pouvait dire qu'il n'y a pas obligation d'indemniser parce que l'obligation de l'État responsable restera simplement théorique. Aucun État ne pourra demander que soit respectée cette obligation. Il en est de même dans d'autres cas aussi, par exemple celui de la pollution des océans. Dans certains cas, même quand il y a un État lésé, les dommages peuvent toucher d'autres États. Peut-être faut-il prévoir cette éventualité et envisager la possibilité de réclamer alors davantage que ce que l'État lésé lui-même est en droit de revendiquer.

50. M. Gaja pense aussi que la distinction faite d'une manière générale au paragraphe 374 du rapport entre les droits de l'homme auxquels il est possible de déroger et ceux qui sont intangibles n'est pas entièrement pertinente. S'il y a obligation en droit international coutumier à l'égard des droits de l'homme, il n'est pas très important de savoir lequel de ces droits est violé, en tout cas du point de vue de l'obligation de réparation.

51. En conclusion sur ce point, M. Gaja est d'avis que le paragraphe proposé dans une note relative au paragraphe 413 n'est que partiellement satisfaisant et qu'il faudrait y ajouter quelque chose. Il conviendrait d'y faire place à la possibilité que tout État puisse demander réparation, même si ce n'est pas à son profit, s'il n'y a pas d'État lésé.

52. Abordant ensuite la question du crime international, M. Gaja rappelle que l'idée de placer l'article 19 dans la première partie avait une raison logique, qui ressortait clairement du cinquième rapport de Roberto Ago⁶ et des délibérations de la Commission. Dans la conception d'origine, les crimes internationaux des États n'étaient pas considérés comme des violations graves d'obligations qui feraient naître les conséquences ordinaires des faits illicites, plus quelques conséquences supplémentaires. L'idée d'origine était qu'il y aurait deux séries de conséquences. Il fallait donc prévoir quelque chose sur les crimes dans la première partie. Mais la Commission s'est progressivement orientée vers l'idée que les crimes internationaux sont fondamentalement des faits illicites auxquels sont rattachées des conséquences supplémentaires. Il n'y a alors aucune raison de parler de crimes internationaux dans la première partie.

53. L'article 51 proposé ne semble pas ajouter grand-chose à ce qui était issu de l'examen en première lecture. Ce qu'il y a essentiellement de nouveau, c'est le paragraphe 2, c'est-à-dire l'idée des dommages-intérêts punitifs. M. Gaja n'a rien à dire contre cet effort de développement progressif du droit international, mais il a des doutes quant à la mise en application dans la pratique de ce principe. Comment un État va-t-il obtenir des dommages-intérêts punitifs ? Il faudrait prévoir la possibilité d'un recours institutionnalisé permettant de répondre aux crimes internationaux des États.

54. M. Gaja partage l'avis de M. Simma au sujet du paragraphe 3 de cet article. L'alinéa *b* devrait être lu en parallèle avec l'article 27. Celui-ci couvre déjà le contenu de l'alinéa. Il est vrai que l'article 27 traite de la Commission du fait illicite et l'alinéa du maintien du fait illicite. Mais, d'une façon ou d'une autre, c'est toujours concourir au fait illicite, et si prêter aide ou assistance a pour conséquence d'engager la responsabilité internationale, on ne voit pas comment les États peuvent dire qu'en cas de violation grave ou manifeste d'une obligation internationale ils n'auraient pas le même type d'obligation que celui qu'implique l'article 27. L'alinéa *b* ne fait pas de mal, mais il faudrait y prévoir au moins un renvoi à l'article 27.

55. M. Gaja souscrit aussi dans une certaine mesure aux observations de M. Simma concernant l'alinéa *c* selon lequel les États sont tenus de coopérer pour appliquer les mesures visant à mettre fin à la violation. Cela revient à dire, ce qui va trop loin, que les États sont obligés de coopérer dans l'application de contre-mesures, même quand celles-ci sont prises unilatéralement par un État. On comprend la nécessité de la coopération, mais elle ne devrait pas s'exprimer en ces termes. Il faudrait au moins reformuler cet alinéa.

56. Puisque l'article 51 ne dit pas grand-chose, M. Gaja propose d'ajouter un élément aux conséquences des violations graves et manifestes d'obligations internationales à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble. Il se réfère à cet égard aux limitations imposées par le droit international en ce qui concerne l'attribution à des individus des conséquences juridiques de comporte-

⁶ Ibid.

ments qu'ils ont eus en agissant en tant qu'organes d'État. La règle fondamentale veut qu'un État ne peut pas considérer ces comportements comme des conduites individuelles, mais comme des conduites d'État, sauf dans certains cas, notamment celui des crimes internationaux commis par des individus. Si un chef d'État fait commettre à cet État un génocide, il ne peut pas prétendre que son acte individuel était un fait de l'État et le droit international permet de réprimer son comportement. Cependant, les violations des obligations qu'ont les États à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble n'impliquent pas toutes que les individus agissant pour l'État commettent un crime international. Il ne serait donc pas raisonnable de définir comme crime international de l'individu toutes les conduites qui amènent l'État à commettre une violation grave et manifeste d'une obligation envers la communauté internationale. La proposition de M. Gaja aurait une portée beaucoup plus limitée. Elle permettrait simplement de donner aux États la possibilité de dissocier l'individu de l'État de telle sorte que l'individu dont le comportement a entraîné une violation grave et manifeste d'une obligation de cet État à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble ne puisse, comme moyen de défense dans une action pénale ou civile, arguer du fait qu'il a agi en tant qu'agent de cet État. L'insertion d'une disposition en ce sens permettrait d'ajouter un élément dans les relations entre États qui aurait un effet dissuasif.

57. En ce qui concerne le paragraphe 4 de l'article 51, M. Gaja pense qu'il est sage de réserver pour l'avenir les conséquences supplémentaires que des violations pourraient entraîner, que les développements futurs du droit requièrent une réponse institutionnelle ou non. Il se peut que ces développements portent sur la catégorie des violations graves et manifestes en général, comme le laisse entendre le rapport. Mais ce qui est plus probable, c'est qu'ils concerneront des violations spécifiques. Ainsi, on verra peut-être un système se développer pour un type de violation et pas pour un autre. Il serait utile d'indiquer que l'on n'envisage pas seulement un développement général, mais aussi un développement spécifique qui ressortirait, techniquement parlant, à la *lex specialis*, car c'est sans doute la forme qu'il prendra. La communauté internationale réagira vis-à-vis de certaines de ces violations et pas nécessairement d'autres, que l'on pourrait considérer comme tout aussi graves, mais qui peuvent appeler des réponses différentes pour lesquelles la société internationale n'est pas encore prête.

58. La dernière partie de l'intervention de M. Gaja concerne les contre-mesures. Il souscrit à l'évaluation de la pratique des États en la matière dans le cas de violations d'obligations intéressant l'ensemble de la communauté internationale. Cependant, la conclusion à laquelle elle aboutit et le texte des articles 50 A et 50 B ne correspondent pas exactement à ce que cette pratique semble indiquer. Dans la plupart des cas mentionnés, et probablement dans tous les cas, le seul but des contre-mesures est de faire cesser un fait prétendument illicite. Rien n'indique que les États utilisent les contre-mesures collectives pour obtenir réparation. Même si des États sont en droit de demander réparation, la pratique semble justifier l'adoption de contre-mesures uniquement en relation avec la cessation. Il n'y a donc pas un parallélisme parfait, ce qui est tout à fait

compréhensible, et il faut aussi le voir sous un jour positif, à savoir que la Commission n'essaie pas d'étendre les contre-mesures à toutes les utilisations auxquelles elles pourraient servir. Elles ne devraient donc être considérées comme admissibles que dans la mesure où le but recherché est la cessation. Cela présente aussi un autre avantage en ce sens qu'il n'est pas nécessaire d'obtenir le consentement de l'État lésé, s'il y en a un. Comme le Rapporteur spécial l'a rappelé, dans ce cas, l'État lésé n'a aucune possibilité d'admettre une dérogation à l'obligation. Un autre État peut demander la cessation. Ainsi, dans le cas de l'occupation militaire d'une partie du territoire d'un État, même si cet État, pour une raison ou pour une autre, n'émet pas de protestation, les autres États peuvent encore insister pour qu'il soit mis fin à l'occupation militaire; il serait alors raisonnable qu'ils utilisent des contre-mesures pour provoquer cette cessation.

59. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) répond qu'il est effectivement possible qu'il y ait un chevauchement entre l'alinéa b du paragraphe 3 de l'article 51 et l'article 27 du chapitre IV de la première partie. Dans l'article 27, l'accent est mis sur la commission du fait illicite alors que dans l'alinéa à l'examen il est mis sur le maintien de la situation créée par le fait illicite. Cette différence, qui remonte évidemment à l'examen en première lecture, change-t-elle quelque chose? On peut en effet présumer que, dans beaucoup de cas, l'obligation primaire, qui est évidemment une obligation continue, sera violée dans le contexte du maintien de la situation. Mais on peut imaginer que les choses ne se passent pas ainsi. Par exemple, lorsqu'un comportement équivalant à un crime contre l'humanité qui a conduit une population à fuir dans un autre État cesse, la question se pose de savoir si la population doit être autorisée à retourner dans ses foyers. Le fait de ne pas la laisser rentrer chez elle est-il en soi un crime contre l'humanité? On peut imaginer que l'article 51 trouve à s'appliquer dans un contexte comme celui-ci. C'est pour cette raison qu'il est un peu difficile de limiter les contre-mesures collectives à la cessation. Il peut y avoir des situations de restitution, après qu'a cessé le fait illicite, qui sont analogues à la cessation et il n'est pas certain que l'on puisse faire une nette distinction entre les deux. Le Rapporteur spécial se déclare tout à fait d'accord avec la façon dont M. Gaja envisage la situation, à savoir que dans tous les cas c'est la cessation qui est visée. D'ailleurs, le régime de pénalités prévu par le droit communautaire européen, tel qu'il est actuellement appliqué, est axé essentiellement sur la cessation. Qu'il doive ou non y être limité est une question à examiner. Pour sa part, le Rapporteur spécial n'aurait aucun mal à accepter des limitations plus strictes évidemment, mais il y a un problème en cas de restitution qui fait suite par exemple à un crime contre l'humanité lorsque le crime a cessé et que le gouvernement qui l'a commis n'est peut-être plus en place mais qu'il subsiste des conséquences, à savoir des millions de personnes déplacées. La légitimation de ces conséquences peut revenir, assez curieusement, à une légitimation *ex post facto* du crime. Il n'est pas certain que cette situation soit couverte par le chapitre IV de la première partie.

60. Se pose aussi le problème de la « transparence » de l'État, notion que M. Gaja a essayé de concrétiser en disant que, dans le cas des violations graves, l'individu

n'a pas le droit d'arguer de son statut d'agent de l'État au cours des poursuites individuelles qui peuvent s'ensuivre. Le Rapporteur spécial croit comprendre que la disposition qu'il propose ne consiste pas à créer quelque nouvelle infraction pénale. Il s'agit en fait de l'invalidation de l'argument de l'immunité, question qui a hanté l'affaire du *Rainbow Warrior*, sans jamais apparaître au grand jour.

61. Pour sa part, le Rapporteur spécial pense d'abord que cette question relève non pas de la responsabilité des États, mais plutôt de la responsabilité des individus. Il se dit ensuite peu convaincu par l'idée que l'État devient « transparent » uniquement dans des circonstances exceptionnelles. Pour lui, en matière de violations du droit international, l'État est toujours transparent, c'est-à-dire qu'il a toujours à répondre de ses actes, et l'individu, qu'il ait ou non une fonction officielle, a toujours à répondre des siens. Il est, d'une manière générale, mal avisé d'essayer de lier l'un à l'autre.

62. Le seul exemple historique du principe de la transparence de l'État est donné par la catégorie des « organisations criminelles » définie dans l'article 9 du Statut du Tribunal de Nuremberg⁷, devant lequel il y avait une procédure distincte pour qualifier certaines organisations de criminelles en elles-mêmes. Des individus ont alors été considérés comme des criminels en raison de leur appartenance à ces organisations, bien que la procédure ait comporté une deuxième phase au cours de laquelle les accusés pouvaient faire valoir des circonstances atténuantes en ce qui concernait leur appartenance à ces organisations. Il y a deux choses à dire sur cette expérience historique : d'abord qu'elle n'a jamais été répétée puisqu'on ne trouve la figure de la « culpabilité par association » dans aucun texte postérieur; ensuite que le principe n'a été appliqué ni à l'État allemand ni au Gouvernement allemand, il n'a visé que des organisations, comme les SS.

63. Pour le Rapporteur spécial, vouloir trouver un lien entre le domaine de la responsabilité de l'État et le domaine de la responsabilité individuelle revient à politiser le statut pénal de l'individu. La règle actuelle du droit international qui rend l'individu, y compris celui qui occupe une charge publique, responsable de crimes au regard du droit international quelle que soit sa qualité officielle est en elle-même une règle sur la transparence, qui s'applique quelle que soit la catégorie dans laquelle entre l'acte dont il s'agit, et indépendamment du point de savoir si cet acte est imputé à l'État.

64. M. GAJA admet que, dans le cas d'un crime international imputable à des individus, la règle de la transparence n'a pas à être énoncée car elle découle des principes généraux. Il peut cependant y avoir aussi des problèmes de responsabilité civile ou des cas dans lesquels, en l'état du droit international, telle ou telle activité n'est pas réputée criminelle. Sa proposition vise donc, non pas à traiter la question de la responsabilité des individus, mais à prévoir une disposition qui ne régirait que les relations entre États

mais qui aurait également un effet dissuasif sur les individus.

65. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) concède que ce problème est réel et plane notamment sur l'affaire Pinochet. La question est toutefois de savoir si, en droit, cela relève de la responsabilité. À son avis, l'argument vaut dans le contexte de l'immunité mais on peut se demander si, par principe, la Commission doit s'engager dans ce domaine. Il note à cet égard l'extrême conservatisme manifesté par la Commission à sa cinquante et unième session pour traiter cette question dans le domaine de l'immunité. Enfin, il se demande si le texte n'est pas déjà assez surchargé. Il engage toutefois M. Gaja à ne pas retirer sa proposition qui pourrait recevoir l'appui d'autres membres de la Commission.

66. M. DUGARD tient tout d'abord, en tant que rapporteur spécial sur le sujet de la protection diplomatique, à appuyer l'approche adoptée par le Rapporteur spécial, au paragraphe 428 (al. b) de son rapport, à l'égard de la protection diplomatique. S'agissant en deuxième lieu de la rétroactivité, il estime que, si la Commission prévoit d'adopter les projets d'articles sous la forme d'une déclaration, elle devrait passer sous silence la question de la rétroactivité, en espérant que les projets d'articles seront interprétés comme étant déclaratoires du droit existant et ayant donc un effet rétroactif. Pour ce qui est de l'idée, exprimée au paragraphe 396, que, s'agissant des réactions à des violations d'obligations collectives, la pratique est dominée par les pays occidentaux, il tient à préciser, exemples à l'appui, que cette pratique n'est pas limitée à ces États. Ainsi, le boycottage pétrolier des pays arabes de 1973-1974 a été interprété comme une réaction à l'occupation illicite par Israël de la Cisjordanie et de Jérusalem et à l'appui apporté par les États occidentaux à cette occupation⁸. L'autre exemple est celui de la réaction des États africains à l'apartheid en Afrique du Sud et au régime minoritaire en Rhodésie qui, certes, ne s'est pas traduite par la violation de traités, mais a pris la forme d'atteintes au droit international coutumier, les États, notamment voisins, permettant aux mouvements de libération d'établir des bases sur leur territoire et d'opérer à partir de celui-ci. Il y a là un exemple de réaction, de la part d'États africains, à la violation d'obligations collectives relatives aux droits de l'homme et à l'autodétermination.

67. Pour M. Dugard, la décision rendue en 1966 par la CIJ dans les affaires du *Sud-Ouest africain* avait constitué un recul majeur du droit international, la Cour ayant affirmé que les États ne peuvent agir que lorsque leurs intérêts nationaux sont en jeu. La Cour a quelque peu redressé sa position dans l'affaire de la *Barcelona Traction* bien que, dans l'affaire du *Timor oriental*, elle ait semblé revenir, en fait sinon en droit, à sa position antérieure. M. Dugard se félicite donc tout particulièrement de la dénonciation audacieuse, par le Rapporteur spécial, dans l'article 50 B ainsi que dans plusieurs paragraphes du rapport, du principe énoncé par la Cour en 1966. Il tire aussi quelque fierté d'être associé au rejet de ce principe.

⁷ Accord de Londres du 8 août 1945 concernant la poursuite et le châtiment des grands criminels de guerre des Puissances européennes de l'Axe, créant le Tribunal militaire international de Nuremberg (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 82, n° II-251, p. 291).

⁸ Voir en particulier I. F. I. Shihata, "Destination embargo of Arab oil: its legality under international law", *American Journal of International Law*, vol. 68, n° 4 (octobre 1974), p. 591.

68. M. Dugard relève par ailleurs que par politesse ou, peut-être, esprit de compromis les membres de la Commission évitent d'aborder la question de l'article 19, et rappelle qu'à la cinquantième session la question du maintien éventuel de l'article 19 dans le projet avait fait ressortir un partage pratiquement égal des vues des membres de la Commission. Le chapitre IV du rapport apparaît donc comme un brillant exercice de compromis qui donne aux partisans de l'article 19 de quoi s'occuper avec les notions de *jus cogens* et d'obligations *erga omnes*, et qui satisfait les adversaires de l'article 19 en abandonnant le mot « crime ». M. Dugard n'est toutefois pas pleinement satisfait de la manière dont l'exercice a été conduit. Certes, l'article 19 lui-même devrait disparaître, mais, à son avis, le concept de crime international ne devrait pas être totalement éliminé. Il serait, par exemple, possible de viser ce concept en ajoutant, à la fin du paragraphe 1 de l'article 51, une phrase disant qu'un tel fait, résultant de la violation grave et systématique par un État d'une obligation internationale essentielle pour la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la communauté internationale, constitue un crime. Le libellé de cette phrase serait en grande partie inspiré de celui de l'article 19 auquel il ajouterait le concept de violation grave et systématique d'une violation internationale que vise le Rapporteur spécial aux paragraphes 404 et 405 de son rapport. Aucun autre changement ne serait apporté à l'article 51. M. Dugard admet toutefois que cette idée peut se heurter à plusieurs objections. Comme l'a souligné le Rapporteur spécial, si la Commission adopte la notion de crime international, il lui incombera de traiter la question de manière plus systématique, notamment de définir des règles particulières relatives aux faits justificatifs et à la régularité de la procédure, et aussi d'étudier la question des peines. En outre, certains membres peuvent juger tout simplement inacceptable la présence du mot « crime » dans le projet d'articles.

69. En revanche, on peut trouver certains avantages à une telle démarche. Tout d'abord, cette solution serait certainement préférable au maintien de l'article 19 qui, de l'avis quasi général, est particulièrement mal rédigé en ce qu'il énumère un certain nombre d'exemples alors qu'il n'est pas normal de légiférer par voie d'exemples. Un autre avantage tiendrait au maintien du mot « crime », car la Commission doit être consciente du fait, que cela lui plaise ou non, que le concept de crime d'État fait désormais partie de la terminologie et de l'idiome du droit international. Abandonner totalement le concept pourrait être perçu par beaucoup, peut-être même à la Sixième Commission, comme une régression. Le Rapporteur spécial lui-même, au paragraphe 391 de son rapport, cite un exemple dans lequel les États-Unis ont qualifié le comportement du Gouvernement ougandais de crime international de génocide, en visant expressément l'État lui-même. Chacun sait par ailleurs que, s'agissant de l'Afrique du Sud à l'époque de l'apartheid, la communauté internationale a à plusieurs reprises condamné l'apartheid comme un crime international en qualifiant l'État de criminel. Or cette position, outre les conséquences politiques qu'elle a certainement eues, a aussi entraîné des effets de droit en conférant une licéité, ou un semblant de licéité, à l'utilisation de la force par des mouvements de libération nationale. En outre, de l'avis de M. Dugard, il faut relativiser le contenu des termes, et il ne voit pas pourquoi le comportement décrit par le Rapporteur spécial au paragraphe 372 comme constitutif de

« violations graves d'obligations fondamentales » ne serait pas qualifié de crime. D'ailleurs, les exemples de réaction des États dans de tels cas indiquent des variations quant à la qualification de l'action des États. Ainsi, lorsque le Gouvernement néerlandais a décidé de suspendre son aide au Suriname, il a déclaré qu'il s'agissait d'un cas de changement fondamental des circonstances⁹. D'autres États ont qualifié l'action de contre-mesures collectives en réaction à de graves violations d'obligations fondamentales. Enfin, M. Dugard fait observer qu'il est déjà question, au paragraphe 2 de l'article 51, de « dommages-intérêts punitifs » et, au paragraphe 3 du même article, du concept de non-reconnaissance, deux notions qui ont en quelque sorte une connotation criminelle. Dès lors, si la Commission tient à maintenir le mot « crime », tout simplement parce qu'il est devenu partie intégrante de la terminologie du droit international, elle peut le faire très facilement dans l'article 51, sans réintroduire l'article 19. Cela, plus que le compromis proposé par le Rapporteur spécial, pourrait satisfaire les défenseurs de l'article 19.

70. M. Dugard est cependant conscient que, si la Commission s'engage sur cette voie, elle ne sera pas en mesure d'achever les projets d'articles durant le quinquennat en cours. Le Rapporteur spécial a lancé un vibrant appel au compromis sur cette question et il est incontestable que l'absence d'un compromis aurait de graves conséquences pour les projets d'articles et, peut-être aussi, pour la réputation de la Commission. Le compromis proposé par le Rapporteur spécial étant remarquable, M. Dugard serait donc prêt à l'accepter, à condition que la Commission ne paraisse pas renoncer purement et simplement au concept de crime international. M. Dugard est d'avis qu'il y a place pour la notion de crime international dans l'ordre international contemporain mais que cette place n'est peut-être pas dans le projet d'articles sur la responsabilité des États. C'est pourquoi il invite instamment la Commission, si elle abandonne l'article 19, à inscrire à son programme de travail à long terme une étude sur la notion de crime international. Il serait au demeurant sage que la Commission fasse cette proposition au moment où elle renvoie le projet d'articles à la Sixième Commission, pour ne pas laisser croire qu'elle a renoncé à un concept important et désormais profondément ancré dans le droit international.

71. En conclusion, M. Dugard se dit prêt à accepter le compromis dans les conditions qu'il a indiquées.

72. M. ROSENSTOCK dit qu'il ne voudrait pas, par son silence, accréditer l'idée que l'expression « crimes internationaux des États » fait désormais partie intégrante de la terminologie du droit international. Il pense au contraire qu'il s'agit d'une idée aberrante dont il ne comprend pas comment elle a pu germer dans les travaux de la Commission et qui, à aucun moment au cours de la décennie écoulée, n'a recueilli l'appui de la moitié au moins de ses membres. Il ne pense pas non plus qu'il soit raisonnable d'escompter, en tant que prix à payer pour l'adoption des propositions de législation avancées par le Rapporteur spécial, l'acceptation de la notion de crime. La Commission devrait se demander si elle entend ou non, et dans

⁹ Voir *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XV, 1984, p. 321.

l'affirmative à quel prix et dans quelle mesure, mettre en péril tout ce qui a été fait sur le sujet de la responsabilité des États, dans un élan d'irréflexion. Les propositions du Rapporteur spécial sont intéressantes, elles méritent d'être examinées et la Commission doit assurément les renvoyer à l'Assemblée générale, s'agissant d'une première lecture, afin d'obtenir des réactions et des indications quant à la volonté de poursuivre les travaux dans le sens proposé si un appui se manifeste. M. Rosenstock pense toutefois que si la Commission va au-delà, elle prendra le risque immense de mettre en péril tout l'exercice qu'elle a accompli. Les déclarations qualifiant certains comportements de « criminels » sont essentiellement de caractère politique et en aucun cas, dans ce contexte, la notion de crime n'est entendue dans un sens juridique.

73. M. HAFNER pense au contraire que l'expression « crimes internationaux des États » est acceptée dans la terminologie du droit international, mais qu'elle n'est pas entendue par tous de la même façon. En l'état actuel du droit, il en existe au moins trois interprétations différentes, ce qui rend très délicat de traiter de cette question.

74. M. ECONOMIDES dit qu'à son avis l'article 19 constituait une disposition essentielle du projet, qui avait d'autant plus de valeur qu'elle représentait aussi le développement progressif du droit. La Commission est saisie d'une autre proposition, qui est le résultat d'un effort énorme du Rapporteur spécial pour tenter de trouver une base de consensus. M. Economides n'est toutefois pas convaincu que l'équilibre idéal ait été trouvé. M. Dugard a fait une proposition réaliste qu'il convient d'examiner avec beaucoup d'attention pour pouvoir parvenir à une solution équilibrée. Peut-être d'autres propositions seront-elles faites pour parvenir à un compromis plus satisfaisant, mais M. Economides ne peut accepter la position a priori négative prise par M. Rosenstock. Certes, le travail accompli pendant de longues années doit être sauvegardé, mais ce ne doit pas être aux dépens d'une partie de la Commission.

75. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit tout d'abord qu'au paragraphe 4 de l'article 51 le mot « pénales » doit être entendu dans toutes les connotations possibles, car la Commission ne saurait exclure les éventualités résultant de décennies de développement du droit international.

76. S'agissant de la présentation du projet d'articles à la Sixième Commission, il serait souhaitable, d'une part que celle-ci soit saisie d'un texte de synthèse lui permettant de voir comment les différents articles s'articulent les uns avec les autres et, d'autre part, que, dans son rapport à l'Assemblée générale sur les travaux de sa session en cours, la Commission distingue les aspects du rapport qui ont fait l'objet de commentaires substantiels des gouvernements et représentent l'aboutissement d'un travail de nombreuses années de ceux qui ont un caractère essentiellement nouveau.

77. M. SIMMA précise que, lorsqu'il dit que le texte de l'article 51 devrait être rapproché de celui de l'article 19, il ne s'agit pas de celui-ci en bloc, mais seulement du paragraphe 2 de cet article, à savoir la description des obligations que vise l'article 19, et qu'il n'a certainement pas

l'intention de proposer que le mot « crime » soit ajouté à l'occasion de cet exercice.

78. M. BROWNLIE rappelle que l'exercice entrepris par la Commission consiste d'abord à codifier la responsabilité des États, qui constitue un pan du droit coutumier établi de longue date et qui survivra quelle que soit l'issue des travaux de la Commission. En outre, la Commission a l'ambition d'édifier un système d'ordre public multilatéral, et cela par des moyens purement normatifs. Pour cette raison, entre autres, il importe que la Commission s'attache à étudier la pratique des États. Cela permet par exemple de constater que la pratique des sanctions multilatérales n'est pas le seul fait des États occidentaux.

79. S'agissant de l'article 19, il n'approuve pas l'approche consistant à dire que le fait, pour la Commission, d'écarter l'article 19 reviendrait en quelque sorte à renoncer au concept de crime international. Certains des membres de la Commission ont au contraire le sentiment que l'article 19 exprime une version affaiblie du concept de crime international qui, en outre, n'est pas placé là où il faudrait. C'est un article inapproprié qui, de toutes façons, ne relève pas du projet.

80. Pour le moment, le souci de la Commission doit être de transmettre à la Sixième Commission un projet de synthèse en vue d'obtenir des informations en retour.

81. En ce qui concerne des aspects plus spécifiques du rapport, M. Brownlie dit tout d'abord que les références à la pratique des États pourraient être étoffées et rééquilibrées. S'agissant ensuite de la terminologie, il pense que le concept de contre-mesures collectives risque d'être source de malentendus, ne serait-ce qu'en raison de la tentation d'établir un lien avec les contre-mesures bilatérales. Or, les contre-mesures collectives sont essentiellement des sanctions collectives et elles sont souvent parallèles plutôt que collectives. Malgré la difficulté de trouver un terme de remplacement, il préférerait l'expression « sanctions multilatérales ».

82. Pour ce qui est de l'obligation de non-reconnaissance, visée à l'article 51, il est inexact de dire, comme le fait le Rapporteur spécial, que cette notion relève du développement progressif. Là encore, la Commission doit scrupuleusement veiller à faire le lien entre ses travaux et ce qui existe depuis des décennies. En l'occurrence, ce principe a été affirmé par l'Assemblée de la Société des Nations au début des années 1930, ce qui devrait être relaté dans le commentaire. Le rapport devrait d'ailleurs au moins évoquer le problème de la nullité, car la non-reconnaissance, outre qu'elle est parfois une sanction politique, constitue dans un contexte plus juridique une réaction à la nullité d'un acte.

83. S'agissant enfin de l'expression « violation grave et manifeste d'une obligation » visée à l'article 51, M. Brownlie ne pense pas qu'elle soit aussi objective qu'elle le paraît, les violations commises par des membres permanents du Conseil de sécurité tendant, en général, à ne pas être perçues comme manifestes.

La séance est levée à 13 h 10.

2651^e SÉANCE

Jeudi 3 août 2000, à 10 heures

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Tomka.

Responsabilité des États¹ (suite) [A/CN.4/504, sect. A, A/CN.4/507 et Add.1 à 4², A/CN.4/L.600]

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

1. M. GOCO dit qu'alors qu'il était *Solicitor-General* des Philippines, il s'est occupé d'un certain nombre d'affaires à connotation internationale. Son domaine de prédilection est néanmoins l'étude et l'analyse du droit interne et l'exercice de la profession d'avocat. C'est pourquoi il a trouvé le troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/507 et Add.1 à 4) particulièrement éclairant. Les doutes qu'il pouvait avoir sur certains points ont en grande partie été dissipés.

2. L'utilisation de l'expression « intérêt juridique » aux paragraphes 375 et 376 du rapport soulève le problème, important, de savoir comment il faut la comprendre. Il se demande si c'est le type d'intérêt juridique reconnu dans une instance judiciaire ou susceptible d'être validé par un tribunal. Un intérêt juridique est après tout un intérêt réel, actuel et juridiquement protégé. En outre, l'intérêt à agir peut faire barrage lorsqu'une partie ne peut prouver qu'elle a un intérêt juridique dans l'instance ou lorsqu'elle n'a pas la personnalité juridique. La CIJ a connu plusieurs affaires à cet égard, y compris les affaires du *Sud-Ouest africain*, dans lesquelles l'Éthiopie et le Libéria avaient saisi la Cour pour lui demander de confirmer que l'Afrique du Sud était un territoire sous mandat. La Cour a adopté une position empirique en ce qui concerne l'intérêt juridique en tant que problème général et a refusé de limiter la notion, en tant que principe général, aux dispositions concernant un objet matériel ou tangible. Elle a jugé que de tels droits et intérêts devaient, pour exister, clairement

échoir à ceux qui les revendiquaient, que ce soit en vertu d'un texte, d'un instrument ou d'une règle de droit. L'affaire du *Cameroun septentrional* posait un problème comparable, dans laquelle la Cour avait été priée de déclarer que le Royaume-Uni, en tant que puissance administrante du Cameroun, n'avait pas exécuté les obligations que l'accord de tutelle mettait à sa charge.

3. Une autre question de procédure est celle de la jonction des parties. L'existence d'un intérêt juridique des parties en question est bien entendu fondamentale. Un autre problème est celui de l'existence d'une cause valide, ou celui de savoir si on est en présence d'une prétention juridique par opposition à de simples représentations ou à une demande en réparation. La justification de la mise en cause d'autres États, ou de la communauté internationale dans son ensemble, est une violation grave d'obligations. De ce fait, le type de violation commise qui justifierait la participation d'autres États constitue une question préalable. Une fois la violation commise, l'intérêt juridique nécessaire pour que d'autres États se joignent à l'État victime existe instantanément mais, bien entendu, ce dernier État doit tout d'abord donner son consentement. En l'absence de ce consentement, les autres États désireux de se joindre à lui risquent de ne pas pouvoir le faire. La question demeure néanmoins de savoir si – outre la nature de la violation, qui est le critère à utiliser en cas d'assistance à l'État victime – les alliances, traités ou groupements régionaux, qui sont nombreux, suffisent à faire naître un intérêt juridique.

4. Les contre-mesures citées en exemple au paragraphe 391 ne sont pas des contre-mesures collectives au sens strict dès lors que les États qui les prennent ne peuvent se dire lésés. De fait, certains ont seulement décidé de suspendre des droits conventionnels en alléguant un changement fondamental de circonstances. En outre, le Rapporteur spécial admet au paragraphe 396 que la pratique des États est dominée par un groupe d'États occidentaux. Comme le confirme le paragraphe 290 du rapport, il y a très peu d'exemples de contre-mesures collectives prises par des États d'Afrique ou d'Asie, les contre-mesures favorisant les États les plus puissants. La question mérite d'être examinée sérieusement étant donné les réalités actuelles régissant les relations entre pays développés, pays en développement et pays sous-développés. Les pays riches et industrialisés sont unis au sein d'alliances alors que d'autres nations n'ont guère de lien entre elles et comptent sur le soutien de quelque État puissant. Bien que souveraines et indépendantes, elles sont économiquement dépendantes. Il en résulte que, quel que soit le soin apporté à la formulation des dispositions les concernant, il est peu probable que des contre-mesures collectives ne soient jamais prises. Des motifs puissants empêchent les États de se joindre à l'État victime. À cet égard, un comité indépendant constitué par l'OUA a blâmé certains États et institutions pour le génocide qui s'est produit au Rwanda en 1994. On peut légitimement se demander pourquoi aucun État n'est intervenu en faveur d'une idée en laquelle tous déclaraient croire, à la suite d'une violation d'obligations dues à la communauté internationale aussi grave que le génocide.

5. M. Goco indique qu'il commentera le texte des articles proposés au sein du Comité de rédaction.

¹ Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire...* 1996, vol. II (2^e partie), chap. III, sect. D, p. 62.

² Reproduit dans *Annuaire...* 2000, vol. II (1^{re} partie).

6. M. MOMTAZ dit que le chapitre IV du troisième rapport a le gros avantage de permettre à la Commission d'élargir son débat sur la responsabilité dans le contexte des relations bilatérales entre États. L'ombre de l'article 19 adopté en première lecture, qui concerne une question très controversée, plane sur l'ensemble de ce chapitre. Sans vouloir rouvrir le débat sur la distinction entre crimes internationaux et délits internationaux, M. Momtaz fait observer que cette distinction existe inévitablement et qu'il faut réserver du temps pour l'examiner sérieusement. Il a à cet égard bien pris note de la proposition de M. Dugard.

7. M. Momtaz partage pleinement la préoccupation exprimée par le Rapporteur spécial au paragraphe 372 de son rapport, préoccupation également exprimée par le Conseil de sécurité, en ce qui concerne les effets néfastes de certaines des résolutions de ce dernier sur la population civile innocente des États qu'elles sanctionnent. Le Président du Conseil a fait plusieurs déclarations sur la nécessité de veiller à ce que les sanctions soient conformes au droit international humanitaire. Le Conseil doit créer un groupe d'experts indépendants pour examiner la question.

8. En ce qui concerne le paragraphe 391, M. Momtaz pense avec M. Dugard que les États occidentaux ne sont pas les seuls à prendre des contre-mesures collectives et il appelle l'attention sur les mesures prises par certains pays arabes contre l'Égypte après les accords de Camp David³ ou par les États membres du Conseil de coopération du Golfe contre l'Iraq après l'invasion du Koweït.

9. Quant au paragraphe 393, il est quelque peu surprenant que le Rapporteur spécial, bien qu'il utilise le mot « invasion » – qui a sans aucun doute une connotation négative en droit international – pour décrire l'action de l'Union soviétique en Afghanistan, semble néanmoins avoir des doutes quant à l'illicéité de cette action.

10. Le paragraphe 374 révèle une certaine confusion entre les normes que la CIJ a qualifiées d'*erga omnes* dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire de la *Barcelona Traction* et les normes impératives du droit international général. Peut-être cette confusion est-elle due au fait que tous les exemples donnés concernent des normes impératives du droit international général ou *jus cogens*.

11. M. Momtaz souscrit aux réserves exprimées par M. Brownlie au sujet de l'expression « contre-mesures collectives » et approuve totalement l'expression « sanctions multilatérales » qu'il propose pour la remplacer. Néanmoins, sa préoccupation majeure est que le raisonnement du Rapporteur spécial repose sur le droit des États non directement affectés de venir en aide à l'État lésé par une violation flagrante d'obligations dues à la communauté internationale. Ce droit est énoncé aux articles 50 A et 50 B. Cette démarche ne tient cependant pas compte de l'obligation des États membres de la communauté internationale de réagir aux violations du droit international humanitaire, une obligation qui ressort clairement de l'article premier des quatre Conventions de Genève et du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12

août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), aux termes duquel les États parties doivent respecter et « faire respecter » les dispositions des conventions en toutes circonstances. L'immense majorité de la doctrine estime que l'expression « faire respecter » met à la charge des États une obligation de réagir à toute violation du droit international humanitaire. La CIJ a été tout à fait claire sur ce point lorsqu'elle a examiné l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. Au paragraphe 220 de l'arrêt qu'elle a rendu dans cette affaire, elle a déclaré qu'[aux termes de l'article premier des quatre Conventions de Genève], « les États-Unis ont l'obligation de “respecter” et même de “faire respecter” ces conventions en toutes circonstances ». Et elle a ajouté que cette obligation « découle des principes généraux du droit humanitaire dont les conventions en question ne sont que l'expression concrète ».

12. La question est donc de savoir comment envisager le problème. M. Momtaz propose, à un stade, certes, assez tardif des travaux, d'indiquer au paragraphe 3 de l'article 51 que le droit international humanitaire doit être respecté. Quant à l'alinéa c de ce paragraphe 3, il est clair qu'il concerne la coopération en vue de mettre un terme à la violation de l'obligation due. En d'autres termes, les États non directement lésés ne peuvent demander une indemnisation, pour la bonne raison que le dommage qu'ils ont subi est non matériel ou moral.

13. Tel quel, le paragraphe 4 de l'article 51 n'est pas utile. Il va sans dire que, même si le projet d'articles est adopté sous la forme d'une convention, il ne pourra constituer un obstacle au développement du droit coutumier ou du droit conventionnel.

14. S'agissant de l'article 39, M. Momtaz se félicite qu'une note relative au paragraphe 426 renvoie à l'article extrêmement stimulant de M. Arangio-Ruiz, qu'il a lui-même trouvé totalement convaincant. Il soupçonne que le Rapporteur spécial a lui aussi été impressionné, ce qui expliquerait la révision radicale du texte et, en fait, sa proposition tendant à supprimer totalement ce projet d'article. Depuis que la CIJ s'est prononcée dans l'affaire de *Lockerbie*, l'Article 103 de la Charte des Nations Unies a été abondamment interprété. Pourtant il est clair que l'Article 103 ne vise que les dispositions de la Charte elle-même; il ne vise pas les décisions prises par des organes de l'Organisation des Nations Unies, y compris le Conseil de sécurité. D'autre part, il donne aux dispositions de la Charte la priorité sur celles d'autres instruments juridiques, excluant ainsi les règles dont le fondement est purement coutumier. De ce fait, il est évident que la question se pose de savoir si, une fois qu'ils auront été adoptés, les articles du projet perdront leur caractère coutumier pour la seule raison qu'ils ont été codifiés. M. Momtaz en doute. La Cour a été très claire à cet égard en ce qui concerne l'Article 51 de la Charte et la notion de légitime défense lorsqu'elle a rendu son arrêt dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. Au paragraphe 176 de cet arrêt, elle a déclaré que « le droit coutumier continue d'exister à côté du droit conventionnel » et que l'Article 51 ne pouvait écarter le droit international coutumier.

³ Accord-cadre pour l'établissement de la paix au Moyen-Orient conclu à Camp David, signé à Washington le 17 septembre 1978 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1138, n° 17853, p. 39).

15. Le même argument est applicable au projet d'articles dont la Commission est saisie. Ses dispositions sont pour certaines fondées sur le droit international général. Celles qui reposent sur le droit coutumier n'entreront pas dans le champ d'application de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies. Pour M. Momtaz, l'article 39 n'ajoute rien et on peut donc douter de sa validité. La même question s'est posée durant la rédaction du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. L'article 16 du Statut, qui donne au Conseil de sécurité la possibilité de suspendre indéfiniment une affaire dont la Cour est saisie, a été vigoureusement critiqué par de nombreux représentants de la doctrine actuelle. M. Momtaz souscrit donc volontiers à la proposition du Rapporteur spécial, à la note relative au paragraphe 426, de supprimer purement et simplement l'article 39.

16. M. HAFNER dit que le Rapporteur spécial doit être félicité d'avoir achevé, avec le chapitre IV de son troisième rapport, la tâche formidable d'élaboration des projets d'articles sur la responsabilité des États en vue de la seconde lecture. Le chapitre IV a des conséquences et des implications politiques considérables, et il soulève des questions extrêmement complexes s'agissant de certaines évolutions en cours du droit international et des relations internationales.

17. La première partie a trait aux obligations *erga omnes* et aux obligations concernant la protection des intérêts collectifs des États. Dans ce contexte, il convient de régler la question controversée des crimes internationaux. M. Hafner pense lui aussi que les crimes internationaux ne doivent pas figurer dans le projet d'articles. Même à supposer qu'une telle catégorie d'infraction existe effectivement, le moment n'est pas encore venu de les examiner dans le détail et, de toute façon, la tâche consistant à les définir relève des règles primaires et non des règles secondaires. Puisque les règles primaires n'ont pas encore établi l'étendue, la portée et le contenu de ces crimes, il serait prématuré de s'occuper des règles secondaires ou des conséquences qui découlent de l'existence de règles primaires. On pourrait bien entendu arguer qu'on s'est trouvé dans la même situation en ce qui concerne le *jus cogens* dans la Convention de Vienne de 1969, qui ne définit pas le contenu de cette notion. On doit toutefois se souvenir que les crimes relèvent d'un domaine beaucoup plus délicat, et que la Convention a délibérément prévu une procédure judiciaire obligatoire devant la CIJ lorsque des questions touchant le *jus cogens* se posent – une situation qui n'existera pas dans le domaine de la responsabilité des États. M. Hafner appuie donc la décision du Rapporteur spécial de ne s'occuper que des délits possédant des caractéristiques particulières dénotant leur gravité.

18. À cet égard, il faut aussi se souvenir que différentes catégories d'obligation sont déjà définies dans le projet d'articles. Les obligations peuvent être bilatérales ou multilatérales, une catégorie qui inclut les obligations dues à un groupe d'États, ou celles dues à la communauté internationale dans son ensemble; en outre, ces deux groupes comprennent des sous-catégories, comme celles affectant la jouissance de leurs droits par d'autres États et celles visant à protéger un intérêt collectif. Mais cette distinction doit être distinguée de la distinction entre les différents types de violation, laquelle peut s'appliquer à tous les types d'obligation, comme celles de caractère continu.

C'est ainsi qu'une violation grave et manifeste représente un type particulier de violation. L'article 51 proposé envisage toutes les obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble, mais uniquement en ce qui concerne certains types de violation. De ce fait, il existe une différence substantielle entre les crimes envisagés dans la définition initiale qui figure à l'article 19, et le type de violation visé à l'article 51. En conséquence, les crimes – s'ils existent – ne sont pas envisagés à l'article 51, et M. Hafner souscrit à l'opinion exprimée par M. Dugard, à savoir qu'il pourrait être bon d'inscrire cette question au programme de travail de la Commission pour examen futur. D'autre part, l'autre proposition de M. Dugard, à savoir faire figurer la définition des crimes de l'article 19 à l'article 51, modifierait totalement le champ d'application de cet article. Pour M. Hafner, les crimes doivent, dans le projet d'articles proposé en deuxième lecture, être réputés n'être couverts que par la règle de la *lex specialis*. Envisager cette question au stade actuel compromettrait gravement l'ensemble de l'entreprise.

19. L'opinion exprimée par le Rapporteur spécial dans sa présentation orale en ce qui concerne la relation entre la responsabilité des États et la responsabilité individuelle est correcte. Bien que, selon la doctrine classique, la responsabilité des États ne s'embarrasse pas de la responsabilité individuelle, la fonction de cette dernière n'en est sans aucun doute pas moins de libérer la population que la responsabilité des États place en situation d'otage. M. Hafner souscrit pleinement à cette manière de voir les choses, qui est aussi à l'origine de la création de la Cour pénale internationale.

20. De même, l'existence des dommages-intérêts punitifs n'est pas confirmée en droit international positif. L'article 228 du Traité instituant la Communauté européenne (numérotation révisée conformément au Traité d'Amsterdam) visé par le Rapporteur spécial au paragraphe 382 de son rapport est un cas particulier qui résulte de l'intégration poussée à laquelle l'Union européenne est parvenue depuis la signature du Traité de Maastricht en 1993, et des questions continuent de se poser en ce qui concerne son application. Il convient en outre de noter qu'il n'y a toujours pas d'autorité à même de faire exécuter une décision concernant des amendes pécuniaires – ce qui ne fait que confirmer que la Commission est en l'espèce dans le domaine du développement progressif du droit international. Comme l'a, à juste titre, fait observer le Rapporteur spécial, la première décision à cet égard n'a été prise par la Cour de justice des Communautés européennes que très récemment, en juillet 2000, même si la Commission européenne avait déjà engagé cette procédure auparavant. Il est intéressant toutefois de noter que la procédure a été engagée en ce qui concerne l'environnement, un domaine dans lequel on a affaire à des obligations *erga omnes* et dans lequel il est possible qu'il n'y ait pas d'État lésé. Ainsi, d'une part, il n'est pas possible de généraliser à partir du pouvoir de la Cour de justice des Communautés européennes et, de l'autre, ce pouvoir est en pratique limité à un certain type d'affaire.

21. Quant aux projets d'articles eux-mêmes, M. Hafner est favorable, pour les raisons qu'il a déjà exposées, au maintien du second texte qui figure entre crochets au paragraphe 2 de l'article 51, et donc à la suppression de la mention des « dommages-intérêts punitifs ». Le commen-

taire devrait analyser dans quelle mesure la question de la validité soulevée par M. Brownlie se pose à l'alinéa *a* du paragraphe 3. Bien que les déclarations de MM. Gaja et Simma concernant la relation entre l'alinéa *b* du paragraphe 3 et l'article 27 semblent convaincantes, M. Hafner se range à l'opinion exprimée par le Rapporteur spécial en réponse à M. Gaja en ce qui concerne la différence entre les deux dispositions. C'est pourquoi il considère que l'alinéa *b* du paragraphe 3 n'est pas sans mérite.

22. Le principal problème réside dans l'alinéa *c* du paragraphe 3 qui, avec l'alinéa *b* du même paragraphe, s'inspire à coup sûr du paragraphe 5 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies. Les deux dispositions généralisent l'obligation et l'étendent, au-delà de l'Organisation des Nations Unies, à tous les États qui prennent de telles mesures et à qui l'obligation est due. M. Hafner rappelle qu'il a déjà déclaré durant l'examen par la Commission de l'article 29 *bis*, relatif aux normes impératives, que les articles semblent affecter le droit de la neutralité. Cela est particulièrement vrai de l'alinéa *c* qui, s'il était appliqué, modifierait l'objectif même de la neutralité, à savoir l'impartialité. Selon ce principe, un État neutre serait obligé de fournir à l'État responsable la même assistance qu'il est tenu de fournir aux autres États visés à l'alinéa *c*. Cela serait néanmoins contraire à l'obligation imposée par l'alinéa *b*. On peut bien entendu arguer que de nos jours la neutralité n'est plus régie par la règle de l'équidistance. On peut néanmoins en débattre. La règle de la *lex specialis* peut être invoquée pour régler le problème, mais l'on peut douter que le droit de la neutralité puisse être considéré comme *lex specialis* au regard de la responsabilité des États. Ainsi, la seule chose que l'on puisse dire est que l'État responsable est tenu de tolérer une telle coopération de l'État neutre avec les autres États puisqu'il serait également lié par les règles de la responsabilité des États – une situation comparable à celle des États neutres membres de l'Organisation des Nations Unies. Mais force est alors de reconnaître que le droit de la neutralité est en train de changer substantiellement et que l'article relèverait ainsi du développement du droit international – sans qu'il faille se demander si ce développement est « progressif ». M. Hafner se demande s'il est possible d'aller aussi loin, et il se joint donc à ceux qui ont exprimé des doutes au sujet de cette disposition.

23. D'autres considérations jettent aussi un doute sur l'alinéa *c* du paragraphe 3 de l'article 51. Ainsi, le paragraphe 2 de la résolution 678 (1990) du Conseil de sécurité, adoptée en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, a autorisé les États Membres à utiliser tous les moyens nécessaires pour rétablir la paix et la sécurité internationales au Koweït. Au paragraphe 3 de la même résolution, le Conseil a prié tous les États d'apporter l'appui voulu aux mesures prises en application du paragraphe 2. Le fait que le mot « décide » ne figure pas dans la résolution signifie que le Conseil n'a pas clairement mis une obligation de coopérer à la charge des États ne participant pas aux mesures collectives visées au paragraphe 2. À l'évidence, le Conseil n'était pas certain qu'une telle obligation serait conforme au droit international ou acceptée par les États. Il n'est pas non plus possible de conclure à la lecture du paragraphe 5 de l'Article 2 de la Charte qu'il existe une obligation de coopérer avec les États prenant les mesures collectives. La seule obligation pouvant être déduite du lien entre la résolution 678 (1990) et le para-

graphe 5 de l'Article 2 de la Charte (et aussi, peut-être, l'Article 25) est que les États ont simplement une obligation de ne pas entraver ces mesures.

24. Un autre problème que pose l'alinéa *c* du paragraphe 3 tient à l'expression « de coopérer pour appliquer les mesures visant à mettre fin à la violation ». On peut bien entendu supposer que ces mesures doivent être licites, mais cela n'est dit nulle part. La première condition que les mesures doivent ainsi satisfaire est d'être conformes au droit international. Ce n'est qu'alors qu'une obligation de coopérer peut être établie.

25. Quant au paragraphe 4, la mention des conséquences « pénales » est superflue, car elle est viciée par la présence des mots « ou autres ». Le texte qui figure dans la note relative au paragraphe 413 du rapport est par contre un ajout nécessaire, et il devrait, comme l'a proposé M. Simma, constituer un article distinct. La non-répétition devrait être mentionnée à l'alinéa *a* du texte figurant dans cette note, car la non-répétition va de pair avec la cessation. Reste l'importante question de savoir si l'État doit être habilité à demander la restitution et des dommages-intérêts supplémentaires et à prendre des contre-mesures pour amener l'État responsable à exécuter ses obligations. L'alinéa *c* de la note susmentionnée soulève diverses questions à cet égard : car à la lettre *i* de cet alinéa *c*, on trouve l'expression « dans l'intérêt de la personne ou de l'entité lésée », qui suppose une communication entre l'État qui invoque cet intérêt et la victime, alors que la lettre *ii* de l'alinéa *c* ne semble pas exiger une telle communication, même si les dommages-intérêts doivent être utilisés au bénéfice des victimes de la violation. Cette proposition est portée par une certaine conviction morale, mais M. Hafner doute que cela se soit jamais produit. À l'évidence, les deux articles doivent être lus en même temps que l'article 51, qui n'indique pas l'État habilité à invoquer l'obligation de l'État responsable. La proposition figurant dans la note de bas de page relative au paragraphe 413 est donc un corollaire nécessaire de l'article 51.

26. M. Hafner dit qu'il peut accepter le libellé proposé pour l'article 37, y compris les mots « dans la mesure ». On peut supposer que l'intention exprimée dans cet article est de conférer à l'ensemble du projet sur la responsabilité des États le statut de *lex specialis*. Toutefois, l'article se contente de mentionner « les conditions d'un fait internationalement illicite », et l'intervenant se demande donc si cette formule vise également la définition d'un tel fait ou, selon les titres des différentes parties, les principes généraux, le fait de l'État en droit international et la violation elle-même. Si l'on conserve ce texte, il faut fournir des éclaircissements dans le commentaire, ce que pourra faire le Comité de rédaction. Il faut assurément trouver une solution juridique à la question de la relation entre les régimes de *lex specialis* et le régime général de la responsabilité des États. Un État qui n'est pas lié par un régime spécial peut-il agir dans le cadre du régime général lorsqu'il est aussi habilité à invoquer la responsabilité des États ? Dans son commentaire, le Rapporteur spécial a évoqué une solution par interprétation. Au stade actuel des travaux, il semble que la Commission doive souscrire à cette opinion, qu'elle offre ou non une solution plausible. Quoi qu'il en soit, il s'agit là de questions très complexes.

27. Le libellé proposé pour l'article 39 ne pose aucun problème, même si l'on pourrait arguer que cette disposition est redondante, sa teneur découlant déjà de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies. Toutefois, compte tenu des observations de M. Momtaz, dont l'intervenant partage dans une certaine mesure les préoccupations, les conséquences du statut juridique qui sera finalement celui du projet doivent être prises en considération. Si les articles doivent prendre la forme d'une résolution exposant le droit international coutumier, on pourra alors arguer qu'ils primeront la Charte, puisque l'Article 103 vise les obligations conventionnelles mais non le droit coutumier. Le projet d'article 39 est donc particulièrement important, car il doit être interprété de manière à ce que l'Article 103 de la Charte prime l'instrument qui contiendra les projets d'articles.

28. M. ECONOMIDES dit qu'il se penchera uniquement sur la solution de compromis recherchée par la Commission en ce qui concerne les articles 19 et 51 à 53 du projet d'articles adopté en première lecture.

29. La solution de compromis proposée par le Rapporteur spécial n'est pas et ne peut être, a priori, satisfaisante. Le Rapporteur spécial a fait disparaître l'expression « crime international », qui est pourtant bien établie en droit aujourd'hui : les expressions « crime d'agression » et « crime de génocide » sont de nos jours universellement utilisées. En outre, cette expression avait à elle seule un effet dissuasif considérable s'agissant des violations les plus graves. Deuxièmement, le Rapporteur spécial a supprimé l'article 19 dans son intégralité, le paragraphe 3 de l'article 40 et l'article 52 adoptés en première lecture, et il propose maintenant un nouvel article 51 en lieu et place des dispositions ainsi supprimées.

30. Le paragraphe 1 de l'article 51 devrait constituer un article distinct comme l'ont déjà proposé MM. Simma et Tomka, et il devrait être considérablement développé. L'article doit contenir une définition de l'expression « violation grave » telle que celle-ci figure actuellement au paragraphe 2 de l'article 19. Cette définition devrait être ainsi libellée : « La violation par un État d'une obligation internationale essentielle pour la protection d'intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble constitue une violation grave au sens du présent chapitre ».

31. M. Economides souscrit à l'idée d'indiquer que la violation doit être dûment établie et manifeste, à l'instar d'un fait internationalement illicite, en particulier lorsqu'un État est amené à prendre des contre-mesures en ce qui la concerne. L'article doit aussi contenir une liste de la plupart des violations graves mentionnées au paragraphe 3 de l'article 19 sinon de toutes ces violations, et en particulier de l'agression. Il va sans dire que cette liste ne sera pas exhaustive, mais elle est néanmoins essentielle, car chacun doit savoir ce que l'on entend par « violation grave ».

32. Le paragraphe 2 de l'article 51, qui est la seule proposition de fond présentée par le Rapporteur spécial, doit lui aussi prendre la forme d'un article distinct. Pour M. Economides, les dommages-intérêts punitifs doivent être conservés uniquement dans le cas des violations graves. Quant aux deux expressions qui figurent actuellement

entre crochets, il préférerait qu'elles soient combinées dans l'expression « dommages-intérêts punitifs correspondant à la gravité de la violation ».

33. Le paragraphe 3 pourrait également être divisé en deux articles. Le premier pourrait être ainsi libellé : « Une violation grave fait naître, pour tous les autres États pris individuellement » – les mots « pris individuellement » sont importants – « les obligations : »; suivraient les alinéas *a* et *b* tels qu'ils sont actuellement libellés. Le deuxième article pourrait se lire comme suit : « Une violation grave fait également naître, pour tous les États, les obligations de coopérer avec l'État lésé : *a*) à l'exécution des obligations énoncées dans l'article précédent; *b*) à l'application des mesures visant à éliminer les conséquences de la violation grave ». Il va sans dire que ces mesures doivent être conformes au droit international.

34. Enfin, le paragraphe 4 proposé devrait constituer le dernier article du chapitre. Naturellement, ce paragraphe doit être substantiellement amélioré par le Comité de rédaction.

35. Un autre facteur à examiner est le point de savoir si le paragraphe 2 de l'article 40 *bis* et les articles 50 A et 50 B peuvent combler le vide créé par la suppression du paragraphe 3 de l'article 40. Il n'est pas facile de répondre à cette question. Les nouvelles dispositions sont complexes et doivent être étudiées avec soin, et il faut espérer qu'elles pourront l'être non seulement en séance plénière mais aussi, et surtout, au Comité de rédaction. Il semble toutefois que, pour donner effet à la disposition figurant à l'article 50 *bis* et éviter les abus, il sera nécessaire de respecter l'obligation de non-intervention dans les affaires relevant de la juridiction nationale des États conformément à la Charte, une obligation énoncée dans la Déclaration sur les principes du droit international concernant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies⁴. M. Economides dit que ses propositions ne contiennent rien de nouveau. Elles sont fondées sur l'article 51 proposé par le Rapporteur spécial et sur l'article 51 adopté en première lecture, et s'inspirent également dans une certaine mesure de l'article 19.

36. S'agissant de la solution de compromis proposée par le Rapporteur spécial, la Commission devrait dans l'immédiat s'efforcer d'améliorer le texte autant que faire se peut et revenir sur cette question à sa prochaine session. Enfin, M. Economides félicite le Rapporteur spécial pour son rapport sur un sujet d'une importance cruciale et le remercie des efforts qu'il a faits pour parvenir à un compromis équitable et honnête.

37. M. KABATSI dit que grâce aux efforts du Rapporteur spécial il semble que la Commission soit sur le point de présenter à l'Assemblée générale et à la communauté internationale dans son ensemble un projet d'articles complet sur la responsabilité des États. Dans le chapitre IV de son rapport, le Rapporteur spécial s'est efforcé de finaliser le texte et a fourni des solutions de compromis sur des dispositions controversées, mettant à leur place les pièces du puzzle afin que l'image soit plus claire.

⁴ Voir 2617^e séance, note 19.

38. D'une manière générale, M. Kabatsi approuve la manière dont le Rapporteur spécial a analysé et développé la notion du droit de chaque État d'invoquer la responsabilité pour les violations d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble et il se félicite en particulier des limitations très utiles auxquelles est assujéti ce droit s'il est exercé au nom d'un autre État. Il est plus réservé face au pas que le Rapporteur spécial, avec une réticence louable, a franchi en ce qui concerne la notion de dommages-intérêts punitifs, même s'il n'a peut-être pas tort en disant que la nouvelle voie ouverte par l'Union européenne pourrait avec le temps, et peut-être dans un avenir pas trop lointain, séduire d'autres États ou groupes régionaux.

39. M. Kabatsi approuve également les propositions du Rapporteur spécial en ce qui concerne les contre-mesures collectives même si, et cela est inhabituel pour le Rapporteur spécial, les exemples de la pratique des États qui sont donnés sont presque exclusivement tirés de la pratique des États occidentaux. MM. Dugard et Kateka ont donné d'autres exemples, tirés de la pratique d'États africains, y compris ceux que l'on appelait jadis les « États de la ligne de front », les États d'Afrique orientale et ceux de la région des Grands Lacs. D'autres exemples qui viennent à l'esprit sont les actions collectives menées ces dernières années par des États du Commonwealth contre des États comme le Nigéria. Tous ces exemples devraient rassurer la Commission en ce qu'ils attestent qu'il existe bien une pratique généralisée des États en matière de contre-mesures collectives. Bien que ces exemples ne soient pas toujours assimilables à des contre-mesures au sens du chapitre II de la deuxième partie *bis*, des éléments en sont néanmoins discernables dans la pratique de ces États.

40. M. Kabatsi dit que ses observations pourraient donner à penser qu'il a finalement accepté la notion de contre-mesures unilatérales. Tel n'est cependant pas le cas. Il peut accepter les contre-mesures collectives ou sanctions, comme M. Brownlie préfère les appeler, parce qu'à la différence des contre-mesures unilatérales prises individuellement par les États, dans le cas des contre-mesures collectives la marge d'erreur et la possibilité d'abus sont réduites par la sagesse et la bonne foi des autres États en cause. La situation n'est pas la même que celle « d'auto-assistance » visée au chapitre II de la deuxième partie *bis*, dans laquelle il y a jugement unilatéral.

41. M. Kabatsi approuve le traitement réservé par le Rapporteur spécial à la question des « violations flagrantes » d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble, ainsi que les recommandations proposées. À la différence d'autres membres de la Commission, il ne souscrit pas à la notion de criminalité d'État. Les États peuvent commettre des violations graves du droit international au préjudice d'autres États, qui sont aussi invariablement commises au détriment de la communauté internationale dans son ensemble. Les États en question doivent donc s'attendre à des conséquences proportionnelles, sous forme de réparation. Mais il ne faut pas aller plus loin. Il n'y a pas d'interprétation communément admise de l'expression « crime d'État », rien ne l'explique, même dans le cadre du droit pénal interne, et cette raison seule justifie qu'on s'abstienne de l'utiliser. Les connotations négatives du mot « crime » risquent de stigmatiser les populations innocentes des États temporel-

ment gouvernés par des régimes tyranniques. Tel a été le cas en Ouganda sous le régime d'Idi Amin, et bien que les États-Unis aient peut-être eu raison d'imposer des sanctions commerciales à l'Ouganda, c'est une population qui souffrait déjà des politiques génocidaires d'Amin, et non Amin et sa clique, qui pour l'essentiel a fait les frais des sanctions ainsi imposées.

42. M. Kabatsi convient que ce n'est pas au chapitre III de la deuxième partie, relatif aux violations graves d'obligations internationales, que doivent figurer les dispositions consacrant le principe énoncé à l'article 19; elles sont plus à leur place au chapitre II de la deuxième partie, qui concerne les conséquences juridiques de la responsabilité internationale de l'État.

43. Quant au paragraphe 2 de l'article 51, M. Kabatsi préfère l'expression « dommages-intérêts correspondant à la gravité de la violation », car l'idée de punir les États n'est guère acceptable. À l'alinéa *a* du paragraphe 3, les mots « comme licite » devraient être supprimés, car une situation créée par une violation ne peut jamais être licite. Peut-être le mot « licite » peut-il être remplacé par « acceptable ». M. Kabatsi partage les doutes déjà exprimés au sujet de l'obligation de coopérer mentionnée à l'alinéa *c* du paragraphe 3 et pense avec M. Hafner qu'une telle obligation n'existe pas dans tous les cas. Il approuve les articles 50 A et 50 B et les principes énoncés dans la quatrième partie.

44. M. LUKASHUK dit qu'il approuve la plupart des opinions exprimées dans le rapport mais qu'il se demande si la Commission sera en mesure de dompter les lions et les tigres évoqués par M. Kabatsi lors d'une séance précédente.

45. Le paragraphe 376 donne à penser que les obligations de la communauté internationale dans son ensemble font naître un droit d'agir dans l'intérêt général. L'exécution de ces obligations exige-t-elle une action de l'État pour défendre des intérêts généraux? Cela signifie-t-il qu'on reconnaît un droit d'action comparable à l'*actio popularis* du droit romain? La CIJ a jugé dans les affaires concernant le *Sud-Ouest africain* qu'une telle institution n'existe pas encore en droit international et le Rapporteur spécial semble avoir souscrit à cette opinion.

46. Au paragraphe 391, le Rapporteur spécial indique qu'en raison de doutes concernant la légitimité des frappes aériennes de l'OTAN contre la Yougoslavie, les États membres de l'OTAN s'étaient appuyés sur des motifs non juridiques, mais moraux et politiques. Peut-être devrait-on indiquer que les contre-mesures ne peuvent être dictées par des considérations morales ou politiques – un point qui pourrait avoir une importance concrète.

47. La mention par le Rapporteur spécial au paragraphe 394 d'actes de rétorsion en réaction à une violation d'obligations de caractère général vient rappeler que si l'on ne dit rien sur le sujet dans le projet d'articles on sera constamment face à ce dilemme en théorie comme en pratique.

48. M. Lukashuk entretient des doutes quant au titre du chapitre III parce qu'il donne l'impression que ce chapitre analyse la notion de violation grave ou donne une liste de ces violations. Ce titre serait approprié pour un chapitre de code pénal, mais il ne convient pas à un texte de droit

procédural. Comme le chapitre en question concerne la responsabilité, il devrait être intitulé « Responsabilité pour les violations graves d'obligations... ». De même, en ce qui concerne l'article 51, la conséquence des violations graves d'obligations est la responsabilité et, de fait, l'article concerne la responsabilité. En conséquence, il devrait donc, afin que son titre corresponde à son contenu, être intitulé « Responsabilité pour les violations graves... ». Le paragraphe 2 pourrait alors être libellé comme suit : « Une telle responsabilité fait naître pour l'État responsable de cette violation toutes les conséquences juridiques découlant de tout autre fait internationalement illicite et, de surcroît, l'obligation de verser des dommages-intérêts punitifs ». Les dommages-intérêts punitifs sont très importants dans ce contexte.

49. M. Lukashuk éprouve des doutes sérieux au sujet de l'alinéa *a* du paragraphe 3 de l'article 51, car il semble que l'obligation de ne pas reconnaître comme licite la situation créée par la violation n'a rien à voir avec les caractéristiques spécifiques de la violation mais naît quelle que soit cette dernière. Il est néanmoins vrai qu'aucune conséquence illicite ne peut être reconnue.

50. L'idée de responsabilité a aussi été omise à l'alinéa *b* du paragraphe 3. Il serait beaucoup plus exact de dire, dans cet alinéa : « de ne pas prêter aide ou assistance à l'État qui est responsable de la violation... ». M. Lukashuk n'est pas convaincu qu'il faille complètement supprimer l'article 19 et à cet égard il est d'une manière générale d'accord avec M. Economides.

51. Il est nécessaire de souligner l'importance des dispositions figurant à l'article 50 A car, en leur absence, une pratique pourrait apparaître qui consisterait pour des « États gendarmes » à veiller au respect du droit international pour le compte d'autres États, lesquels seraient dans une situation de dépendance par rapport aux premiers. Le titre de l'article 50 B lui non plus ne contient pas le terme « responsabilité ».

52. Quant au paragraphe 1 de cet article, dès qu'il s'agit d'obligation *erga omnes*, tout État peut être considéré comme lésé et il n'y a donc pas d'État neutre. Pour cette raison, cette disposition devrait être libellée comme suit : « Dans les cas mentionnés à l'article 50 où aucun État n'est directement ou particulièrement lésé par la violation... ». La pluralité de responsabilités soulève des questions très sérieuses, que le Rapporteur spécial a laissées de côté, notamment celle de la délimitation de la catégorie des États directement lésés et des États ayant un intérêt juridique. Il est fréquent que de telles difficultés apparaissent dans la pratique et elles continueront de le faire.

53. En ce qui concerne l'article 39, M. Lukashuk doute qu'il soit justifié de viser seulement l'Article 103 de la Charte des Nations Unies, une disposition qui confère un statut particulier à la Charte dans son ensemble. Il faudrait donc d'abord viser la Charte dans son ensemble, puis l'Article 103. Il n'est pas douteux que le Comité de rédaction pourrait élaborer une disposition acceptable sur la base de cet article.

Les réserves aux traités⁵ (*fin**) [A/CN.4/504, sect. B, A/CN.4/508 et Add.1 à 4⁶, A/CN.4/L.599]

[Point 5 de l'ordre du jour]

CINQUIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin***)

54. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à présenter le chapitre III de son cinquième rapport sur les réserves aux traités (A/CN.4/508 et Add.1 à 4).

55. M. PELLET (Rapporteur spécial) tient tout d'abord à informer les membres de la Commission que la Commission des droits de l'homme a reporté d'un an l'examen de la question des réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme, Mme Hampson n'ayant établi aucun document pour la session en cours de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme.

56. La question examinée dans le chapitre III – établi en français et non pas, comme le secrétariat s'obstine à l'indiquer, en anglais et en français – est celle du moment de la formulation des réserves et des déclarations interprétatives. Ce n'est pas une question entièrement nouvelle pour la Commission, puisqu'elle a été examinée à propos de la définition des réserves adoptée dans le projet de directive 1.1, qui reprend la définition de la Convention de Vienne de 1969. Selon cette définition, les réserves sont des déclarations unilatérales faites par un État ou par une organisation internationale à la signature, à la ratification, à l'acte de confirmation formelle, à l'acceptation ou à l'approbation d'un traité ou à l'adhésion à celui-ci ou quand un État fait une notification de succession à un traité. Cette définition a été précisée, en particulier dans le projet de directive 1.1.2, où il est dit que les cas dans lesquels une réserve peut être formulée incluent l'ensemble des modes d'expression du consentement à être lié par un traité mentionnés à l'article 11 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Néanmoins, ces précisions n'ont pas entièrement résolu tous les problèmes liés au moment auquel une réserve peut ou doit être formulée et ce sont ces questions qui font l'objet du chapitre III du cinquième rapport. Elles sont abordées sous l'angle de la formulation des réserves, dans la section 1 du chapitre III, intitulé « La formulation, la modification et le retrait des réserves et des déclarations interprétatives ».

57. Le Rapporteur spécial s'en est tenu strictement au plan de travail adopté lors de l'examen du premier rapport⁷ et s'est donc intéressé uniquement à la procédure de formulation des réserves. Il n'a pas examiné les conséquences que pourrait avoir une procédure irrégulière, lesquelles ne pourront être envisagées que lorsque les problèmes liés aux réserves illicites seront examinés. Il a abordé la question de la formulation des réserves mais pas celle de la régularité ou de l'irrégularité de cette formula-

* Reprise des débats de la 2640^e séance.

** Reprise des débats de la 2633^e séance.

⁵ Pour le texte des projets de directives adoptés provisoirement par la Commission à ses cinquantième et cinquante et unième sessions, voir *Annuaire... 1999*, vol. II (2^e partie), par. 470, p. 96 et suiv.

⁶ Voir *supra* note 2.

⁷ Voir 2632^e séance, note 6.

tion. Il a toutefois relevé un aspect curieux de la terminologie employée dans la Convention de Vienne de 1969 lorsqu'elle définit les réserves. Il est question à l'article 2 de déclaration unilatérale « faite » à certains moments par un État alors qu'aux articles 19 à 23 on emploie généralement le verbe « formuler ». Toutefois, à l'alinéa *b* de l'article 19 il est fait mention de réserves prévues par un traité qui peuvent être « faites » et non pas « formulées ». Cette différence n'est pas fortuite, c'est le résultat d'un choix délibéré. Il faut dire « faites » pour les réserves qui se suffisent à elles-mêmes et produisent des effets sans avoir à être ni confirmées ni acceptées. Il faut dire au contraire « formulée » lorsque la réserve a été proposée par l'État en question mais qu'elle ne produit pas en elle-même les effets habituellement liés aux réserves. De l'avis du Rapporteur spécial, le mot « faite » est employé par erreur à l'article 2 mais il ne vaut probablement pas la peine de modifier le projet de directive 1.1. On ne peut pas réécrire la Convention de Vienne. Toutefois, dans le projet de directives que la Commission va examiner ou adopter, il faudra veiller à utiliser correctement les deux verbes.

58. Le Rapporteur spécial voudrait appeler l'attention de la Commission sur un point qui n'est pas examiné dans le rapport, à savoir le moment auquel une réserve peut être modifiée. Il est évident qu'il existe des rapports entre la formulation et la modification d'une réserve. Néanmoins, la modification ne peut être séparée du retrait d'une réserve, car la modification est une sorte de retrait atténué. La modification fait l'objet du chapitre suivant du rapport que la Commission pourra examiner à sa cinquante-troisième session.

59. Les questions traitées dans le rapport sont très arides et très techniques même si leur importance pratique est loin d'être négligeable. Le texte du projet de directive 2.2.1, intitulé « Formulation des réserves à la signature et confirmation formelle », peut paraître compliqué à première vue mais il ne fait que reprendre le paragraphe 2 de l'article 23 de la Convention de Vienne de 1986, qui inclut les règles propres à la participation des organisations internationales. Cela se traduit par la référence aux actes de confirmation formelle qui sont l'équivalent de la ratification par les États. Le Rapporteur spécial propose à la Commission d'appliquer simplement la méthode qu'elle a suivie lorsqu'elle a adopté le projet de directive 1.1, c'est-à-dire d'inclure dans le Guide de la pratique une disposition commune aux Conventions de Vienne de 1969 et 1986. C'est nécessaire pour rendre le Guide aussi complet et aussi facile à utiliser que possible.

60. Tout en rappelant qu'il faudrait de bonnes raisons pour en proposer la modification, vu qu'il avait été décidé en principe, avec l'approbation de la Sixième Commission, de ne pas remettre en cause les règles des Conventions de Vienne, sauf si c'était absolument nécessaire, le Rapporteur spécial s'est demandé si la règle énoncée au paragraphe 2 de l'article 23 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 était fondée. Dans le cas du projet de directive 2.2.1, il n'en voit pas la nécessité. Cela ne veut pas dire que le paragraphe 2 de l'article 23 ne présente aucun inconvénient. Il est probable qu'il va au-delà d'une simple codification et, au moment où il a été adopté, il relevait davantage du développement progressif du droit. Depuis lors, cette règle a été généralement acceptée et correspond à une pratique dominante sinon constante. Si la Commis-

sion devait contester le bien-fondé de cette règle, elle remettrait aussi en question la pratique suivie.

61. Les avantages de la règle énoncée au paragraphe 2 de l'article 23 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 ont été expliqués dans le rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quatorzième session (1962)⁸ et de la deuxième partie de sa dix-septième session et de sa dix-huitième session (1966)⁹, ainsi que dans les quatrième et cinquième rapports du Rapporteur spécial Paul Reuter sur les traités conclus entre États et organisations internationales ou entre deux ou plusieurs organisations internationales¹⁰. Néanmoins, l'inconvénient essentiel de la règle tient au fait qu'en exigeant que les réserves soient confirmées lors de l'expression du consentement définitif à être lié, on risque de décourager les États d'indiquer les réserves qu'ils comptent faire dès l'adoption d'un texte, c'est-à-dire au moment de la signature. La pratique consistant à annoncer ses intentions permet de mieux prévoir les engagements futurs des parties. Ces inconvénients ne l'emportent toutefois pas sur les avantages au point qu'il vaille la peine de remettre en cause le paragraphe 2 de l'article 23 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986.

62. La deuxième question qui se pose est celle de savoir s'il ne serait pas approprié de reformuler le paragraphe 2 de l'article 23 de la Convention de Vienne de 1969, dont le texte n'est pas entièrement satisfaisant. On ne voit pas très bien par exemple ce que signifie l'expression « sous réserve de ». L'énumération des modes d'expression du consentement à être lié par un traité est incomplète dans la mesure où c'est la même que celle qui figure dans la définition des réserves à l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention, qui ne recouvre pas toutes les hypothèses envisagées à l'article 11 de la même Convention. C'est ce qui a conduit en fait la Commission à adopter le projet de directive 1.1.2, qui comble ces lacunes. On pourrait reprendre en l'espèce la formulation plus complète du projet de directive 1.1.2 mais le Rapporteur spécial ne pense pas que ce soit nécessaire : une référence dans le commentaire aux éléments manquants, un échange de lettres essentiellement, suffirait.

63. Le Rapporteur spécial ne pense pas non plus qu'il y ait lieu de compléter le paragraphe 2 de l'article 23 de la Convention de Vienne de 1969 pour tenir compte de la succession d'États. La Commission est convenue de regrouper toutes les directives sur ce sujet dans un chapitre distinct, et au demeurant, la notion d'État successeur est couverte par le mot « État ». Lorsqu'un État successeur ratifie un traité, il agit d'abord et avant tout en tant qu'État et non pas en tant qu'État successeur. En conséquence, dans le projet de directive 2.2.1, il convient de reprendre purement et simplement le texte du paragraphe 2 de l'article 23 de la Convention sans mentionner expressément le problème de la succession d'États, quitte peut-être à apporter dans le commentaire plus de précisions sur le sujet que ne l'ont fait les rédacteurs de la Convention.

⁸ *Annuaire... 1962*, vol. II, doc. A/5209, p. 194.

⁹ *Annuaire... 1966*, vol. II, doc. A/6309/Rev.1 (partie II), p. 226 et 227.

¹⁰ *Annuaire... 1975*, vol. II, doc. A/CN.4/285, p. 41, et *Annuaire... 1976*, vol. II (1^{re} partie), doc. A/CN.4/290 et Add.1, p. 154.

De manière générale, il faut utiliser comme point de départ la terminologie de la Convention chaque fois que c'est possible, et apporter ensuite des précisions, le cas échéant.

64. Un autre point dans lequel la précision fait aussi défaut est abordé dans un projet de directive distinct, le projet de directive 2.2.2 intitulé « Formulation des réserves lors de la négociation, de l'adoption ou de l'authentification du texte du traité et confirmation formelle ». Les raisons pour lesquelles le Rapporteur spécial a opté pour une disposition distincte plutôt que de développer tout simplement le projet de directive 2.2.1 sont à la fois des raisons de principe et des raisons pratiques. Il ne faut pas réécrire la Convention de Vienne de 1969 et le projet de directive 2.2.1 est déjà suffisamment long. Le projet de directive 2.2.2 constitue tout simplement un retour au texte proposé par la Commission lors de l'élaboration de la Convention, texte qui a disparu dans des conditions que Ruda a qualifiées de « mystérieuses »¹¹, ainsi qu'il est indiqué aux paragraphes 241 et 254 du rapport. Ce texte a purement et simplement disparu et aucune raison n'a jamais été avancée pour justifier sa suppression.

65. La précision que le Rapporteur spécial propose de rétablir dans le projet de directive 2.2.2 consisterait à étendre la règle énoncée dans le projet de directive 2.2.1 aux embryons de réserves formulés lors de la négociation, de l'adoption ou de l'authentification d'un traité. La raison en est donnée dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa dix-huitième session¹² et est reprise au paragraphe 253 du rapport. On s'est parfois fondé sur ces embryons de réserves pour affirmer par la suite qu'elles équivalaient à des réserves formelles et la Commission a jugé indispensable que l'État concerné confirme formellement la réserve énoncée au moment où il signe, ratifie, accepte ou approuve le traité ou y adhère.

66. Sur deux autres points, il conviendrait de compléter le paragraphe 2 de l'article 23 de la Convention de Vienne de 1969. Le premier est couvert par le projet de directive 2.2.3 : une réserve n'a pas besoin d'être confirmée par la suite si elle est formulée au moment de la signature d'un accord en forme simplifiée, autrement dit si le traité entre en vigueur du seul fait de sa signature. Cette règle peut découler *a contrario* du texte du projet de directive 2.2.1, mais ce qui va sans dire va encore mieux en le disant, et c'est d'autant plus vrai que la Commission élabore un guide de la pratique. Cela contribuerait également à lever l'ambiguïté de la formule « sous réserve de » qui figure au paragraphe 2 de l'article 23 de la Convention et qui est reprise dans le projet de directive 2.2.1. Le seul véritable problème que l'on puisse envisager est d'ordre rédactionnel. Il s'agit de savoir si le traité en question doit être qualifié « d'accord en forme simplifiée », expression bien connue des juristes de tradition latine ou de « traité entrant en vigueur du seul fait de sa signature », ce qui signifie la même chose mais est plus acceptable, peut-être, aux juristes de *common law*.

67. Le dernier projet de directive sur les réserves formulées avant l'expression du consentement définitif à être lié

par un traité est le projet de directive 2.2.4, qui porte sur les réserves formulées au moment de la signature lorsqu'elles sont expressément prévues par le traité. Ce n'est pas une question d'une importance cruciale, mais l'adoption du projet de directive apporterait une clarification utile sur un point à propos duquel la pratique est fluctuante et mal fixée. Au paragraphe 262 de son rapport, le Rapporteur spécial cite l'exemple de la Convention sur la réduction des cas de pluralité de nationalités et sur les obligations militaires en cas de pluralité de nationalités. Celle-ci prévoit que les parties peuvent faire des réserves au moment de la signature de la Convention alors même qu'il s'agit d'un instrument qui doit être formellement ratifié. Est-il logique, dans un cas de ce genre, d'exiger d'un État, qui fait usage de l'autorisation donnée par la Convention de faire une réserve au moment de la signature, qu'il confirme cette réserve lors de l'expression du consentement définitif à être lié par cet instrument ? Le Rapporteur spécial est assez convaincu du contraire et pense que cela pourrait aussi causer de gros problèmes pratiques, en tout cas en ce qui concerne les réserves faites dans le passé dans de telles situations et dont beaucoup n'ont pas été confirmées, sur la foi sans doute de l'autorisation expresse figurant dans le traité. Il est vrai que d'autres États, ou les mêmes États s'agissant d'autres traités, ont pris la précaution de confirmer les réserves formulées au moment de la signature, mais cette confirmation est moins fréquente que la non-confirmation.

68. En ce qui concerne les réserves tardives, tout le monde s'accorde à reconnaître que, sauf disposition contraire du traité, l'expression du consentement définitif à être lié constitue le dernier moment auquel une partie à un traité peut formuler une réserve. Cette règle découle de la définition même des réserves et ressort également du « chapeau » de l'article 19 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Elle a été évoquée par la CIJ dans l'affaire des *Actions armées frontalières et transfrontalières*, par la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans son avis consultatif relatif aux *Restrictions à la peine de mort* et aussi par le Tribunal fédéral suisse dans une affaire très intéressante qui est mentionnée au paragraphe 282 du rapport¹³. On peut tirer de ces précédents, qui sont évoqués aux paragraphes 281 à 285 du rapport, des conséquences assez concrètes. Le principe selon lequel une réserve ne peut être formulée après l'expression du consentement définitif à être lié est une règle rigoureuse que les États ne doivent pas pouvoir contourner, que ce soit par le biais de l'interprétation (comme le montre l'avis de la Cour interaméricaine) ou par le biais de conditions ou de restrictions dont serait assortie une déclaration faite en vertu d'une clause facultative (ainsi qu'il ressort des décisions respectives de la Commission européenne des droits de l'homme et de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Chrysostomos* et dans l'arrêt *Loizidou*). Ce principe doit être énoncé dans le Guide de la pratique et c'est ce que le Rapporteur spécial propose dans le projet de directive 2.3.4, qui traite de l'exclusion de la modification tardive des effets juridiques d'un traité par des procédés autres que les réserves.

¹¹ J. M. Ruda, "Reservations to treaties", *Recueil des cours... 1975-III*, Leyde, Sijthoff, 1977, vol. 146, p. 195.

¹² Voir le paragraphe 3 du commentaire de l'article 18 (*supra* note 9), p. 227.

¹³ Tribunal fédéral suisse, *F. c. R. et Conseil d'État du canton de Thurgovie*, arrêt du 17 décembre 1992, *Journal des Tribunaux*, 1995, p. 536.

69. Ce principe ne suscite aucun doute et doit néanmoins être interprété de façon rigoureuse, mais il peut faire l'objet d'une disposition contraire. Rien, en effet, n'empêche les parties contractantes de prévoir qu'une réserve puisse être formulée ou même faite après l'expression du consentement à être lié ou après l'entrée en vigueur du traité. Des exemples de ces autorisations de réserves après la ratification, qui s'étalent de 1912 à 1999, sont donnés au paragraphe 289 du rapport. Compte tenu du caractère très strict du principe de droit coutumier selon lequel, en cas de silence du traité sur ce point, une réserve doit être formulée au plus tard lors du consentement à être lié, toute dérogation doit être prévue expressément. Dans les projets de directives 2.3.4 et 2.3.1, les formules « sauf disposition contraire du traité » ou « à moins que le traité n'en dispose autrement » visent à signifier aux États que, pour déroger à ce principe, il faut qu'une telle dérogation soit expressément prévue par le traité.

70. Le Rapporteur spécial propose d'aller même plus loin et d'offrir aux États avec le projet de directive 2.3.1 des clauses types dérogatoires qui pourraient être insérées dans les futurs traités si les négociateurs le souhaitent. À cet égard, il rappelle qu'il est dit dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-septième session que les projets de directives susceptibles de guider la pratique des États seraient, le cas échéant, accompagnés de clauses types¹⁴. Dans son esprit et, croit-il, aussi dans celui de la Commission, ces clauses types ne sont que des exemples des dispositions qui pourraient être insérées dans les traités afin d'éviter que des problèmes de mise en œuvre ne surgissent en matière de réserves. Tel est l'objet des clauses types citées au paragraphe 312 du rapport et le Rapporteur spécial espère que le Comité de rédaction les étudiera en même temps que le projet de directive 2.3.1.

71. Le texte du projet de directive 2.3.1 pourrait être amélioré sur le plan stylistique par le Comité de rédaction, mais il met en évidence les deux exceptions fondamentales au principe de l'interdiction de la formulation de réserves après l'expression du consentement que traduisent les formules « à moins que le traité n'en dispose autrement » et « à moins que la formulation tardive de la réserve ne suscite aucune objection de la part des autres parties contractantes ». La première de ces exceptions va de soi et la seconde relève de la logique et repose sur une pratique bien établie. Elle est logique parce que les États ne peuvent être contraints de se mettre d'accord pour écarter l'application d'une règle de droit coutumier qui n'est évidemment pas impérative. Étant donné qu'une partie peut se retirer d'un traité et y adhérer ensuite à nouveau en formulant de nouvelles réserves, il ne serait pas judicieux d'adopter une attitude inutilement rigide : cette partie devrait être autorisée à faire des réserves directement sans passer par le retrait si aucune autre partie n'y voit d'inconvénient.

72. C'est pour répondre à une situation de ce genre que le Secrétaire général a considérablement assoupli à la fin des années 1970 la position qu'il avait adoptée auparavant. En 1979, la France avait indiqué son intention de dénoncer la Convention portant loi uniforme sur les chèques pour y

adhérer à nouveau avec de nouvelles réserves¹⁵. Le Conseiller juridique, agissant au nom du Secrétaire général, dépositaire, avait suggéré que la France adresse au Secrétaire général une lettre que ce dernier communiquerait aux autres parties; en l'absence de toute objection des États parties, la réserve serait considérée comme ayant pris effet. Ainsi fut fait, et cette pratique a été constamment suivie depuis lors par le Secrétaire général pour les traités dont il est dépositaire. Un certain nombre d'exemples de cas analogues concernant d'autres dépositaires sont donnés aux paragraphes 298 à 302 du rapport. Cette attitude des dépositaires a sans aucun doute permis d'éviter la dénonciation pure et simple d'un certain nombre d'instruments, et après tout rien n'empêche toute partie contractante qui tiendrait la réserve pour abusive d'y faire objection. C'est ce qui a conduit le Rapporteur spécial à proposer le projet de directive 2.3.3 relatif à l'objection à la formulation tardive d'une réserve.

73. Il a été suggéré dans la doctrine que de telles objections devraient avoir les mêmes effets que les objections aux réserves d'une manière générale et donc qu'une objection n'empêcherait une réserve tardive de produire ses effets qu'entre l'État qui la formule et l'État réservataire. Personnellement, le Rapporteur spécial ne partage pas cet avis parce que cela signifierait que toutes les règles relatives aux limitations dans le temps fixées à la formulation de réserves seraient remises en cause. N'importe quel État ou n'importe quelle organisation pourrait formuler une réserve nouvelle à n'importe quel moment, ce qui ferait peser une grave menace sur la sécurité et la stabilité des relations juridiques. Le principe *pacta sunt servanda* lui-même s'en trouverait remis en question. En outre, cette interprétation ne correspond pas à la pratique des dépositaires qui ont toujours considéré, pour reprendre les termes du Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies, qu'une réserve tardive ne serait considérée comme prenant effet qu'en l'absence de toute objection des États parties.

74. Dans les projets de directives 2.3.1 et 2.3.3, ce qui importe c'est qu'aucun État ne fasse objection à la formulation tardive d'une réserve. En revanche, une fois le principe de cette formulation tardive admis, le régime juridique habituel des réserves doit s'appliquer et rien n'empêche un État partie qui ne s'oppose pas à la formulation tardive d'une réserve de faire objection à la réserve elle-même et même de refuser dorénavant d'être lié à l'État réservataire. Le projet de directive 2.3.3 laisse cette possibilité ouverte. Le Rapporteur spécial s'est demandé s'il ne vaudrait pas mieux que l'acceptation des réserves soit expresse plutôt que tacite, mais, d'une part, cela n'est pas conforme à la pratique des dépositaires et des États et, d'autre part, cela serait irréaliste. Le plus que l'on puisse demander aux États c'est de ne pas formuler d'objection aux réserves.

75. Il reste un dernier problème, qui n'est pas simple, celui du délai dans lequel il peut être fait objection à la formulation tardive de réserves. La pratique est incertaine dans ce domaine. La plupart des dépositaires auxquels le problème s'est posé se sont arrangés pour ne pas prendre

¹⁴ *Annuaire... 1995*, vol. II (2^e partie), par. 488 et 496, p. 113 et 116.

¹⁵ Nations Unies, *Annuaire juridique 1978* (numéro de vente : F.80.V.1), p. 251.

position à cet égard. Le 4 avril 2000, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies a annoncé que ce délai serait porté de 90 jours à 12 mois à la suite d'une démarche effectuée par l'Union européenne. Le délai de 90 jours était certes trop court; les États n'avaient pas le temps d'examiner les projets de réserve. Et cela est vrai, a fortiori, du délai d'un mois retenu par le Secrétaire général de l'Organisation maritime internationale; il est évidemment beaucoup trop court. À l'inverse, un délai de 12 mois est fort long parce que, pendant toute cette période, les États sont dans l'incertitude quant au sort de la réserve. Cela étant, compte tenu du paragraphe 5 de l'article 20 de la Convention de Vienne de 1969, qui prévoit un délai de 12 mois pour formuler des objections aux réserves, ainsi que de la position du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, le Rapporteur spécial propose néanmoins de fixer ce délai à 12 mois plutôt qu'à 6 mois, ce qu'il aurait pourtant préféré.

76. Pour ce qui est de la formulation *ratione temporis* des déclarations interprétatives, les déclarations interprétatives tardives sont très rares, du fait que, contrairement à la définition des réserves, la définition des déclarations interprétatives dans le projet de directive 1.2 ne contient aucun élément temporel. Ce qui signifie qu'une déclaration interprétative peut être faite à n'importe quel moment, même si cela n'est mentionné expressément dans aucune des directives déjà adoptées. Toutefois, certains traités fixent expressément le moment où les déclarations interprétatives peuvent être formulées; c'est le cas de l'article 310 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et de l'article 43 de l'Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs. Dans ce cas, une déclaration interprétative peut être tardive et il convient de procéder par analogie avec les réserves tardives. Cette précision est apportée dans le projet de directive 2.4.3 en ce qui concerne les déclarations interprétatives simples. Le projet de directive 1.2.1 indique que les déclarations interprétatives conditionnelles ne peuvent être formulées qu'au moment de l'expression du consentement à être lié par le traité. Il faudra donc prévoir un projet de directive spécial sur les déclarations interprétatives conditionnelles. Étant donné que ces déclarations se comportent comme des réserves, le Rapporteur spécial propose aussi de transposer les projets de directives 2.2.3 et 2.2.4 aux déclarations interprétatives conditionnelles dans les projets de directives 2.4.4, 2.4.6 et 2.4.7.

77. Le Rapporteur spécial soumet donc les 14 projets de directives qui figurent dans le chapitre III de son cinquième rapport à l'examen de la Commission et exprime l'espoir qu'ils seront renvoyés au Comité de rédaction.

La séance est levée à 13 h 10.

2652^e SÉANCE

Vendredi 4 août 2000, à 10 heures

Président : Chusei M. YAMADA

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Candiotti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Tomka.

Responsabilité des États¹ (*suite*) [A/CN.4/504, sect. A, A/CN.4/507 et Add.1 à 4², A/CN.4/L.600]

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. M. TOMKA rappelle qu'à la cinquantième session le Rapporteur spécial ayant proposé, sans succès, de supprimer l'article 19 et les articles 51 à 53 du projet, la Commission était parvenue à un compromis, relaté au paragraphe 369 du troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/507 et Add.1 à 4), quant à la suite de l'examen des questions en cause. Bien que le Rapporteur spécial, ainsi qu'il ressort du paragraphe 371 du rapport, se soit efforcé de bonne foi de s'acquitter de son mandat, un certain nombre de questions restent sans réponse.

2. Ainsi, lorsque le Rapporteur spécial parle, dans le chapitre IV du troisième rapport, de la « responsabilité envers un groupe d'États ou envers la communauté internationale », faut-il en déduire que cette responsabilité est la même ou que les conséquences juridiques de la violation d'une obligation envers un groupe d'États et d'une obligation envers la communauté internationale sont les mêmes ? Le concept ainsi défini est-il censé remplacer l'expression – malheureuse au demeurant – « crime international » qui figurait à l'article 19, alors que celle-ci visait plutôt les violations d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble et non envers un groupe d'États ?

3. Par ailleurs, certaines notions employées dans le rapport restent, malgré les efforts du Rapporteur spécial, relativement confuses. Il en va ainsi des obligations *erga omnes*, des normes impératives (*jus cogens*), des obliga-

¹ Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), chap. III, sect. D, p. 62.

² Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

tions les plus graves et des obligations collectives. À l'article 40 *bis* (par. 2, al. a), le Rapporteur spécial emploie le terme *erga omnes* pour qualifier une obligation due à la communauté internationale dans son ensemble. Au paragraphe 373 du rapport, il affirme que le contenu des obligations envers la communauté internationale dans son ensemble est largement similaire à celui des normes impératives, que par définition une norme impérative doit avoir le même statut à l'égard de tous les États, qu'il s'agit de normes ayant un effet *erga omnes* et qu'il n'est pas permis d'y apporter de dérogation. Mais le Rapporteur spécial lui-même relève qu'une obligation pourrait valoir *erga omnes* tout en étant sujette à modification entre deux États particuliers en vertu d'un accord entre eux, et qu'il s'ensuivrait que l'obligation en cause n'était pas impérative. Il en conclut : « Cela impliquerait ... que, dans l'hypothèse d'une dérogation, la même obligation n'était pas due à la communauté internationale dans son ensemble ». On peut dès lors se demander pourquoi, à l'article 40 *bis* (par. 2, al. a), l'obligation envers la communauté internationale dans son ensemble est qualifiée d'obligation *erga omnes* s'il peut y être dérogé, ce qui signifierait, dans ce cas, qu'elle n'est plus due à la communauté internationale dans son ensemble. M. Tomka pense donc qu'il serait peut-être préférable d'axer l'attention – pour examiner la notion auparavant couverte par le terme « crime » – sur les violations de normes impératives, le libellé employé par la Commission dans l'article 19 laissant en effet penser qu'elle envisageait plutôt les obligations découlant de normes impératives que le concept plus large d'obligations *erga omnes*. Tout en partageant les vues exprimées par le Rapporteur spécial dans les paragraphes 374 et 375 du rapport, il pense que ces questions y sont traitées de manière un peu superficielle et qu'il faudrait en approfondir l'examen. Il reconnaît par ailleurs que les exemples de normes impératives doivent être cités, non pas dans les projets d'articles, mais dans le commentaire. M. Tomka s'interroge en outre sur le rôle que peut jouer l'accord d'un État dans le contexte de la violation de normes impératives, vu que ces normes ne souffrent aucune dérogation. Enfin, il pense que l'introduction de peines risquerait de ressusciter le débat sur la responsabilité pénale des États, ce qui n'est pas souhaitable, une majorité écrasante d'États rejetant l'idée qu'il puisse exister une telle responsabilité en droit international. Si, dans son rapport, le Rapporteur spécial cite un exemple intéressant de peine imposée par la Cour de justice des Communautés européennes, force est de constater que la compétence de cette juridiction à cet égard est fondée sur un traité particulier et que cela ne serait pas envisageable dans le cadre du droit international général.

4. L'examen de la pratique des États que présente le rapport dans le domaine des contre-mesures collectives est intéressant, mais légèrement déséquilibré. Il en ressort certes que des États de régions différentes ont pris des mesures analogues mais, dans certains cas, des actions présentées comme des contre-mesures collectives constituent plutôt des mesures de rétorsion à motivation politique. Un exemple très intéressant est toutefois celui de la législation adoptée par le Congrès américain à l'encontre de l'Ouganda, par laquelle cet organe a reconnu qu'un gouvernement peut être impliqué dans un fait criminel et qu'il y a responsabilité de l'État si ce fait lui est attribuable. On constate donc que la position du Congrès est différente de celle qu'a exprimée officiellement le Gouvernement des

États-Unis au sujet des projets d'articles adoptés en première lecture.

5. L'impression générale que tire M. Tomka de la lecture du chapitre IV du troisième rapport est donc que le Rapporteur spécial vise indifféremment plusieurs concepts qui relèvent de catégories légèrement différentes et que la confusion est encore accrue par l'idée que les obligations contenues dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et au droit de l'environnement sont des obligations *erga omnes*, ayant même dans de nombreux cas un caractère impératif. Or, cela n'est pas certain, car même les dispositions qui définissent certains droits de l'homme comme n'étant pas susceptibles de dérogation visent, non pas une dérogation entre États parties, mais l'interdiction faite à un État, lorsqu'il déclare l'état d'urgence, de déroger à certains droits fondamentaux de l'homme.

6. Dans ces conditions, M. Tomka se demande si la Commission doit appuyer les projets d'articles ou poursuivre par ailleurs l'examen des violations de normes impératives, en réglant la situation par une clause de sauvegarde indiquant que les projets d'articles ne préjugent pas de toute autre conséquence qui pourrait résulter de la violation d'une norme impérative de droit international. Elle pourrait en outre prévoir de faire de cet examen un sujet distinct de son programme de travail à condition que les États Membres de l'ONU approuvent cette procédure et cette proposition.

7. En ce qui concerne la quatrième partie, relative aux dispositions générales, M. Tomka approuve de façon générale la teneur de l'article 37, dont le libellé pourrait néanmoins être amélioré par le Comité de rédaction, ainsi que celui des projets d'articles A et B. Pour ce qui est de l'article 39, concernant la relation avec la Charte des Nations Unies, M. Tomka propose de le supprimer du projet. En effet, si la Commission recommande en définitive à l'Assemblée générale l'adoption des projets d'articles sous la forme d'une déclaration, une telle disposition n'y aurait pas sa place, et si elle recommande leur adoption sous la forme d'une convention, la question de la relation avec la Charte sera de toute façon réglée par l'Article 103 de celle-ci.

8. M. KAMTO dit que le Rapporteur spécial mérite d'autant plus d'être félicité pour le chapitre IV de son troisième rapport qu'il y manifeste le même courage et le même souci d'équilibre que dans le chapitre III, n'hésitant pas à faire du développement hardi du droit international ou à tenter la codification d'une pratique fort hétérogène et relativement mal assurée. Il tient néanmoins à faire quelques observations succinctes sur certaines notions, une terminologie novatrice et quelquefois inattendue. Ainsi, la notion d'« État victime » est de nature à créer la confusion avec celle d'« État lésé » qui est clairement définie par ailleurs et à laquelle il vaudrait mieux s'en tenir, ne fût-ce que par souci de cohérence. Dans le même ordre d'idées, M. Kamto a quelque doute quant à la pertinence conceptuelle de la notion de « contre-mesures collectives », dans laquelle le Rapporteur spécial inclut aussi bien ce qu'il appelle les « dommages-intérêts punitifs » et les « amendes », au paragraphe 380 de son rapport, que diverses autres formes de réactions à l'illicite

allant de l'embargo économique à la suspension du trafic aérien. Or il s'agit là de ce que la doctrine majoritaire qualifie de « sanction internationale ». À vrai dire, alors que la différence entre les « contre-mesures individuelles », que la Commission a examinées dans le cadre des articles 47 à 50, et les contre-mesures collectives devrait tenir au caractère individuel d'un côté, et collectif de l'autre, il ressort de l'examen que le contenu de la contre-mesure n'est pas le même suivant qu'elle est exercée à titre individuel ou à titre collectif ou multilatéral. Dès lors, on ne peut utiliser le même terme ou le même concept pour désigner ces deux réalités juridiques. M. Kamto précise d'ailleurs qu'à son sens, mis à part les mesures de rétorsion et les mesures de réciprocité, toute réaction à l'illicite dans le cadre international constitue une sanction. En effet, si une bonne partie de la doctrine définit la sanction à partir des critères de l'ordre juridique interne en insistant sur l'auteur de l'infraction, la qualification de l'infraction, la prévisibilité juridique ou la prédétermination juridique de la sanction qui sera prise, la notion de sanction dans l'ordre juridique international doit être définie de façon plus large, empruntant dans une certaine mesure à la conception existant dans l'ordre juridique interne mais tenant par ailleurs compte de la réalité d'une société internationale faiblement structurée et où il n'existe pas le même type d'institutions que dans l'ordre juridique interne. C'est pour cela, indique M. Kamto, qu'il a pu dire, à l'occasion de l'examen des articles 47 à 50, que l'élément de perception qu'a le destinataire de la contre-mesure ou de la réaction est assez important dans la définition de la sanction.

9. Pour ce qui est de la pratique présentée par le Rapporteur spécial, M. Kamto pense que les exemples pourraient peut-être être mieux choisis mais que, surtout, ils gagneraient à être présentés de façon à pouvoir être exploités au mieux juridiquement. Dans cette perspective, il aurait été extrêmement utile d'indiquer, dans chaque cas, l'obligation initiale violée par l'État responsable avant de mentionner la sanction ou la contre-mesure prise par l'État lésé. Le Rapporteur spécial l'a fait dans le cas des États-Unis à l'égard de l'Ouganda en 1978, des mesures prises contre l'Argentine ou de celles prises contre l'Iraq. Par contre, on peut s'étonner de constater que, dans le cas de la Pologne et de l'Union soviétique, le seul mouvement des troupes soviétiques le long de la frontière et non à travers la frontière ou à l'intérieur du territoire polonais a pu justifier des « contre-mesures » contre l'URSS et que, dans le cas de la Yougoslavie, ce que tout le monde appelle « crise humanitaire », sans aucune indication sur l'obligation ou les obligations internationales violées, a pu justifier les contre-mesures. Au demeurant, dans ce dernier cas, le motif invoqué par le Gouvernement britannique³ est pour le moins surprenant puisqu'il dit s'appuyer sur « des raisons morales et politiques » pour justifier la perte par la Yougoslavie de ses droits stipulés dans le cadre d'un traité bilatéral. M. Kamto pense donc qu'il y a là matière à clarification par la Commission pour que celle-ci ne donne pas l'impression, soit qu'elle emboîte le pas à une pratique boiteuse, soit qu'elle n'entend pas indiquer très clairement dans quelles conditions il est permis de prendre des contre-mesures.

10. Pour ce qui est de la notion de crime, M. Kamto a l'impression que la Commission joue quelquefois à se faire peur, vu qu'il s'agit d'une notion bien établie dans la langue juridique, que des États parmi les plus importants de la communauté internationale emploient pour justifier certains de leurs actes. À cet égard, on ne peut considérer comme un élément négligeable, même si les opinions ont changé par la suite, la prise de position du Congrès américain en 1978. C'est là un argument factuel, mais il y a en outre d'autres arguments qui laissent penser que la notion de crime international figure déjà dans l'arsenal des concepts juridiques de l'ordre juridique international. Ainsi, le fait que le Rapporteur spécial lui-même ait imaginé les dommages-intérêts punitifs renforce l'idée qu'il existe des infractions de caractère spécial qui pourraient mériter une qualification particulière. De plus, des crimes tels que le génocide ou l'apartheid sont également commis par des États ou au moyen des institutions ou des instruments de l'État. On ne saurait par exemple parler de crime de génocide au Rwanda en perdant de vue que les moyens de l'État ont été mis au service de la commission de ce crime. M. Kamto pense donc que, si la Commission peut, par souci d'équilibre et de conciliation, mais non pour des considérations d'ordre juridique ou de réalité, laisser de côté le terme « crime », elle ne saurait en tout état de cause rejeter son contenu. Il est d'ailleurs possible de faire jouer dans l'autre sens la notion de transparence en considérant que, lorsque le crime de l'individu est établi, c'est une présomption de crime d'État, le point de départ pour remonter vers le crime d'État. Toutes ces raisons conduisent à penser que la notion de crime existe et que la Commission doit en faire bon usage dans le projet d'articles.

11. À propos de l'article 51, M. Kamto souscrit donc aux propositions qu'a faites à la séance précédente M. Economides dans un souci de compromis, et tendant à ce que la Commission, sans utiliser la terminologie, s'efforce d'exploiter au mieux le contenu de l'article 19.

12. En ce qui concerne l'article 50 A, il propose que l'expression « à la demande et au nom d'un État lésé » soit remplacée par la formule « à la demande, au nom et à la place d'un État lésé », pour qu'un État lésé qui a demandé à un autre État de prendre des contre-mesures ne puisse se réserver la possibilité de recourir lui-même à nouveau, ou après, aux contre-mesures. Il pense en effet qu'il faudrait veiller, à propos des contre-mesures multilatérales, et par analogie, à ce que soit appliquée la règle *non bis in idem* de façon à éviter une multiplication des sanctions par rapport à la même violation, ce qui reviendrait d'ailleurs à perdre de vue l'élément de proportionnalité qui doit, dans ce cas aussi, prévaloir.

13. Enfin, notamment pour les raisons qui ont été exposées à la séance précédente par M. Momtaz, M. Kamto est tout à fait favorable à la suppression de l'article 39, qui n'apporte rien, mais risque d'ajouter à la confusion et de créer des problèmes d'interprétation.

14. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) tient à confirmer ce qu'il indique dans la note relative au paragraphe 399 de son troisième rapport, à savoir qu'en citant certains exemples il ne prend pas parti et n'entend pas faire prendre parti à la Commission quant au bien-fondé des mesures qui ont été prises dans ces situations. Le fait de citer des exemples particuliers de mesures – contre-

³ Voir 2650^e séance, note 4.

mesures, mesures de rétorsion ou autres – n'implique aucun jugement quant à leur bien-fondé. Il s'agit simplement d'exemples de la pratique des États qui visent à situer le contexte.

15. M. PELLET salue le tour de force accompli par le Rapporteur spécial qui, conformément à sa promesse, a réussi à la session en cours à boucler la revue de l'ensemble du projet alors qu'il avait pris le parti, risqué, de laisser pour la fin les aspects les plus controversés, à savoir les contre-mesures, les crimes et les relations entre le droit de la responsabilité et le droit de la Charte des Nations Unies. M. Pellet concède toutefois qu'il est préférable que les États puissent réagir une dernière fois au sein de la Sixième Commission et, pour cela, qu'ils aient une idée des solutions – de compromis ou pas – vers lesquelles la Commission s'achemine. Il reste que le Rapporteur spécial aurait peut-être dû commencer par cela pour terminer par la discussion de problèmes plus techniques. Le Comité de rédaction devra en tout état de cause prendre son temps puisque c'est à la session suivante et non pas à la session en cours que la Commission adoptera le projet définitif.

16. Sur le fond, M. Pellet note tout d'abord que la question, qu'il juge fondamentale et préalable, de la relation entre le projet d'articles et la Charte des Nations Unies, ou plus généralement entre le droit de la responsabilité internationale des États et le droit du maintien de la paix et de la sécurité internationales, a été réduite à la portion congrue par le Rapporteur spécial dans le projet d'article 39 qui figure dans la quatrième partie (Dispositions générales). Il n'est aucunement opposé à l'idée qui sous-tend ce projet d'article, mais il ne peut s'empêcher de relever que le projet sur la responsabilité des États d'une part et la Charte des Nations Unies d'autre part se situent sur deux plans différents.

17. À la limite, l'on pourrait penser que la Charte des Nations Unies énonce des règles primaires, dont la violation entraîne, comme pour tout manquement à des règles primaires, la responsabilité de l'État auquel elle est attribuable, alors que le projet à l'étude n'est ou ne devrait être concerné que par les règles secondaires – étant entendu qu'à l'inverse, ceci n'exclut pas que les mécanismes de la Charte puissent, dans certains cas, venir étayer la mise en œuvre de la responsabilité. Mais il ne s'agirait que de cas fortuits : la fonction première de l'Organisation des Nations Unies est de veiller non pas au respect du droit international mais, principalement et en tous cas, de maintenir la paix et la sécurité internationales. Le moins que l'on puisse dire est que les relations entre ces deux corps de règles sont extrêmement complexes, comme plusieurs États et en particulier le Royaume-Uni l'ont souligné. Contrairement à deux opinions exprimées à la séance en cours, M. Pellet ne croit pas que ce soit là une raison pour esquiver le problème. Il pense cependant qu'il faut être prudent que ne l'a été le Rapporteur spécial dans la formulation du projet d'article 39, qui est, tout compte fait, très restrictif et qui ne sépare ces deux corps de règles que d'un point de vue très particulier, celui de la hiérarchie des normes, alors que ceci, comme M. Tomka l'a dit, n'aurait d'intérêt que si le projet d'articles devait revêtir la forme d'un traité – ce qui paraît tout à fait inutile aux yeux de M. Pellet.

18. Le projet d'article 39 est restrictif à deux égards. D'une part, la clause de sauvegarde est limitée aux « conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite », et M. Pellet ne comprend pas pourquoi : la Charte des Nations Unies peut avoir aussi, et a assurément, des incidences sur la naissance du fait internationalement illicite, à travers par exemple la création d'obligations découlant de l'adoption de résolutions par l'Assemblée générale, le Conseil de sécurité ou d'autres organes des Nations Unies. D'autre part, elle est limitée à l'Article 103 de la Charte, et M. Pellet ne comprend pas non plus pourquoi. Dans la Convention de Vienne de 1969, cette limitation, visée au paragraphe 1 de l'article 30, se concevait, car l'Article 103 de la Charte, comme du reste d'autres dispositions comparables d'actes constitutifs d'organisations internationales, a trait à la hiérarchie des traités entre eux : la Charte des Nations Unies est un traité et la Convention de Vienne sur le droit des traités en est un aussi. Mais cela ne vaut pas en l'occurrence. Pourquoi l'Article 103, et non un autre article ? Le fait important, c'est que le droit de la responsabilité d'une part et le droit de la Charte d'autre part se situent sur deux plans complètement différents, et qu'il suffirait de le dire, en libellant simplement l'article 39 de la manière suivante : « Le présent projet d'articles est sans préjudice de la Charte des Nations Unies ». Il serait dangereux de ne mentionner que l'Article 103, car il y a des risques d'incompatibilité à d'autres égards.

19. Toujours en ce qui concerne la quatrième partie, M. Pellet approuve les articles A et B proposés par le Rapporteur spécial. En revanche, il ne partage pas sa position en ce qui concerne la protection diplomatique. Il lui semble en effet nécessaire d'inclure dans le projet d'articles une disposition précisant que celui-ci ne traite pas de la protection diplomatique. Pareille démarche permettrait de simplifier considérablement les travaux de la Commission chaque fois que, dans des dispositions discutables, le Rapporteur spécial ou d'autres membres veulent attirer la Commission sur le terrain des préjudices causés à des entités non étatiques – des préjudices médiats. Dans ce cas-là, c'est le droit de la protection diplomatique qui s'applique. Cette clause « sans préjudice » en matière de protection diplomatique devrait figurer dans la deuxième partie du projet d'articles.

20. Enfin, M. Pellet approuve l'article 37 tel que proposé par le Rapporteur spécial, à une réserve près : l'adverbe « exclusivement » lui semble inapproprié. En fait, il se peut fort bien que d'autres règles de droit international soient applicables partiellement à un comportement illicite donné, mais que, pour le reste, le droit de la responsabilité s'applique. De plus, cet adverbe en l'occurrence n'est pas compatible avec l'expression employée plus haut dans le projet d'article 37 : « dans les cas et dans la mesure où ... », et M. Pellet souhaiterait donc qu'il soit supprimé.

21. Passant au chapitre III, c'est-à-dire à l'article 51 et en premier lieu à la question des crimes, M. Pellet réaffirme être un tenant du concept de crime international de l'État, comme d'autres membres de la Commission d'ailleurs. Il croit que le mot « crime » convient tout à fait pour désigner les violations particulièrement graves d'obligations internationales d'importance essentielle pour la sauvegarde d'intérêts fondamentaux de la com-

munauté internationale dans son ensemble, ou peut-être les violations particulièrement graves de normes du *jus cogens*. Il croit également que ce mot n'a pas en droit international la connotation pénale qu'il a en droit interne. Il croit enfin que ce mot est approprié pour les raisons précisément que M. Kabatsi a invoquées à la séance précédente pour le rejeter : il jette un certain opprobre sur l'État en cause, et à juste titre. Un État génocidaire est un État criminel; il n'est pas gênant de le dire même si les conséquences de cette criminalité ne sont pas des conséquences de type pénal. Cela étant, M. Pellet relève avec satisfaction qu'en fait le Rapporteur spécial s'est « converti au crime », en suivant plus ou moins le même itinéraire que son prédécesseur, M. Arangio-Ruiz. L'un et l'autre ont commencé par proclamer haut et fort leur opposition au concept de crime tel que l'article 19 le théorise. Puis, l'un et l'autre en sont venus à reconnaître qu'il répondait à une nécessité absolue pour une raison toute simple et évidente : il est impossible de traiter de la même manière d'une part le crime de génocide, un crime qui peut être commis par un État, et d'autre part la regrettable mais finalement banale violation d'un traité de commerce, bilatéral ou multilatéral – un « délit » au sens de l'article 19. M. Pellet ne regrettera certainement pas la suppression du terme « crime ».

22. La différence entre le rapporteur spécial précédent et l'actuel rapporteur spécial est que le second arbore sa conversion avec plus de prudence. Sachant qu'il n'obtiendra ni consensus au sein de la Commission ni approbation de la part de la plupart des grands États occidentaux qui cherchent à dicter leur loi à la Sixième Commission, et qui y réussissent souvent, il sacrifie allégrement le mot « crime » mais conserve la chose, allant jusqu'à améliorer plutôt le régime juridique de ce que le projet d'articles appelait « crime » et qui devient maintenant un concept innomé, si ce n'est par une périphrase un peu laborieuse et pas tout à fait exacte : « violations graves d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble ». Cette formule n'est pas tout à fait exacte, parce qu'il ne suffit pas qu'une obligation soit « due à la communauté internationale dans son ensemble » pour que les règles exposées au chapitre III s'appliquent. Il faut tirer, ou il faudrait – et c'est ce qui manque dans le projet – que ces obligations soient tenues pour essentielles par cette même « communauté internationale dans son ensemble », selon le même schéma que celui qui est applicable à la détermination du *jus cogens*. Il faudrait également que la règle considérée protège les intérêts fondamentaux de la communauté internationale, et non pas n'importe quel intérêt. Or, cette idée se retrouve bien mieux exposée au paragraphe 2 de l'article 19 adopté en première lecture que dans la formule assez pâlotte et finalement beaucoup plus large qui est proposée. En fait, M. Pellet note que le Rapporteur spécial ouvre considérablement une notion que lui-même a toujours jugée nécessaire mais qu'il juge nécessaire aussi de confiner à des violations d'obligations réellement fondamentales. Il constate par ailleurs que le Rapporteur spécial insiste à très juste titre sur le fait que la violation doit être grave. M. Pellet dit à ce sujet qu'il n'aime pas beaucoup l'adjectif « flagrante », qui renvoie à une question de preuve.

23. En amalgamant l'ancien texte et le nouveau texte proposé, il devrait être possible d'arriver à une solution très satisfaisante, consistant, comme d'autres membres de

la Commission l'ont proposé, à détacher le paragraphe 1 de l'article 51 et à en faire un article distinct, placé en tête du chapitre III, et probablement pas dans la première partie. Sur ce point, M. Pellet convient avec le Rapporteur spécial que la définition du crime n'est utile que pour tirer les conséquences particulières qui en découlent : il suffit qu'elle figure dans ledit chapitre. Cet article devrait être rédigé à peu près comme M. Economides l'a proposé à une séance précédente, mais à une importante nuance près. M. Pellet est rigoureusement opposé à ce que soient repris dans l'article lui-même les exemples du paragraphe 3 de l'article 19 car des exemples n'ont pas leur place dans un texte de codification. Le plus simple et le plus satisfaisant serait d'utiliser une formule du genre : « Le présent chapitre s'applique aux crimes internationaux de l'État », et de donner ensuite la définition de ces crimes. Si l'on veut vraiment abandonner le mot « crime », malgré la consécration qu'il a acquise depuis un quart de siècle, il serait possible de recourir à une formule comme : « Le présent chapitre s'applique à la responsabilité qu'entraîne la violation grave par un État d'une obligation internationale considérée par la communauté internationale comme étant essentielle pour la sauvegarde de ses intérêts fondamentaux », ou, pour simplifier, « ... d'une obligation essentielle pour la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la communauté internationale », ou encore « ... des normes impératives du droit international général ». Il s'agit de problèmes de rédaction qui n'en sont pas moins fondamentaux. Quoi qu'il en soit, M. Pellet craint qu'avec la formule vague proposée par le Rapporteur spécial la Commission n'en vienne à appliquer un régime de responsabilité aggravée à des faits internationalement illicites qui ne supposent pas tant d'agitation. La formulation de l'article 19 était plus précise mais, paradoxalement, plus prudente.

24. Abordant ensuite la question des conséquences, M. Pellet déclare premièrement ne pas regretter la disparition de l'article 41, qui était superfétatoire. Deuxièmement, il n'est pas hostile à l'idée que les crimes peuvent entraîner l'obligation de dommages-intérêts aggravés, alors qu'il s'y était vigoureusement opposé lors de l'examen de l'article 45 (Satisfaction). Toutefois, il ne croit pas qu'il soit indispensable d'utiliser l'adjectif « punitifs », dont la connotation pénale est inutilement provocatrice. Il lui semble qu'il suffirait d'utiliser la seconde expression placée au paragraphe 2 de l'article 51 entre crochets, à savoir « des dommages-intérêts correspondant à la gravité de la violation ». Il fait observer par ailleurs que, dans la version française en tout cas et sans doute aussi dans la version anglaise, la phrase est bancale : on ne peut pas dire que la violation « fait naître ... des dommages-intérêts »; à la rigueur, elle fait naître l'obligation de verser des dommages-intérêts. Il ne s'agit là que d'un problème de rédaction, mais qui débouche sur un problème un peu plus grave. En effet, M. Pellet ne croit pas que ces dommages-intérêts aggravés soient inéluctables et dus dans tous les cas : dans le cas des crimes, ils sont une possibilité (qui est totalement exclue pour les autres violations) lorsqu'ils sont nécessaires à la pleine réparation. En l'occurrence, il trouve un peu choquant que les dommages-intérêts aggravés soient mentionnés tout de suite, dès le paragraphe 2, et pense qu'il serait mieux indiqué de transférer le début du paragraphe 2 dans l'article nouveau qui devrait être rédigé sur la base du paragraphe 1 et de

renvoyer la possibilité d'éventuels dommages-intérêts aggravés à la fin de l'article 51, ou dans un article distinct.

25. Sous réserve d'une réflexion plus approfondie, M. Pellet, à la différence d'autres membres, juge le paragraphe 3 de l'article 51 et ses trois alinéas acceptables tels qu'ils sont proposés. En revanche, il est rigoureusement hostile au paragraphe 4, plus exactement à la qualification de « pénales ou autres » des conséquences supplémentaires éventuelles. Il accepterait une clause de sauvegarde indiquant qu'il pourrait y avoir d'autres conséquences, mais en aucun cas il n'accepterait l'idée qu'il s'agisse de conséquences pénales. M. Pellet note à cet égard que le Rapporteur spécial s'est longuement attardé sur la question des astreintes prévues à l'article 228 du Traité instituant la Communauté européenne (numérotation révisée conformément au Traité d'Amsterdam). Pour sa part, il doute fort que ces astreintes aient un caractère véritablement pénal. Ensuite, et surtout, comme le Rapporteur spécial lui-même d'ailleurs le reconnaît, il n'existe en tout cas rien de tel en droit international : on n'inflige pas de sanctions pénales aux États – à tout le moins dans le cadre du droit de la responsabilité internationale. Si des États criminels comme l'Allemagne nazie ou l'Iraq agresseur d'un État souverain ont été « punis », ils l'ont été non pas dans le cadre du droit de la responsabilité internationale mais dans celui du « droit de la guerre » ou du « droit de la Charte des Nations Unies ». Le projet d'article 39, à condition d'être bien rédigé, suffit ou devrait suffire. En l'état actuel du développement du droit international général, il n'existe pas de responsabilité pénale de l'État, et le libellé du paragraphe 4 de l'article 51 est très dangereux en ce qu'il laisse entendre le contraire. Si, comme le Rapporteur spécial dit vouloir le faire au paragraphe 411 du rapport, il faut préserver la possibilité de développements futurs, il suffit de dire que les paragraphes 2 et 3 sont sans préjudice des conséquences – sans autre qualificatif – supplémentaires que la violation fait naître en droit international. Cela laisse toutes les possibilités ouvertes pour l'avenir. Pour l'instant, et sans doute pour longtemps encore, la responsabilité internationale de l'État n'est pas pénale, et le libellé du paragraphe 4 est de ce fait redoutablement trompeur.

26. Il est vrai qu'on pourrait lire ce paragraphe 4 autrement et considérer que ces conséquences pénales éventuelles constituent des conséquences non pour l'État lui-même, mais pour les individus par lesquels l'État agit. Dans ce cas alors, M. Pellet serait d'accord, car il persiste à penser qu'une des conséquences principales de la notion de crime international de l'État (ou de violation grave par un État d'une obligation internationale considérée par la communauté internationale comme étant essentielle pour la sauvegarde de ses intérêts fondamentaux) est que, dans ce cas, l'État devient transparent. Sur ce point, M. Pellet rejoint ce que M. Gaja a dit à une séance précédente : cela signifie que les dirigeants de l'État ne sont plus couverts par leurs immunités et qu'ils peuvent être rendus directement et personnellement responsables des faits illicites qu'ils ont commis ou fait commettre au nom de l'État. L'écran étatique s'efface, parce qu'il s'agit de ces violations très particulières que constituent les crimes. Mais cette idée, qui est extrêmement importante et qui est une conséquence d'une « violation grave... etc. » qui gagne rapidement du terrain, devrait être énoncée expressément,

dans une formule du genre : « une telle violation entraîne la responsabilité internationale des agents de l'État auteurs du fait internationalement illicite ». M. Pellet est très attaché à cette idée, qui est au cœur du débat, et serait prêt à demander un vote sur son inclusion.

27. Le chapitre III présente deux autres lacunes. La première concerne l'ouverture d'une *actio popularis* résultant de la commission d'un crime, dans l'esprit du *dictum* célèbre de la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, qui est revenue sur sa position prise quatre ans plus tôt dans les affaires du *Sud-Ouest africain*. Bien sûr, la commission d'un crime ou d'une « violation grave... etc. » ne saurait constituer en soi une base de compétence autonome pour les juridictions et les tribunaux internationaux, et le projet à l'étude ne concerne pas la compétence des tribunaux. Mais si une telle compétence existe, la perpétration d'un crime donne à tous les membres de la communauté internationale un intérêt pour agir suffisant, et il faut le préciser dans le projet. La seconde lacune concerne un problème dont la Commission a déjà longuement discuté à propos des articles 43 (Restitution en nature), 44 (Indemnisation) et 45 (Satisfaction) adoptés en première lecture. L'existence d'un crime a des incidences sur le choix du mode de réparation. En particulier, l'État directement lésé ne peut dans ce cas renoncer à la *restitutio in integrum* au profit d'une indemnisation, car ce faisant, il disposerait de droits qui ne lui appartiennent pas en propre mais qui appartiennent à la communauté internationale dans son ensemble. En outre et surtout, l'État lésé ne peut pas, pour la même raison, renoncer à la réparation, alors qu'il pourrait parfaitement le faire dans le cas d'une simple violation. Il s'agit là d'une conséquence fondamentale, que le projet d'articles ne doit pas ignorer. À supposer, par exemple, qu'un État victime d'une agression soit amputé de la moitié de son territoire, il paraît totalement impensable qu'il puisse demander à la communauté internationale de renoncer à toute action. La règle interdisant l'agression est une règle qui protège les intérêts de la communauté internationale dans son ensemble.

28. S'agissant de la question des contre-mesures, M. Pellet regrette qu'elle soit traitée dans deux articles distincts, les articles 50 A et 50 B. Le Rapporteur spécial déploie des trésors d'ingéniosité pour convaincre qu'il s'agit de deux cas distincts, mais lui-même demeure persuadé que la distinction est assez marginale et qu'elle demeure pour l'essentiel assez artificielle. Le point de départ commun et fondamental, c'est que la violation porte sur une règle d'importance essentielle intéressant la communauté internationale dans son ensemble, et c'est ce qui explique et justifie le droit de réaction appartenant à tous les États membres de cette communauté. Dès lors, qu'il y ait ou non un État spécialement lésé, le droit de réaction est le même. Les autres États n'interviennent pas dans le cadre de l'article 50 A « au nom de » l'État lésé : ils interviennent toujours en tant que membres de la communauté internationale dont les intérêts sont menacés. M. Pellet ajoute ne pas être convaincu par l'exemple de l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, sur lequel le Rapporteur spécial insiste assez longuement au paragraphe 400 du rapport : ce qui était en jeu, ce n'était non pas le droit de la Charte des Nations Unies à strictement parler, du fait de la réserve américaine, mais le « droit du maintien de la

paix » qui est nettement et clairement distinct du droit de la responsabilité internationale des États. Ce rapprochement que le Rapporteur spécial essaie d'effectuer en s'appuyant de nouveau sur l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros* semble très artificiel. M. Pellet ne croit pas qu'il s'agisse là du droit de la responsabilité des États. Pour toutes ces raisons, il doute très sérieusement du bien-fondé d'une disposition comme l'article 50 A, en tout cas en tant qu'hypothèse complètement distincte de celle évoquée à l'article 50 B.

29. En revanche, M. Pellet ne méconnaît pas que les modalités, ou plus exactement l'objet de ces réactions, sont différentes selon que l'État est directement lésé ou non, en ce sens que seul l'État ou les États particulièrement lésés peuvent obtenir réparation, au sens de la deuxième partie du projet d'articles, pour eux-mêmes. Mais ceci n'intervient que dans un deuxième temps. Dans un premier temps, l'État lésé réagit en sa qualité de membre de la communauté internationale dont les intérêts sont menacés. Dans un deuxième temps, s'il a subi un préjudice individualisable personnel, il est alors en droit de demander toutes les conséquences énoncées au chapitre II du projet d'articles. Il semble à M. Pellet qu'il y a dans les articles 50 A et 50 B les éléments essentiels qui devraient être pris en considération, mais qui ne sont pas présentés dans la bonne perspective. Il faudrait premièrement partir de l'idée que tous les États, dans une circonstance de ce genre, peuvent réagir; deuxièmement préciser qu'ils le peuvent, bien sûr, dans les limites fixées en règle générale pour que les contre-mesures soient licites, compte tenu du principe de proportionnalité globale, c'est-à-dire que plus la violation est particulièrement grave, plus le seuil de réaction peut être particulièrement élevé; troisièmement indiquer que ces réactions peuvent, dans tous les cas, viser à la cessation de la violation, à des garanties de non-répétition – qui devraient être mentionnées – et à la réparation dans l'intérêt des victimes, et non des États victimes; quatrièmement et finalement indiquer, soit à la fin d'un article unique, soit dans un article distinct, qu'en outre l'État directement lésé tel qu'il est défini dans le projet d'articles peut prétendre directement et personnellement à réparation au sens de la deuxième partie du projet d'articles. Ainsi, le projet que la Commission adopterait en deuxième lecture constituerait un très grand progrès par rapport au projet actuel, que le nom de « crime » soit conservé ou non. Somme toute, qu'importe le mot, pourvu qu'on ait la chose. Même si le projet proposé par le Rapporteur spécial est loin d'être parfait, il cerne un peu mieux les conséquences du crime que ne le faisait le projet adopté en première lecture; et si le Rapporteur spécial continue à faire preuve de la même grande ouverture d'esprit, le Comité de rédaction pourra améliorer le texte encore considérablement.

30. M. Pellet appuie donc le renvoi au Comité de rédaction des projets d'articles à l'examen et aussi des projets d'articles manquants dont il a parlé brièvement. Il aurait pu en effet s'attarder beaucoup plus longuement sur ces points, dont l'importance justifie des débats plus approfondis que cela n'est le cas dans les circonstances présentes.

31. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que la situation dont traite l'article 50 A est complètement différente de celle envisagée à l'article 50 B. Il s'agit du cas où

l'obligation violée est due à un groupe d'États et où un État de ce groupe est spécifiquement lésé. Les autres parties à cette obligation peuvent prendre des contre-mesures collectives au nom de cet État lésé et dans la mesure où cet État est d'accord. L'article 50 A ne concerne pas les obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble. Si l'on suivait M. Pellet dans son interprétation, l'article 50 A pourrait être supprimé et il faudrait considérer que les seules situations dans lesquelles un État autre que l'État lésé au sens du paragraphe 1 de l'article 40 *bis* peut prendre des contre-mesures sont celles visées dans le chapitre III.

32. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit que la déclaration très dense de M. Pellet appelle trois observations. Il semble tout d'abord qu'il y a une contradiction entre le fait d'engager une réaction collective au nom de la communauté internationale dans son ensemble et le fait de demander réparation au nom des victimes. Deuxièmement, cette demande de réparation au nom des victimes ressemble fort à une forme de protection diplomatique qu'exercerait la communauté internationale dans son ensemble. Enfin, et c'est peut-être le plus important, la notion de réaction organisée de la communauté internationale dans son ensemble semble renvoyer aux contre-mesures. En outre, il faut se demander si l'intérêt de la communauté internationale dans son ensemble est une notion qui a été fixée une fois pour toutes. Lorsqu'un État ou un autre se prévaut de l'intérêt de la communauté internationale, il peut être légitime de lui demander de prouver ce qu'il avance. L'arbitrage d'une tierce partie pourrait donc être nécessaire, et le problème de l'aménagement d'un mécanisme de règlement des différends semble donc se poser avec la même acuité dans le domaine des violations graves que dans celui des contre-mesures.

33. M. PELLET, répondant au Rapporteur spécial, dit que si effectivement l'article 50 A couvre une hypothèse distincte, il faut le faire figurer dans le chapitre II, relatif aux contre-mesures. Par contre, l'article 50 B est bien à sa place dans le chapitre III.

34. En ce qui concerne les observations de M. Pambou-Tchivounda, les contre-mesures collectives sont bien entendu assujetties à toutes les limites définies pour les contre-mesures en général dans le chapitre II. À cet égard, le projet d'articles sur la responsabilité ne saurait en aucun cas justifier le recours à la force armée.

35. Par ailleurs, s'agissant des victimes directes d'une violation grave due à la communauté internationale dans son ensemble, comme le génocide, on pourrait concevoir, dans le cas du Rwanda par exemple, que la communauté internationale puisse exiger du Gouvernement rwandais une réparation pour les victimes et que les États puissent le faire individuellement devant la CIJ s'il y a un lien de compétence. Quant au problème de la détermination de l'existence du crime, il devrait y avoir dans le projet une disposition similaire à l'article 66 de la Convention de Vienne de 1969. La Commission n'a jamais écarté cette solution, elle a même dit qu'elle l'envisagerait de nouveau, et elle pourrait très bien le faire à sa session suivante.

36. M. GOCO dit que, si les États ne réagissent pas tous aux violations graves des obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble, de telles violations sont en général portées à la connaissance de l'ONU. Celle-ci adopte des résolutions et il est implicite que c'est au nom des États membres de la communauté internationale. Il n'est pas nécessaire que les États réagissent individuellement.

37. M. ECONOMIDES, notant que M. Pellet a donné des articles 50 A et 50 B une interprétation que le Rapporteur spécial n'a pas acceptée, dit qu'il aimerait des éclaircissements à cet égard. Il interprète quant à lui l'article 50 A comme couvrant aussi bien les violations graves que les violations simplement multilatérales à l'occasion desquelles un État est directement lésé. En cas de violations graves, les autres États peuvent réagir, mais au nom et à la demande de l'État lésé; c'est cet État qui déclenche la réaction. L'article 50 B, par contre, ne concerne que les violations graves, il n'y a pas d'État directement lésé et tous les États peuvent réagir en leur nom propre. M. Economides demande au Rapporteur spécial si c'est bien ainsi qu'il faut interpréter ces deux dispositions.

38. M. SIMMA, soulevant un point d'ordre, rappelle qu'à la demande du Président la Commission avait décidé, compte tenu du peu de temps qui lui restait, de ne pas engager de débat sur les déclarations des membres. Il demande au Président si la Commission a décidé d'abandonner cette manière de procéder.

39. Le PRÉSIDENT dit qu'il ne veut pas empêcher les membres de s'exprimer, mais qu'il espère qu'ils tiendront compte de la nécessité de faire preuve de discipline.

40. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que l'interprétation de M. Economides est la bonne : l'article 50 A concerne les contre-mesures prises au nom d'un État lésé lorsque aussi bien l'État qui les prend que l'État lésé sont parties à une obligation dans leur intérêt commun. L'article 50 B concerne les obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble et est limité aux violations graves; il ne s'applique que lorsqu'il n'y a pas d'État lésé au sens du paragraphe 1 de l'article 40 *bis*. Il y a chevauchement entre les deux articles car, à l'évidence, si l'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble et qu'il y a un État lésé, l'article 50 A s'appliquera. Dans un tel cas, c'est l'État lésé qui décide. Ainsi, dans le cas de l'invasion du Koweït par l'Iraq, il y avait violation d'une obligation due à la communauté internationale dans son ensemble et le Koweït était un État lésé au sens du paragraphe 1 de l'article 40 *bis*; c'est donc à cet État qu'il appartenait de décider des contre-mesures. On peut considérer que l'article 50 B prime dans un tel cas sur l'article 50 A, et la question peut être discutée, mais il est clair que ce dernier article est d'application beaucoup plus large.

41. Quant à la place de ces deux dispositions, le Rapporteur spécial indique que, lorsqu'un article qu'il propose remplace un article qui existait déjà, il porte le même numéro que cet article; ceci peut être source de confusion, mais le projet ayant été restructuré, cela ne préjuge en rien de la partie du projet dans laquelle il figurera.

42. M. ADDO dit que le Rapporteur spécial a accompli un travail admirable pour essayer de régler les problèmes que posaient les crimes d'État et les obligations *erga omnes*. Si l'on considère que le Rapporteur spécial était lui-même, comme M. Addo, opposé à l'inclusion de la notion de crime, les propositions qu'il présente dans le chapitre IV de son rapport sont dignes d'éloges. Elles constituent une réponse aux besoins actuels de la communauté internationale, laquelle n'a d'ailleurs jamais été définie mais dont l'existence est tenue pour acquise, plutôt qu'une codification de règles issues de la jurisprudence et de la pratique des États. Comme le note le Rapporteur spécial, en dépit du débat substantiel auquel ont donné lieu l'article 19 et la notion de crimes internationaux des États, la pratique dans ce domaine est quasi inexistante.

43. M. Addo approuve la démarche adoptée dans le document à l'examen. Des compromis y sont proposés qui devraient satisfaire aussi bien ceux qui souhaitent vivement que la notion de crimes d'État soit retenue que ceux qui s'y opposent. Pour M. Addo, il n'est pas nécessaire de faire à tout prix référence aux crimes dans le projet d'articles, au risque de susciter de longs débats inutiles, puisque la notion elle-même a été conservée.

44. Une caractéristique des crimes internationaux des États est que tous les États membres de la communauté internationale, même s'ils ne sont pas directement lésés par la violation, ont le droit d'en demander la cessation en prenant des contre-mesures, et c'est ce que prévoient les projets d'articles proposés par le Rapporteur spécial. Une autre caractéristique est l'obligation des États de ne pas tolérer la violation et de ne pas reconnaître comme licite la situation qu'elle a créée. C'est également ce que propose le Rapporteur spécial. Dans l'ensemble, le chapitre III proposé par le Rapporteur spécial devrait être adopté et renvoyé au Comité de rédaction. Toutefois, l'alinéa *c* du paragraphe 3 et le paragraphe 4 de l'article 51 devraient être supprimés. Ces dispositions ne semblent pas nécessaires; elles sont même superflues.

45. Enfin, M. Addo approuve les dispositions générales proposées par le Rapporteur spécial dans la quatrième partie.

46. M. OPERTTI BADAN se dit sensible aux argumentations développées au cours de la séance, en particulier celles de M. Pellet, qui mériteraient à son avis d'être lues très attentivement. Citant le paragraphe 369 du rapport, il constate que le Rapporteur spécial s'est acquitté de son mandat puisqu'il n'a fait qu'obéir à la volonté de la Commission et que, faisant disparaître l'ancien article 19, il n'a pas abandonné les intérêts juridiques que celui-ci protégeait : il n'a fait qu'en supprimer le libellé, pas le contenu.

47. Le Rapporteur spécial a dit que le rôle du droit général de la responsabilité des États était secondaire dans le domaine des obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble. Mais ce rôle existe indéniablement; il constitue le fond même de la question qu'il faut se poser : dans quelle mesure les intérêts de la communauté internationale appartiennent au domaine de la responsabilité des États et dans quelle mesure ils relèvent du

système de maintien de la paix et de la sécurité internationales ? Il y a entre les deux matières une frontière qu'il s'agit de délimiter avec clarté.

48. Il ressort des travaux de la Commission qu'il est difficile d'accepter la notion de contre-mesures individuelles par opposition à celle de contre-mesures collectives, parce qu'il est difficile de légitimer la conduite de l'État lésé face à l'État responsable, d'en évaluer la proportionnalité et d'en déterminer toutes les conséquences qui en découlent. Le débat en cours a fait apparaître un aspect que l'on ne peut négliger : quand sont attaqués les intérêts juridiques protégés par la communauté internationale tout entière, une sorte de délégation de pouvoir est donnée à certains États pour que, dans le cadre d'alliances ad hoc, ils défendent les valeurs de cette communauté, en dehors des mécanismes institutionnels de maintien de la paix et de la sécurité internationales. M. Operti Badan se demande si c'est bien ainsi que l'on renforce ces mécanismes institutionnels. N'est-ce pas plutôt une façon de légitimer des conduites non seulement individuelles mais aussi collectives ou partiellement collectives, au nom de la communauté internationale, notion mal définie et généralement englobée dans celle d'organisation internationale bien qu'il s'agisse de deux choses différentes ?

49. Quelques précisions s'imposent. Les contre-mesures collectives ne sont conçues que comme une solution suppléant à la défaillance des organisations internationales compétentes. De même que les contre-mesures individuelles font exception au jeu normal du droit international, les contre-mesures collectives envisagées n'entreraient en fonctionnement que lorsque les mécanismes normaux ne le font pas. Ces contre-mesures collectives, prises au nom de la solidarité internationale, doivent laisser l'option du recours aux mécanismes institutionnels. C'est une chose qu'il faudrait dire dans le texte car il y aura sinon, entre les deux domaines, un divorce difficile à accepter.

50. La question de la proportionnalité se pose aussi au niveau des mesures collectives. Mais elle est plus difficile à évaluer quand l'intérêt juridique à protéger est universel et que donc plusieurs acteurs interviennent pour le défendre. M. Operti Badan est donc d'accord avec M. Pellet pour dire que l'un des problèmes de l'article 19 était l'utilisation d'exemples de certains intérêts juridiques : l'environnement, la proscription du génocide, etc. Mais il ne faut pas à son avis abandonner l'idée que ces valeurs ne sont pas des exemples et qu'elles sont la substance même de l'article.

51. Sur la question de la réparation aussi, M. Operti Badan se déclare d'accord avec M. Pellet. La réparation ne doit pas être vue comme la contrepartie d'une action collective répressive mais comme un moyen d'offrir réparation à la victime qui se trouve être en l'occurrence la communauté internationale, conçue comme une valeur et non comme un sujet actif.

52. Le Rapporteur spécial a dit que la pratique ne permet pas de tirer de conclusions claires sur l'existence d'un droit pour les États de recourir aux contre-mesures collectives. On est donc en présence de projets d'articles dont l'auteur lui-même dit qu'ils reposent sur des bases incertaines. Autrement dit, la Commission fait un travail de

développement progressif mais sans pouvoir s'appuyer sur une pratique établie. L'expérience politique de M. Operti Badan lui fait conclure que le type de normes qui découlera de ce travail sera très difficile à accepter. Donner délégation de pouvoir à un groupe de pays qui agiraient en dehors du cadre institutionnel pour défendre des biens communs universels sera très difficile à admettre pour les organes législatifs des États.

53. Au paragraphe 411 du rapport, le Rapporteur spécial parle des « futurs développements », à propos desquels M. Operti Badan se déclare fort pessimiste. Le travail de réforme de la Charte des Nations Unies montre combien il est difficile de réorganiser la vie internationale en instituant un nouvel équilibre entre les relations de droit et les relations de pouvoir. Son expérience à la tête de l'Assemblée générale pendant un an ne lui permet pas de penser que la réforme du Conseil de sécurité aboutira. L'idée serait donc, s'il n'est pas possible de développer un système politique pour protéger l'intégrité des États et les intérêts juridiques de la communauté internationale, de le faire par le biais du droit de la responsabilité des États. On peut se demander si c'est la bonne méthode.

54. M. GALICKI dit que le chapitre III de la deuxième partie du projet d'articles, intitulé « Violations graves d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble », que propose le Rapporteur spécial est en fait une solution de compromis rendue nécessaire par les sérieux problèmes à laquelle la Commission a été confrontée à sa cinquantième session lorsqu'elle a examiné la distinction entre crimes internationaux et délits internationaux proposée dans le projet d'article 19. Aucune solution satisfaisante n'ayant pu être trouvée, le Rapporteur spécial propose maintenant une fragmentation *sui generis* du problème en développant dans les projets d'articles des notions clefs comme celles d'obligations *erga omnes*, de normes impératives du droit international général et, finalement, de violations graves d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble. L'approche générale suivie par le Rapporteur spécial pour éviter de développer directement la notion de crime international en tant qu'elle relève en fait des normes primaires semble être acceptable. Au lieu d'utiliser l'expression controversée de « crimes internationaux » et de tenter de lui donner une acception plus ou moins large, il semble beaucoup plus utile de se concentrer dans le projet d'articles à l'étude sur les conséquences pouvant découler des violations graves d'obligations internationales.

55. Le chapitre III proposé appelle néanmoins certaines critiques de forme et de fond. Premièrement, l'expression « violations graves » qui figure dans le titre du chapitre est différente de la formule utilisée au paragraphe 1 de l'article 51, à savoir « violation grave et manifeste ». L'emploi de termes aussi généraux nécessiterait une définition plus détaillée comme, par exemple, celle qui figure aux articles 46 et 60 de la Convention de Vienne de 1969.

56. Deuxièmement, bien que le seul article de ce chapitre, l'article 51, soit intitulé « Conséquences des violations graves d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble », dans le texte de l'article, ces conséquences sont pratiquement limitées aux obligations de l'État auteur du fait illicite ou de tous les autres États.

Le silence du texte sur les autres conséquences possibles, en particulier celles liées aux droits des « autres États », ne peut se justifier par la clause générale d'« excuse » figurant au paragraphe 4 de l'article 51. Bien que l'article 50 B sur les contre-mesures en cas de violations graves d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble ait été à juste titre placé dans le chapitre II, relatif aux contre-mesures, de la deuxième partie, il semble qu'une conséquence aussi importante des violations graves que les contre-mesures devrait à tout le moins être mentionnée dans le chapitre III de la deuxième partie. Ce chapitre donne d'une manière générale l'impression d'être trop limité et déséquilibré par rapport aux autres chapitres du projet d'articles.

57. Pour ce qui est des articles 50 A et 50 B que propose le Rapporteur spécial, ils visent à compléter la série de dispositions relatives aux contre-mesures qui figurent dans le chapitre II de la deuxième partie *bis*. Il semble néanmoins que des lacunes subsistent encore, comme celles que constitue l'absence de possibilité formelle pour un autre État appartenant à un groupe d'États auxquels l'obligation violée était due de prendre des contre-mesures à la requête et au nom d'un État lésé (comme le prévoit le paragraphe 1 de l'article 40 *bis*).

58. Pour ce qui est du paragraphe 1 de l'article 50 B, il semble que l'objet des contre-mesures devrait être non seulement d'obtenir la cessation de la violation mais aussi d'obtenir des assurances et garanties de non-répétition appropriées. S'agissant de la réparation, le mot « victimes », qui renvoie au droit pénal, devrait être évité et remplacé, par exemple, par « les personnes affectées par la violation ».

59. De même, l'expression « contre-mesures collectives » utilisée par le Rapporteur spécial dans le texte de son rapport pourrait être remplacée par « contre-mesures multilatérales », qui a l'avantage de ne pas suggérer une forme de réaction institutionnalisée ou organisée.

60. Au paragraphe 391 de son rapport, le Rapporteur spécial donne un certain nombre d'exemples de réactions d'États à des violations d'obligations *erga omnes*, rappelant entre autres qu'en 1980, lorsque le Gouvernement polonais a imposé la loi martiale et pris par la suite des mesures en violation de droits de l'homme fondamentaux, les contre-mesures prises par les États-Unis comprenaient une suspension immédiate des droits d'atterrissage aux États-Unis de la compagnie aérienne polonaise LOT, droits dont cette compagnie jouissait en vertu d'un accord bilatéral. La Pologne a demandé un arbitrage sur la base dudit accord, qui entre temps a pris fin. Les États-Unis ont accepté, et cela aurait pu donner lieu à une affaire intéressante lors de laquelle la question de la licéité des contre-mesures dans une telle situation aurait sans aucun doute été soulevée. Cela n'a toutefois pas été le cas puisque, après une longue procédure pour constituer le tribunal arbitral, la Pologne a renoncé et un nouvel accord bilatéral relatif aux services aériens a finalement été conclu avec les États-Unis⁴.

⁴ Signé le 19 juillet 1972 (*United States Treaties and Other International Agreements*, vol. 23, Part 4, 1972, p. 4269).

61. Le Rapporteur spécial propose enfin des dispositions pour la quatrième partie du projet d'articles, intitulée « Dispositions générales ». Pour M. Galicki, ce titre ne correspond pas au contenu de la partie en question, et puisqu'il s'agit pour la plupart de clauses de sauvegarde cette partie pourrait s'intituler « Dispositions finales » ou « Clauses finales ». Si la Commission décide de donner aux résultats finals des travaux sur la responsabilité des États la forme d'un traité, certaines dispositions devront être ajoutées au projet, par exemple en ce qui concerne la non-rétroactivité. D'autre part, dans ce cas, l'article 39 deviendrait inutile, puisqu'il ne fait que refléter la priorité entre les diverses obligations qui découlent déjà de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies.

62. En conclusion, M. Galicki félicite le Rapporteur spécial d'avoir réussi à achever l'élaboration du projet d'articles sur la responsabilité et dit qu'il est convaincu que les projets d'articles qu'il propose devraient être renvoyés dès que possible au Comité de rédaction.

63. M. CANDIOTI estime que les projets d'articles présentés par le Rapporteur spécial permettent de progresser face à la question des « crimes internationaux » des États. Quelle que soit la décision finale prise à propos de la terminologie « pénaliste » utilisée dans le projet d'articles adopté en première lecture, l'essentiel est que, dans le travail de refonte réalisé par le Rapporteur spécial, l'existence d'une catégorie de violations particulièrement graves par un État d'obligations fondamentales à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble reste reconnue et qu'il soit clairement admis que des normes particulières doivent s'appliquer à cette catégorie de violations quant aux conséquences de la responsabilité.

64. Cette catégorie de violations, donc, est constituée par l'inexécution d'obligations généralement reconnues comme ayant une portée universelle et un contenu intangible, au respect desquelles tous les États ont un intérêt juridique, même s'ils ne sont pas directement lésés par les atteintes qu'elles peuvent subir. Tels sont l'interdiction de l'emploi de la force, le génocide, la réduction en esclavage ou le respect des droits de l'homme fondamentaux et du droit humanitaire. En cette matière, la Commission doit avancer avec prudence en tenant compte du développement et des limites structurelles actuelles de la communauté internationale. Comme l'a dit M. Brownlie, l'instauration de l'état de droit au niveau international dépend dans une grande mesure du progrès institutionnel de la société internationale, et pas seulement des instruments normatifs. De ce point de vue, la création de la Cour pénale internationale chargée de juger les crimes internationaux des particuliers, que ceux-ci aient agi ou non en tant qu'agents de l'État, montre qu'il est possible d'avancer sur cette voie.

65. Dans le cadre du sujet à l'examen, la proposition du Rapporteur spécial tendant à consacrer un nouveau chapitre aux conséquences des violations graves d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble, et à y incorporer des règles donnant à ces conséquences un contenu substantiel et plus précis, semble très importante. À cet égard, l'analyse que fait le Rapporteur spécial et le paragraphe 2 de l'article 51 qu'il propose – qui pré-

voit des dommages-intérêts punitifs à titre de conséquence particulière – sont pertinents.

66. M. Candioti souscrit également à l'idée énoncée au paragraphe 411 du rapport à l'examen et reflétée au paragraphe 4 de l'article 51 proposé qu'il est « nécessaire de réserver pour l'avenir les conséquences supplémentaires, pénales et autres, qui pourront s'attacher à un comportement internationalement illicite en raison de son appartenance à la catégorie des crimes ou des violations d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble ». Sont également appropriées les distinctions que le Rapporteur spécial établit entre les diverses possibilités de réaction qui s'offrent aux autres États face à l'État responsable de cette catégorie de violations, selon que la victime principale du fait illicite est un État ou la population de l'État responsable ou même n'est pas identifiable.

67. M. Candioti approuve donc la suggestion de M. Simma et d'autres membres tendant à incorporer au chapitre relatif aux États habilités à invoquer la responsabilité la règle proposée dans la dernière note relative au paragraphe 413 du rapport, et d'en faire un article séparé qui prévoirait en son alinéa *a* les garanties de non-répétition.

68. La manière dont le Rapporteur spécial a traité les contre-mesures concernant cette catégorie de violations contribue aussi à éclairer le sujet, mais sans faire oublier que le recours aux contre-mesures, qu'elles soient individuelles ou multilatérales, ne sera jamais qu'une solution tolérée dans la mesure où les États n'ont pas d'autres moyens licites et efficaces de faire cesser le fait illicite et d'obtenir éventuellement réparation, et qu'en aucun cas ces mesures adoptées ne doivent comprendre la menace ou l'emploi de la force qu'interdit la Charte des Nations Unies.

69. Pour ce qui est de la formulation des projets d'articles présentés par le Rapporteur spécial, plusieurs idées intéressantes ont été avancées au cours du débat, dont le Comité de rédaction tiendra certainement compte. M. Candioti approuve plus particulièrement la proposition de M. Economides tendant à faire de l'alinéa *a* du projet d'article 51 un article initial distinct, qui qualifie les infractions envisagées de « violations graves, établies et manifestes » d'obligations d'importance essentielle pour la communauté internationale dans son ensemble, conformément au paragraphe 2 de l'ancien article 19. Les exemples les plus évidents de telles violations pourraient être précisés, à titre d'illustration, dans le commentaire.

70. Pour terminer, M. Candioti juge intéressante la proposition de M. Dugard qui souhaiterait que l'on envisage d'inscrire au programme de travail à long terme de la Commission l'étude des crimes internationaux des États. Quant aux dispositions générales dont le Rapporteur spécial envisage de faire la quatrième partie, il en approuve le contenu et le libellé.

La séance est levée à 12 h 45.

2653^e SÉANCE

Mardi 8 août 2000, à 10 heures

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Tomka.

Responsabilité des États¹ (suite) [A/CN.4/504, sect. A, A/CN.4/507 et Add.1 à 4², A/CN.4/L.600]

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

1. M. AL-BAHARNA appelle l'attention sur le paragraphe 368 du troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/507 et Add.1 à 4), dans lequel le Rapporteur spécial précise les deux principaux types de questions traitées dans le chapitre IV : la responsabilité d'un État envers un groupe d'États et les dispositions restantes et les clauses de sauvegarde qui devraient figurer dans la quatrième partie du projet. Il est rappelé au paragraphe 369 qu'à la suite d'un débat approfondi sur les questions soulevées relativement aux « crimes internationaux » par les articles 19 et 51 à 53 adoptés en première lecture la Commission a décidé provisoirement que « les questions soulevées par le projet d'article 19 [pourraient] être résolues [dans] ... une éventuelle catégorie regroupant les violations les plus graves d'obligations internationales »³. C'est dans ce contexte que le Rapporteur spécial présente à la Commission les articles 51, 50 A et 50 B.

2. L'article 51 a fait l'objet de vives critiques, particulièrement de la part de membres qui ne semblent pas convaincus du fait que l'article 19 n'aurait pas sa place dans le chapitre III de la deuxième partie. Dans l'espoir de faire accepter une disposition moins sujette à controverse, M. Al-Baharna propose que l'article 51 fasse l'objet d'une nouvelle rédaction. Suivant les observations présentées par M. Dugard, appuyé par M. Economides, quant à la nécessité de conserver dans l'article 51 la notion de crime international et s'inspirant de la référence au para-

¹ Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), chap. III, sect. D, p. 62.

² Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

³ *Annuaire... 1998*, vol. II (2^e partie), par. 331, p. 80 et 81.

graphe 2 de l'article 19 faite par M. Simma, l'article 51 serait scindé en deux : d'abord un article 51 contenant une définition des violations graves d'une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble, puis un article 51 *bis* traitant des conséquences des violations graves de ces obligations.

3. Dans le nouveau libellé, l'article 51 se lirait comme suit :

« Ce chapitre s'applique à la responsabilité internationale qu'entraîne la violation grave et manifeste par un État d'une obligation essentielle à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble. Cette violation peut constituer un crime international au sens du droit international contemporain. »

L'article 51 *bis* aurait le libellé suivant :

« La violation grave et manifeste définie à l'article 51 fait naître :

1. Pour l'État qui en est responsable, toutes les conséquences juridiques découlant de tout autre fait internationalement illicite et, de surcroît, des dommages-intérêts punitifs ou des dommages-intérêts correspondant à la gravité de la violation.

2. Pour tous les autres États, les obligations :

a) De ne pas reconnaître comme licite la situation créée par la violation;

b) De ne pas prêter aide ou assistance à l'État qui a commis la violation pour maintenir la situation ainsi créée.

3. Les paragraphes 1 et 2 sont sans préjudice des conséquences pénales ou autres supplémentaires que la violation peut faire naître en droit international général. »

4. Cette proposition fait apparaître, dans la définition figurant à l'article 51, le principe de la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble et la notion de crime international, tout en ajoutant le mot « peut » avant le mot « constituer ». Comme l'a fait valoir M. Dugard, pour laisser la possibilité d'un réexamen ultérieur, la Commission ne devrait pas abandonner la notion de crime international. La présente proposition permet de maintenir cette notion, même si ce n'est que par une simple mention, sans faire naître de conséquences pénales pour l'État en tant que personne morale. Le paragraphe 1 de l'article 51 *bis* mentionne clairement comme conséquences juridiques de la violation les dommages-intérêts punitifs et ne fait état que de violations et non de crimes. En outre, la proposition ajoute l'expression « au sens du droit international contemporain » après l'expression « un crime international » à l'article 51.

5. La référence au crime international peut ne pas satisfaire M. Economides, qui souhaiterait que l'article 51 mentionne le crime d'agression. Toutefois, cet article porte sur les violations, non sur les crimes, et il ne conviendrait donc pas de mentionner à cet endroit, ou en toute autre partie du projet, l'agression ou les autres crimes cités au paragraphe 3 de l'article 19. Il faut laisser au Conseil de sécu-

rité le soin de traiter du crime d'agression au titre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, sous réserve, bien entendu, du droit de légitime défense dont jouit l'État lésé lui-même ainsi que les autres États susceptibles de lui porter assistance individuellement ou collectivement. Ce droit existe en vertu des dispositions de la Charte et l'article 29 *ter* du projet le reconnaît comme étant l'une des circonstances excluant l'illicéité.

6. Le Rapporteur spécial ne semble pas rejeter la notion de crimes dans le cadre de la responsabilité des États, puisqu'il affirme au paragraphe 410 : « ... [les conséquences] sont généralement acceptables, pour autant néanmoins qu'elles n'aient pas d'implications *a contrario* pour les violations qui ne sont pas flagrantes, systématiques ou graves ». M. Al-Baharna estime que sa propre proposition comble la lacune existant entre une violation ordinaire et une violation grave et manifeste susceptible de constituer un crime international au sens du paragraphe 2 de l'article 19. Un certain nombre de membres de la Commission sont favorables à la mention de crimes internationaux, et la majorité soutient la division de l'article 51 en deux articles distincts. L'article 51 pourrait nécessiter un débat complémentaire au Comité de rédaction et à la Commission à sa cinquante-troisième session.

7. Pour le reste, M. Al-Baharna est d'accord avec les arguments présentés par le Rapporteur spécial aux paragraphes 408 et 410 quant à la teneur des articles 51 à 53 adoptés en première lecture, ainsi qu'avec l'idée de renforcer ces articles et son souhait de supprimer l'article 52. Le remplacement du mot « crime » par le mot « violation », plus approprié, au paragraphe 3 (al. *a* à *c*) de l'article 51, est compréhensible et nécessaire. L'alinéa *c* du paragraphe 3 complète parfaitement les alinéas *c* et *d* de l'article 53 adopté en première lecture. Contrairement à d'autres membres, M. Al-Baharna est d'accord avec le principe de coopération qu'introduit l'alinéa *c* du paragraphe 3 du projet d'article 51, mais estime que sa mise en œuvre pourrait supposer une certaine forme de procédure coordonnée. Le paragraphe 4 de l'article 51 est nécessaire en vue de tenir compte dans l'avenir des conséquences pénales de la violation en droit international.

8. Les articles 50 A et 50 B sont dans l'ensemble acceptables, bien que, il est intéressant de le noter, ils n'utilisent pas le terme « contre-mesures collectives » qui apparaît à plusieurs reprises aux paragraphes 386 à 390 du rapport. Le Rapporteur spécial a choisi d'évoquer à leur propos des cas où les États font valoir légitimement un droit à réagir contre les violations d'obligations collectives auxquelles ils sont parties, même si ces États ne sont pas des États lésés. Toutefois, l'examen de la pratique des États qui figure aux paragraphes 391 à 394 et 397 ne permet nullement d'affirmer que les réactions des États ainsi décrites ont été qualifiées de « contre-mesures ». Certains États, au lieu d'invoquer un droit de prendre des contre-mesures, ont fait valoir un droit de suspendre l'application d'un traité du fait d'un changement fondamental des circonstances. Dans d'autres cas, des États ont affirmé leur droit de prendre des contre-mesures mais, dans la réalité, leur réaction effective n'est pas allée jusque-là. On ne peut donc tirer de conclusions claires quant à l'existence d'un droit des États de recourir à des contre-mesures lorsqu'il ne s'agit pas d'un État lésé au sens du paragraphe 1 de l'article 40 *bis*.

9. L'article 50 A, de toute évidence, vise les contre-mesures prises par un État autre que l'État lésé au sens du paragraphe 2 de l'article 40 *bis*, lorsque cet État a un intérêt juridique à l'exécution d'une obligation, mais n'indique pas que les contre-mesures peuvent être prises par plusieurs États à la demande de l'État lésé, alors même qu'une telle demande serait, selon toute probabilité, adressée à plusieurs États. En situation de crise, un État lésé ne sera sans doute pas en situation de poser des conditions. Le membre de phrase « sous réserve des conditions posées par cet État » est donc inutile. Le paragraphe 2 de l'article 50 B devrait être applicable à l'article 50 A de même qu'au paragraphe 1 de l'article 50 B, et prévoir peut-être une procédure coordonnée de mise en œuvre de la coopération nécessaire. Comme l'a indiqué M. Brownlie, le Rapporteur spécial devrait citer d'autres exemples de la pratique des États afin de rendre les articles 50 A et 50 B plus acceptables pour la Sixième Commission – ou pour le moins, moins sujets à débat devant cette instance.

10. En ce qui concerne les dispositions générales et clauses de sauvegarde proposées, l'article 37, avec le changement de titre, est acceptable, mais il convient soit de supprimer le membre de phrase « ou ses conséquences juridiques », soit de libeller ainsi le texte : « Les conditions des conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite d'un État sont déterminées... ». L'article A est également acceptable, mais on pourrait peut-être renoncer à la brièveté de l'intitulé pour le rendre plus clair. L'article B ne semble pas poser de problème, mais il serait souhaitable d'ajouter à la fin l'expression « conformément au droit international général ». L'article 39, portant sur la relation avec la Charte des Nations Unies, est préférable au texte adopté en première lecture et tient compte du point de vue du précédent rapporteur spécial, M. Arangio-Ruiz, cité dans la première note relative au paragraphe 426⁴. M. Al-Baharna n'est pas d'accord avec les membres qui estiment que l'article devrait être supprimé.

11. M. BAENA SOARES félicite le Rapporteur spécial d'avoir établi un chapitre IV bien équilibré et d'excellente qualité. Certaines dispositions sont envisagées pour la première fois, ce qui fait que les points de vue des gouvernements n'ont pas encore été entendus. Comme l'a souligné le Rapporteur spécial, cependant, la Commission pourrait toujours, le cas échéant, revenir sur ces dispositions, ainsi que sur d'autres à sa prochaine session.

12. Les conséquences, d'une grande portée politique, de certaines de ces dispositions seront certainement prises en compte par la Sixième Commission. M. Baena Soares est heureux de constater que de nombreux membres de la Commission ont exprimé, à juste titre, leurs préoccupations concernant les répercussions des sanctions sur les populations civiles. Ces dispositions portent sur des mesures collectives qui n'ont pas un caractère institutionnel, comme l'a souligné le Rapporteur spécial au paragraphe 387 du rapport. C'est là une raison supplémentaire de faire preuve de prudence dans la tâche indispensable qu'on a désignée sous l'expression « dompter la bête », à savoir la bête de l'abus de pouvoir. Plus les règles disciplinaires relatives aux contre-mesures collectives seront strictes,

mieux la Commission aura fait son travail. Chacun semble s'accorder à penser que le monstre doit être terrassé et non nourri.

13. Une certaine prudence a déjà été observée lors de l'élaboration des articles et du débat au Comité de rédaction, mais les préoccupations que vient d'exprimer M. Baena Soares doivent rester à l'esprit de tous pour la poursuite du travail de rédaction. Certains membres qui désapprouvent totalement les contre-mesures, collectives ou non, et d'autres qui sont réticents à admettre la notion ont convenu d'en débattre, au motif qu'il s'agit là du seul moyen de limiter la portée de telles mesures. Chacun a à l'esprit la question cruciale qui a divisé la Commission par le passé : celle-ci doit maintenant être résolue pour que la Commission puisse achever ses travaux. M. Baena Soares est d'accord avec les membres qui considèrent que l'article 19 est justifié et utile – ceux qui préfèrent appeler un chat un chat – mais il serait prêt à appuyer des membres favorables à des formules de compromis, pourvu que ces formules facilitent réellement la conclusion d'un accord et préservent le contenu du concept présenté à l'article 19.

14. Différentes propositions ont déjà été faites, parmi lesquelles il faut relever des efforts louables du Rapporteur spécial et des contributions très utiles de M. Economides, auxquelles il apporte son appui. On peut espérer que le Comité de rédaction trouvera la solution appropriée, qui devra être suffisamment rigoureuse et précise. L'article 37 est utile et devrait être conservé. Cet article a sa place dans le projet, quoique peut-être avec une formulation différente, telle que celle proposée par M. Pellet. M. Baena Soares estime qu'il convient maintenant de renvoyer les projets d'article au Comité de rédaction.

15. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO déclare que les travaux de la Commission relatifs à la responsabilité des États, menés sur la base des rapports du Rapporteur spécial et de ses prédécesseurs, vont bien au-delà de la codification et commencent à toucher au développement progressif que doit viser la Commission lorsque cela s'avère souhaitable et, surtout, possible. Le développement progressif, quelle que soit la définition qu'on lui donne, doit prendre en compte le comportement des États en général, non seulement de ceux qui sont favorables au développement progressif mais aussi de ceux qui s'y opposent, dans la mesure où ces derniers constituent souvent une majorité importante que la Commission ne peut se permettre de négliger.

16. Le Rapporteur spécial a émis l'idée que le consensus constitue le meilleur moyen d'avancer; toutefois, le consensus doit tenir compte de toutes les préoccupations qui ont été exprimées. Il devrait être reconnu clairement que, même si on aboutit à un consensus sur la base d'un accord sur certains critères, son acceptation par les États ne saurait être garantie. La Commission devra donc faire preuve de prudence dans l'établissement de ses conclusions.

17. Le projet d'articles proposé évite l'emploi du mot « crime ». Ce fait n'implique nullement la méconnaissance de la notion de crime international, qui reste étroitement liée à une catégorie spécifique d'obligations internationales qui doit être régie par un régime particulier.

⁴ G. Arangio-Ruiz, "Article 39 of the ILC draft articles on State responsibility", in *Rivista di diritto internazionale*, vol. 83, n° 3, 2000, p. 747 à 769.

18. Comme l'a fait observer le Rapporteur spécial, l'article 19 devrait faire l'objet d'un accord. Il n'est pas question de l'imposer, encore moins de le supprimer, mais il s'agit de trouver une formule acceptable reconnaissant l'existence d'obligations fondamentales et l'importance attachée à leur violation, particulièrement dans les cas les plus graves, qui devra de ce fait entraîner pour le moins des conséquences bien définies. Les obligations en question – qui devront être définies dans la deuxième partie du projet et devront naturellement tenir compte de l'objet essentiel de l'article 19 – sont celles qu'il est de l'intérêt de tous de voir respecter. Tout État devra être en mesure de les invoquer et, au minimum, d'exiger la cessation de la violation. Cela ne signifie pas cependant que cet intérêt est illimité, puisqu'il diffère de l'intérêt de l'État lésé, en particulier si cet État a subi un préjudice matériel.

19. L'article 51 proposé constitue pour l'essentiel une révision des articles 51 à 53. Le paragraphe 1, qui définit le champ d'application, devrait, comme l'a indiqué M. Pambou-Tchivounda, devenir une disposition autonome, étant donné que le texte ne correspond pas à l'intitulé du projet d'article. Le paragraphe 2, qui prévoit des dommages punitifs, complète le texte précédent, lequel, malgré les arguments exposés au paragraphe 380 du rapport, aurait été acceptable, en tout cas pour ce qui concerne les violations graves. Néanmoins, le concept de dommages-intérêts punitifs devrait être précisé, car M. Rodríguez Cedeño n'est pas certain que l'expression revêt la même signification dans l'ensemble des différents systèmes juridiques. Le paragraphe 3 précise d'autres obligations spécifiques naissant de violations graves des obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble : deux obligations négatives et une obligation positive. Ce paragraphe constitue une amélioration par rapport à la rédaction précédente. L'alinéa *c*, en particulier, qui regroupe de façon satisfaisante les alinéas *c* et *d* du texte adopté en première lecture, reflète jusqu'à un certain point la solidarité internationale requise face aux crimes internationaux, ou si ce terme doit être évité, face aux violations graves d'obligations fondamentales. L'alinéa *c* du paragraphe 3, prévoyant l'obligation de coopérer pour appliquer les mesures, n'introduit pas de concept nouveau : la même obligation a été prévue dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale s'agissant de la responsabilité pénale individuelle; c'est là un autre facteur qui devra toujours être pris en compte, dans une disposition distincte, dans le contexte des violations. Le nouveau paragraphe 4 contient une clause visant les effets juridiques non prévus par l'article. Dans ce contexte, il faut comprendre que les « conséquences pénales » en question visent uniquement la responsabilité pénale individuelle.

20. S'agissant de la question des contre-mesures collectives, qui pose de graves problèmes, tant du fait de sa complexité juridique que de ses incidences politiques, le droit de prendre des contre-mesures, collectivement ou non, devra être régi par des règles extrêmement précises et équilibrées permettant à ces contre-mesures d'atteindre leur objectif tout en garantissant en même temps qu'elles ne font pas l'objet d'abus au détriment en particulier des petits pays. L'article 50 B, qui est fondé sur le paragraphe 3 de l'article 43 adopté en première lecture, traite d'une question délicate. L'une des préoccupations soulevées par le régime des contre-mesures, dans le cas d'une violation grave d'obligations fondamentales, est l'exces-

sive latitude laissée aux États de reconnaître ou de déterminer cette violation grave. Le Rapporteur spécial a présenté aux paragraphes 401 et suivants un certain nombre de conclusions fondées sur l'examen de la pratique effective. Celle-ci relève cependant davantage de la politique que du droit, et, de ce fait, ne saurait apporter la preuve de l'existence du droit en question. D'autres positions devront être prises en compte. M. Rodríguez Cedeño pense à celle de nombreux États membres de la Commission des droits de l'homme concernant l'action collective contre des violations des droits de l'homme dans différents pays. Même si ces positions ont porté sur le recours à la force, elles ont révélé l'existence de critères bien différents de ceux envisagés par la Commission du droit international. Il a été soutenu qu'une telle action était contraire aux principes de non-ingérence et d'intégrité territoriale, et même qu'elle supposait un abus de pouvoir de la part d'un pays ou d'un groupe de pays qui auraient leur propre interprétation des intérêts de la communauté internationale. M. Rodríguez Cedeño estime qu'il est injustifié de considérer comme équivalents le droit d'exiger la cessation de la violation et le droit d'appliquer des contre-mesures, même s'il s'agit d'une violation grave, systématique et continue.

21. Il est certes important d'établir une certaine forme de régulation. Les États devraient disposer des moyens d'assurer le respect des obligations autrement que par le recours à la force, mais tout régime proposé doit être équilibré et réaliste, et fondé sur une pratique universellement acceptée. Il devra comprendre des dispositions détaillées relatives non seulement à la nature de l'obligation, mais aussi à la gravité de la violation et à la mesure dans laquelle celle-ci est systématique et continue. De telles dispositions permettront une interprétation correcte du texte et éviteraient qu'il ne donne lieu à des abus.

22. M. ROSENSTOCK déclare que, s'agissant de l'examen du chapitre IV du troisième rapport, la Commission est saisie de questions extrêmement complexes alors qu'elle n'a guère le temps lors de la session en cours de s'y arrêter ou de rechercher un terrain d'entente. Les propositions du Rapporteur spécial supposent que l'on s'écarte de positions précédemment considérées, informellement, comme acquises, qu'on introduise des notions entièrement nouvelles et surtout qu'on légifère purement et simplement : il ne s'agirait plus de codifier ou même de faire évoluer en douceur la pratique existante par des propositions *de lege ferenda*. Il convient d'éviter toute action précipitée.

23. S'agissant des questions spécifiques présentées à la Commission, il tient à réaffirmer qu'il considère la notion de « crimes d'État » comme une idée dépourvue de tout fondement, qui, si on l'adoptait, mènerait à la confusion et pourrait créer des obstacles au développement du champ de la responsabilité pénale des individus, domaine en plein essor, et auquel la Commission a apporté une contribution non négligeable. Le paragraphe 380 du rapport est particulièrement pertinent dans ce contexte. Par ailleurs, la Commission a décidé de faire porter ses efforts sur les règles secondaires et non pas de concevoir de nouvelles règles primaires. Il n'appartient pas à la Commission d'introduire – comme cherche à le faire le projet d'article 51 – la notion de distinction qualitative entre les actes ou omissions des États entraînant la responsabilité

de ceux-ci. Introduire une telle notion revient pratiquement à créer de nouvelles règles. Les tentatives faites en vue de définir des catégories de « gravité » font penser aux travaux des alchimistes. Le paragraphe 2 de l'article 51 n'hésite pas à faire mention de « dommages-intérêts punitifs ». Seul un alchimiste pourrait obtenir un tel résultat. Quant à l'expression « dommages-intérêts correspondant à la gravité de la violation », M. Rosenstock se demande ce qu'elle ajoute au poids de la responsabilité de l'État auteur du fait dommageable. Si elle n'ajoute rien, pourquoi l'employer ? Si elle ajoute effectivement quelque chose, cela signifie que l'on procède à nouveau à des distinctions qualitatives.

24. L'article 51 présente aussi quelques problèmes moins fondamentaux, dont certains pourraient être atténués, sinon totalement résolus, par le Comité de rédaction. Ainsi, qu'en est-il de la distinction faite au paragraphe 1 entre une violation « grave » et, par voie de conséquence, une violation non grave ? M. Rosenstock ne pense pas qu'il existe de précédent pour une telle distinction. Peut-être que la distinction est la même par analogie que la distinction entre « substantiel » et « non substantiel », avec cependant des conséquences qui pourraient dans certains cas être plus dangereuses. Si le but visé est de rendre justice à l'État lésé, la nécessité d'une telle distinction paraît douteuse. D'ailleurs, le terme « systématique » est préférable à celui de « grave », dans la mesure où il a au moins l'avantage d'être quantitatif et non qualitatif. Le mot « manifeste » pourrait aussi soulever des difficultés. Il suppose qu'un acte ouvertement illicite d'un État est considéré comme qualitativement pire qu'un acte illicite dissimulé, distinction qui entraînerait des droits différents pour les États tiers. C'est là une invitation adressée aux États pour qu'ils se livrent clandestinement à des actes illécites. M. Rosenstock ne pense pas que telle ait été l'intention de la CIJ dans son arrêt concernant l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. Un incident de frontière constituant une violation du paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies est-il plus ou moins grave qu'une explosion chimique résultant d'un manque de diligence, dans le cas où l'État dont le territoire se trouve sous le vent de l'explosion aurait pu être informé mais ne l'a pas été, du fait du laxisme de l'État fautif ? La Commission pourrait suivre l'avis de M. Galicki et, en établissant des définitions, préciser certaines de ces questions. D'un autre côté, elle risquerait alors de s'engager dans un processus auquel elle ne pourrait jamais mettre un terme.

25. M. Rosenstock dit que les alinéas *a* et *b* du paragraphe 3 de l'article 51 ne lui posent aucun problème, mais qu'il serait intéressé d'entendre le point de vue des autres membres sur l'emploi du terme « obligation » et la question de savoir s'il est toujours approprié ou seulement dans certains cas ; et dans cette dernière hypothèse, comment établir la distinction. On pourrait effectivement envisager une formulation plus précise – et légèrement plus ambitieuse – concernant l'État indirectement lésé, en vue d'éviter certains de ces problèmes. Le paragraphe 4 ne paraît pas absolument nécessaire. La référence aux conséquences « pénales » n'est ni nécessaire ni souhaitable, même si à certains égards elle pourrait être considérée par certains comme un clin d'œil à l'intention des initiés, destiné à leur faire savoir que les distinctions qualitatives demeurent

même si elles sont provisoirement mises entre parenthèses.

26. M. Rosenstock continue à soutenir le point de vue exprimé initialement par le Rapporteur spécial, à savoir qu'il convient de supprimer l'article 19 et de ne pas le remplacer par une disposition atténuée, éventuellement assortie d'une clause de sauvegarde. Cela ne signifie pas qu'il soit nécessaire de supprimer les contre-mesures dans la deuxième partie ou que le rôle de l'État indirectement lésé ne pourrait être traité de façon plus satisfaisante que ne le fait le projet adopté en première lecture. Comme il est indiqué au paragraphe 375, tous les États ont un intérêt juridique à la cessation de la violation et à obtenir des garanties de non-répétition.

27. La Commission risque de se laisser entraîner dans des difficultés. Les membres – et particulièrement le Rapporteur spécial – devraient relire le paragraphe 411, qui invite à la prudence. Le processus semble avoir commencé avec la définition de certaines règles, mais a conduit à des tentatives de mise en place d'un nouveau système d'ordre public. L'observation présentée par M. Brownlie à cet égard est particulièrement pertinente. La déclaration faite par M. Operti Badan lors de la 2652^e séance, avec la perspective politique qu'elle ouvre, ramène à la raison. Elle met en lumière des écueils qui, si on n'y prend garde, pourraient mettre en péril la totalité du projet d'articles. Les efforts prématurés visant à créer des règles relatives aux contre-mesures collectives pourraient porter préjudice tant au projet qu'au développement général de ces notions nouvelles.

28. On pourrait présenter des arguments très convaincants en faveur d'une limitation du débat sur les contre-mesures à la première partie, si cela doit permettre d'éviter de prendre position sur la question. La deuxième partie ne traite d'aucune des autres circonstances excluant l'illégalité, en partie parce qu'aborder ces questions rendrait floue la distinction entre règles primaires et secondaires et en partie parce que la Commission a reconnu que son projet de déclaration ne constitue pas un moyen de sauver le monde mais un ensemble de règles juridiques interdépendantes dont l'élucidation pourrait aider les États à résoudre certains problèmes – et non pas tous les problèmes. Les problèmes relatifs aux obligations *erga omnes* ne justifieraient peut-être pas à eux seuls d'exclure le traitement des contre-mesures de la deuxième partie, mais on trouverait certainement bien d'autres justifications à cette exclusion dans les débats du Comité de rédaction.

29. Par ailleurs, un examen plus poussé du rôle de l'État non directement lésé pourrait, pourvu qu'il ne soit pas question de créer des distinctions qualitatives entre différents actes illicites et qu'il soit entrepris avec modestie pour répondre aux attentes de MM. Brownlie et Operti Badan, rendre faisable et même peut-être intéressante l'inclusion de la question des contre-mesures dans la deuxième partie. Toutefois, le risque existe que le projet d'articles soit réduit à néant ou aboutisse à une impasse de telle façon que la déclaration ou le traité relatif à la responsabilité des États se trouve sans cesse reporté après des échecs successifs des différents groupes de travail.

30. Incidemment, l'emploi du terme « sanction » s'agissant du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies

est pour le moins sujet à caution. La décision d'employer le terme « mesures » au lieu de « sanctions » dans ce chapitre avait été mûrement réfléchi et très délibérée.

31. La proposition du Rapporteur spécial concernant la disposition générale de la quatrième partie ne pose aucun problème, à part quelques modifications rédactionnelles relativement mineures. Une partie du débat sur l'article 39 au sein de la Commission ne laissait pas d'inquiéter, dans la mesure où elle traduisait une conception trop restrictive quant à la portée et à l'effet de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies. Cela justifie l'inclusion d'un dernier paragraphe allant dans le sens proposé par le Gouvernement français⁵ ou le Rapporteur spécial.

32. La Commission a beaucoup avancé. Les problèmes qu'elle a dû traiter sont de nature essentiellement finis. Si ces problèmes sont traités à partir de la pratique existante des États, avec modestie et avec détermination, la Commission devrait être en mesure d'aboutir à un résultat important et utile en l'espace d'un an.

33. M. SEPÚLVEDA déclare que le Rapporteur spécial doit être félicité de ce troisième rapport, aboutissement d'une série de rapports qui ont permis de lever progressivement des obstacles qui semblaient, il y a quatre ans à peine, insurmontables, tels que la question litigieuse des crimes et délits internationaux. Il est encore trop tôt pour dire si la solution proposée à cet égard recueillera le soutien des États mais, indubitablement, elle apporte une contribution importante au développement progressif du droit international.

34. Afin de comprendre ce qu'accomplit le chapitre IV du troisième rapport, il convient de revenir aux concepts, formulés précédemment, qui portaient d'hypothèses de travail qui, si elles s'avèrent acceptables, faciliteront l'acceptation des propositions présentées dans ce chapitre. On peut citer l'exemple du projet d'article 40 *bis*, qui définit les circonstances dans lesquelles un État aura le droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État. Cette définition des conditions dans lesquelles un État est lésé par le fait internationalement illicite d'un autre État permet de considérer l'obligation violée, non pas comme une simple obligation bilatérale, mais comme une obligation à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble. Cet élargissement de la notion d'État lésé donnerait aux États un intérêt juridique au respect d'une obligation internationale à laquelle ils sont parties, lorsque cette obligation a été contractée auprès de la communauté internationale dans son ensemble, ou a été établie en vue de protéger les intérêts collectifs d'un groupe d'États.

35. Cette disposition représente sans aucun doute un pas en avant dans la régulation des affaires internationales. Toutefois, le fondement de cette règle devrait être confirmé par la pratique des États. Il resterait à déterminer s'il est généralement reconnu qu'un État subit un préjudice du simple fait qu'une obligation due à la communauté internationale n'a pas été respectée. Il serait également essentiel de préciser la nature véritable des effets juridiques de la responsabilité des États que des États lésés à des degrés divers pourraient invoquer. Ainsi, dans le cas d'une viola-

tion d'obligations *erga omnes*, il n'a pas été précisé clairement quel serait le mécanisme utilisé pour permettre aux États ayant un intérêt juridique mais non directement lésés d'obtenir la cessation, la restitution, la compensation, la satisfaction ou, dans les cas extrêmes, l'application de contre-mesures collectives. Cette question est liée à l'efficacité de l'application d'une règle qui présuppose la création d'un principe abstrait.

36. Les contre-mesures, qui constituent un instrument nécessaire pour inciter l'État responsable à s'acquitter de ses obligations internationales, forment un aspect du droit d'un État à invoquer la responsabilité d'un autre État. M. Sepúlveda était à l'origine opposé à l'inclusion des contre-mesures dans le projet d'articles, qui revenait à reconnaître sur le plan juridique une pratique fondée sur l'abus de pouvoir : en prévoyant ces contre-mesures, la Commission consacrerait un principe fondé sur la coercition et le recours unilatéral à la force, complètement inacceptable pour tout ordre juridique équilibré. Toutefois, M. Sepúlveda doit reconnaître que la rédaction des règles concernant le but et le contenu des contre-mesures, les obligations non soumises aux contre-mesures, les conditions relatives au recours aux contre-mesures, la proportionnalité, les contre-mesures prohibées et la suspension et la cessation des contre-mesures lorsque certaines conditions sont remplies ont constitué une évolution positive. Les projets d'articles 47 à 50 *bis* représentent une avancée importante dans la définition de la nature et de la portée des contre-mesures, définissant un régime pouvant imposer les garanties juridiques nécessaires pour éviter les abus de pouvoir.

37. Une des innovations du projet est l'introduction du concept de contre-mesures collectives, qui, dans un sens, découle naturellement de l'acceptation des règles définies à l'article 40 *bis*. La question posée par le Rapporteur spécial est celle de savoir si les États ont le droit de réagir à une violation d'une obligation collective à laquelle ils sont parties, alors même qu'ils ne sont pas directement lésés au sens strict. D'après le Rapporteur spécial, ces cas ne sont pas limités aux situations dans lesquelles un groupe d'États agit de concert, et il est possible de voir un élément collectif lorsque l'État affirme un droit de réagir dans l'intérêt général à une violation d'une obligation multilatérale à laquelle il est partie, même s'il n'a pas été lésé à titre individuel par cette violation. On établit ainsi une distinction entre, d'une part, les contre-mesures individuelles, prises soit par un État, soit par un groupe d'États, chacun agissant dans les limites de sa propre compétence et par ses propres organes, et, de l'autre, des mesures collectives institutionnalisées prises en application du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies.

38. Le problème posé par l'acceptation de cette hypothèse est que la distinction n'est pas suffisamment claire et que la notion semble faire double emploi avec d'autres institutions existantes, telles que la légitime défense collective et la sécurité collective, en particulier dans le contexte de pactes de sécurité collective régionaux tels que le Traité interaméricain d'assistance mutuelle, le Traité de l'Atlantique Nord ou le Pacte de Varsovie, aujourd'hui disparu.

39. Dans le cas de la légitime défense collective, différents États ont subi un préjudice touchant à leurs intérêts

⁵ Voir 2615^e séance, note 5.

vitaux, et ces États exercent collectivement ce qui constitue sans aucun doute leur droit individuel. Dans le cas de la sécurité collective, les intérêts vitaux d'un État sont lésés, et d'autres États, par solidarité, viennent à son secours. Dans le cas de contre-mesures collectives, la nature de l'obligation violée, en d'autres termes la définition de l'intérêt juridique de l'État qui, sans être l'État directement lésé, subit un préjudice, pourrait facilement être confondue avec la nature du droit que recèle implicitement la notion de légitime défense collective ou de sécurité collective. Il est donc indispensable de distinguer clairement les éléments constitutifs de ces catégories de droits de façon à les délimiter et à définir la portée des contre-mesures collectives.

40. Ainsi, l'article 50 A, qui définit quelles sont les contre-mesures que peut prendre un État tiers pour le compte d'un État lésé, fait penser au type de mesures prises au cours des 50 dernières années dans le cadre des pactes régionaux de sécurité collective. Le cas des contre-mesures qui peuvent être prises en cas de violation grave d'une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble, comme le prévoit le projet d'article 50 B, est encore plus flagrant. Une violation de telles obligations *erga omnes* constituerait un fait illicite d'une telle ampleur qu'il déclencherait inévitablement des mesures en vertu de l'Article 51 de la Charte des Nations Unies ou une action de sécurité collective. De ce fait, il reste très peu de possibilités de définir une nouvelle institution juridique que seraient les « contre-mesures collectives ».

41. Le fondement et la validité des contre-mesures collectives dépendent du type de droits et d'obligations que font valoir l'État lésé et les États lui apportant leur appui pour invoquer la responsabilité d'un État. Mais l'autre élément essentiel est la reconnaissance générale du fait que ces mesures sont acceptées comme licites et légitimes par la communauté des États dans son ensemble, et non simplement par une partie d'entre eux. C'est pourquoi il est essentiel qu'il existe un principe général consacré par la pratique des États, permettant à un nombre important d'États d'accepter le concept de contre-mesures collectives en tant que notions juridiques appartenant à un système normatif communément reconnu, et constituant ainsi une contribution à l'ordre juridique international.

42. Or, l'analyse de la pratique des États présentée par le Rapporteur spécial ne démontre pas l'existence d'une catégorie de mesures juridiques acceptées par tous les États pouvant justifier d'ériger les contre-mesures collectives en nouvelle institution juridique. En premier lieu, les exemples fournis sont extraordinairement peu nombreux. De plus, ces exemples font référence à des contre-mesures prises par un petit nombre d'États, tous des pays industrialisés. Le troisième rapport ne donne aucun exemple de prise de contre-mesures collectives par un groupe d'États non industrialisés. M. Sepúlveda lui-même n'est pas en mesure de fournir à brûle-pourpoint un exemple de contre-mesures collectives invoquées ou exercées par des États d'Amérique latine.

43. Sur les six cas cités par le Rapporteur spécial, trois relèvent dans une certaine mesure des conditions et des règles figurant au Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Ce fait soulève à nouveau la difficulté d'établir une

distinction claire entre la sécurité collective, la légitime défense collective et les contre-mesures collectives.

44. Les dispositions relatives aux conséquences des violations graves des obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble figurant dans le projet d'article 51 présupposent là encore que soit défini un système de sanctions collectives de nature essentiellement punitive, assimilable aux mesures coercitives prévues par la Charte des Nations Unies. Il ne semble pas indispensable de créer un système parallèle, venant s'ajouter aux normes constitutionnelles déjà en place, et en l'absence de mécanisme institutionnel organisé et centralisé, pour remplacer un système qui a déjà fait la preuve de ses avantages et de ses inconvénients.

45. Enfin, même si l'on admet les arguments présentés par le Rapporteur spécial en faveur de la dissociation du système des contre-mesures de celui du règlement pacifique des différends, il n'est pas souhaitable de supprimer du projet un chapitre établissant des normes de règlement des différends entre les États dans le domaine très sensible de la responsabilité internationale, qui restera à n'en pas douter source de controverse dans les années à venir.

46. M. PELLET déclare qu'en lançant une attaque féroce à l'encontre des dénommées « contre-mesures collectives », M. Sepúlveda et d'autres membres se battent contre des moulins à vent, en critiquant l'institution de contre-mesures prises collectivement par les États, qui ne sont pas cependant le fait visé par le Rapporteur spécial. Le Rapporteur spécial, quant à lui, joue les apprentis sorciers en désignant le fait en question sous l'appellation de « contre-mesures collectives », alors qu'en réalité il ne s'agit de rien de tel. La véritable question est de savoir si lorsqu'une violation exceptionnellement grave, telle qu'un génocide – qui porte atteinte à la communauté internationale dans son ensemble et concerne par conséquent tous les États individuellement –, a été commise chacun des États de la communauté internationale a qualité à réagir individuellement, même s'il n'est directement lésé par cette violation. Pour M. Pellet, il faut assurément répondre par l'affirmative à cette question. Cela ne signifie pas, toutefois, que la réaction doit nécessairement être collective, et encore moins qu'elle doit comporter le recours à la force. Il se déclare donc entièrement d'accord avec le Rapporteur spécial sur le fond, mais considère l'emploi du terme « contre-mesures collectives » comme très malheureux dans ce contexte.

47. M. HE souligne que la question du crime d'État a été soulevée dans le contexte des violations d'obligations *erga omnes* et des atteintes aux intérêts collectifs des États. Il ne croit pas cependant que le concept de crime d'État a été défini dans le contexte du droit international sur la responsabilité des États dans la mesure où, contrairement à ce qui se passe dans le cas de la responsabilité pénale individuelle, il n'existe pas de pratique des États ou de jurisprudence internationale à l'appui de cette notion.

48. Le traitement, à l'article 51, des conséquences des violations graves des obligations envers la communauté internationale dans son ensemble repose sur la classification des obligations internationales aux articles 40 *bis* et *ter*. Toutefois, comme l'a souligné M. Hafner, il existe une

différence de fond entre les violations traitées à l'article 51 et les crimes visés à l'article 19. D'après certains commentateurs, si les actes portant atteinte aux intérêts fondamentaux de la communauté internationale doivent être considérés comme des faits illicites *erga omnes*, l'inverse n'est pas vrai. Ainsi, les crimes, même si on reconnaît leur existence, ne sont pas couverts par l'article 51. C'est pourquoi les suggestions présentées par MM. Dugard, Economides et Pellet modifieraient complètement la portée de l'article et mettraient en péril l'ensemble des travaux. Étant donné que le concept de criminalité d'État n'est pas reconnu par le droit international, il semble vain pour la Commission de se lancer dans une entreprise aussi démesurée.

49. Le paragraphe 1 de l'article 51 est acceptable et, au paragraphe 2, la version « des dommages-intérêts correspondant à la gravité de la violation » est préférable. En ce qui concerne l'alinéa *a* du paragraphe 3, M. Brownlie était tout à fait fondé à renvoyer à la question de la validité. D'un autre côté, M. Kabatsi, relevant les mots « comme licite », a estimé qu'aucune situation créée par une violation ne saurait être considérée comme licite. C'est pourquoi il conviendrait de faire figurer dans le commentaire le fait que la « réalité » doit être prise en compte en tant que facteur dans la non-reconnaissance de la situation.

50. Le paragraphe 4 est superflu. M. He pense comme le Rapporteur spécial qu'il serait souhaitable de laisser une possibilité d'évolutions ultérieures, étant donné les progrès rapides accomplis dans le domaine des obligations envers la communauté. De même, il est nécessaire d'attendre les évolutions relatives au concept de « crime ». Il serait donc préférable de faire figurer une clause générale « sans préjudice » à la quatrième partie plutôt qu'à l'article 51, qui ne traite que des conséquences des violations graves des obligations *erga omnes*.

51. La proposition énoncée à la dernière note relative au paragraphe 413 devrait sans aucun doute être intégrée en partie à l'article 40 *bis* et en partie dans un article distinct, comme l'ont proposé MM. Candioti, Hafner et Simma, et le mot « non-répétition » devrait être inséré à l'article 36 *ter*. M. He estime lui aussi que les articles 50 A et 50 B devraient figurer au deuxième chapitre de la deuxième partie *bis*, étant donné qu'ils traitent de questions de nature différente, et ont une teneur différente. Enfin, il serait utile de maintenir l'article 37, dans la formulation proposée au paragraphe 429, que le texte prenne la forme d'une déclaration ou d'une convention.

52. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) explique que le tableau de concordance qui vient d'être distribué aux membres donne une indication raisonnable de l'ordre dans lequel les articles seront finalement disposés dans le texte que le Comité de rédaction proposera à la Commission pour adoption et renvoi à la Sixième Commission.

53. Il lui paraît, à la lumière des observations de M. Economides et d'autres membres, que le Comité de rédaction pourrait juger souhaitable de scinder en deux l'article 51. Il est à supposer que la proposition contenue dans la note de bas de page susmentionnée, réunie au paragraphe 2 de l'article 40 *bis*, apparaîtrait comme sous-section du nouvel article 49. Le nouvel article concernerait une catégorie plus large d'États ayant un intérêt juridique au respect des obligations à caractère collectif ou multilatéral.

54. Le Rapporteur spécial s'est efforcé de mettre en forme du point de vue juridique les différentes propositions avancées s'agissant du chapitre IV. Les observations présentées par MM. Al-Baharna, Economides et Pellet se sont révélées très constructives et il a été particulièrement convaincu par les déclarations de MM. Operti Badan et Tomka, qui tous deux ont une grande expérience de l'organe auquel la Commission destine ses rapports. Ces deux membres ont exprimé leur scepticisme quant à la possibilité d'avancée sur les questions de fond traitées au chapitre IV du rapport. La position de M. Tomka est semblable à celle du Rapporteur spécial à la cinquantième session, à savoir que la totalité de la question de l'article 19 peut figurer dans une clause de sauvegarde et que d'ailleurs c'est là une option ouverte à la Sixième Commission. Néanmoins, le Rapporteur spécial estime que la Commission doit tendre davantage au compromis proposé, non seulement en vue de recueillir les observations de la Sixième Commission, mais aussi parce que ce compromis traduit une position centrale raisonnable entre des points de vue fortement divergents.

55. Même si le moment n'est pas encore venu de mettre en place un régime visant explicitement les crimes, il est essentiel de faire valoir l'idée fondamentale que les États ont un nombre limité d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble. Ces obligations sont, par définition, d'une grande importance et leur violation est, par définition, lourde de conséquences. Des violations mineures de telles obligations pourraient se produire, mais dans certains domaines, par exemple le génocide et l'agression, la définition de l'obligation est telle que des violations légères sont exclues. L'idée de faire figurer cette notion dans le nouvel article 49 concernant l'invocation de la responsabilité dans l'intérêt collectif a semblé recueillir l'approbation générale.

56. Il y a eu un accord étonnamment général sur certains des autres points. Le Rapporteur spécial est très sensible aux préoccupations éloquemment exposées par M. Sepúlveda s'agissant de toute la question des contre-mesures « collectives », et d'ailleurs l'emploi du terme « multilatérales » pourrait être préférable. M. Pellet a eu raison de souligner que les réactions à une violation des obligations envers la communauté internationale dans son ensemble peuvent être le fait d'un État ou d'un certain nombre d'États. Le caractère collectif des réactions est déterminé par la nature des obligations et de la violation, plutôt que par le fait que les États agissent en groupe.

57. Il semble que le nouvel article 51 actuel pourrait être renvoyé au Comité de rédaction pour y être remanié, et il sera intéressant de voir ce que donnera l'article scindé en deux. Il faut reconnaître que, dans la mesure où la pratique est limitée, l'activité de la Commission est de nature législative, même si certains articles réaffirment des règles existantes, par exemple dans le domaine de la non-reconnaissance et de l'acceptation de la catégorie fondamentale des obligations envers la communauté internationale dans son ensemble. Les travaux de la Commission ne sauraient être décrits comme relevant du développement progressif, même si certaines des conséquences peuvent être progressives. La Commission attendra de ce fait les observations de la Sixième Commission et réexaminera les points en question à sa prochaine session. Il s'agit là d'un aspect très important des délibérations de la Com-

mission, qui donne à la Sixième Commission l'occasion d'apporter une contribution sur le fond et renforce la relation entre la Commission et la Sixième Commission, ce qui était l'objectif fixé dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa quarante-huitième session.

58. Le Rapporteur spécial n'accueille pas très favorablement l'idée de modifier l'intitulé de l'article 51 en y mentionnant des obligations essentielles. Il existe en droit international de nombreuses obligations qui sont essentielles, et qui néanmoins donnent naissance à des relations bilatérales. Tout le système des immunités diplomatiques est de toute évidence indispensable aux relations entre les États et à la communauté internationale dans son ensemble, mais les relations individuelles n'en restent pas moins bilatérales. Le concept fondamental est nécessairement celui qui a été établi dans l'arrêt rendu dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, à savoir qu'il existe certaines obligations envers la communauté internationale dans son ensemble et que chaque État, à titre individuel, a un intérêt à ce que ces obligations soient remplies. Le terme « essentielles » ne rend pas compte de cette notion. Certes, par définition, la norme est essentielle dans la mesure où il s'agit d'une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble, mais l'inverse n'est pas nécessairement vrai. Il est naturellement possible de qualifier la nature de la violation, car les violations de ces obligations pourraient éventuellement être assez mineures.

59. Le Rapporteur spécial a pris note des déclarations des membres, que le Comité de rédaction gardera à l'esprit. Toutefois, un ou deux points doivent faire l'objet d'un commentaire immédiat. Certains aspects de la définition de la catégorie de violations visée au paragraphe 1 de l'article 51 pourraient être améliorés. On pourrait trouver au paragraphe 2 de l'article 19, ou ailleurs, des éléments utiles, avec les réserves déjà exprimées quant à la notion d'obligations « essentielles ».

60. Le paragraphe 4 n'est pas strictement nécessaire, notamment en raison de l'article 38 adopté en première lecture (art. 33 dans la nouvelle numérotation), mais il est utile, en raison surtout d'éventuelles évolutions futures dans ce domaine précis. Le Rapporteur spécial n'a personnellement aucune objection à l'emploi du mot « pénales », mais si ce mot doit susciter des oppositions, il peut être omis, dans la mesure où sa suppression serait sans incidence sur les effets juridiques de la disposition. Il est assez amusant de voir la véhémence avec laquelle M. Pellet a plaidé pour l'inclusion de ce concept et la détermination avec laquelle il lui a retiré tout élément punitif, qu'il s'agisse des dommages-intérêts punitifs ou des conséquences pénales. Le Rapporteur spécial, quant à lui, n'émet aucune objection en la matière, car si la Commission examine les obligations envers la communauté internationale dans son ensemble, la question des dommages punitifs peut être laissée de côté.

61. La question de la transparence de l'État et les conséquences supposées des violations graves des obligations essentielles du point de vue de la responsabilité pénale individuelle n'ont pas leur place dans le projet d'articles, car ils soulèvent des points relevant de la responsabilité pénale individuelle des personnes ou, éventuellement, de l'immunité des États. Le Rapporteur spécial est tout à fait disposé à maintenir la position juridique actuelle, car la

question a été examinée récemment dans le contexte du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, lequel contient deux dispositions pertinentes. L'article 27, traitant du défaut de pertinence de la qualité officielle, prévoit clairement qu'une personne inculpée ou reconnue coupable d'un crime en droit international ne peut en aucune façon invoquer sa qualité officielle. La responsabilité de l'État ne saurait en aucune manière constituer un préalable indispensable à l'inculpation. La personne concernée est tout simplement responsable à titre individuel des violations des règles pénales relatives aux personnes en droit international. Il s'agit des « Principes du droit international consacrés par le statut du Tribunal de Nuremberg et dans l'arrêt de ce tribunal » ou Principes de Nuremberg⁶. L'article 27 doit être considéré en liaison avec l'article 98, qui dispose entre autres que la Cour ne peut présenter une demande de remise ou d'assistance qui contraindrait l'État requis à agir de façon incompatible avec les obligations qui lui incombent en matière d'immunité des États ou d'immunité diplomatique d'une personne d'un État tiers. Cet article réfute l'idée que l'immunité des États disparaît en quelque sorte lorsqu'un comportement attribuable à l'État mais accompli par des individus constitue un crime. Le Rapporteur spécial n'est pas opposé à ce que le génocide soit qualifié de façon générale de crime, mais la position adoptée par le Statut de Rome sur la question de l'immunité est incompatible avec la renonciation à ce principe. Lorsque la Commission a traité de l'immunité des États l'année précédente, sa position sur la question avait été extrêmement prudente. Il est donc nécessaire de conserver une certaine cohérence. La Commission ne doit pas se laisser entraîner par son penchant pour la catégorie d'obligations du type de celles définies dans l'affaire de la *Barcelona Traction* au point de reconnaître à une violation des conséquences qu'elle ne serait pas prête à accepter dans tout autre domaine du droit international.

62. Le Rapporteur spécial a été un peu étonné de l'accueil favorable réservé aux articles 50 A et 50 B, malgré les préoccupations exprimées par M. Sepúlveda et par d'autres membres. Lorsqu'un État est individuellement lésé et individuellement justifié à prendre des contre-mesures, un autre État ayant un intérêt juridique au respect des normes violées devrait pouvoir lui porter assistance. Il existe une pratique claire en la matière. C'est pourquoi l'article 50 A ne sort pas du cadre de la discussion en cours. L'article 50 B est bien évidemment très différent, même s'il s'agit d'une version fortement modifiée et réduite de la version présentée en première lecture. L'article a été accepté largement, notamment par un certain nombre de membres qui ont semblé n'approuver les contre-mesures que lorsqu'elles sont multilatérales. Le Rapporteur spécial ne pense pas comme M. Kateka que ces actions pourraient éventuellement être limitées aux réactions multilatérales au sein d'une seule région, même s'il reconnaît avec lui que ces réactions peuvent être le reflet d'une préoccupation des pays d'une région déterminée. Néanmoins, les inégalités de pouvoir existent autant au niveau régional qu'au niveau mondial.

63. Un accord général s'est dégagé en faveur du renvoi de la quatrième partie, en l'état, au Comité de rédaction, bien que plusieurs propositions rédactionnelles indivi-

⁶ Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquième session, Supplément n° 12 (A/1316), par. 95 à 127.

duelles aient été faites. Pour les raisons indiquées par plusieurs membres, le Rapporteur spécial hésiterait à supprimer complètement l'article 39, compte tenu du long débat auquel a donné lieu sa version précédente. En revanche, une version simplifiée semble appropriée.

64. S'agissant de la quatrième partie, la très large approbation générale que recueille l'article B est réconfortante. En ce qui concerne l'article 37, M. Pellet a estimé que le mot « exclusivement » est inutile compte tenu de l'expression « et dans la mesure où ». La Commission doit cependant accepter que le simple fait qu'une norme particulière entraîne une conséquence particulière n'est pas en lui-même suffisant pour faire entrer en application le principe de la *lex specialis*. Le Rapporteur spécial s'est efforcé, par l'emploi du mot « exclusivement », d'indiquer qu'une autre condition est requise. Le mot est peut-être trop fort. C'est là une question que devra résoudre le Comité de rédaction.

65. Le PRÉSIDENT déclare que, s'il n'entend aucune objection, il considérera que la Commission souhaite renvoyer le projet d'articles, de même que le texte des notes de bas de page relatives aux paragraphes 407 et 413, au Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 11 h 50.

2654^e SÉANCE

Jeudi 10 août 2000, à 12 h 10

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Tomka.

Coopération avec d'autres organismes (*suite**)

[Point 9 de l'ordre du jour]

DÉCLARATION DE L'OBSERVATEUR DU COMITÉ CONSULTATIF JURIDIQUE AFRO-ASIATIQUE

1. Le PRÉSIDENT invite M. Wafik Zaher Kamil, Secrétaire général du Comité consultatif juridique afro-asiatique, à informer la Commission des activités du Comité.

2. M. KAMIL (Observateur du Comité consultatif juridique afro-asiatique) dit que le Comité consultatif juridique afro-asiatique accorde une grande importance aux liens anciens qui l'unissent traditionnellement à la Commission et apprécie le rôle que joue celle-ci dans la mise en forme du droit international contemporain. Comme l'un des principaux objectifs du Comité est d'examiner les questions dont la Commission est saisie et de faire en sorte que les vues de ses États membres parviennent à celle-ci, il est devenu d'usage pour les deux institutions de se faire représenter chacune à la session de l'autre. Au cours des années passées, la Commission a également été représentée à la réunion des conseillers juridiques des États membres du Comité qui se tient au Siège de l'Organisation des Nations Unies à New York pendant la session de l'Assemblée générale. M. Kamil attend avec intérêt d'y accueillir les membres de la Commission lors de la cinquante-cinquième session de l'Assemblée.

3. La trente-neuvième session du Comité consultatif juridique afro-asiatique s'est tenue au Caire en février 2000. Y ont été élus un nouveau bureau et un nouveau secrétaire général. Quatre membres de la Commission y assistaient, dont M. Hafner, qui la représentait à titre officiel. Pas moins de 14 questions de fond étaient inscrites à l'ordre du jour, dont celle des travaux de la cinquante et unième session de la Commission. Ces travaux en effet sont d'un immense intérêt pour les gouvernements des pays d'Afrique et d'Asie, et pour le Comité en tant qu'organe au service de ses États membres. Le Comité a voulu que les opinions émises au cours de sa session soient rapportées à la Commission.

4. Pour ce qui est d'abord du sujet relatif à la responsabilité des États, il a été jugé préférable que la Commission conserve dans toute la mesure possible le contenu des projets d'articles adoptés en première lecture. Des observations préliminaires ont été faites à propos des nouveaux textes proposés par le Rapporteur spécial. Une délégation s'est prononcée en faveur du maintien de l'article 20 qui établit la distinction entre obligations de comportement et obligations de résultat. C'est une disposition qui intéresse particulièrement les pays en développement qui, d'une manière générale, n'ont pas les mêmes moyens que d'autres d'obtenir le résultat que l'on attend d'eux. Comme on l'a fait à juste titre remarquer à la Commission même, le devoir de prévention se range sous la rubrique des obligations de comportement et toute référence à cette notion pourrait donc disparaître du projet. L'article 26 *bis*, relatif à l'épuisement des recours internes, consacre une règle bien établie du droit international général. C'est une condition préalable à une réclamation internationale et la violation de l'obligation internationale n'aurait donc lieu qu'au moment où ces recours auront été épuisés. À propos de l'article 33, où il est question de l'état de nécessité, les délégations ont souscrit à l'interprétation donnée par le Rapporteur spécial. Tel qu'il était formulé, l'article ne couvrirait pas l'intervention humanitaire impliquant

* Reprise des débats de la 2648^e séance.

l'emploi de la force sur le territoire d'un autre État. En ce qui concerne enfin l'article 30, relatif aux contre-mesures, une délégation a approuvé l'inclusion dans le projet d'une série de règles sur ce point. Elle a également appuyé le lien établi entre les contre-mesures et les mécanismes obligatoires de règlement des différends. Cette procédure devait évidemment être offerte aux deux parties, c'est-à-dire à l'État auteur du fait illicite et à l'État lésé.

5. En ce qui concerne la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, M. Kamil dit que les délégations ont loué le travail du Rapporteur spécial et souscrit au principe « pollueur-payeur » et à la notion d'« équité » qu'il avait adoptés. Des délégations ont dit craindre que la décision prise par la Commission à sa cinquante et unième session de suspendre l'examen de la question ne retarde l'achèvement des travaux sur le sujet. Une délégation a dit préférer que le produit final prenne la forme d'une convention-cadre.

6. À propos d'autre part des réserves aux traités, il a été dit au Caire que la Convention de Vienne de 1969 établissait un équilibre souple et pragmatique entre la nécessité, d'une part, de préserver l'unité et l'intégrité des traités et, d'autre part, d'assurer leur ratification universelle. Cela étant, on a estimé que l'élaboration de directives serait un exercice plus pratique permettant de combler les lacunes éventuelles du régime de Vienne. Quant à l'idée de donner aux organes de suivi des instruments relatifs aux droits de l'homme le pouvoir de se prononcer sur la validité ou l'acceptation des réserves, on a fait observer qu'une telle fonction outrepasserait le mandat de ces organes et qu'on leur conférerait ainsi une autorité rétroactive. On a estimé également qu'il fallait un système souple qui intégrerait de manière équilibrée les accords relatifs aux droits de l'homme. Une réunion spéciale s'est tenue à New Delhi en avril 1998, pendant la trente-septième session du Comité, sur la question des réserves aux traités. Les résultats en ont été communiqués à la Commission lors de sa cinquantième session. Le Comité serait très heureux d'organiser à nouveau une réunion du même genre sur un autre sujet inscrit à l'ordre du jour de la Commission.

7. Passant ensuite aux actes unilatéraux des États, M. Kamil dit que les délégations présentes au Caire à la trente-neuvième session du Comité ont estimé que la Commission devrait prendre des mesures pour cristalliser les articles applicables. Il était de toute première importance qu'elle délimite de façon précise les « actes unilatéraux » qu'elle visait. On a insisté à ce propos sur la distinction qu'il fallait faire entre « actes conventionnels » et « actes unilatéraux ». Enfin, s'agissant du sujet de la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États, le Comité s'est félicité que la Commission ait adopté un ensemble de 27 projets d'articles sur la question.

8. M. Kamil indique qu'à l'initiative du Gouvernement japonais le Comité a inscrit à l'ordre du jour de sa session du Caire un sujet intitulé « Immunités juridictionnelles des États et de leurs biens ». M. Hafner, membre de la Commission, a exposé les travaux menés par celle-ci sur cette question. La quasi-totalité des délégations qui ont pris la parole ont reconnu qu'il était important et urgent de codifier les règles internationales applicables à cette matière.

L'une d'elles a souligné la complexité d'un problème qui relevait à la fois du droit international public, du droit des entreprises et des pratiques commerciales. L'évolution des fonctions des États modernes semblait devoir s'accompagner d'un passage de la théorie de l'immunité absolue à la théorie de l'immunité restreinte. On a cité les dispositions du projet explicitement consacrées aux navires dont un État est le propriétaire ou l'exploitant (art. 17) en faisant observer que les articles pourraient aussi couvrir les transports aériens.

9. Quant au fond, une délégation a déclaré que les États devaient avoir leur mot à dire dans la détermination du statut d'« entreprise d'État » de telle ou telle entité aux fins de l'immunité. D'autre part, les divergences de vues sur le critère de la « nature » et celui du « but » donnaient à penser qu'il fallait se consacrer à l'élaboration de critères précis permettant de déterminer si une activité donnée équivalait à une transaction commerciale. Lors de l'élaboration d'une convention générale sur le sujet, il faudrait tenir compte de la pratique des États et de la jurisprudence des divers systèmes juridiques, droit romain, *common law* et droit islamique.

10. Le Comité a l'intention d'organiser un débat sur ce sujet lors de la réunion des conseillers juridiques de ses États membres qui se tiendra à New York à l'occasion de la cinquante-cinquième session de l'Assemblée générale. Cela permettra aux États membres du Comité de procéder à un échange de vues sur le projet d'articles correspondant et de coordonner leur position à la Sixième Commission. Une délégation, soulignant qu'il fallait renforcer le dialogue entre celle-ci et la Commission du droit international, a souhaité que le rapport de la Commission soit mis à la disposition des États raisonnablement à l'avance. De son côté, le Comité devait réfléchir aux moyens d'apporter une contribution de fond aux travaux de la Commission. Comme le temps manque pendant la session annuelle, il a été proposé de se limiter à l'avenir à l'examen d'un seul des sujets inscrits à l'ordre du jour de la Commission, ce qui permettrait d'examiner en profondeur les questions d'importance décisive.

11. Les autres questions examinées au cours de la trente-neuvième session du Comité ont été : la Décennie des Nations Unies pour le droit international¹; le statut et le traitement des réfugiés; l'expulsion des Palestiniens et autres pratiques israéliennes, dont l'immigration massive et les implantations de colonies juives dans les territoires occupés en violation du droit international; la protection juridique des travailleurs migrants; l'application extraterritoriale des législations nationales : les sanctions imposées à des États tiers; le suivi de la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour criminelle internationale; la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement; l'activité normative des institutions des Nations Unies et d'autres organismes internationaux compétents en matière de droit commercial international; le rapport sur les résultats de la troisième Conférence ministérielle de l'OMC qui a eu lieu à Seattle; et le rapport du Séminaire

¹ Proclamée par l'Assemblée générale dans sa résolution 44/23 du 17 novembre 1989.

sur les questions relatives à la mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle, tenu à New Delhi.

12. En vue d'intensifier les relations de travail entre le Comité et la Commission, M. Kamil soumet à celle-ci deux propositions. La première vise l'organisation commune d'un colloque, ou d'un atelier, auquel pourrait également participer le Bureau des affaires juridiques de l'ONU, et dont l'objet serait de déterminer les raisons pour lesquelles les États hésitent à ratifier certaines des conventions qui sont élaborées sur la base de projets de la Commission, et de rechercher les moyens d'accroître le nombre d'adhésions à ces conventions. La deuxième proposition concerne le rôle qui, de l'avis de la Commission, pourrait être imparti au Comité en vue d'encourager les États à participer plus activement aux travaux de la Commission et de la Sixième Commission, notamment en répondant aux questionnaires et demandes d'observations et de commentaires de la Commission du droit international.

13. S'agissant de la coopération future entre le Comité et la Commission, M. Kamil dit que le secrétariat du Comité continuera d'établir des notes et de formuler des commentaires sur les questions de fond examinées par la Commission en vue d'aider les représentants des États membres du Comité à la Sixième Commission lors de l'examen du rapport de la Commission du droit international. Ainsi, un point intitulé « Rapport sur les travaux de la Commission du droit international à sa cinquante-deuxième session » figurera à l'ordre du jour de la quarantième session du Comité qui se tiendra en 2001. Au nom du Comité, M. Kamil invite le Président et les membres de la Commission à participer à cette session et exprime l'espoir que la coopération toujours plus étroite entre le Comité et la Commission se poursuivra.

14. Enfin, M. Kamil indique que l'un des objectifs du Comité pour les années à venir est de convaincre les pays d'Afrique et d'Asie participant à la francophonie d'adhérer au Comité. Dans cette perspective, les statuts et le règlement du Comité ont été traduits en français et devraient bientôt pouvoir être distribués aux pays francophones.

15. M. HE se félicite de l'usage qui veut que, chaque année, le Secrétaire général du Comité consultatif juridique afro-asiatique présente les activités du Comité à la Commission et que des membres de la Commission viennent présenter les travaux de celle-ci à la session annuelle, ou à d'autres réunions ou séminaires du Comité. Il est particulièrement heureux de l'intérêt que manifeste le Comité – notamment par la communication de commentaires et de documents pertinents – sur les sujets inscrits à l'ordre du jour de la Commission. Les secrétariats respectifs de la Commission et du Comité coopèrent par ailleurs sur des sujets d'intérêt commun et procèdent à des échanges mutuels de documents. M. He espère sincèrement que sous la direction du nouveau secrétaire général du Comité la coopération entre le Comité et la Commission sera encore renforcée.

16. M. MOMTAZ rappelle que le Comité consultatif juridique afro-asiatique est une organisation régionale qui réunit le quart des États membres de la communauté internationale et qui a joué et continue de jouer un rôle très

important dans le développement progressif du droit international.

17. Il appuie vivement la première proposition qu'a faite le Secrétaire général du Comité, tout en estimant qu'il faudrait s'intéresser non seulement aux conventions « mort-nées » dont les projets ont été élaborés par la Commission du droit international, mais aussi aux projets « mort-nés » de la Commission. Pour ce qui est de la deuxième proposition, M. Momtaz pense que le Comité pourrait encourager ses États membres à répondre aux questionnaires élaborés par la Commission en favorisant des débats sur les questions qui en font l'objet. Il pense enfin que l'éloignement de New Delhi ne devrait pas faire obstacle à l'adhésion des pays francophones d'Afrique au Comité.

18. M. GOCO se dit convaincu que le Comité peut jouer un rôle utile en incitant ses 45 membres à répondre aux questionnaires que leur adresse la Commission sur des sujets ou des projets particuliers. Son aide pourrait aussi être particulièrement opportune dans la perspective, éminemment souhaitable, de l'entrée en vigueur du Statut de Rome de la Cour pénale internationale adopté en 1998, aux travaux préparatoires de laquelle le Comité avait apporté une contribution notable au cours de sa réunion de Manille de 1996. L'entrée en vigueur du Statut de Rome étant subordonnée au dépôt de 60 instruments de ratification, et une dizaine d'États seulement l'ayant ratifié, le Comité pourrait intervenir auprès de ses membres pour les inciter à déposer leurs propres instruments de ratification.

19. M. Sreenivasa RAO remercie M. Kamil pour son excellent rapport et pour ses propositions visant à renforcer les relations entre la Commission et le Comité dans l'intérêt du développement progressif et de la codification du droit international. Il ne doute pas que, grâce notamment aux qualités personnelles de son nouveau secrétaire général, le Comité comptera de plus en plus de membres francophones d'Afrique et d'Asie.

20. M. ADDO dit qu'il aimerait savoir où en est le projet de création d'un site web du Comité que l'ancien secrétaire général du Comité avait évoqué dans la déclaration qu'il avait faite à la cinquante et unième session de la Commission.

21. M. KAMIL (Observateur du Comité consultatif juridique afro-asiatique) confirme que le site web a été créé et que l'adresse en sera communiquée sous peu aux membres de la Commission.

22. Le PRÉSIDENT remercie M. Kamil de son exposé très intéressant sur les activités du Comité consultatif juridique afro-asiatique.

La séance est levée à 13 heures.

2655^e SÉANCE

Vendredi 11 août 2000, à 10 h 5

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Tomka.

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-deuxième session

1. Le PRÉSIDENT invite les membres à examiner le projet de rapport de la Commission.

CHAPITRE I^{er}. – Organisation des travaux de la session (A/CN.4/L.590)

Paragraphes 1 à 10

Les paragraphes 1 à 10 sont adoptés.

Paragraphe 11

2. Le PRÉSIDENT indique qu'il faudrait supprimer les mots « a ouvert la session et » étant donné que la session n'a pas été ouverte par le Conseiller juridique.

Le paragraphe 11 est adopté tel qu'amendé.

Paragraphe 12

Le paragraphe 12 est adopté.

Le chapitre premier est adopté tel qu'amendé.

CHAPITRE II. – Résumé des travaux de la Commission à sa cinquante-deuxième session (A/CN.4/L.591)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

3. Répondant à une question de M. PELLET, MM. DUGARD et GAJA précisent que les projets d'articles 1,

3 et 5 à 8 ont été renvoyés au Comité de rédaction, mais non le projet d'article 4.

Le paragraphe 2 est adopté tel qu'amendé.

Paragraphes 3 et 4

Les paragraphes 3 et 4 sont adoptés.

Paragraphe 5

4. M. ECONOMIDES demande que le mot « subsidiaire » soit supprimé de la version française du paragraphe.

5. Le PRÉSIDENT indique que la Commission a examiné le sujet général de la responsabilité internationale, dont la prévention est un thème subsidiaire.

6. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur) propose de rendre la notion de *sub-topic* par le terme « sous-thème » dans la version française.

Le paragraphe 5 est adopté tel qu'amendé dans la version française.

Paragraphe 6

7. Le PRÉSIDENT propose que l'adoption du paragraphe 6 soit reportée jusqu'au moment où le Groupe de la planification aura présenté son rapport.

Il en est ainsi décidé.

Paragraphe 7

Le paragraphe 7 est adopté.

Paragraphes 8 et 9

Les paragraphes 8 et 9 sont adoptés avec des corrections d'édition mineures.

CHAPITRE V. – Protection diplomatique (A/CN.4/L.594)

A. – Introduction

Paragraphes 1 à 4

Les paragraphes 1 à 4 sont adoptés.

Paragraphe 5

8. M. TOMKA fait observer que M. Bennouna a été élu juge au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie en 1998 et non en 1999.

9. M. MIKULKA (Secrétaire de la Commission) indique que le libellé du paragraphe sera modifié pour se lire comme suit : « M. Bennouna ayant été élu juge au Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie en 1998, la Commission a nommé, en 1999, à sa cinquante et unième

session, M. Christopher John Robert Dugard rapporteur spécial sur le sujet ».

Le paragraphe 5 est adopté tel qu'amendé.

B. – Examen du sujet à la présente session

Paragraphes 6 et 7

Les paragraphes 6 et 7 sont adoptés.

Paragraphe 8

10. Le PRÉSIDENT signale qu'il convient d'indiquer que les projets d'articles 1, 3 et 5 à 8 ont été renvoyés au Comité de rédaction.

Le paragraphe 8 est adopté tel qu'amendé.

Paragraphes 9 à 13

Les paragraphes 9 à 13 sont adoptés.

Paragraphes 14 à 16

11. M. PELLET se demande s'il ne serait pas préférable d'utiliser « projet d'article » au lieu d'« article ».

12. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA fait observer que les termes « article » et « projet d'article » ont été utilisés indifféremment dans les paragraphes qui ont déjà été adoptés. Il serait souhaitable d'uniformiser le texte et, à son sens, il vaudrait mieux utiliser le terme « projet d'article ».

13. MM. PELLET et TOMKA proposent que le secrétaire s'inquiète de la pratique usuelle en la matière.

14. M. MOMTAZ propose que l'on considère le paragraphe 13, dans lequel on parle de huit projets d'articles, comme un paragraphe d'introduction.

15. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur), confirmant le caractère introductif du paragraphe 13, dit que, par souci d'économie, il lui semble préférable d'utiliser le terme « article » dans la suite du rapport.

Les paragraphes 14 à 16 sont adoptés.

Paragraphe 17

16. Selon M. KAMTO, le paragraphe expose deux points de vue opposés quant à la question de savoir si la protection diplomatique s'étend à la protection des droits de l'homme, sans indiquer toutefois auquel de ces deux points de vue la Commission dans son ensemble s'est ralliée. Le lecteur moyen, et jusqu'aux membres de la Sixième Commission, serait bien en peine de déterminer quelle est la position de la Commission à ce sujet.

17. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit qu'il n'y a pas eu de consensus sur la question et que le libellé du paragraphe reflète bien la diversité des points de vue qui ont été exprimés sans qu'une tendance claire ne se dégage.

Cette question a trait à la philosophie qui sous-tend la protection diplomatique et n'appelle aucune décision.

18. M. GAJA, faisant une observation générale, indique qu'à son sens il faudrait veiller à ne pas alourdir le rapport en évitant de préciser chaque fois le nombre de membres de la Commission qui se sont ralliés à tel ou tel point de vue. Cette précision figure déjà dans les comptes rendus analytiques qui seront diffusés sur le site Internet de la Commission une fois que la mise en forme du texte aura été achevée.

19. M. TOMKA, appuyant les observations du Rapporteur spécial, rappelle qu'il est précisé au paragraphe 89 que l'article premier a fait l'objet de consultations officielles parce qu'on n'était pas parvenu à un consensus.

20. M. PELLET considère que le libellé actuel du paragraphe 17, qui reflète fidèlement le débat sur l'article premier, est satisfaisant.

21. M. GOCO, appelant l'attention sur l'intitulé de la section qui comprend les paragraphes 16 à 22 (résumé du débat), dit qu'il faut voir dans le paragraphe 17 une simple compilation des différents points de vues exprimés quant à la question de savoir si la protection diplomatique s'étend à la protection des droits de l'homme et non un exposé de la position de la Commission sur cette question.

Le paragraphe 17 est adopté.

Paragraphe 18

22. Selon M. TOMKA, les deuxième et quatrième phrases du paragraphe sont contradictoires. Il y aurait donc lieu de supprimer « qui comprenait généralement deux étapes » dans la deuxième phrase, « en premier lieu » dans la troisième phrase et « première » dans la quatrième phrase.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 18 est adopté tel qu'amendé.

Paragraphe 19

Le paragraphe 19 est adopté.

Paragraphe 20

23. M. SIMMA, appuyé par MM. GALICKI et TOMKA, considère que l'expression « en particulier les États d'Europe orientale » qui figure dans la troisième phrase est superflue et devrait donc être supprimée.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 20 est adopté tel qu'amendé.

Paragraphe 21

24. M. SIMMA fait observer que la mention, dans la deuxième phrase, d'une solution de compromis est inap-

propriété dans le contexte de violations du droit interne. Il faudrait donc supprimer les mots « à titre de compromis ».

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 21 est adopté tel qu'amendé.

Paragraphe 22

25. Jugeant le libellé de la première phrase maladroite, M. SIMMA propose d'en modifier comme suit la deuxième partie : « la Commission devrait employer la même terminologie dans ses travaux sur la protection diplomatique que dans ses travaux sur la responsabilité des États ».

Il en est ainsi décidé.

26. M. KAMTO signale qu'une partie de la dernière phrase du paragraphe manque dans la version française.

27. Le PRÉSIDENT dit que l'omission sera comblée.

Le paragraphe 22 est adopté tel qu'amendé.

Paragraphe 23

Le paragraphe 23 est adopté.

Paragraphe 24

28. M. SIMMA dit qu'il ne saurait souscrire à l'emploi de l'adjectif « intéressantes » dans la première phrase. Cela implique en effet que certaines observations sont plus intéressantes que d'autres.

29. M. AL-BAHARNA propose de supprimer le mot « intéressantes ».

30. Le PRÉSIDENT, appuyé par M. PELLET, fait observer que les paragraphes 23 et 24 sont regroupés sous le titre « Conclusions du Rapporteur spécial ». Si celui-ci a qualifié les observations d'intéressantes et n'a pas d'objection à l'emploi du terme, il n'y a aucune raison de le supprimer.

31. M. KABATSI, appuyé par M. GAJA, dit que le Rapporteur spécial est libre de formuler quelque évaluation que ce soit dans son propre rapport mais qu'il s'agit maintenant d'adopter le rapport de la Commission à l'intention de l'Assemblée générale. Il faudrait donc supprimer le mot « intéressantes ».

32. M. CANDIOTI propose d'insérer, au début de la première phrase, « De l'avis du Rapporteur spécial, ».

33. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit qu'il n'a pas d'avis tranché sur la question mais qu'il vaudrait peut-être mieux supprimer le mot « intéressantes ».

Il en est ainsi décidé.

34. M. TOMKA propose d'ajouter le mot « internationalement » à la fin de la deuxième phrase du paragraphe 24.

Il en est ainsi décidé.

35. M. AL-BAHARNA dit que, par voie de conséquence, il faudrait ajouter les mots « sur le plan international » après « potentiellement illicite » dans la deuxième phrase du paragraphe.

Il en est ainsi décidé.

36. M. AL-BAHARNA dit que, comme le texte à l'examen est le rapport de la Commission et non celui du Rapporteur spécial, il faudrait supprimer la dernière phrase du paragraphe 24, car elle reflète une opinion du Rapporteur spécial.

37. M. DUGARD (Rapporteur spécial) précise qu'il entendait, par cette phrase, indiquer qu'un examen plus poussé par le Comité de rédaction était nécessaire.

38. M. GOCO dit qu'il est favorable au maintien de la dernière phrase, qui est une simple indication de l'évaluation de la situation par le Rapporteur spécial à la clôture du débat sur la protection diplomatique.

39. Le PRÉSIDENT propose d'ajouter les mots « par le Comité de rédaction » à la fin de la phrase, afin de clarifier l'intention du Rapporteur spécial.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 24 est adopté tel qu'amendé.

Coopération avec d'autres organismes (suite)

[Point 9 de l'ordre du jour]

DÉCLARATION DE L'OBSERVATEUR POUR LE COMITÉ AD HOC DES CONSEILLERS JURIDIQUES SUR LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

40. Le PRÉSIDENT invite M. Benítez, Secrétaire du Comité ad hoc des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI) du Conseil de l'Europe, à informer la Commission sur les faits nouveaux intervenus au Conseil de l'Europe depuis la session précédente de la Commission.

41. M. BENÍTEZ (Observateur pour le Comité ad hoc des conseillers juridiques sur le droit international public) dit que l'année 2000 marque le cinquantenaire de l'adoption de la Convention européenne des droits de l'homme et qu'une série de manifestations ont été organisées à cette occasion. Ainsi, plusieurs textes sur des sujets ayant trait au domaine de compétence de la Commission du droit international ont été établis : un rapport sur la succession des États et les questions de reconnaissance a été élaboré sous l'égide du CAHDI par l'Institut Max Planck de droit pénal international comparé, l'Institut Eric Castrén et l'Institut T.M.C. Asser, sur la base d'informations recueillies dans le cadre d'un projet pilote du Conseil de l'Europe sur la pratique des États en la matière¹. Le rap-

¹ *Pratique des États concernant la succession d'États et les questions de reconnaissance : le projet pilote du Conseil de l'Europe*, textes réunis par J. Klabbers et al., La Haye, Kluwer Law International, 1999.

port a été présenté au Secrétaire général du Conseil de l'Europe lors de la réunion du CAHDI de septembre 1999 et transmis ensuite au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, à titre de contribution du Conseil de l'Europe à la Décennie des Nations Unies pour le droit international².

42. À la cinquante et unième session de la Commission, M. Benítez a évoqué l'adoption de la recommandation n° R(99)13 du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur les réactions face aux réserves aux traités internationaux considérées comme irrecevables³. En 2000, le CAHDI a achevé ses travaux sur le sujet et publié un document intitulé « Éléments pratiques concernant la formulation de réserves aux traités internationaux »⁴, texte pragmatique fondé sur l'expérience des praticiens de l'élaboration de traités. L'objet était d'éviter, dans toute la mesure possible, les problèmes liés aux réserves à des traités internationaux. Le sujet a été longuement débattu tant au CAHDI qu'au sein de son groupe de travail sur les réserves aux traités internationaux, l'accent étant mis sur les faits nouveaux, en particulier la pratique consistant à dénoncer des traités internationaux, pour les rératifier avec des réserves ou en modifiant les réserves existantes. Le CAHDI s'est penché sur la pratique du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies en sa qualité de dépositaire des traités internationaux et a instauré un dialogue avec les représentants de celui-ci en vue de circonscrire les incidences que pourrait avoir une telle pratique. Il convient de souligner que le document du CAHDI n'est ni une recommandation ni un traité. Il vise simplement à venir en aide aux États membres du Conseil de l'Europe. Ce document ayant reçu l'aval du Comité des ministres et ayant été publié dans le Journal officiel du Conseil de l'Europe, le Groupe d'experts sur les réserves aux traités internationaux a accompli son mandat. Le CAHDI poursuivra ses travaux en la matière dans le cadre de son rôle d'observatoire européen des réserves aux traités internationaux, tant au sein du Conseil de l'Europe que dans d'autres instances. Il prendra soin d'instaurer un dialogue avec les États auteurs lorsque la recevabilité de leurs réserves est sujette à caution. Le CAHDI attend avec impatience la visite de M. Pellet, qu'il a invité à participer à sa réunion de septembre 2000.

43. Toujours dans le cadre des célébrations du cinquantième anniversaire de la Convention européenne des droits de l'homme, le CAHDI a commandé un rapport sur les incidences de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'évolution du droit international public⁵. Le rapport examine des sujets tels que les réserves, l'interprétation des traités, la souveraineté des États, la régularité des procédures, la protection de l'environnement, la responsabilité des États s'agissant d'obligations *erga omnes*, la protection diplomatique, la responsabilité et la territorialité, la responsabilité des États pour des actes non gouvernementaux et l'imputabilité, ainsi que, dans le domaine

du droit international humanitaire, l'application du principe de proportionnalité et les limites des dommages collatéraux. L'auteur du rapport a conclu que la Convention avait un impact non négligeable sur le droit international général. Il était toutefois un domaine dans lequel son influence se limitait au système relatif aux droits de l'homme : celui des réserves aux traités. Le rapport, assorti d'un compte rendu des débats que le CAHDI a consacrés à la question, a été transmis au Conseil des ministres, en tant que contribution du CAHDI à la célébration du cinquantenaire de la Convention. Une question qui a été soulevée au cours du débat concerne l'élaboration d'une charte des droits fondamentaux et les incidences éventuelles d'une telle charte sur la manière dont fonctionnent les organes chargés des droits de l'homme à Strasbourg, certains membres du CAHDI nourrissant quelques préoccupations à ce sujet. Il a donc été décidé que le CAHDI ferait office de centre d'échange d'informations pour cette initiative. Le Secrétaire général adjoint, qui est membre du Groupe de travail chargé d'élaborer le projet de charte, rendra compte des progrès accomplis lors de la réunion du CAHDI qui se tiendra en septembre 2000.

44. Le CAHDI a également fait le point de la situation concernant la Cour pénale internationale lors d'une réunion de consultation tenue en mai 2000, à laquelle a participé le Comité européen pour les problèmes criminels, sur les effets qu'entraînerait, pour les États membres du Conseil de l'Europe, la ratification du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Tous les participants ont insisté sur l'importance qu'ils attachaient à l'intégrité du Statut de Rome, et réaffirmé qu'ils souhaitaient que la Cour soit promptement créée. Ils ont fait observer que les 41 États membres du Conseil de l'Europe pouvaient jouer un rôle important à cet égard, puisqu'ils représentaient à eux seuls les deux tiers du nombre de ratifications requis (60) pour que le Statut entre en vigueur. Il a également été procédé à des échanges de vues avec des représentants de divers organes internationaux. Le Président de la Cour européenne des droits de l'homme a participé à un débat portant sur l'évolution du système de Strasbourg, à la suite de l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, portant restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention, ainsi que sur l'unification du système, étant donné la dissolution de la Commission européenne des droits de l'homme. Il a également été procédé à un échange de vues fructueux avec le Président et le Vice-Président de la Cour internationale de conciliation et d'arbitrage, qui ont engagé les États membres à recourir davantage à la Cour.

45. Toujours au chapitre de la coopération juridique, le CAHDI s'est occupé de lutte contre la corruption, domaine pour lequel la Commission du droit international a manifesté de l'intérêt. La Convention pénale sur la corruption et la Convention civile sur la corruption du Conseil de l'Europe ont été largement acceptées : plus de 30 États membres du Conseil de l'Europe, ainsi qu'un État non membre, la Bosnie-Herzégovine, ont signé la première et trois l'ont ratifiée. Plus de 20 États membres, ainsi que la Bosnie-Herzégovine, ont signé la seconde, qui a également été ratifiée par la Bulgarie. Quatorze ratifications étaient nécessaires pour l'entrée en vigueur de

² Voir 2654^e séance, note 1.

³ Conseil de l'Europe, 670^e réunion des Délégués des ministres, 18 mai 1999.

⁴ Voir 2632^e séance, note 8.

⁵ T. Meron, *Les incidences de la Convention européenne des droits de l'homme sur l'évolution du droit international public*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2000, 24 pages.

chacune des conventions. Le Conseil a également adopté la recommandation n° R(2000)10 du Comité des ministres concernant les codes de conduite pour les agents publics, qui visent à combattre la corruption dans le secteur public. En adoptant ladite recommandation, le Conseil a achevé son mandat en la matière, tel qu'il avait été défini dans le programme d'action contre la corruption. Dans ce contexte, l'intervenant rappelle que le Conseil de l'Europe a adopté un accord partiel et élargi portant création du GRECO (Groupe d'États contre la corruption)⁶, auquel les États non membres peuvent participer sur un pied d'égalité avec les États membres, ceux-ci n'étant toutefois pas tenus d'y prendre part. Le Groupe assure le suivi de toutes les activités du Conseil en matière de lutte contre la corruption, ainsi que des engagements pris par les pays membres et les pays non membres. Il fallait que 14 États membres notifient leur intention de participer au GRECO pour que celui-ci soit créé; à ce jour, 22 États membres l'ont fait. L'Autriche, l'Italie, Malte et le Portugal ont également manifesté leur volonté de participer au GRECO.

46. Un nombre non négligeable de pays ont signé la Convention européenne sur la nationalité et trois l'ont ratifiée, ce qui a permis son entrée en vigueur le 1^{er} mars 2000. Le Comité des ministres a également adopté la recommandation n° R(99)18 sur la prévention et la réduction des cas d'apatridie. Il a en outre adopté le Protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, sur l'interdiction de la discrimination, qui vient renforcer l'arsenal dont disposent les États membres pour faire respecter les droits de l'homme et combattre le racisme. Enfin, l'intervenant appelle l'attention sur une déclaration que le Directeur général chargé des droits de l'homme du Conseil de l'Europe a faite devant la Commission des droits de l'homme des Nations Unies.

47. M. KATEKA fait observer qu'aux termes du paragraphe 4 de son article premier le code modèle de conduite pour les agents publics annexé à la recommandation n° R(2000)10 ne s'applique pas aux représentants publics élus, aux membres du gouvernement ni aux personnes exerçant des fonctions judiciaires. Il s'interroge sur la raison de cette exclusion et se demande s'il existe un autre code de conduite qui s'applique à ces agents publics.

48. M. GALICKI se félicite de ce que le Conseil de l'Europe et la Commission continuent d'entretenir des liens de coopération féconds. Lors de la première Conférence européenne sur la nationalité, qui s'est tenue en octobre 1999, le projet d'articles de la Commission sur la nationalité en relation avec la succession d'États a été très apprécié; il a d'ailleurs contribué à l'adoption d'autres textes en la matière, tels que la recommandation n° R(99)18 et le projet de recommandation sur la pluralité de nationalités, lequel a trait aux travaux de la Commission sur la protection diplomatique. De plus, le protocole additionnel à la Convention européenne sur la nationalité que le Conseil de l'Europe se propose d'adopter s'inspirera sans aucun doute des travaux de la Commission sur ce sujet.

49. M. TOMKA fait savoir aux membres de la Commission que le CAHDI se réunit chaque automne pour préparer l'examen du rapport de la Commission du droit international à la Sixième Commission. Les délibérations du CAHDI sont grandement facilitées par le résumé des travaux de la Commission que M. Simma établit et publie chaque année dans le *Nordic Journal of International Law*, diffusant ainsi des informations précieuses avant la publication du rapport de la Commission à l'Assemblée générale.

50. M. GOCO dit que l'important travail que le Conseil de l'Europe a entrepris en matière de corruption est et restera extrêmement utile à la Commission pour ses propres travaux sur le sujet. Il fait observer que le code modèle de conduite pour les agents publics fait obligation aux intéressés de faire régulièrement des déclarations sur leur situation financière. Il voudrait savoir par ailleurs comment la Convention civile sur la corruption et la Convention pénale sur la corruption abordent la question du blanchiment d'argent.

51. M. PELLET demande ce qu'il faut entendre par l'expression « engagement envers l'intégrité du Statut de Rome », qui est quelque peu ésotérique et figure dans les conclusions de la réunion de consultation sur les incidences de la ratification du Statut de Rome de la Cour pénale internationale pour les États membres du Conseil de l'Europe. Par ailleurs, il souhaite recevoir quelques précisions concernant le délai applicable à la formulation tardive de réserves aux conventions du Conseil de l'Europe.

52. M. GAJA dit qu'il ressort du paragraphe 316 du cinquième rapport de M. Pellet sur les réserves aux traités (A/CN.4/508 et Add.1 à 4) qu'en cas de réserve tardive le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies et le Secrétaire général de l'Organisation maritime internationale notifient les États membres et leur demandent s'ils ont des objections à la présentation de la réserve. Si aucune objection n'est formulée, la réserve est considérée comme recevable, même si elle est présentée tardivement. Or, selon le dernier paragraphe de la section 16 du document « Éléments pratiques concernant la formulation de réserves aux traités internationaux », à l'heure actuelle cette option n'est pas prévue au Conseil de l'Europe. Il souhaiterait connaître les raisons de cet état de fait, en particulier à la lumière du commentaire qui figure à la fin de ce paragraphe selon lequel plusieurs États ont commencé à envisager des moyens de contourner l'interdiction, notamment en dénonçant un traité et en le ratifiant à nouveau en formulant des réserves.

53. M. BENÍTEZ (Observateur pour le Comité ad hoc des conseillers juridiques sur le droit international public), répondant à M. Kateka, dit que les hauts fonctionnaires et les représentants élus sont exclus du champ d'application du code modèle de conduite parce que celui-ci respecte certains principes, dont l'impératif de neutralité politique, qui ne sont pas applicables aux détenteurs d'un mandat politique, comme les ministres, les membres des cabinets ou les représentants élus. Le Conseil de l'Europe n'a pas encore élaboré de code type applicable à ces catégories d'agents publics, mais étant donné la volonté politique des États membres, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe n'exclut pas la possibi-

⁶ Conseil de l'Europe, Comité des ministres, résolution (98)7 du 5 mai 1998.

lité d'élaborer un tel code. Aux niveaux local et régional, l'organe compétent du Conseil de l'Europe, à savoir le Congrès des pouvoirs locaux et régionaux de l'Europe, a adopté un code de conduite des élus locaux et régionaux.

54. S'agissant de la question de M. Goco, l'article 14 du code modèle de conduite dispose que les agents publics sont tenus de déclarer leurs intérêts lors de leur nomination et à intervalles réguliers par la suite. La définition d'intérêts, qui figure au paragraphe 2 de l'article 13, est très large, puisqu'elle englobe les intérêts personnels et familiaux de quelque nature qu'ils soient. L'article 14, qui s'applique également aux agents qui ont quitté la fonction publique, doit être lu parallèlement à l'article 26, qui contient d'autres dispositions à ce sujet. Il faut 14 notifications pour que la Convention civile sur la corruption et la Convention pénale sur la corruption entrent en vigueur, nombre qui devrait être atteint prochainement. Vingt-deux États ayant déjà notifié leur intention de participer au GRECO, cet accord est déjà entré en vigueur. Le CAHDI transmettra volontiers à la Commission toute information dont elle aurait besoin à ce sujet. En ce qui concerne la question de M. Goco sur le blanchiment d'argent, la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime est en vigueur et constitue l'une des pièces maîtresses de l'arsenal du Conseil de l'Europe contre la criminalité.

55. Les travaux récents du Conseil de l'Europe dans le domaine de la nationalité ne se bornent pas, tant s'en faut, à l'adoption de la recommandation du Comité des ministres sur la prévention et la réduction des cas d'apatridie. Comme l'a fait observer M. Galicki, plusieurs activités sont en cours qui devraient prochainement déboucher sur l'adoption de textes.

56. En ce qui concerne l'observation de M. Tomka, le Conseil de l'Europe est lui aussi extrêmement satisfait de la coopération fructueuse existant entre ses comités chargés du droit international et des questions de nationalité et la Commission, coopération que le Conseil de l'Europe a à cœur de poursuivre. Ainsi, M. Pellet participera à la prochaine réunion du CAHDI. Les rapports établis chaque année par M. Simma sont un autre exemple de cette coopération. Le secrétariat de la Commission a l'obligeance de fournir au CAHDI des exemplaires préliminaires du rapport annuel de la Commission sur les travaux de ses sessions, afin de faciliter la participation du CAHDI aux travaux de la Sixième Commission. La coopération est d'autant plus aisée que certains membres de la Commission ont été ou sont encore des membres du CAHDI. M. Tomka est ainsi vice-président dans les deux organes.

57. Répondant aux questions de MM. Gaja et Pellet, l'intervenant explique que l'expression « engagement des États membres du Conseil de l'Europe envers l'intégrité du Statut de Rome » a été choisie à dessein. On a voulu éviter que les délégations n'essaient, à la faveur des négociations portant sur le Règlement de procédure, de remettre en question les dispositions du Statut. Quant à la question portant sur le délai applicable aux réserves tardives, il ne peut rien affirmer, mais il lui semble que ces réserves sont recevables et, à sa connaissance, aucun délai particulier n'est impartit.

58. Le CAHDI est extrêmement préoccupé par la tendance qui se fait jour concernant la dénonciation de traités suivie d'une reratification. La question est abordée dans le premier paragraphe de la section 8 du document sur les éléments pratiques concernant les réserves aux traités internationaux, selon lequel la validité de tels actes est sujette à caution. Le passage en question fait état de la préoccupation de certains membres du CAHDI, pour qui cette procédure revenait à contourner la règle selon laquelle les réserves ne peuvent être formulées qu'au moment de l'expression du consentement à être lié. On a par ailleurs fait observer que, bien qu'une telle procédure soit des plus inopportunes, il n'existait aucune règle formelle l'interdisant. Heureusement, le Conseil de l'Europe n'a pas encore eu affaire à une telle situation dans la réalité. À son sens, une telle pratique ne serait pas bien accueillie.

59. Le PRÉSIDENT remercie l'observateur pour le Comité ad hoc des conseillers juridiques sur le droit international public du Conseil de l'Europe de son exposé des plus complets.

La séance est levée à 13 heures.

2656^e SÉANCE

Lundi 14 août 2000, à 10 heures

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candiotti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka.

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-deuxième session (suite)

CHAPITRE VI. – Actes unilatéraux des États (A/CN.4/L.595 et Add.1)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à examiner le chapitre VI du projet de rapport de la Commission.

A. – Introduction

Paragraphe 1 à 11 (A/CN.4/L.595)

Les paragraphes 1 à 11 sont adoptés.

La section A est adoptée.

B. – Examen du sujet à la présente session

1. DOCUMENTS DONT LA COMMISSION ÉTAIT SAISIE ET SÉANCES CONSACRÉES À L'EXAMEN DU SUJET

Les paragraphes 12 à 14 sont adoptés.

2. PRÉSENTATION PAR LE RAPPORTEUR SPÉCIAL DE SON TROISIÈME RAPPORT

Paragraphe 15 à 18

Les paragraphes 15 à 18 sont adoptés.

Paragraphe 19

2. M. MOMTAZ dit que dans le texte français c'est au paragraphe 15 que les mots « ou forclusion » devraient figurer entre parenthèses après le mot « estoppel », puisque c'est dans ce paragraphe que ce mot est employé pour la première fois.

Le paragraphe 19, ainsi modifié dans sa version française, est adopté.

Paragraphe 20

Le paragraphe 20 est adopté.

Paragraphe 21

3. M. LUKASHUK estime qu'il faudrait supprimer les mots « ou politiquement » figurant à la deuxième phrase. La Commission a en effet décidé d'étudier les seuls actes unilatéraux ayant des effets juridiques au plan international.

4. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur et Rapporteur spécial sur le sujet) dit que ce paragraphe reproduit précisément ce qu'il avait déclaré en présentant son rapport mais qu'il ne s'oppose pas à la suppression proposée par M. Lukashuk.

5. M. TOMKA préférerait qu'on conserve ce paragraphe tel quel, car si la Commission a bien décidé d'étudier les seuls actes unilatéraux ayant des effets juridiques, il n'en reste pas moins que les États peuvent s'engager politiquement sur le plan international.

6. M. PELLET dit qu'à tout le moins il conviendrait de supprimer les mots « ou non » figurant à la troisième ligne du paragraphe.

7. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la Commission souhaite adopter le paragraphe 21 moyennant la modification proposée par M. Pellet.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 21, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 22

8. M. TOMKA dit qu'il conviendrait, lorsqu'on évoque un nouveau projet d'article, d'en reproduire le texte en note de bas de page pour faciliter la compréhension du rapport. C'est d'ailleurs ce qu'a fait la Commission au chapitre IV, sur la responsabilité des États. Cette observation vaut bien entendu pour tous les autres paragraphes dans lesquels un nouveau projet d'article est mentionné.

9. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur et Rapporteur spécial sur le sujet) souscrit à l'observation de M. Tomka et indique qu'il fera le nécessaire.

Le paragraphe 22 est adopté.

Paragraphe 23

Le paragraphe 23 est adopté.

Paragraphe 24

10. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur et Rapporteur spécial sur le sujet) dit que la troisième phrase comporte une erreur qu'il conviendrait de rectifier : le mot « dépendance » qui figure trois fois dans cette phrase devrait à chaque fois être remplacé par « indépendance ».

Le paragraphe 24, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 25 et 26

Les paragraphes 25 et 26 sont adoptés.

Paragraphe 27

11. M. PELLET dit que la deuxième phrase est obscure et que, selon lui, le Rapporteur spécial a voulu dire que la Convention de Vienne de 1969, elle, définissait le traité sans exclure que d'autres actes puissent être qualifiés de traité.

12. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur et Rapporteur spécial sur le sujet) dit qu'en espagnol la phrase mentionnée par M. Pellet reflète précisément ce qu'il a déclaré, à savoir que le traité, défini dans la Convention de Vienne, n'est pas le seul type d'acte conventionnel auquel peut s'appliquer la Convention.

13. Après un échange de vues auquel participent le RAPPORTEUR SPÉCIAL, MM. ECONOMIDES, HAFNER, KATEKA, PAMBOU-TCHIVOUNDA, PELLET et TOMKA, le PRÉSIDENT propose de suspendre l'examen du paragraphe 27 jusqu'à ce que le Rapporteur ait mis au point, dans le cadre de consultations officielles avec les membres intéressés, un texte acceptable pour tous.

Il en est ainsi décidé.

Paragraphe 28

Le paragraphe 28 est adopté.

Paragraphe 29

14. M. BROWNLIE dit qu'à l'avant-dernière phrase du texte anglais il conviendrait de remplacer le mot *enlarging* par le mot *extending*.

Le paragraphe 29, ainsi modifié dans sa version anglaise, est adopté.

Paragraphe 30 à 32

Les paragraphes 30 à 32 sont adoptés.

Paragraphe 33

15. M. MOMTAZ s'interroge sur le sens à donner à la dernière phrase du paragraphe et sur les raisons qui ont fait mentionner la création de commissions d'enquête par le Conseil de sécurité, question qui n'a guère de rapport avec le reste du passage.

16. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur et Rapporteur spécial sur le sujet) explique que le Conseil de sécurité peut adopter des décisions en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, décisions qui constituent un motif de nullité de l'acte unilatéral. En vertu du Chapitre VI de la Charte, il ne peut adopter que des recommandations, qui ne constituent pas un motif de nullité, sauf qu'il peut aussi, et c'est l'unique exception, prendre la décision de créer une commission d'enquête.

Le paragraphe 33 est adopté.

3. RÉSUMÉ DU DÉBAT

Paragraphe 34

Le paragraphe 34 est adopté.

Paragraphe 35

17. M. LUKASHUK, se référant à l'expression « il fallait ordonner et expliciter » qui figure à la deuxième phrase, propose d'inverser les termes pour une raison de logique et de dire : « il fallait expliciter et ordonner ».

18. M. MOMTAZ pense qu'on ne peut pas dire, comme à la dernière phrase du paragraphe, qu'un acte unilatéral peut « se substituer au droit conventionnel ». Il serait plus approprié de dire qu'il se substitue à la technique conventionnelle.

19. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur et Rapporteur spécial sur le sujet) répond que lorsque des États veulent maintenir entre eux une certaine relation juridique mais qu'ils ne peuvent recourir à un acte conventionnel parce que les circonstances politiques les en empêchent, ils peuvent procéder par voie d'acte unilatéral. En tant que rapporteur, il se dit prêt à trouver une formule rendant mieux cette idée.

20. M. TOMKA dit que le problème serait réglé si l'on disait simplement qu'un acte unilatéral peut être considéré comme « se substituant à un traité ».

21. M. ECONOMIDES approuve cette proposition et dit qu'il serait encore plus juste de dire qu'un acte unilatéral peut être considéré comme « se substituant à un acte conventionnel », car c'est exactement de cela qu'il s'agit.

22. M. GOCO, se référant à la quatrième phrase, juge malencontreuse la formule *at best as old as treaties* dans la version anglaise.

23. M. BROWNLIE propose d'écrire *at least as old as treaties*.

Le paragraphe 35, sous sa forme modifiée, est adopté.

Paragraphe 36 et 37

24. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA constate que le paragraphe 37 ne fait que reprendre l'idée déjà exprimée dans la première phrase du paragraphe 36.

25. Le PRÉSIDENT propose de remplacer la première phrase du paragraphe 36 par le paragraphe 37.

Il en est ainsi décidé.

Les paragraphes 36 et 37, ainsi modifiés, sont adoptés.

Paragraphe 38

26. M. MOMTAZ dit ne pas comprendre le début de la troisième phrase : « En cherchant les moyens de “codifier” cette relative liberté d'action... », dans la mesure où il y a une apparente contradiction entre « liberté » et « codifier ». Pour éviter tout malentendu, il propose de développer ce membre de phrase : « En cherchant les moyens de codifier les règles qui limitent la liberté d'action... ».

27. M. GOCO dit que la phrase en cause est éclairée par celle qui la précède, qui explique de quelle liberté d'action il s'agit et pourquoi elle est qualifiée de relative.

28. M. SIMMA indique qu'il est l'auteur de la réflexion rapportée dans cette phrase. Il atteste que celle-ci reprend fidèlement ses propos. C'est justement pour marquer combien étrange est l'idée de « codifier » une liberté que le verbe figure entre guillemets.

29. M. TOMKA dit que s'il y a une contradiction entre « codifier » et « liberté d'action » ce ne sera pas la seule du rapport. Celui-ci ne fait que rendre compte des opinions parfois contradictoires émises au cours des débats. Ainsi, on peut lire au début du paragraphe 35 que les actes unilatéraux sont importants et qu'ils font partie de la pratique quotidienne de la diplomatie, alors qu'il est dit à la fin du paragraphe 36 que la Commission a « peu d'outils et d'orientations » pour codifier « un domaine peu connu ». Des opinions opposées se sont exprimées au cours des débats et il est normal que le rapport en rende compte.

Le paragraphe 38 est adopté.

Paragraphe 39

30. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA, appuyé par M. ECONOMIDES, propose de remplacer par « observés » le qualificatif « présents » qui figure au début du paragraphe.

Le paragraphe 39, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 40 et 41

Les paragraphes 40 et 41 sont adoptés.

Paragraphe 42

31. M. LUKASHUK propose de supprimer le membre de phrase « ainsi d'ailleurs que celle des actes des organisations internationales ».

32. M. ECONOMIDES, qui se déclare l'auteur de l'opinion rapportée dans ce passage, estime lui aussi que ce membre de phrase n'est pas pertinent ici.

Le paragraphe 42, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 43 à 47

Les paragraphes 43 à 47 sont adoptés.

Paragraphe 48

33. M. PELLET propose que, dans le texte français, l'expression « accord officieux » soit remplacée par « accord informel ».

Le paragraphe 48, ainsi modifié dans sa version française, est adopté.

Paragraphe 49 et 50

Les paragraphes 49 et 50 sont adoptés.

Paragraphe 51

34. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur et Rapporteur spécial sur le sujet) dit, à propos de la dernière phrase, que la notion d'actes unilatéraux « multilatéraux » n'ayant à sa connaissance jamais été évoquée, il ne perçoit pas a fortiori comment elle aurait pu être abandonnée. Il conviendrait donc de supprimer la dernière phrase du paragraphe 51.

Le paragraphe 51, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 52 et 53

Les paragraphes 52 et 53 sont adoptés.

Paragraphe 54

35. Le PRÉSIDENT, prenant la parole en tant que membre de la Commission, dit que, dans le texte anglais, la for-

mule *an unilateral act* revient plusieurs fois et qu'à son avis elle devrait être remplacée par l'expression *a unilateral act*. Il prie le Rapporteur de bien vouloir s'occuper de cette question.

36. M. TOMKA dit qu'il faudrait remplacer l'expression « l'affaire des *Essais nucléaires* » par « les affaires des *Essais nucléaires* », car ces affaires étaient au nombre de deux.

Le paragraphe 54, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 55 et 56

Les paragraphes 55 et 56 sont adoptés.

Paragraphe 57

37. M. TOMKA dit qu'à la fin de la sixième phrase il faudrait préciser que la décision de la CIJ dans l'affaire *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn* portait sur la compétence, et donc faire suivre le titre de l'affaire de la mention « (compétence) ».

Le paragraphe 57, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 58

38. M. PELLET dit qu'à la fin de la première phrase, au lieu de dire « les peuples, les mouvements de libération nationale ou les individus pouvaient aussi être à l'origine d'obligations juridiques », il serait plus compréhensible de dire qu'ils « pouvaient aussi être bénéficiaires d'engagements juridiques ».

39. Le PRÉSIDENT dit que s'il n'y a pas d'objection il considérera que la Commission accepte cette proposition, étant entendu que le texte anglais devra se lire : *could also be beneficiaries of legal commitments*.

Il en est ainsi décidé.

40. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur et Rapporteur spécial sur le sujet) dit que, dans la première phrase, il n'est peut-être pas exact de dire que « certains membres se sont demandé » puisqu'il s'est agi en l'occurrence d'un seul membre.

41. M. KATEKA, appuyé par M. Sreenivasa RAO, propose de remplacer cette expression par un libellé relativement neutre, du type : « on s'est demandé ».

42. Le PRÉSIDENT dit que s'il n'y a pas d'objection il considérera que la Commission accepte cette proposition.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 58, avec les deux modifications proposées, est adopté.

Paragraphe 59 à 68

Les paragraphes 59 à 68 sont adoptés.

Paragraphe 69

43. M. PELLET dit que la dernière phrase du texte français, qui correspond aux deux dernières phrases du texte anglais, faisant double emploi avec les phrases précédentes, il conviendrait de la supprimer.

44. Le PRÉSIDENT dit que s'il n'y a pas d'objection il considérera que la Commission décide de supprimer les deux dernières phrases du texte anglais et la dernière phrase du texte français.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 69, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 70 à 73

Les paragraphes 70 à 73 sont adoptés.

Paragraphe 74

45. En réponse à une question de M. GOCO, le PRÉSIDENT précise que l'expression anglaise *one view* n'est pas forcément synonyme de *one member*.

46. M. CANDIOTI relève à ce propos que, dans la version française, cette expression est traduite par « un membre ». Il faudrait donc remplacer cette expression par la formule « selon une opinion » et charger le secrétariat de veiller à l'harmonisation de l'ensemble du document à cet égard.

Le paragraphe 74, ainsi modifié dans sa version française, est adopté.

Paragraphe 75 à 80

Les paragraphes 75 à 80 sont adoptés.

Paragraphe 81

47. M. TOMKA relève que, dans la dernière phrase, la référence à l'affaire du *Timor oriental* est erronée. La date citée devrait être « 1995 »; de plus, l'intitulé anglais est, non pas *Eastern Timor*, mais *East Timor*.

Le paragraphe 81, ainsi rectifié, est adopté.

Paragraphe 82

Le paragraphe 82 est adopté.

Paragraphe 83

48. M. PELLET dit qu'il comprend mal la phrase : « Quelqu'un qui n'est pas chef d'État, chef de gouvernement ou ministre des affaires étrangères devrait être présumé compétent à moins que la pratique ou d'autres circonstances ne viennent établir son incompétence » car, plutôt qu'une présomption de compétence, c'est une présomption d'incompétence qui semble logique. La phrase précédente paraît d'ailleurs aussi peu logique.

49. M. TOMKA dit qu'il serait préférable de revoir l'ensemble du paragraphe. Il propose que le Rapporteur recherche, dans le compte rendu analytique correspondant, le texte de l'intervention relatée dans le rapport et, après vérification auprès de son auteur, fasse connaître sa conclusion.

50. Le PRÉSIDENT convient qu'il est préférable de différer l'adoption du paragraphe 83 jusqu'à ce que la question ait été élucidée par le Rapporteur.

Il en est ainsi décidé.

Paragraphe 84 à 94

Les paragraphes 84 à 94 sont adoptés.

Paragraphe 95

51. M. BROWNLIE n'est pas très satisfait de l'expression « statut objectif de cet État », notamment par référence au statut de neutralité. Il propose de supprimer l'adjectif « objectif ».

52. M. HAFNER dit que la difficulté pourrait être résolue par le remplacement de l'expression « statut objectif » par la formule « statut *erga omnes* ».

53. M. KUSUMA-ATMADJA n'est pas d'accord avec la proposition de M. Hafner : on parle d'obligation *erga omnes* et non de statut *erga omnes*.

54. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA, mettant en garde contre tout mélange des genres, souscrit à cette observation.

55. M. TOMKA croit que point n'est besoin de qualifier le « statut », car un exemple est donné dans la phrase qui suit.

56. M. PELLET pense lui aussi qu'il y aurait lieu de retenir la proposition sage faite par M. Brownlie.

57. Le PRÉSIDENT déclare qu'en l'absence d'objection il considérera que la Commission souhaite adopter le paragraphe 95 tel que modifié par M. Brownlie.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 95, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 96

58. M. BROWNLIE fait observer que, dans la version anglaise, le mot *unopposability* doit être remplacé par le mot *inopposability*.

Le paragraphe 96, ainsi modifié dans sa version anglaise, est adopté.

Paragraphe 97 à 101

Les paragraphes 97 à 101 sont adoptés.

Paragraphe 102

59. M. PELLET propose, pour donner un sens au paragraphe, de remplacer l'expression « découlant directement du droit » par l'expression « découlant directement du droit international général ».

60. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur et Rapporteur spécial sur le sujet) accepte la proposition de M. Pellet. Il ajoute qu'il faut remplacer l'expression « cas de nullité absolue » par l'expression « motifs de nullité absolue » (en anglais *causes of absolute invalidity*, et en espagnol *causales de nulidad absoluta*).

Le paragraphe 102, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 103 à 106

Les paragraphes 103 à 106 sont adoptés.

Paragraphe 107

61. M. TOMKA, se référant à l'avant-dernière phrase, se demande si l'expression « continuait de lier les parties » convient et s'il ne vaudrait pas mieux la remplacer par l'expression « continuait d'être exécutoire ».

62. M. SIMMA propose quant à lui d'utiliser l'expression « devenait de nouveau exécutoire ».

63. Le PRÉSIDENT déclare qu'en l'absence d'objection il considérera que la Commission souhaite adopter le paragraphe 107 tel que modifié par M. Simma.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 107, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 108 et 109

Les paragraphes 108 et 109 sont adoptés.

64. M. TOMKA, faisant observer que les paragraphes qui suivent portent sur le résumé du débat par le Rapporteur spécial, se demande s'il ne faudrait pas les placer, conformément à la pratique généralement suivie, sous une nouvelle section 4, « Conclusions du Rapporteur spécial ». La section 4 actuelle (Création du groupe de travail) [A/CN.4/L.595/Add.1] deviendrait la section 5.

65. Le PRÉSIDENT dit qu'en l'absence d'objection il considérera que la Commission souhaite adopter cette proposition.

Il en est ainsi décidé.

Paragraphe 110 à 114

Les paragraphes 110 à 114 sont adoptés.

Paragraphe 115

66. M. TOMKA, faisant observer que la dernière phrase ne reflète pas fidèlement le débat, propose de la remplacer

par la phrase suivante : « Ce point pourrait être examiné plus avant par le Groupe de travail ».

Le paragraphe 115, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 116 à 123

Les paragraphes 116 à 123 sont adoptés.

Paragraphe 124

67. M. BROWNLIE propose de simplifier le paragraphe et de lui donner une tournure plus générale.

68. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur et Rapporteur spécial sur le sujet) dit qu'il soumettra un nouveau texte dans cet esprit.

69. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la Commission souhaite laisser en suspens le paragraphe 124.

Il en est ainsi décidé.

Paragraphe 125

70. Le PRÉSIDENT estime que l'observation formulée par M. Tomka à propos du paragraphe 115 vaut aussi pour le paragraphe 125 et il invite le Rapporteur à modifier ce dernier en conséquence.

Le paragraphe 125 est adopté sous cette réserve.

4. CRÉATION DU GROUPE DE TRAVAIL (A/CN.4/L.595/Add.1)

Paragraphe 126 à 128

71. M. PELLET, rappelant que la Commission n'a pas été saisie du rapport du Groupe de travail, qu'elle n'a donc pas examiné, s'interroge sur l'opportunité de procéder à l'adoption de ces paragraphes. Il relève en particulier qu'il est question, dans le chapeau du paragraphe 127, « d'un solide appui » apporté à certains points relatifs aux travaux futurs sur le sujet. D'où émane ce solide appui ? Il n'émane en tout cas pas de la Commission.

72. M. TOMKA propose, pour répondre au souci exprimé par M. Pellet, de préciser que c'est le Groupe de travail qui a apporté cet appui.

73. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur et Rapporteur spécial sur le sujet) reconnaît qu'effectivement le Groupe de travail n'a pas pu faire rapport à la Commission en séance plénière. Il juge néanmoins nécessaire de faire état de ses travaux dans le rapport de la Commission. Dans ce sens, il accepte la proposition de M. Tomka.

74. M. PELLET juge la proposition de M. Tomka bonne mais insuffisante. Pour sa part, il propose de préciser à la fin du paragraphe 127, ou dans un paragraphe 127 bis, que les conclusions en question n'ont pas pu être discutées par la Commission.

75. M. HAFNER souscrit lui aussi à la proposition de M. Tomka, mais il note que, si elle est acceptée, le paragraphe 128 n'aura plus sa raison d'être.

76. M. LUKASHUK déclare quant à lui ne pas être d'accord avec la conclusion énoncée au point *a* du paragraphe 127 : les effets juridiques produits par les actes unilatéraux sont bien déterminés à l'avance par le droit international.

77. Le PRÉSIDENT rappelle que les points *a* à *d* sont les conclusions du Groupe de travail, et non de la Commission.

78. M. PELLET note que c'est ainsi qu'il entend le paragraphe 127 et sur le fond souscrit à l'observation de M. Lukashuk. Il accepte la proposition de M. Tomka, réitère sa proposition visant à insérer un nouveau paragraphe 127 *bis*, en une phrase à la fin du paragraphe 127, et suggère de maintenir tel quel le paragraphe 128, qu'il juge légitime.

79. M. HAFNER, se référant précisément au paragraphe 128, se demande si la Commission peut vraiment solliciter les vues des délégations à la Sixième Commission sur des points qu'elle n'a pas examinés. Il faudrait peut-être, par souci de logique, ouvrir ce paragraphe par l'adverbe « Néanmoins ».

80. M. ECONOMIDES suggère de transférer la teneur du paragraphe 127 *bis* supplémentaire proposé par M. Pellet au paragraphe 128, lequel serait modifié dans le sens indiqué par M. Hafner.

81. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur et Rapporteur spécial sur le sujet) juge l'idée de M. Economides acceptable.

82. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur à soumettre un autre texte à la séance suivante.

La séance est levée à 13 heures.

2657^e SÉANCE

Lundi 14 août 2000, à 15 h 5

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Momtaz, M. Pam-bou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Tomka.

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-deuxième session (*suite*)

CHAPITRE VI. – Actes unilatéraux des États (*fin*) [A/CN.4/L.595 et Add.1]

B. – Examen du sujet à la présente session (*fin*)

4. CRÉATION DU GROUPE DE TRAVAIL (*fin*) [A/CN.4/L.595/Add.1]

Paragraphe 127 et 128 (*fin*)

1. Le PRÉSIDENT dit que, à la suite de consultations, une nouvelle formulation du chapeau du paragraphe 127 a été proposée, à savoir :

« Le Groupe de travail a indiqué que même si, en raison des circonstances susmentionnées, il n'avait pas été possible de tirer des conclusions finales des débats tenus au cours de ces deux séances, les points suivants relatifs aux travaux futurs sur le sujet avaient bénéficié d'un solide appui : »

Suivraient les alinéas *a* à *d* tels qu'ils figurent dans le paragraphe 127.

2. Le paragraphe 128 se lirait comme suit :

« La Commission n'a pas eu le temps d'examiner le rapport du Groupe de travail. Elle a convenu toutefois qu'il serait utile de connaître les vues des gouvernements sur les points énoncés plus haut aux alinéas *a*, *b* et *c* et que le secrétariat devrait agir dans le sens indiqué à l'alinéa *d*. »

3. M. HAFNER demande si le Groupe de travail a présenté un rapport officiel en séance plénière sous la forme d'un document.

4. Le PRÉSIDENT dit qu'à proprement parler aucun rapport officiel n'a été présenté. Cela étant, l'idée maîtresse du paragraphe est que la Commission n'a pas eu le temps d'examiner en séance plénière les points évoqués par le Président du Groupe de travail.

Les paragraphes 127 et 128, ainsi modifiés, sont adoptés.

2. PRÉSENTATION PAR LE RAPPORTEUR SPÉCIAL DE SON TROISIÈME RAPPORT (*fin*) [A/CN.4/L.595]

Paragraphe 27 (*fin*)

5. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur) propose de reformuler comme suit la deuxième phrase du paragraphe :

« La Convention de Vienne, elle, visait un type d'actes conventionnels, le traité, qu'elle définissait, mais sans exclure les autres types d'actes conventionnels distincts du traité, tel que défini à l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention, auxquels les règles de la Convention pourraient s'appliquer indépendamment de la Convention elle-même ».

6. M. ECONOMIDES dit que l'expression « distincts du traité » est superflue et crée une certaine confusion. Le membre de phrase « les autres types d'actes conventionnels » suffit pleinement à faire la distinction. Cela dit, il n'insistera pas pour que l'on modifie le paragraphe en conséquence.

7. Le PRÉSIDENT dit que si l'on veut utiliser la formulation « tel que défini à l'alinéa a du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention », il faut conserver l'expression « distincts du traité ».

Le paragraphe 27, ainsi modifié, est adopté.

3. RÉSUMÉ DU DÉBAT (*fin*)

Paragraphe 83 (*fin*)

8. Le PRÉSIDENT dit que le Rapporteur a proposé de supprimer le passage constitué des cinq dernières phrases du paragraphe 83, commençant par l'expression « en outre », traitant de questions de rédaction qui ne sont normalement pas abordées dans le rapport.

Le paragraphe 83, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 124 (*fin*)

9. Le PRÉSIDENT dit que l'on a proposé de supprimer trois phrases du paragraphe. Tel que modifié, il se lirait comme suit :

« En réponse à la question de savoir si l'on pouvait dégager une tendance des réponses des gouvernements au questionnaire (A/CN.4/511), le Rapporteur spécial dit que certaines des réponses critiquaient le traitement du sujet, mais avaient été très utiles, et il serait tenu compte dans la seconde partie du rapport de la suggestion de présenter un additif aux commentaires. »

Le paragraphe 124, ainsi modifié, est adopté.

La section B, ainsi modifiée, est adoptée.

Le chapitre VI dans son ensemble, ainsi modifié, est adopté.

CHAPITRE VIII. – Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses) [A/CN.4/L.597]

A. – Introduction

Paragraphe 1 à 8

Les paragraphes 1 à 8 sont adoptés.

La section A est adoptée.

B. – Examen du sujet à la présente session

Paragraphe 9 à 12

Les paragraphes 9 à 12 sont adoptés.

Paragraphe 13

10. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur) dit que, à la fin du paragraphe 13, les mots « sans rien en soustraire » devraient être remplacés par « et ne faisait que faciliter l'identification et la définition de cette obligation ».

Le paragraphe 13, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 14

Le paragraphe 14 est adopté.

Paragraphe 15

11. M. PELLET dit que l'on ne voit pas clairement ce que recouvre l'expression « droit d'engagement », dans l'avant-dernière phrase.

12. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) propose de remplacer cette expression par « droit de consultation ».

Il en est ainsi décidé.

13. M. RODRIGUEZ CEDEÑO (Rapporteur) propose de remplacer, au début de la troisième phrase, l'expression « si donc » par « de plus » et d'arrêter la phrase au mot « risques ». Il dit que le reste de la phrase de départ, dans la version anglaise, pourrait être remanié comme suit : *The phrase "acts not prohibited by international law", originally intended to distinguish liability from responsibility, might not be necessary or, indeed, appropriate to define the scope of the regime on prevention.*

14. M. PELLET dit que la formulation proposée pose l'éternel problème de la distinction qui existe en anglais entre *liability* et *responsibility*, et qui n'existe ni en français ni en espagnol.

15. Après un bref échange de vues auquel prennent part MM. GALICKI, PELLET, Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) et ROSENSTOCK, le PRÉSIDENT propose d'éviter cette difficulté en tournant la phrase comme suit : « L'expression "activités non interdites par le droit international", dont l'objet était à l'origine de distinguer ces activités de celles qui sont traitées dans le cadre du sujet de la responsabilité des États, pouvait s'avérer inutile, voire inappropriée pour définir le champ d'application du régime de la prévention ».

Il en est ainsi décidé.

16. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur) propose de remplacer, dans la cinquième phrase, les mots « devienne interdite » par « puisse semble-t-il être interdite ». Dans la phrase suivante, il faudrait insérer « elle-même » entre les mots « activité » et « interdite ». Il dit que, pour rendre la dernière phrase du paragraphe 15 plus claire, il faudrait la modifier comme suit : « De l'avis du Rapporteur spécial, supprimer la référence aux "activités non interdites par le droit international" ne risquait pas de créer d'autres difficultés, et permettrait même peut-être de faciliter l'obtention d'un consensus sur le projet d'articles ».

Il en est ainsi décidé.

17. M. SEPÚLVEDA dit que la troisième phrase, telle que modifiée, pose encore des problèmes en français et en espagnol, puisque le mot *responsabilidad* ou « responsabilité » est répété, ce qui n'a pas de sens.

18. M. PELLET dit que la Commission tourne en rond. Il propose que la deuxième phrase se lise comme suit : « Alors que la responsabilité des États portait sur des faits illicites, la responsabilité internationale, sujet du présent rapport, concernait l'indemnisation ». La traduction en français de la dernière phrase, erronée, devrait être plus proche du texte original anglais.

19. M. TOMKA propose que, pour faciliter la compréhension, le mot *liability* soit ajouté entre parenthèses après le terme pertinent dans les versions française, espagnole et russe.

20. M. KABATSI demande si, dans la deuxième phrase, le membre de phrase « activités qui ne sont pas nécessairement interdites par le droit international » ne laisse pas entendre que la responsabilité internationale, dans certains cas, couvre des activités interdites par le droit international.

21. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que la remarque de M. Kabatsi est pertinente. Il faudrait remanier ce membre de phrase comme suit : « activités qui ne sont pas expressément/explicitement interdites par le droit international ».

22. M. TOMKA estime pour sa part que le mot « nécessairement » devrait être tout simplement supprimé.

Le paragraphe 15, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 16

Le paragraphe 16 est adopté.

Paragraphe 17

23. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur) propose de remplacer les mots « qu'une attention particulière devait être accordée au préambule » par les mots « que l'attention voulue devait être accordée à cette préoccupation dans le préambule ».

24. M. MOMTAZ dit que le texte devrait faire référence à des projets d'articles et non à des articles. En outre, la version française devrait être alignée sur la formulation proposée par M. Pellet pour le paragraphe 15. L'expression « adoption universelle » peut poser des problèmes et devrait être supprimée. La phrase se lirait alors comme suit : « Pour encourager un élargissement du consensus sur le projet d'articles ... ».

Le paragraphe 17, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 18

Le paragraphe 18 est adopté.

Paragraphe 19

Le paragraphe 19 est adopté avec des modifications rédactionnelles mineures.

Paragraphe 20 à 26

Les paragraphes 20 à 26 sont adoptés.

Paragraphe 27

Le paragraphe 27 est adopté avec une modification rédactionnelle mineure.

Paragraphe 28 à 32

Les paragraphes 28 à 32 sont adoptés.

Paragraphe 33

25. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur) dit que la dernière phrase du paragraphe devrait être remaniée de sorte qu'elle se lise comme suit : « Les articles sur la prévention seraient aussi applicables dans les cas où il n'existait pas d'accord ou de texte juridique explicite en vertu duquel l'activité en cause était interdite ».

Le paragraphe 33, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 34

26. M. HAFNER fait observer que, dans le texte anglais, il faudrait remplacer *principle of precaution* par *precautionary principle*.

Le paragraphe 34, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 35

Le paragraphe 35 est adopté.

Paragraphe 35 bis

27. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA regrette que le paragraphe 35, qui concerne le préambule, ne fasse pas mention de l'opinion qu'il a émise concernant le cinquième alinéa du préambule. En conséquence, il propose d'ajouter un paragraphe 35 bis qui se lirait comme suit :

« Sur le fond, toutefois, un membre a fait observer que le préambule comprenait en son cinquième alinéa un énoncé novateur qui conférerait à la construction du projet d'articles une base conceptuelle essentielle, et qui constituait de fait la clef de tout le système, aussi bien dans son volet "prévention" que dans son volet "réparation" à venir. Il convenait, selon ce membre, de déplacer cet alinéa, traitant de la liberté dont jouissent les États de conduire ou d'autoriser que soient conduites des activités sur leur territoire, pour l'insérer, dans le corps même du projet d'articles, sous la forme d'un projet d'article 2 bis sur l'obligation de prévention. »

28. L'intervenant estime que la formulation qu'il propose à l'attention du Rapporteur, du Rapporteur spécial et de l'ensemble de la Commission rend bien compte de ce qu'il pense être un aspect remarquable et essentiel du préambule.

29. M. ROSENSTOCK ne voit pas d'objection à faire référence à l'opinion de M. Pambou-Tchivounda mais pense qu'il faudrait le faire de manière plus succincte que ce qui a été proposé.

30. M. PELLET se demande si l'on pourrait écrire « Un membre a suggéré que, vu son importance, la règle énoncée au cinquième alinéa du préambule sur le droit des États de conduire librement des activités sur leur territoire mériterait de figurer dans le corps du projet d'articles ». Cette formulation serait plus sobre et plus adaptée, le rapport n'étant pas supposé rendre compte exhaustivement des avis de chaque membre.

31. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit qu'il serait heureux de rendre brièvement compte des vues de M. Pambou-Tchivounda.

32. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA se déclare disposé à ce que l'on rende compte de son intervention dans les termes proposés par M. Pellet.

Le paragraphe 35 bis est adopté.

Paragraphe 36

Le paragraphe 36 est adopté.

Paragraphes 37 et 38

33. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit que la notion de devoir de prévention, évoquée au paragraphe 37, lui pose un problème et qu'avant de l'évoquer il faudrait élaborer un projet d'article sur l'obligation de prévention. Il appelle l'attention sur le compte rendu analytique de la 2642^e séance de la Commission, au cours de laquelle il a proposé un libellé pour un tel article. Il suggère que les paragraphes pertinents du compte rendu soient intégrés dans le rapport.

34. M. PELLET est hostile à ce que le rapport de la Commission se transforme en un collage de comptes rendus analytiques. Toutefois, il est disposé à accepter une formulation du type : « Selon un membre, il conviendrait d'inclure un article sur l'obligation de prévention ».

35. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) propose d'inverser les paragraphes 37 et 38 pour respecter l'ordre logique et mieux rendre compte de la discussion. Il propose également de remplacer, au paragraphe 38, qui deviendrait alors le paragraphe 37, les mots « le projet couvrant les activités non interdites par le droit international » par « si on supprimait les mots "activités non interdites par le droit international" ».

Il en est ainsi décidé.

Les paragraphes 37 et 38, ainsi modifiés, sont adoptés.

Paragraphes 39 et 40

Les paragraphes 39 et 40 sont adoptés.

Paragraphe 40 bis

36. M. MIKULKA (Secrétaire de la Commission) donne lecture du libellé ci-après, proposé par un membre : « Selon une opinion, la suppression envisagée reviendrait à légitimer des activités interdites, ce qui n'était pas acceptable ».

Le paragraphe 40 bis est adopté.

Paragraphe 41

Le paragraphe 41 est adopté.

Paragraphe 41 bis

37. À l'issue de consultations proposées par M. TOMKA et le PRÉSIDENT, M. MIKULKA (Secrétaire de la Commission) donne lecture du libellé suivant, qui deviendrait le paragraphe 41 bis : « À propos du projet d'article 3, selon un membre, la définition de l'obligation de prévention devrait faire l'objet d'un article distinct ».

38. M. ECONOMIDES, rappelant que lui aussi était de cet avis, propose de remplacer « selon un membre » par « on a émis l'avis que ».

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 41 bis, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 42

39. M. PELLET dit que l'expression « puisse être donnée » ne semble pas juste et propose de la remplacer par « soit requise ».

40. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) estime que l'expression « n'importe quel type d'activité » est trop vague.

41. Après de brefs échanges entre M. PELLET et M. HAFNER, le PRÉSIDENT propose de remplacer cette expression par « n'importe quel type d'activité entrant dans le champ du projet d'articles ».

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 42, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 43 et 44

Les paragraphes 43 et 44 sont adoptés.

Paragraphe 45

42. M. GAJA propose de supprimer les mots « l'équilibre des intérêts soit maintenu comme il convient, que » et de remplacer les mots « l'importance de ces intérêts » par les mots « le niveau de risque ».

Le paragraphe 45, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 46

Le paragraphe 46 est adopté.

Paragraphe 46 bis

43. M. ECONOMIDES, appuyé par M. MOMTAZ, propose d'ajouter un paragraphe, libellé comme suit : « À propos du paragraphe 2 du projet d'article 19, on a fait remarquer que l'on pouvait combler les lacunes de cette disposition en s'inspirant de l'article 33 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation ».

Le paragraphe 46 bis est adopté.

Paragraphe 47

44. M. TOMKA propose de remplacer le mot « convention » par le mot « convention-cadre ».

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 47, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 48 et 49

Les paragraphes 48 et 49 sont adoptés.

Paragraphe 50

45. M. PELLET propose, par souci d'harmonisation avec la formulation utilisée plus tôt au paragraphe 15, de remplacer l'expression « principe de l'engagement » par « principe de consultation ».

46. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que dans le cas où la proposition de M. Pellet serait adoptée, la fin de la phrase précédente devrait être remaniée et l'expression « s'engager » remplacée par « se consulter ».

47. M. HAFNER dit que la notion de principe de consultation n'existe pas, semble-t-il. Il faudrait donc remanier la phrase de manière à supprimer toute référence à un tel principe.

48. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) propose la formulation suivante : « Mettre l'accent sur la consultation au stade le plus précoce possible, tel était l'objet principal du projet ».

49. M. BROWNLIE dit que l'expression « principe de consultation » devrait être conservée. Elle est inhabituelle mais la Commission est en train de créer, de fait, un tel principe dans le cadre du projet d'articles, le différenciant de la référence plus habituelle à la consultation en tant qu'une des options du droit international général.

50. M. ECONOMIDES propose de remplacer le mot « principe » par le mot « besoin » ou le mot « nécessité ». L'essentiel de la phrase, après tout, consiste à affirmer que la consultation est souhaitable au stade le plus précoce possible.

51. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) propose de remplacer le mot « principe » par le mot « devoir », qui est plus fort et rend mieux compte de l'idée d'obligation.

52. Le PRÉSIDENT rappelle que le paragraphe 15 contenait l'expression « droit d'engagement ». Par analogie, l'expression « droit de consultation » pourrait être appropriée au paragraphe 50.

53. M. MOMTAZ estime que le mot « obligation », mentionné par le Rapporteur spécial, est peut-être le plus approprié.

54. Pour M. KUSUMA-ATMADJA, les mots « obligation » et « devoir » sont tous les deux acceptables, mais le deuxième est plus fort.

55. Le PRÉSIDENT propose d'employer le mot *duty* en anglais et le mot « obligation » en français.

Le paragraphe 50, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 51

56. M. ROSENSTOCK dit que le mot *leaving*, dans le texte anglais, est certainement une faute de frappe et devrait être supprimé.

Le paragraphe 51, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 52

57. M. ECONOMIDES dit que le membre de phrase « ... il ne voyait pas pourquoi la Commission le remanierait » n'est pas approprié car il laisse pointer un certain agacement de la part du Rapporteur spécial. Il devrait donc être modifié ou supprimé.

58. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) en convient et suggère de remanier ainsi la seconde moitié du paragraphe : « ... l'article 19 ayant généralement été approuvé par les gouvernements, il proposait de le maintenir tel quel ».

Le paragraphe 52, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 53

Le paragraphe 53 est adopté.

Paragraphe 54

59. Le PRÉSIDENT propose d'ajouter une phrase pour indiquer que le Comité de rédaction n'a pas eu le temps d'examiner le projet de préambule et les projets révisés d'articles 1 à 19 à la session en cours.

60. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) dit que, pressé par le temps, il a inséré le titre du projet d'articles avant le préambule, alors qu'il fallait le placer après le préambule et immédiatement avant l'article premier.

61. M. GAJA dit que le préambule se lit comme un projet de résolution. Le Comité de rédaction ne devrait examiner que le projet d'articles et remplacer le projet de

préambule actuel par un préambule qui serait adapté au projet de convention.

62. M. TOMKA appuie la proposition du Président. On pourrait formuler la phrase de la manière suivante : « Faute de temps, le Comité de rédaction n'a pas pu examiner le projet de préambule et le projet d'articles ». Il est également nécessaire de préciser le statut de l'annexe. En effet, le lien entre l'annexe et le rapport n'est pas établi clairement, sauf dans la note de bas de page 6. Il faudrait au moins compléter la note 9 pour rappeler au lecteur le statut de l'annexe. S'agissant du projet de préambule, M. Tomka réaffirme qu'à son avis les trois derniers alinéas ne sont pas appropriés. Ils relèvent d'un projet de résolution de l'Assemblée générale et il n'appartient pas à la Commission d'élaborer une telle résolution. La proposition selon laquelle le titre devrait être placé après le projet de préambule est acceptable. Le projet d'articles n'est pas un produit fini adopté par la Commission, mais un texte proposé par le Rapporteur spécial, lequel doit donc se montrer ouvert aux critiques.

63. Le PRÉSIDENT demande à quoi l'annexe est rattachée. Son statut serait plus clair si, à l'exemple des rapports sur la protection diplomatique et les actes unilatéraux, elle figurait en note de bas de page.

64. M. Sreenivasa RAO (Rapporteur spécial) adhère à cette proposition. Il faudrait placer l'annexe à la note 6, ce qui aurait également l'intérêt de montrer clairement que le projet d'articles relève de la seule responsabilité du Rapporteur spécial.

65. Le PRÉSIDENT dit que l'annexe est trop longue pour constituer une note de bas de page. Cela étant, la question de la présentation pourrait être examinée ultérieurement.

66. M. HAFNER appuie l'idée selon laquelle le statut de l'annexe devrait être indiqué plus clairement dans une note de bas de page. La proposition visant à déplacer le titre, en revanche, pose davantage de problèmes. Si l'on déplace le titre, il n'y aura plus de préambule et les États verront à juste titre dans le texte un projet de résolution de l'Assemblée générale.

67. M. ECONOMIDES dit qu'il serait dommage d'abandonner les idées positives émises dans le projet de préambule. En conséquence, il propose de supprimer les mots « L'Assemblée générale » et les alinéas commençant par « Adopte » et « Invite ». Le texte restant constituerait un préambule approprié.

68. Le PRÉSIDENT propose que, quel que soit le statut de l'annexe, l'ensemble du texte soit renvoyé au Comité de rédaction, qui pourrait apporter les révisions nécessaires.

69. M. ROSENSTOCK adhère à cette proposition. M. Hafner a raison de dire que le texte existant ne constitue pas le préambule d'une convention mais il n'est pas nécessaire d'en débattre plus avant au sein de la Commission. Le texte proposé par le Rapporteur spécial a été renvoyé au Comité de rédaction et la Commission pourra prendre une décision lorsqu'elle en examinera la version définitive paragraphe par paragraphe.

70. M. PELLET dit que la Commission ne devrait pas courir le risque de relancer le débat. Ce que les États souhaitent voir est le texte proposé par le Rapporteur spécial, texte qui, jusqu'à ce que la Commission l'ait approuvé, relève de sa seule responsabilité. Outre les précisions proposées par M. Tomka, il faudrait ajouter à la fin du paragraphe 54 des explications qui pourraient par exemple être ainsi libellées : « Cependant, pour la commodité des États, la Commission annexe au présent chapitre le texte du projet de préambule et du projet d'articles révisé, tels que proposés par le Rapporteur spécial ».

71. M. BROWNLIE dit qu'il est de toute évidence extrêmement utile de disposer, à titre de référence, du projet de préambule et des projets d'articles, de préférence en annexe, même s'il approuve ce que d'autres membres ont dit concernant le statut de l'annexe. Il est convaincu que les éventuelles incohérences avec d'autres chapitres du rapport seront éliminées.

Le paragraphe 54, ainsi amendé, est adopté.

La section B, ainsi amendée, est adoptée.

Le chapitre VIII dans son ensemble, ainsi modifié, est adopté.

La séance est levée à 18 heures.

2658^e SÉANCE

Mardi 15 août 2000, à 10 heures

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candiotti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Tomka.

Coopération avec d'autres organismes (*fin**)

[Point 9 de l'ordre du jour]

* Reprise des débats de la 2655^e séance.

VISITE DU PRÉSIDENT DE LA COUR INTERNATIONALE
DE JUSTICE

1. Le PRÉSIDENT souhaite la bienvenue au Président de la CIJ, M. Guillaume, dont la visite qui fera date dans l'histoire de la session en cours atteste l'existence de liens particuliers entre la CIJ et la Commission.

2. M. GUILLAUME (Président de la Cour internationale de Justice) dit qu'il tient tout d'abord à remercier le Président de la Commission de ses propos de bienvenue et surtout, en son nom personnel et en celui de la Cour, de l'invitation qui lui a été adressée de prendre la parole devant la Commission pour l'habituel échange de vues.

3. De fait, il existe une longue tradition de coopération entre la Cour et la Commission. Les deux institutions sont unies par des liens personnels, d'abord parce qu'un certain nombre d'anciens membres de la Commission sont actuellement juges à la Cour et ensuite parce que des membres actuels de la Commission apparaissent parfois comme conseils devant la Cour. Mais, au-delà, elles sont unies par un objectif commun, celui du développement du droit international, par des méthodes certes différentes puisque la Cour est appelée à connaître de différends particuliers ou à répondre à des demandes d'avis consultatif portant sur des points spécifiques, alors que la Commission a un rôle plus vaste de codification et de développement progressif du droit international. Les deux fonctions se complètent à l'évidence dans le progrès de ce droit. Enfin, la Cour et la Commission exercent l'une sur l'autre une influence réciproque, qui s'est dégagée à plusieurs reprises, par exemple dans des domaines comme le droit de la mer ou le droit des traités.

4. Il serait sans doute intéressant pour la Commission de savoir où en est à l'heure actuelle la Cour, quelles sont les affaires inscrites à son rôle, quels sont ses problèmes à court et à moyen terme et aussi, d'une manière plus générale, quels sont les problèmes qui se posent à elle du fait d'un phénomène que M. Hafner a récemment abordé dans une étude intéressante¹, à savoir la fragmentation du droit international et de la justice internationale, sujet d'intérêt commun.

5. La Cour a actuellement 23 affaires inscrites à son rôle, record absolu dans l'histoire de la justice internationale, dans lesquelles, fait très important, toutes les parties du monde, tous les systèmes juridiques et des pays industrialisés comme des pays en développement sont représentés : 5 affaires opposent des États africains, 2 des États asiatiques, 10 des États européens, une des États d'Amérique latine et 5 ont un caractère intercontinental. Leur objet est assez varié. La Cour est saisie d'affaires traditionnelles, par exemple de différends territoriaux entre États voisins qui souhaitent voir fixer leur frontière commune ou déterminer leur souveraineté sur certains espaces. Il en est ainsi pour l'essentiel de quatre affaires : *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan (Indonésie/Malaisie)* et *Délimitation maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes*. La Cour est tout à

fait indiquée pour en traiter, car c'est le type d'affaire qui, très souvent, est difficile à résoudre par la négociation pour des raisons tenant, comme le disaient les vieux traités d'arbitrage, à l'honneur des nations ou pour des considérations politiques ou diplomatiques et dans lesquelles le juge peut rendre de vrais services.

6. Appartiennent également à un type d'affaire classique celles dans lesquelles un État dénonce le traitement dont un ou plusieurs de ses nationaux auraient fait l'objet à l'étranger. La Cour est saisie actuellement de deux affaires de ce genre : l'affaire *LaGrand* et l'affaire *Diallo*.

7. Elle est saisie d'une troisième catégorie d'affaires. Il s'agit d'affaires liées à des événements ayant par ailleurs retenu l'attention des organes politiques de l'ONU, à savoir l'Assemblée générale ou le Conseil de sécurité : *Lockerbie*; *Plates-formes pétrolières*, affaire dans laquelle la République islamique d'Iran se plaint de la destruction de plates-formes pétrolières par les États-Unis d'Amérique au cours de la première guerre du Golfe en 1987 et 1988; *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, deux affaires dans lesquelles la Bosnie-Herzégovine et la Croatie ont, par deux requêtes distinctes, sollicité la condamnation de la Yougoslavie pour violation de la Convention; *Licéité de l'emploi de la force*, affaires dans lesquelles la Yougoslavie s'oppose à 10 États membres de l'OTAN en contestant la licéité de leur action menée au Kosovo; enfin, les affaires des *Activités armées sur le territoire du Congo*, dans lesquelles la République démocratique du Congo déclare avoir été victime d'une agression armée de la part du Burundi, du Rwanda et de l'Ouganda. C'est dire que les affaires dont la Cour est saisie sont nombreuses et très diverses, rendues souvent complexes du fait du dépôt par les défendeurs d'exceptions préliminaires d'incompétence ou d'irrecevabilité, voire de demandes reconventionnelles – institution rarement utilisée autrefois dans la pratique de la Cour mais qui tend à se développer –, sans compter les demandes en indication de mesures conservatoires émanant tant des demandeurs que des défendeurs.

8. M. GUILLAUME (Président de la Cour internationale de Justice) résume ensuite l'activité de la Cour pendant l'année écoulée, c'est-à-dire depuis le 1^{er} août 1999.

9. En décembre 1999, la Cour a tranché au fond un différend entre le Botswana et la Namibie en l'affaire de l'*Île de Kasikili/Sedudu* concernant la souveraineté sur l'île, en jugeant que l'île fait partie du territoire du Botswana tout en précisant que, dans les deux chenaux autour de l'île, les ressortissants des deux États et les bateaux battant leur pavillon doivent bénéficier sur un pied d'égalité du régime du traitement national. Elle a achevé l'examen de l'affaire de l'*Incident aérien du 10 août 1999* qui opposait le Pakistan et l'Inde, affaire que le Pakistan avait soumise à la Cour en septembre 1999 à la suite de la destruction d'un aéronef pakistanais par la chasse indienne, en territoire indien selon l'Inde, en territoire pakistanais selon le Pakistan. L'Inde ayant soulevé une exception d'incompétence, la Cour a jugé l'affaire rapidement et dit qu'en l'espèce elle n'était pas compétente, compte tenu des réserves formulées par l'Inde à sa déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour; elle a rappelé parallèlement aux parties l'obligation qu'elles ont de

¹ « Les risques que pose la fragmentation du droit international », *Annuaire... 2000*, vol. II (2^e partie), annexe.

régler leurs différends par des moyens pacifiques, et en particulier le différend né dudit incident aérien.

10. Par ailleurs, la Cour a statué sur une demande en indication de mesures conservatoires présentée par la République démocratique du Congo contre l'Ouganda. Par ordonnance du 1^{er} juillet 2000, elle a indiqué plusieurs mesures à prendre par les deux parties à cet égard. La Cour a en outre rendu une dizaine d'ordonnances, portant essentiellement sur des problèmes procéduraux, et notamment une ordonnance autorisant la Guinée équatoriale, qui a un intérêt juridique à ce faire, à intervenir dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*. Enfin, après cinq semaines d'audiences tenues en mai-juin 2000, elle a entamé son délibéré dans l'affaire *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn* et rendra probablement son arrêt avant la fin de l'année. Elle a inscrit à son calendrier de travail pour l'automne la tenue d'audiences dans l'affaire *LaGrand*. En définitive, la Cour a réussi à traiter les affaires qui étaient prêtes à l'être, mais la situation deviendra beaucoup plus difficile au premier semestre 2001, au cours duquel plusieurs affaires seront en état d'être jugées en même temps.

11. Elle se heurtera alors à de nombreux problèmes, tout d'abord d'ordre budgétaire. Son budget annuel est légèrement supérieur à 10 millions de dollars des États-Unis, pour un Greffe composé de 62 membres – alors que le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dispose d'un budget annuel de près de 100 millions de dollars et emploie un millier d'agents. Il est vrai que les fonctions des deux juridictions ne sont pas tout à fait identiques, la seconde ayant, par exemple, besoin d'enquêteurs sur place. Il n'en demeure pas moins que la Cour aura besoin de davantage de ressources humaines et financières, pour le Greffe mais aussi pour elle-même, car il serait bon que les juges disposent, à l'instar de ceux de la plupart des juridictions internationales, de référendaires pour les aider dans leur tâche. La Cour espère être entendue, d'autant plus que l'Assemblée générale elle-même a précisé, en adoptant le budget de la Cour en 1999, que le suivant pourrait être en augmentation.

12. Se posent aussi, évidemment, des problèmes d'organisation du travail, tant pour les parties que pour la Cour. Il importe de limiter le volume des dossiers, souvent excessif, et déjà les États-Unis et l'Allemagne ont décidé d'un commun accord de présenter dans l'affaire *LaGrand* les opposant un mémoire et un contre-mémoire et de limiter les audiences à cinq séances, deux pour chacune des parties et une demi-séance de réponse pour chacune d'elles. Pareilles mesures sont raisonnables, car elles permettent aux États de s'exprimer sans encombrer indûment le prétoire de documents et de plaidoiries. De son côté, la Cour elle-même doit agir. En particulier, elle a décidé qu'en principe, s'agissant des questions de compétence et de recevabilité, elle ferait l'économie des notes des juges, c'est-à-dire qu'elle passerait directement, après une phase de réflexion, des audiences au délibéré. Cette liste de mesures n'est sans doute pas exhaustive.

13. À plus long terme, se profilent le problème de la fragmentation du droit international et celui de la multiplication des juridictions internationales, avec ses répercussions pour la Cour. Le fait est que les juridictions internationales spécialisées se sont multipliées et qu'aux côtés de

la Cour, seule juridiction à compétence universelle et générale, existent notamment le Tribunal international du droit de la mer, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et le Tribunal pénal international pour le Rwanda, plusieurs cours compétentes en ce qui concerne les droits de l'homme, des tribunaux d'arbitrage souvent permanents et l'Organe de règlement des différends de l'OMC. Cette situation présente indéniablement des avantages : le fait de soumettre un plus grand nombre de différends au juge est assurément un progrès de la justice et du droit, d'autant plus que ce phénomène n'a pas entraîné un affaiblissement des juridictions traditionnelles; les gouvernements ont désormais l'habitude de s'adresser plus spontanément au juge, lequel joue dans tous les domaines un rôle qui va croissant. Mais elle présente aussi des difficultés. La plus manifeste tient au risque de fragmentation du droit international, qu'il s'agisse des règles primaires, qui intéressent la Commission, ou des règles secondaires, qui intéressent, elles, la Cour. Pour ce qui est des règles secondaires, la multiplication des juridictions fait courir le risque de contrariété de jugements, rarement en ce qui concerne le dispositif même du jugement – parce qu'il est peu probable qu'une question identique soit soumise à différents juges – mais beaucoup plus vraisemblablement au niveau des motifs, du raisonnement juridique. Un exemple concerne l'affaire *Tadic*, dans laquelle le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, à propos de la question de l'imputabilité aux États de certains faits dans le cas d'intervention d'un État étranger dans un conflit interne, a pris en toute connaissance de cause une position différente de celle que la Cour elle-même avait adoptée. Le Tribunal a rappelé la jurisprudence de la Cour, l'a critiquée et a dit qu'il s'en écarterait. Ce risque sérieux, qui s'est concrétisé dans ce cas particulier, pourrait apparaître dans bien d'autres hypothèses. Est-ce une mauvaise chose ? Est-ce une bonne chose ? D'aucuns, partisans de la loi du marché, pourraient prétendre qu'il est bon de mettre en concurrence les juges pour promouvoir celui qui développera la meilleure jurisprudence – c'est en d'autres termes l'application des lois de la sélection naturelle à la justice internationale. Mais ce système n'est pas satisfaisant, et ce, pour plusieurs raisons. Premièrement, il fait peser des incertitudes sur les compétences juridictionnelles – incertitudes susceptibles de donner lieu à des conflits de compétence et surtout à la recherche par les États des tribunaux qui seraient les mieux disposés à leur égard (*forum shopping*) – et sur le contenu du droit. Deuxièmement, il peut avoir des effets néfastes, en ce sens que la compétition peut conduire à la démagogie judiciaire – quel est le meilleur tribunal : celui qui défendra le mieux les intérêts des États, les intérêts des victimes ou les intérêts du droit ? Autant il est souhaitable que le rôle des juges s'accroisse dans la vie internationale, autant il serait regrettable de tomber dans un gouvernement des juges. Troisièmement, et surtout, il introduit anarchie et chaos dans le droit international : si les contradictions se multiplient, il sera bien difficile pour les États de savoir comment se comporter, et pour les conseillers juridiques des États de s'acquitter de leur mission. Cette fragmentation du droit international et de la justice internationale présente un réel danger pour le rôle du droit international dans la vie internationale.

14. Quelles sont les solutions ? La première consisterait à transposer au droit international le schéma du droit interne, c'est-à-dire à faire de la CIJ une sorte de cour de cassation de l'ensemble des juridictions internationales spécialisées. Cette idée est intéressante, mais elle n'est probablement pas très réaliste. En effet, il ne semble pas que les États soient prêts à accepter un tel système, pas plus d'ailleurs que les spécialistes de telle ou telle matière ne le sont. Il apparaît en revanche qu'il faut éviter de créer de nouvelles juridictions internationales. Il a certes été suggéré de mettre sur pied des tribunaux internationaux de l'espace ou de l'environnement, mais cela ne me paraît pas une bonne idée, car une spécialisation excessive du droit international risque de conduire à des résultats médiocres, voire incohérents. La solution du problème doit être recherchée dans une autre direction, par exemple en donnant à la CIJ la possibilité d'être saisie par les autres tribunaux internationaux de questions préjudicielles, en d'autres termes en transposant au niveau de la justice internationale le système actuel du droit communautaire européen – à ceci près que, dans le cadre de ce dernier, un juge national peut poser des questions préjudicielles à la Cour européenne de justice, mais que cela serait impossible pour la CIJ car les gouvernements seraient très réticents. En revanche, dans la mesure où les États ont accepté que certaines affaires soient portées devant le juge international, celui-ci pourrait poser à la Cour des questions préjudicielles, sans que cela suppose un abandon supplémentaire de souveraineté : il s'agirait simplement d'une modalité d'organisation de la justice internationale, c'est-à-dire de donner aux tribunaux internationaux la possibilité, lorsqu'une difficulté grave surgit dans la détermination, l'interprétation ou l'application d'une règle conventionnelle ou coutumière de droit international public, de demander à la Cour, avant de statuer, de les éclairer. Cette procédure pourrait être adoptée par simple traité, sans avoir besoin de réviser le Statut de la Cour, dont le paragraphe 1 de l'Article 36 dispose que « La compétence de la Cour s'étend à toutes les affaires que les parties lui soumettront, ainsi qu'à tous les cas spécialement prévus dans la Charte des Nations Unies ou dans les traités et conventions en vigueur ». Cette solution, imparfaitement satisfaisante en ce sens qu'elle laisse encore aux tribunaux le soin de décider de la saisine de la Cour, ouvre au moins une porte et mérite examen.

15. M. GUILLAUME (Président de la Cour internationale de Justice) se déclare prêt à procéder à un échange de vues avec les membres de la Commission.

16. Le PRÉSIDENT remercie le Président de la CIJ pour sa riche intervention.

17. M. HAFNER sait gré au Président de la CIJ de ses explications sur les activités de la Cour et de ses réflexions sur le droit international qu'il a bien voulu partager avec les membres de la Commission. Il lui est particulièrement reconnaissant d'avoir évoqué un sujet qui lui tient à cœur, celui des risques que pose la fragmentation du droit international et de la justice internationale, qui, combinée à l'approche fragmentaire appliquée à la création du droit international et à la nature des différends eux-mêmes, favorise la multiplication des mécanismes internationaux de règlement des différends. Ces phénomènes sont dus à la diversité des parties aux différends – particuliers, sociétés contre État, etc. – et notamment à l'émancipation des par-

ticuliers par rapport à leurs États pour se transformer en acteurs indépendants des relations internationales, qu'il s'agisse du dépôt de réclamations ou de l'introduction d'instances. C'est ainsi que les tribunaux spéciaux et les tribunaux pénaux internationaux se sont développés, et M. Hafner rappelle que le Conseil de sécurité vient d'adopter, hier 14 août, à l'unanimité, la résolution 1315 (2000) portant création d'un tribunal spécial pour la Sierra Leone.

18. La création de divers types de mécanismes de règlement des différends apparaît nécessaire, d'autant plus qu'elle peut amener les États à y recourir au lieu de régler leurs différends par la force. Il ne faut cependant pas perdre de vue qu'elle peut aussi rompre l'harmonie et la cohérence de tout le système de droit international. Pour l'éviter, la mesure à prendre en premier lieu pourrait consister à resserrer la communication entre les divers tribunaux et mécanismes de règlement des différends, afin qu'ils acquièrent une connaissance objective des délibérations conduites et des décisions rendues par chacun. Quelle est la place de la CIJ dans ce processus ? M. Hafner note à ce propos que le Statut de Rome de la Cour pénale internationale prévoit (art. 119) que la CIJ peut être saisie des différends surgis entre États à propos de l'interprétation et de l'application du Statut, à moins qu'il ne s'agisse d'une question ressortissant directement à la compétence de la Cour pénale internationale. Il faudrait savoir si c'est là un premier pas dans la reconnaissance d'un rôle prééminent pour la CIJ parmi tous les mécanismes internationaux de règlement des différends et si ce rôle aura un effet sur la compétence des divers mécanismes de règlement des différends qui sont appelés à connaître de litiges non pas entre États mais entre différents acteurs, en se fondant néanmoins sur le droit international.

19. M. BROWNLIE demande au Président de la Cour s'il estime que les audiences orales sont nécessaires devant la Cour.

20. M. DUGARD, se référant aux observations du Président de la Cour sur la prolifération des juridictions internationales, fait observer que, comme de nombreux juristes, il a été surpris que, dans l'affaire *Tadic*, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie statue lui-même sur la licéité de sa création par le Conseil de sécurité. Il se demande s'il n'aurait pas été préférable que le Conseil demande lui-même un avis consultatif sur ce point à la Cour et si, d'une manière générale, le Conseil ne devrait pas utiliser plus souvent son pouvoir de demander des avis consultatifs à la Cour.

21. M. LUKASHUK demande au Président de la Cour, d'une part, pourquoi celle-ci, vu l'encombrement de son rôle, n'utilise pas plus souvent la procédure des chambres et, d'autre part, s'il ne serait pas souhaitable que les organismes de l'ONU demandent plus souvent des avis consultatifs à la Cour, car ceux-ci ont un rôle particulier à jouer dans les relations internationales, ayant une autorité presque aussi grande que les arrêts, même s'ils ne sont pas contraignants.

22. M. ADDO demande au Président de la Cour si, à son avis, celle-ci est compétente pour contrôler la licéité des décisions du Conseil de sécurité.

23. M. Sreenivasa RAO, se référant à la possibilité évoquée par le Président de la Cour que les juridictions internationales saisissent celle-ci de questions préjudicielles, craint qu'en pratique cette solution ne se heurte à la réticence des juges des diverses juridictions internationales. En effet, ces juges ont, pour l'essentiel, la même formation et les mêmes compétences que les membres de la Cour, et il n'est guère probable, psychologiquement, qu'ils se désaisissent d'une question au profit de ces derniers. Il ne semble guère possible pour les mêmes raisons de faire de la Cour une juridiction d'appel.

24. M. GUILLAUME (Président de la Cour internationale de Justice), répondant à la question de M. Hafner, dit qu'il pense avec ce dernier que la multiplication des juridictions internationales répond à l'accroissement du nombre des acteurs de la vie internationale, qu'il s'agisse des individus, des sociétés ou des organisations non gouvernementales, et que cela a pour conséquence un accroissement du nombre des parties en litige et une plus grande diversité de décisions à prendre. Il estime néanmoins que ce n'est pas tant dans les dispositifs des décisions qu'il risque d'y avoir des divergences, mais bien au niveau des motivations, c'est-à-dire dans l'énoncé de la règle de droit qui sous-tend les décisions. La première mesure à prendre est sans doute d'améliorer la communication entre les diverses juridictions. Il faut ensuite que les juges aient une meilleure connaissance de la jurisprudence des autres juridictions, et le facteur essentiel est en dernière analyse la sagesse des juges. Sur ce point, les juges sont néanmoins des hommes comme les autres et ils peuvent, par exemple, souhaiter se différencier ou s'affirmer en tant qu'organe. Pour M. Guillaume, on ne peut se fier totalement à la sagesse des hommes, et un encadrement institutionnel semble nécessaire.

25. Répondant à la question posée par M. Brownlie, M. Guillaume rappelle qu'il s'agit d'un vieux débat dans lequel les traditions juridiques nationales jouent un rôle important. Dans le cadre de la justice internationale, il est dans certains cas indispensable pour des raisons politiques de tenir des audiences orales. Les gouvernements veulent en effet montrer à leur opinion publique et à leur parlement qu'ils ont fait tout ce qui était en leur pouvoir pour faire triompher leur cause. Les audiences de la Cour sont parfois télévisées, et dans l'affaire *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*, par exemple, elles ont été retransmises en direct dans les deux pays concernés. Une deuxième raison est qu'au cours de la procédure écrite les positions des parties évoluent et que le débat oral permet souvent à l'affaire de se décanter, les deux parties, par exemple, abandonnant certains arguments qu'elles avaient avancés dans leurs pièces écrites. Pour M. Guillaume, la solution serait, dans les affaires simples, par exemple lorsque la Cour examine sa compétence, de faire l'économie de la procédure orale ou de la limiter à une demi-journée. Dans les affaires plus complexes, et en tout cas lorsque la Cour examine les affaires au fond, une procédure orale est nécessaire, mais sa durée devrait être considérablement raccourcie, et par exemple être limitée à une semaine, moyennant des ajustements selon les espèces.

26. S'agissant de la question posée par M. Dugard, et de la deuxième question qu'a posée M. Lukashuk, M. Guillaume pense en effet qu'un recours accru à la pro-

cédure des avis consultatifs permettrait de lutter contre la fragmentation du droit. En ce qui concerne l'affaire évoquée par M. Dugard, il semble difficile pour une juridiction de se prononcer elle-même sur la validité de sa création. En l'espèce, si le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie avait retenu la solution contraire, la situation aurait été extrêmement paradoxale; dans un tel cas, il est bien certain qu'il aurait été préférable que le Conseil de sécurité demande à la Cour un avis consultatif sur la question. Quant à savoir si on peut accroître la sensibilité du Conseil à cet égard, M. Guillaume indique qu'il a l'intention de prendre des contacts à cet effet lorsqu'il se rendra à la prochaine session de l'Assemblée générale.

27. Pour ce qui est de la première question qu'a posée M. Lukashuk, un recours accru à la procédure des chambres se heurte à deux obstacles. Le premier est qu'il faut que les États concernés soient d'accord; lorsque des États soumettent une affaire à une juridiction internationale, ils recherchent ce qu'ils perçoivent comme la meilleure composition possible. Cela est patent dans la procédure d'arbitrage. Souvent, les États préfèrent que l'affaire qu'ils soumettent soit examinée par la Cour dans sa composition plénière plutôt que par une chambre dont il leur est difficile d'apprécier par avance, n'en connaissant pas la composition, quelles seront les tendances. Deuxièmement, si les chambres allègent le travail des juges, elles n'allègent pas celui du Greffe, et, à l'heure actuelle, le Greffe est un goulet d'étranglement important. Pour M. Guillaume, donc, un recours accru à la procédure des chambres ne semble pas constituer une solution.

28. Quant à la question de M. Addo sur le contrôle des décisions du Conseil de sécurité par la Cour, M. Guillaume indique qu'il ne peut y répondre car elle est actuellement pendante devant la Cour dans les affaires de *Lockerbie*. La Jamahiriya arabe libyenne plaide en effet l'illicéité des décisions du Conseil en la matière. La Cour pourrait donc être amenée à dire si elle est compétente pour contrôler la licéité des décisions du Conseil par voie d'exception et, dans l'affirmative, quelles seraient les conditions de cette licéité, par exemple conformité à la Charte des Nations Unies, mais aussi conformité ou non au droit international général.

29. Pour ce qui est de l'observation de M. Sreenivasa Rao, M. Guillaume reconnaît qu'il est difficile pour un juge, comme pour tout homme, de ne pas prendre lui-même une décision et de demander à un autre de la prendre pour lui.

30. M. PELLET dit qu'il n'est pas étonné que le Président de la Cour juge que les débats oraux devant la Cour sont trop longs et devraient être abrégés : il peut être pénible pour les juges de subir de longues plaidoiries des conseils. Ceux-ci sont néanmoins d'un avis tout à fait différent, car les États qu'ils représentent veulent être certains que tout a été dit pour défendre leur cause et la procédure orale est pour eux la dernière possibilité de se faire entendre. M. Pellet s'inquiète donc quelque peu de l'ardeur avec laquelle la Cour tente d'abrégier la procédure orale. À son avis, il faut trouver un équilibre car des problèmes politiques, diplomatiques et psychologiques sont en jeu.

31. Pour ce qui est de la multiplication des juridictions internationales, M. Pellet estime que ce n'est pas forcé-

ment un mal et que cette prolifération peut créer une saine émulation. Nul ne peut être certain de détenir la sagesse, et à cet égard rien ne dit que la solution retenue par le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Tadic* soit nécessairement moins bonne que celle de la Cour. Par ailleurs, il n'est pas non plus convaincu qu'il faille arrêter de créer des juridictions internationales. Il est des domaines extrêmement techniques, et la Cour n'est pas forcément compétente en toutes matières. L'Organe de règlement des différends de l'OMC constitue un bon exemple à cet égard. Toutefois, des mécanismes de coordination sont nécessaires, et la procédure des questions préjudicielles, retenue à l'article 177 du Traité sur l'Union européenne, est sans doute la bonne solution. M. Pellet aimerait savoir pourquoi M. Guillaume semble si hostile à ce que les juridictions nationales puissent saisir la Cour de questions préjudicielles. Les magistrats nationaux sont souvent particulièrement ignorants en matière de droit international et si un État accepte que ses tribunaux saisissent la Cour pour lui demander son avis, on voit mal pourquoi celle-ci ne le ferait pas.

32. M. ECONOMIDES s'interroge sur la modération, souvent extrême, des membres de la Cour que l'on peut constater. M. Guillaume a parlé de la sagesse de cette institution, mais on entend parler aussi de sa timidité, parfois même de sa faiblesse. On a l'impression que, lorsque la Cour examine une réserve à un traité international concernant sa compétence, elle a souvent tendance à interpréter la clause d'une manière extensive, allant dans le sens de son incompétence plutôt que de sa compétence. M. Guillaume peut-il confirmer cette impression ?

33. M. Economides a également constaté que la Cour faisait preuve de plus de modération dans ses arrêts que dans ses avis consultatifs, où elle pouvait se montrer un peu plus audacieuse. Autrement dit, la voie de l'avis consultatif permet-elle à la Cour, mieux que la voie de l'arrêt, d'aller un peu plus loin dans le développement du droit international ?

34. Enfin, le Secrétaire général de l'ONU n'a jamais, que l'on sache, demandé un avis consultatif à la Cour. Devrait-on l'autoriser, voire l'encourager à le faire ? Comme il suit quotidiennement la vie internationale dans le monde entier, on peut présumer qu'il aurait beaucoup de questions juridiques à poser, et qu'il serait peut-être normal qu'il les pose à la Cour. Ne serait-ce pas aussi une autre façon de développer le droit international ?

35. M. GOCO rappelle que, selon le Statut de la Cour, le consentement des parties à un différend est requis pour que celle-ci soit compétente, mais que, dans certains cas, ce consentement peut être présumé, c'est-à-dire considéré comme implicite. Il aimerait savoir ce que pense la Cour du consentement tacite, et si elle a déjà eu à intervenir dans de telles circonstances.

36. M. SIMMA, évoquant la question de la couverture par les organes d'information des audiences de la Cour, dit avoir retenu de l'intervention de M. Guillaume que celui-ci n'était pas hostile à cette idée. Mais il souhaiterait savoir plus précisément ce qu'il pense, par exemple, de la diffusion à la télévision des travaux de la Cour.

37. L'un des traits distinctifs de la CIJ, fort surprenant pour les avocats habitués aux tribunaux nationaux, est que

chaque fois que l'on pose une question à une partie, on lui donne plusieurs jours, voire plusieurs semaines pour répondre. Cela explique sans doute l'absence de vie des délibérations, dont les juges eux-mêmes ont l'air de souffrir. Ne serait-il pas possible de rendre plus animée la phase des plaidoiries, comme c'est le cas par exemple à la Cour européenne de justice ?

38. M. GUILLAUME (Président de la Cour internationale de Justice) se déclare d'accord avec ce qu'a dit M. Pellet, à savoir que, dans les plaidoiries orales, il y a un élément politico-diplomatique et psychologique qu'on ne peut ignorer. Il est évident que ces plaidoiries sont destinées non seulement au juge, mais également aux opinions publiques. Il y a de nombreux exemples où les conseils eux-mêmes savent que ce qu'ils disent n'a qu'un rapport lointain avec le sujet et n'aura aucun impact sur la décision. Il y a là une fonction qui n'est pas méprisable, parce que le recours au juge international est parfois quelque chose de difficile pour les États. Par conséquent, il est normal que ceux-ci aient la possibilité de mieux faire comprendre à leur opinion publique et à leur parlement qu'ils ont tout fait pour défendre les intérêts nationaux. Mais cela n'implique pas nécessairement cinq semaines de plaidoirie. À partir du moment où c'est le juge lui-même qui dit aux parties de ne pas exagérer parce que leurs ressources et celles de la Cour ne sont pas illimitées, il peut y avoir place pour une solution moyenne, équilibrant les besoins de la justice et ceux des opinions publiques.

39. En revanche, M. Guillaume ne partage pas l'avis de M. Pellet, selon lequel, après tout, la concurrence entre les juges n'est pas si mauvaise, personne n'est infaillible et le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a peut-être eu raison de rendre une décision différente de celle de la Cour. En effet, il ne s'agit pas de savoir si une solution est bonne ou mauvaise – ce qui est une question pour la doctrine –, mais de savoir si une question une fois jugée doit être remise en cause. On disait traditionnellement *res judicata pro veritate habetur*, c'est-à-dire que la chose jugée est tenue pour vérité. Compte tenu de la fragilité du droit international, c'est une considération importante, indépendamment de l'appréciation que l'on peut porter sur le bien-fondé de telle ou telle décision.

40. En ce qui concerne le renvoi à la Cour de certaines affaires par des juridictions nationales, M. Guillaume dit n'avoir rien contre le principe, mais voit mal comment les gouvernements l'accepteraient. Il cite plusieurs études publiées par le passé dans les revues spécialisées où l'idée a été suggérée, mais on ne peut pas dire qu'elle ait eu des échos favorables auprès des gouvernements. Elle n'est malheureusement pas plus réaliste que la solution consistant à transformer la CIJ en cour de cassation des autres juridictions internationales. Ce sont des solutions qui sont intellectuellement satisfaisantes, mais qui ne semblent pas très réalisables.

41. Se référant aux observations de M. Economides qui s'est interrogé sur la « modération », voire la « timidité », sinon la « faiblesse » de la Cour, évoquant notamment à cet égard l'interprétation par la Cour des réserves aux traités ou déclarations concernant sa compétence, M. Guillaume dit qu'il ne partage pas son point de vue : il y a des cas dans lesquels la Cour s'est déclarée compé-

tente alors que la solution n'était pas évidente, par exemple dans l'affaire *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn*. Dans les affaires de la *Compétence en matière de pêcheries* et de *l'Incident aérien du 10 août 1999*, elle se trouvait face à des réserves qui étaient d'une clarté parfaite dans l'esprit des États qui les avaient formulées. Dans le premier cas, le Canada avait exclu tout différend concernant les affaires de pêche dans l'Atlantique Nord. L'Espagne se plaignait du comportement du Canada à propos de l'arraisonnement de bateaux espagnols dans l'Atlantique Nord. La réserve était à l'évidence applicable. Dans le second, l'Inde avait exclu tous les différends avec un État qui était ou avait été membre du Commonwealth, ce qui était le cas du Pakistan. Comment échapper à ce type de réserve, sinon en méconnaissant la volonté explicite des États ? La compétence de la Cour est d'origine consensuelle : c'est parce que les États l'acceptent que la Cour peut statuer. Lorsqu'elle a affaire à une réserve qui manifeste clairement la volonté des États, il serait de mauvaise politique juridique, et de mauvais droit surtout, que de l'interpréter contre la volonté des parties. Bien sûr, un juge préfère toujours se déclarer compétent, mais il peut y avoir de la sagesse dans la reconnaissance de son incompétence.

42. Comme M. Economides, M. Guillaume pense que les avis consultatifs offrent probablement de meilleures possibilités de développement du droit international que les arrêts relatifs à des différends entre États. Un différend est en effet bien déterminé, il a des limites très précises, et, chose que l'on oublie parfois, il est souhaitable que la décision de la Cour soit dans ces cas adoptée à une majorité aussi large que possible pour être plus fermement assise et plus aisée à exécuter. Par conséquent, il faut aller droit au but dans les affaires contentieuses et justifier la solution sans multiplier les raisonnements accessoires. M. Guillaume cite l'exemple, parfois regretté par la doctrine, de l'affaire du *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne / Tchad)* dans laquelle la Cour a jugé que la bande d'Aouzou relevait de la souveraineté du Tchad en vertu d'un traité de 1955 passé entre la France et la Jamahiriya arabe libyenne². La Cour n'a pas pris position sur toute la situation antérieure à ce traité de 1955 parce que celui-ci justifiait la solution retenue. Le jugement fait 23 pages, alors qu'il y a eu plus de 6 000 pages déposées par les parties, et contient une demi-page qui correspond à des milliers de pages des parties sur des problèmes qu'il n'y avait pas à trancher. Les publicistes ont estimé que la Cour ne s'était pas fatiguée. Mais si la Cour avait tranché tout cela, il y aurait eu peut-être des divergences entre ses membres qui auraient affaibli son jugement, alors que celui-ci a été unanime, à l'exception du juge ad hoc libyen, et qu'il a été exécuté dans les trois mois. Le fait que les membres de la Cour aient abordé uniquement les points certains sans rentrer dans des digressions inutiles à la solution du litige a été pour beaucoup dans cette heureuse issue. Au niveau des avis consultatifs, par contre, il est possible parfois de fournir des développements plus complets qu'au niveau des jugements.

43. Quant à savoir pourquoi le Secrétaire général n'a jamais demandé d'avis consultatif à la Cour, la réponse est

simple : il n'a pas compétence pour cela. La question a été discutée, et il n'y a pas eu accord. Personnellement, M. Guillaume pense qu'il serait concevable de donner cette compétence au Secrétaire général. Politiquement, il serait probablement nécessaire d'assortir les demandes d'avis consultatif d'une certaine procédure au sein des Nations Unies, sur laquelle les États pourraient se mettre d'accord.

44. Pour ce qui est de la question du *forum prorogatum* soulevée par M. Goco, M. Guillaume indique que la Cour n'a pas connu d'exemple récent de cette procédure. Il lui arrive périodiquement d'être saisie de la demande d'un État qui fait une sorte d'offre à un autre État, en indiquant qu'il est prêt à venir devant la Cour pour telle ou telle affaire. La Cour transmet. Si l'autre État ne répond pas ou répond négativement, l'affaire s'arrête là. C'est ce qui est arrivé dans le cas d'une demande de l'Érythrée dirigée contre l'Éthiopie, reçue par la Cour, transmise à l'Éthiopie et restée sans réponse. Il ne pouvait donc pas y avoir *forum prorogatum* sous quelque forme que ce soit. Il faut être prudent avec le concept de consentement implicite car si un consentement peut être implicite, il doit être clair. C'est en cela que réside la difficulté.

45. Répondant à la question de M. Simma concernant d'abord la retransmission à la télévision des audiences de la Cour, M. Guillaume dit que celle-ci n'y est pas opposée, ce qui s'explique peut-être par le fait que les exposés des parties sont préparés et qu'il n'y a pas dans les débats de spontanéité excessive. Il n'y a donc pas, du point de vue de la Cour ni du point de vue des parties, d'inconvénient à ce que les débats oraux soient retransmis, compte tenu de leur caractère organisé à l'avance. Le seul point sur lequel la Cour a fait valoir des exigences est d'ordre purement matériel : il ne doit pas y avoir d'installations techniques susceptibles de gêner ses travaux.

46. À la question de savoir si les débats oraux pourraient être plus vivants, M. Guillaume répond qu'il y a, là encore, deux traditions : celle des débats très animés, avec échanges de vues entre les juges et les parties, dans lesquels les juges n'hésitent pas à laisser entendre par leurs questions quel est leur sentiment sur le dossier, et la tradition inverse parce que, dans certains États, le respect du secret du délibéré est beaucoup plus profond et qu'il n'est donc pas question qu'un juge puisse laisser seulement entrevoir son impression. En outre, les parties elles-mêmes sont rarement prêtes à jouer le jeu parce qu'elles craignent beaucoup de ne pas pouvoir peser immédiatement la portée de leur réponse. La preuve en est que la Cour donne en général le choix aux parties entre une réponse immédiate, une réponse à la séance suivante et une réponse par écrit, mais que les parties optent systématiquement pour la réponse par écrit. Cela tient à ce que les États sont des institutions complexes dans lesquelles une réponse implique parfois des consultations internes, auxquelles on ne peut pas procéder sur-le-champ. Les choses pourraient être certainement améliorées, selon l'exemple qu'offre la Cour européenne de justice. On notera cependant qu'il est plus facile de donner une réponse immédiate dans le système du droit communautaire, tout de même plus proche des droits nationaux, que dans celui, plus incertain, du droit international. Il faut enfin savoir que les questions que posent les juges font l'objet d'un débat interne : un membre de la Cour ne pose pas de question

² Traité d'amitié et de bon voisinage, signé à Tripoli le 10 août 1955 (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1596, n° 27943, p. 151).

sans en avoir parlé à ses collègues. Cela explique que beaucoup de questions posées sont purement factuelles. Le système n'est certainement pas parfait, mais les progrès sont difficiles.

47. M. KAMTO voudrait connaître l'opinion de la CIJ sur la force juridique des mesures conservatoires qu'elle indique. Ne peut-on raisonnablement penser que, si ces mesures avaient une force contraignante plus affirmée, cela permettrait à la Cour d'être plus souvent sollicitée par les États sur un certain nombre de différends pour lesquels ils sont obligés soit de s'adresser au Conseil de sécurité, soit de trouver d'autres solutions ?

48. M. MOMTAZ dit que la CIJ a eu à deux reprises l'occasion d'interpréter certaines dispositions de la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies. Elle semble avoir interprété dans un sens large les immunités accordées par cette convention aux experts des Nations Unies en mission. Elle est certainement tout à fait consciente des conséquences qui pourraient résulter de son interprétation. On en veut pour preuve l'avis consultatif rendu dans le *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, opposant la Malaisie à l'ONU : la Cour y a dit que le principe de l'immunité ne mettait pas en cause le principe de la responsabilité des organisations internationales. Or, le droit conventionnel, et plus particulièrement la Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, est muet sur la grande question de la responsabilité des organisations internationales. M. Momtaz aimerait savoir si la Cour lançait ainsi à la communauté internationale, aux publicistes et plus particulièrement à la Commission du droit international une sorte d'invitation à combler cette lacune par le biais d'un développement du droit international en la matière.

49. M. GUILLAUME (Président de la Cour internationale de Justice), répondant à M. Kamto, rappelle que c'est un vieux débat que celui de savoir si les mesures conservatoires indiquées par la Cour ont un caractère obligatoire. Il y a des arguments de texte, notamment dans la version anglaise du Statut de la Cour, en ce sens. Mais on a aussi soutenu le contraire. On notera seulement un point peut-être demeuré inaperçu : l'ordonnance en indication de mesures conservatoires rendue le 1^{er} juillet 2000 dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo* dit « Les deux parties doivent » dans la version française [par. 47] et *Both parties must* dans la version anglaise là où traditionnellement on trouvait *Parties should*. C'est un point d'évolution de la jurisprudence concernant la langue anglaise qui peut être intéressant.

50. Dans l'affaire *Différend relatif à l'immunité de juridiction d'un rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme*, la Cour a précisé que, s'il y a immunité, les experts ne peuvent être tenus pour responsables des propos qu'ils tiennent dans le cadre de leurs fonctions officielles, mais alors c'est l'Organisation des Nations Unies qui en devient responsable. Cela paraît tout à fait légitime car on ne peut imaginer qu'il y ait un vide dans le jeu des responsabilités. Il n'y avait rien de plus dans ce qu'écrivait la Cour, qui ne voulait que souligner que dès lors qu'il y avait action, il y avait responsabilité, et que dès lors que l'expert n'était pas responsable, c'était l'ONU qui l'était. Elle n'est pas allée plus loin, même si l'on peut imaginer

des développements du droit international à cet égard. En fait, le paragraphe évoqué sur ce point était plutôt un *obiter dictum*.

51. Le PRÉSIDENT remercie le Président de la CIJ de son exposé très utile devant la Commission.

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-deuxième session (suite)

CHAPITRE V. – Protection diplomatique (suite*) [A/CN.4/L.594]

B. – Examen du sujet à la présente session (suite*)

52. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen du chapitre V du rapport, interrompu au début du compte rendu de la présentation de l'article 2 par le Rapporteur spécial.

Paragraphe 25

Le paragraphe 25 est adopté.

Paragraphe 26

53. M. SIMMA dit que ce paragraphe manque de clarté dans la mesure où il semble changer constamment de sujet, au point que l'on ne voit plus très bien, dans la phrase « Toutefois, il avait été fait dans le passé un usage abusif du droit de recourir à la force », de quel droit il s'agit précisément. Pour lever toute ambiguïté, M. Simma propose de remplacer cette phrase par : « Toutefois, les États avaient fait dans le passé un usage abusif du droit de protéger par la force leurs propres nationaux ».

54. M. TOMKA, se référant à la deuxième phrase de la version anglaise, propose de remplacer *unilateral intervention* par *unilateral action*.

55. M. DUGARD (Rapporteur spécial) approuve les deux propositions.

Le paragraphe 26, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 27

56. M. SIMMA dit que, sous réserve de l'accord du Rapporteur spécial, il propose de compléter la première phrase pour préciser que c'est l'intervention humanitaire « au sens de la protection par la force des droits des nationaux d'un autre pays » qui n'entre pas dans le cadre de l'étude. Pour une partie de la doctrine, en effet, l'intervention humanitaire recouvre à la fois la protection par la force des ressortissants de l'État et l'intervention humanitaire visant à protéger des étrangers.

57. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur), appuyé par M. ECONOMIDES, craint que cette précision ne puisse être interprétée *a contrario* comme la reconnaissance d'un lien entre la protection diplomatique et d'autres formes d'intervention humanitaire, ce qui n'est pas le cas.

* Reprise des débats de la 2653^e séance.

58. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit qu'il suffit de se reporter au paragraphe 60 de son premier rapport (A/CN.4/506) pour constater que la précision proposée par M. Simma est opportune. Il approuve donc cette proposition.

59. Le PRÉSIDENT dit que s'il n'y a pas d'objection il considérera que la Commission souhaite adopter le paragraphe 27 avec la modification proposée par M. Simma.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 27, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 28 à 31

Les paragraphes 28 à 31 sont adoptés.

Paragraphe 32

60. M. BROWNLIE dit que la troisième phrase du paragraphe 32 semble contredire la teneur de la première phrase du paragraphe 31, reprise d'ailleurs à la fin du paragraphe 34, qui relate l'idée, exprimée par certains membres de la Commission, selon laquelle le sujet de la protection diplomatique inscrit à l'ordre du jour ne couvre pas le problème de la licéité de la menace ou de l'emploi de la force par les États. Or, telle qu'elle est rédigée, la troisième phrase du paragraphe 32 laisse penser à tort que les membres ayant adopté cette position ont, de fait, appuyé la conception juridique qu'a exprimée le Rapporteur spécial dans l'article 2.

61. M. GAJA, souscrivant à cette observation, propose de remédier au problème par deux amendements : le remplacement d'une part de l'expression « les membres » par la formule « certains membres » et d'autre part du mot « emploieraient » par la formule « pourraient employer ».

62. M. TOMKA dit que la prudence commanderait de supprimer toute la troisième phrase.

63. M. GOCO estime que cette phrase reflète correctement le débat et qu'il ne faut pas y toucher.

64. M. PELLET dit que la phrase est incompréhensible en ce qu'elle mêle des considérations juridiques et des considérations factuelles, et que le texte serait déjà plus clair si l'expression « seraient en droit d'employer » était substituée au verbe « emploieraient ».

65. M. SIMMA propose que le dernier membre de phrase se lise simplement : « le Rapporteur spécial interprétait correctement l'Article 51 de la Charte [ou le droit de légitime défense] ».

66. M. HE dit qu'il faudrait connaître le point de vue des membres qui ont exprimé cette opinion.

67. M. GALICKI propose, pour introduire une certaine logique entre les deux parties de la phrase, d'ajouter *in fine* le membre de phrase suivant : « mais en dehors de la protection diplomatique ».

68. M. DUGARD (Rapporteur spécial) propose, en s'inspirant des diverses propositions qui ont été faites, de remanier la phrase de la manière suivante : « Mais certains des membres qui souscrivaient à la deuxième opinion, à

savoir que la question du recours à la force n'entraîne pas dans le champ de la protection diplomatique, ont estimé que le Rapporteur spécial avait raison en droit et que des États pourraient employer la force pour protéger leurs nationaux dans l'exercice du droit de légitime défense, mais que cela n'entraîne pas dans le champ de la protection diplomatique ».

69. M. BROWNLIE estime que cette proposition ne reflète pas suffisamment le point de vue d'un troisième groupe de membres qui ont simplement affirmé que la question de l'emploi de la force ne relevait pas du mandat de la Commission et qui sont délibérément restés en dehors du débat sur cette question. Il faudrait donc demander au Rapporteur spécial de trouver, en concertation avec le Rapporteur, une formulation faisant ressortir clairement l'existence de trois points de vue au sein de la Commission.

70. M. Sreenivasa RAO souscrit aux propos de M. Brownlie.

71. Le PRÉSIDENT propose que le Rapporteur, en concertation avec le Rapporteur spécial et les membres de la Commission qui ont exprimé des réserves à propos de la troisième phrase, s'efforce de rechercher une formulation qui sera présentée à une séance ultérieure de la Commission. S'il n'y a pas d'objection, il considérera que la Commission accepte cette proposition.

Il en est ainsi décidé.

Paragraphe 33

Le paragraphe 33 est adopté.

Paragraphe 34

72. M. ECONOMIDES propose, pour rétablir l'égalité entre les deux courants de pensée au sein de la Commission, de remplacer, au début de la septième phrase, l'expression « la plupart des membres » – qui laisse penser qu'il y a eu une majorité et une minorité – par « d'autres membres ». Il rappelle d'ailleurs que, lors du débat, neuf membres ont présenté une proposition écrite pour un article « X », dont le contenu était le suivant : « La protection diplomatique est une institution internationale pacifique excluant le recours à la menace ou à l'emploi de la force ainsi que l'ingérence dans les affaires intérieures ou extérieures de l'État ». Il pense que cette proposition, qui n'est nullement signalée dans le rapport, devrait figurer quelque part. Cela relève toutefois de la compétence du Rapporteur spécial.

73. M. SIMMA pense que c'est toute la septième phrase qui devrait être remaniée car la formule « la plupart des membres de la Commission n'avaient pas adopté de position tranchée sur les dispositions de la Charte » rend compte très maladroitement de la position des membres, dont lui-même et M. Brownlie, qui étaient d'avis qu'il fallait s'en tenir à la question de la protection diplomatique et dire simplement que la question de l'emploi de la force ne relevait pas du sujet.

74. M. BROWNLIE réaffirme ce qu'il a dit à propos du paragraphe 32, à savoir que le texte devrait refléter plus clairement l'existence de trois courants de pensée au sein de la Commission, correspondant respectivement aux membres qui ont approuvé l'article 2, à ceux qui ont désapprouvé l'article 2 et à ceux, dont la position est trop discrètement reflétée dans le texte, qui ont simplement estimé que la question de l'emploi de la force ne relevait pas du sujet.

75. M. KAMTO dit tout d'abord qu'il faudrait trouver un moyen de rappeler la position très ferme des neuf membres auteurs de la proposition écrite d'article « X ». Deuxièmement, il n'est pas acceptable de laisser dire, à la quatrième phrase du paragraphe, que : « En toute honnêteté, le Rapporteur spécial ne pouvait pas, comme son prédécesseur, soutenir que le recours à la force était proscrit lorsqu'il s'agissait pour un État de protéger ses ressortissants ». C'est là l'expression d'une opinion qu'il faut contrebalancer en mentionnant très clairement l'avis des membres qui se sont nettement exprimés en faveur de l'interdiction du recours à la force par les États, y compris pour protéger leurs ressortissants à l'étranger, ce qui était le sens de la proposition d'article « X ».

76. M. ROSENSTOCK rappelle que ce qui est relaté dans le paragraphe, ce sont les conclusions exprimées par le Rapporteur spécial. Cela dit, une simple phrase suffirait à régler la question des trois courants de pensée qui, selon M. Brownlie, se sont dégagés au sein de la Commission.

77. Le PRÉSIDENT dit que l'examen du paragraphe 34 sera repris à une séance ultérieure afin de laisser le temps au Rapporteur, en concertation avec le Rapporteur spécial, de revoir éventuellement sa formulation.

La séance est levée à 13 heures.

2659^e SÉANCE

Mardi 15 août 2000, à 15 h 5

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Brownlie, M. Candioti, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kusuma-Atmadja, M. Momtaz, M. Pellet, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Tomka.

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-deuxième session (*suite*)

CHAPITRE V. – *Protection diplomatique (suite)* [A/CN.4/L.594]

B. – Examen du sujet à la présente session (*suite*)

Paragraphe 32 (*fin*)

1. Le PRÉSIDENT indique qu'après des consultations informelles entre le Rapporteur, le Rapporteur spécial et d'autres membres, il est proposé de scinder en deux la troisième phrase, selon le libellé suivant : « Mais certains des membres qui souscrivaient à la deuxième opinion, à savoir que la question du recours à la force n'entraîne pas dans le champ de la protection diplomatique, ont estimé que le Rapporteur spécial interprétait correctement l'Article 51 de la Charte et que des États seraient en droit d'employer la force dans l'exercice du droit de légitime défense si la vie de leurs nationaux était en jeu. D'autres membres qui souscrivaient à la deuxième opinion n'ont pas pris position sur la question de l'emploi de la force ».

Le paragraphe 32, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 34 (*fin*)

2. Le PRÉSIDENT indique qu'à la suite de consultations il est aussi proposé de formuler ainsi le début de la septième phrase : « Toutefois, d'autres membres de la Commission n'avaient pas adopté de position sur les dispositions de la Charte... ».

Le paragraphe 34, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 35

3. M. TOMKA propose que l'expression « dans l'affaire *Nottebohm* » soit précédée des mots « par la Cour internationale de Justice ».

Le paragraphe 35, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 36 à 42

Les paragraphes 36 à 42 sont adoptés.

Paragraphe 43

4. M. DUGARD (Rapporteur spécial) signale que certains membres ont élevé des objections contre la mention particulière des constitutions des États d'Europe orientale dans la partie relative à l'article premier. Il conviendrait donc, dans un souci de cohérence, de supprimer le membre de phrase « en particulier celles des pays d'Europe orientale ».

Le paragraphe 43, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 44

Le paragraphe 44 est adopté.

Paragraphe 45

5. M. TOMKA propose de remplacer le mot « modernes » par le mot « contemporains ».

Le paragraphe 45, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 46 à 53

Les paragraphes 46 à 53 sont adoptés.

Paragraphe 54

6. M. TOMKA estime que le libellé du membre de phrase placé entre parenthèses, « établie à la suite du conflit Koweït-Iraq », est trop neutre au regard du caractère très sensible de ce sujet dans l'ordre politique. Il propose par conséquent de le supprimer.

Le paragraphe 54, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 55 à 61

Les paragraphes 55 à 61 sont adoptés.

Paragraphe 62

7. M. TOMKA fait valoir que les États qui ont adopté récemment une législation prévoyant l'attribution d'une nationalité à la suite de la dissolution d'un autre État pourraient s'élever contre l'expression « de manière autoritaire ». Il conviendrait de trouver une formulation plus acceptable.

8. M. ECONOMIDES, relevant que le paragraphe en question reprend certaines de ses observations, précise qu'il n'a pas employé le mot « autoritaire », qui est effectivement malheureux. Il propose de le remplacer par l'expression « d'office ».

9. M. BROWNLIE propose une expression neutre, n'impliquant pas de jugement de valeur, issue du droit anglais : « par l'effet de la loi ».

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 62, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 63 et 64

Les paragraphes 63 et 64 sont adoptés.

Paragraphe 65

Le paragraphe 65 est adopté avec une modification rédactionnelle mineure.

Paragraphe 66

Le paragraphe 66 est adopté.

Paragraphe 67

10. M. TOMKA, appuyé par M. KUSUMA-ATMADJA, souhaite que l'expression anglaise *even if all States did not recognize it*, qu'il juge ambiguë, soit remplacée par la formulation suivante : *even if not all States recognized it*.

11. M. BROWNLIE déclare qu'il n'a pas de critique à formuler sur cette partie du texte, mais qu'à son avis l'emploi du mot « le cas », dans la même phrase, n'est pas suffisamment clair. Il conviendrait de le remplacer par « l'institution ».

Le paragraphe 67, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 68 à 75

12. M. SIMMA juge insuffisant l'ensemble du compte rendu du débat relatif à l'article 6. Ainsi que l'avait souligné le Rapporteur spécial dans ses conclusions, au paragraphe 75, deux points de vue se sont exprimés, tous deux fondés sur de solides arguments; or leur présentation dans le compte rendu dénote un déséquilibre manifeste. En effet, il est rendu compte succinctement de l'opinion selon laquelle la règle voulant que l'État de la nationalité dominante peut exercer une protection diplomatique contre l'État de l'autre nationalité est applicable, alors que les deux tiers du texte sont consacrés à l'opinion contraire, avec à l'appui des citations textuelles de la Convention de La Haye de 1930 concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité. M. Simma croit se souvenir que la Commission s'était divisée sur la question de façon plus ou moins égale, avec des convictions très tranchées en faveur de l'une ou de l'autre position.

13. M. ECONOMIDES se déclare d'accord avec M. Simma. Le principe exprimé à l'article 6 s'est heurté à une forte opposition, or celle-ci n'apparaît qu'au paragraphe 72 – et encore, sous une forme atténuée. Il propose donc d'insérer après le paragraphe 69 un nouveau paragraphe présentant l'opinion contraire avec tous les arguments à l'appui. Quelle que soit la méthode employée, il conviendrait de remanier ces paragraphes afin de rétablir l'équilibre et de refléter fidèlement deux conceptions radicalement différentes.

14. M. GOCO craint qu'au cas où l'on suivrait cette proposition il ne devienne nécessaire de récrire l'ensemble du débat relatif à l'article 6. À son avis, il serait préférable d'examiner le texte paragraphe par paragraphe.

15. M. SIMMA convient avec M. Economides qu'il existe un déséquilibre mais, à son avis, la balance penche de l'autre côté. Le paragraphe 69 et le début du paragraphe 70 contiennent quelques phrases exprimant l'idée que le principe exposé dans l'article 6 est valable mais, à partir de là, tous les arguments présentés sont favorables à l'opinion opposée. Le paragraphe 72 constitue dans sa totalité une réfutation de l'opinion du Rapporteur spécial : en

dépôt des exemples cités, la « situation n'[est] pas si simple »; suit une série d'arguments contre le principe en question. De profondes modifications sont nécessaires. Il n'est pas utile d'examiner le texte paragraphe par paragraphe.

16. Le PRÉSIDENT demande à M. Simma s'il envisage un remaniement complet des paragraphes 68 à 74 ou s'il pense qu'on peut rétablir l'équilibre en insérant un nouveau paragraphe.

17. M. SIMMA estime que le fond du débat a été si mal rendu que l'insertion d'un nouveau paragraphe ne suffirait pas à remédier au déséquilibre. Il propose que les personnes intéressées se réunissent officieusement pour établir un autre texte.

18. M. KABATSI souhaite que soit précisé si la mention faite au paragraphe 75, dans le texte anglais, de *strong authority* (« de solides arguments ») fait référence à des sources juridiques (*legal authority*) ou au nombre de membres favorables à chacun des points de vue.

19. M. DUGARD (Rapporteur spécial) précise qu'il pensait aux sources juridiques. Il serait prêt à voir le texte modifié pour lever l'ambiguïté.

20. M. KABATSI juge qu'il n'est pas nécessaire d'ajouter dans la version anglaise le mot *legal*, pourvu que le texte ne laisse pas supposer qu'une opinion recueillie plus de partisans que l'autre.

21. M. BROWNLIE propose que, comme dans le cas du paragraphe 32, les paragraphes 68 à 74 soient renvoyés au Rapporteur spécial, ainsi qu'au Rapporteur et aux autres membres, pour être remaniés suivant les besoins à la lumière de ce qui vient d'être dit.

22. Le PRÉSIDENT acquiesce à cette idée. Certains membres souhaitent un réexamen de l'ensemble des paragraphes relatifs à l'article 6, ce qui ne peut être fait en séance plénière. Le Rapporteur devra entreprendre des consultations avec le Rapporteur spécial et les membres intéressés. En attendant, la Commission devrait reporter l'adoption de ces paragraphes.

23. M. DUGARD (Rapporteur spécial) déclare que deux opinions radicalement opposées sont défendues. M. Simma, dont il partage le point de vue, estime que l'opinion qui a finalement été adoptée et approuvée à l'issue des consultations informelles doit se voir accorder plus de place dans le rapport, et M. Economides est d'un avis opposé. L'opinion minoritaire a peut-être été développée trop longuement de crainte de donner l'impression qu'elle a été passée sous silence. M. Dugard demande par conséquent des instructions sur la façon dont les paragraphes devraient être remaniés.

24. M. ECONOMIDES déclare que les paragraphes 68 à 74 s'inspirent du compte rendu analytique. Toutefois, le point de vue des membres soutenant la règle classique d'absence de responsabilité de l'État vis-à-vis de ses propres nationaux n'est pas exposé correctement jusqu'au paragraphe 72. Il propose donc l'insertion d'un paragraphe 69 *bis* dont le libellé pourrait être le suivant :

« D'autres membres, en revanche, ont soutenu la règle classique de non-responsabilité de l'État à l'égard de ses propres nationaux, présentant à l'appui différents arguments développés dans les paragraphes suivants, et notamment le fait qu'aux termes de l'article 4 de la Convention de La Haye de 1930, toujours en vigueur, "[u]n État ne peut exercer sa protection diplomatique au profit d'un de ses nationaux à l'encontre d'un État dont celui-ci est aussi le national". »

Les autres paragraphes relatifs à l'article 6 pourraient demeurer inchangés.

25. M. SIMMA estime que la dernière phrase du paragraphe 72, par exemple, ne rend pas compte des deux points de vue exprimés dans le débat et de sa propre intervention. La phrase devrait préciser que la position exprimée avait été contestée. La proposition constructive de M. Economides semble ouvrir une voie intéressante.

26. M. TOMKA estime que la meilleure solution serait de demander au Rapporteur, au Rapporteur spécial et aux membres intéressés de préparer, à partir du compte rendu analytique, un nouveau texte qui serait examiné lors d'une séance ultérieure.

27. M. GOCO appuie la proposition de M. Tomka, mais croit qu'il serait utile de débattre de la proposition de M. Economides à la présente séance.

28. Le PRÉSIDENT déclare que le problème ne semble pas pouvoir être résolu à la présente séance. Par conséquent, s'il n'y a pas d'opposition, il considérera que la Commission est convenue d'adopter le paragraphe 75 en l'état et de reporter l'examen des paragraphes 68 à 74 dans l'attente de nouvelles consultations entre le Rapporteur, le Rapporteur spécial et les membres intéressés.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 75 est adopté.

Paragraphes 76 à 80

Les paragraphes 76 à 80 sont adoptés.

Paragraphe 81

29. M. TOMKA appelle l'attention sur une contradiction apparente entre les deux dernières phrases du paragraphe 81. Dans la mesure où la première de ces deux phrases évoque la jurisprudence du Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran, il conviendrait de supprimer de la deuxième les mots « alors que la pratique et la jurisprudence en la matière étaient inexistantes », la phrase s'achevant alors par les mots « s'engager sur cette voie ».

Le paragraphe 81, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 82 à 86

Les paragraphes 82 à 86 sont adoptés.

Paragraphe 87

30. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur) estime que les observations relatives au HCR sont sans rapport avec le sujet du paragraphe et devraient être transférées, soit à la fin de ce paragraphe, soit dans un paragraphe séparé. Il serait même préférable de les supprimer entièrement car, de son point de vue, le HCR n'est pas habilité à adresser des réclamations au nom des réfugiés auprès du gouvernement du pays concerné, et la « protection » qu'exerce cet organisme est très différente de la protection diplomatique.

31. M. SIMMA déclare que si l'observation relative au HCR est supprimée, le paragraphe 87 s'en trouvera déséquilibré, puisque les opinions divergentes évoquées dans la première phrase ne seraient plus présentées.

32. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur) estime que la seule façon de conserver l'équilibre du paragraphe 87 serait de le remanier de façon à en relier le début et la fin tout en éliminant la partie centrale, qui n'a absolument aucun rapport avec le reste du paragraphe.

33. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la Commission est convenue de reporter l'examen du paragraphe 87.

Il en est ainsi décidé.

Paragraphe 88

34. M. SIMMA fait observer que, dans un souci de cohérence, le paragraphe 88, comme les autres paragraphes présentant le point de vue du Rapporteur spécial, devrait commencer par une formule telle que « Le Rapporteur spécial a exprimé l'opinion que... ».

Le paragraphe 88, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 89

Le paragraphe 89 est adopté avec des modifications rédactionnelles mineures.

Paragraphe 90

Le paragraphe 90 est adopté.

CHAPITRE VII. – Les réserves aux traités (A/CN.4/L.596 et Add.1 à 4)

A. – Introduction (A/CN.4/L.596)

Paragraphe 1 à 15

35. M. PELLET (Rapporteur spécial) déclare que les paragraphes 10 à 14 contiennent beaucoup d'éléments déjà présents dans le rapport de la session précédente de la Commission, qui sont donc ici superflus. C'est pourquoi lesdits paragraphes pourraient être réduits de façon très substantielle. Il serait possible de supprimer la plus grande partie du paragraphe 10, une grande partie du paragraphe 11 et la totalité du paragraphe 12, à l'exception de sa première phrase. Il conviendrait de conserver les trois premières phrases du paragraphe 13, le reste du paragraphe ainsi que la totalité du paragraphe 14 étant supprimés.

Les paragraphes 1 à 15, ainsi modifiés, sont adoptés.

La section A, ainsi modifiée, est adoptée.

B. – Examen du sujet à la présente session (A/CN.4/L.596 et Add.1)

Document (A/CN.4/L.596)

Paragraphe 16 à 18

Les paragraphes 16 à 18 sont adoptés.

Document (A/CN.4/L.596/Add.1)

Paragraphe 19 à 23

Les paragraphes 19 à 23 sont adoptés.

Paragraphe 24

Le paragraphe 24 est adopté avec une modification rédactionnelle mineure dans la version française.

Paragraphe 25

36. M. PELLET (Rapporteur spécial) fait observer que les notes de bas de page du chapitre VII se contentent de renvoyer le lecteur au texte des projets de directives contenus dans son cinquième rapport (A/CN.4/508 et Add.1 à 4). Le texte des projets de directives devrait être reproduit *in extenso* dans les notes de bas de page, conformément à la pratique suivie dans les autres chapitres du rapport.

37. Le PRÉSIDENT déclare que le secrétariat prendra note de la requête du Rapporteur spécial.

Le paragraphe 25 est adopté.

Paragraphe 26 à 29

Les paragraphes 26 à 29 sont adoptés.

Paragraphe 30

38. M. SIMMA fait observer qu'une grande partie du chapitre VII, contrairement aux autres chapitres du rapport qui comprennent énormément de notes infraliminaires portant sur le fond, ressemble à un « minirapport » du Rapporteur spécial.

39. M. PELLET (Rapporteur spécial) indique que ce chapitre a délibérément été rédigé sous forme de « minirapport » afin d'épargner au Rapporteur spécial le long travail consistant à présenter de nouveau cette partie de son rapport – déjà présentée mais non débattue à la présente session – lors de la prochaine session de la Commission. La présentation du chapitre VII devrait donc rester inchangée.

40. M. ECONOMIDES, soutenant la position du Rapporteur spécial, estime qu'il est très utile pour la Commission de disposer dans son rapport d'explications détaillées du projet de directives, pratique qui pourrait être utilement suivie pour d'autres chapitres du rapport.

41. M. TOMKA déclare qu'il vaut probablement mieux conserver la présentation actuelle du chapitre VII, mais invite instamment les rapporteurs futurs et le secrétariat à garder à l'esprit les observations de M. Simma lorsqu'ils rédigeront les rapports de la Commission relatifs aux sessions ultérieures.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 30 est adopté.

Paragraphe 31 et 32

Les paragraphes 31 et 32 sont adoptés.

Paragraphe 33

42. M. KAMTO exprime l'opinion que la note de bas de page 12 devrait mentionner plus d'une affaire, étant donné que le texte parle de « plusieurs affaires ».

43. M. TOMKA déclare que le problème pourrait être résolu par l'insertion de l'expression « par exemple » entre « voir » et « Tribunal ».

Le paragraphe 33, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 34

Le paragraphe 34 est adopté.

Paragraphe 35

44. M. PELLET (Rapporteur spécial), M. GAJA et M. ROSENSTOCK appellent l'attention sur quelques erreurs de rédaction. L'expression entre parenthèses devrait commencer par les mots « ainsi que » au lieu de « mais aussi ». Un peu plus loin, au lieu de « consentement tacite ... des autres parties à la réserve tardive », il conviendrait de libeller ainsi le texte : « ... consentement tacite ... des autres parties contractantes à la formulation d'une réserve tardive ... ».

Le paragraphe 35, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 36 et 37

Les paragraphes 36 et 37 sont adoptés.

Paragraphe 38

45. M. PELLET (Rapporteur spécial) déclare que, dans la version française, le membre de phrase « S'agissant par la suite des déclarations interprétatives » devrait être supprimé.

Le paragraphe 38, ainsi modifié dans la version française, est adopté.

Paragraphe 39

Le paragraphe 39 est adopté avec des modifications rédactionnelles mineures dans la version française.

Paragraphe 40

Le paragraphe 40 est adopté.

Paragraphe 41

46. MM. HAFNER et SIMMA font observer qu'alors que l'adoption des directives a fait l'objet de longs débats, pas une seule ligne du rapport ne leur est consacrée.

47. M. PELLET (Rapporteur spécial) déclare qu'il décline toute responsabilité quant à la rédaction du rapport. Toutefois, le Rapporteur a suivi, à juste titre, la pratique habituelle. Les projets de directives qui ont été adoptés ne sont pas publiés jusqu'à la parution des commentaires. Ceux-ci reflètent de façon générale le débat. Cette situation est sans doute à regretter, mais aucun rapport précédent de la Commission n'a jamais fait figurer à la fois les commentaires et un résumé du débat. En une occasion précédente, le Rapporteur spécial avait pris des dispositions pour que les directives ne soient pas publiées, afin que le débat puisse figurer dans le rapport. Comme il a pris la peine de faire figurer des commentaires dans le document à l'examen, celui-ci ne contient pas de résumé des débats.

48. M. SIMMA déclare qu'il s'incline devant les faits, mais que la Commission s'est trouvée face à une situation particulière à la session en cours. Elle a examiné le texte d'une proposition d'un rapporteur spécial pour la première fois et en a adopté une partie, le tout dans le cadre d'une seule session, mais le point de vue de la Commission n'apparaît nulle part dans le rapport.

49. M. PELLET (Rapporteur spécial) déclare qu'il n'est nullement question de demander aux membres d'approuver des éléments qui n'ont pas été discutés. Il répète que le Rapporteur s'est contenté de suivre la pratique habituelle.

50. M. TOMKA déclare que, si sa mémoire est bonne, à la session précédente, lorsque le projet d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États a été adopté sous forme de déclaration accompagnée de commentaires, il n'a pas été rendu compte dans le rapport du débat qui avait eu lieu. Le secrétariat pourrait peut-être rappeler aux membres quelle est la procédure à suivre.

51. Le PRÉSIDENT souligne qu'il n'y a aucune raison de s'écarter de la pratique habituelle de la Commission. Tout en étant sensible à la préoccupation exprimée par M. Simma, il fait valoir qu'il est nécessaire de limiter la longueur du rapport.

Le paragraphe 41 est adopté.

La section B, ainsi modifiée, est adoptée.

C. – Texte des projets de directives concernant les réserves aux traités adoptés à titre provisoire par la Commission en première lecture (A/CN.4/L.596/Add.2 à 4)

1. TEXTE DES PROJETS DE DIRECTIVES (A/CN.4/L.596/Add.2)

Paragraphe 1

52. M. PELLET (Rapporteur spécial) demande s'il serait possible d'insérer une note de bas de page indiquant que les commentaires relatifs aux projets de directives adoptés par la Commission à sa cinquante et unième session figurent dans le rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de cette session.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

2. TEXTE DES PROJETS DE DIRECTIVES ADOPTÉS À LA CINQUANTE-DEUXIÈME SESSION DE LA COMMISSION ET DES COMMENTAIRES Y RELATIFS (A/CN.4/L.596/Add.3 et 4)

53. M. HAFNER estime qu'il conviendrait peut-être d'ajouter un paragraphe liminaire à la section 2 de façon à faire apparaître que la Commission adopte des commentaires.

54. Le PRÉSIDENT déclare qu'un paragraphe sera ajouté en conséquence.

Document A/CN.4/L.596/Add.3

Commentaire de la directive 1.1.8 (Réserves faites en vertu de clauses d'exclusion)

55. M. SIMMA demande ce que signifie la première phrase du paragraphe 5 du commentaire.

56. M. KUSUMA-ATMADJA croit comprendre que cette phrase fait référence à d'autres conventions qui, elles, prohibent les réserves, par exemple la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

57. M. SIMMA demande si la phrase ne devrait pas être libellée de la façon suivante dans la version anglaise : *In fact, the Vienna Conventions do not preclude the making of reservations not on the basis of an authorization implicit in the general international law of treaties, as codified in articles 19 to 23 of the 1969 and 1986 Vienna Conventions, but on the basis of specific treaty provisions.*

58. M. PELLET (Rapporteur spécial) se déclare d'accord avec la formulation proposée par M. Simma.

59. M. TOMKA propose de supprimer la note de bas de page 12. En effet, à qui incombe la vérification dont il y est question ?

Il en est ainsi décidé.

60. M. GAJA s'interroge sur le sens du paragraphe 15. La seconde phrase pourrait éventuellement être modifiée de façon à indiquer clairement que les clauses en question peuvent ou non constituer des réserves.

61. M. ROSENSTOCK fait observer que, dans sa formulation actuelle, la seconde phrase semble exclure la possibilité que des clauses offrant le choix entre diverses dispositions d'un traité puissent ne pas constituer des réserves, ce qui ne correspond pas à l'intention du texte. Il propose par conséquent de déplacer la négation de façon à la faire porter sur le verbe « impliquer », ce qui donne le libellé suivant « ... n'impliquant pas que toutes les clauses ... sont des réserves ».

62. M. TOMKA souligne qu'aux termes du paragraphe 15, les options constituent parfois des réserves et parfois non. Cette assertion contredit le paragraphe 13 et le projet de directive 1.1.8, qui tous deux affirment, soit directement, soit par référence aux Conventions de Vienne de 1969 et 1986, que les options constituent des réserves. Il convient donc de supprimer le paragraphe 15.

63. M. ECONOMIDES trouve, comme M. Gaja, que le paragraphe 15 est plutôt abscons. Mais une lecture attentive révèle une distinction entre la situation décrite à l'article 17 commun aux Conventions de Vienne de 1969 et 1986, dans laquelle les options peuvent dans certains cas constituer des réserves, et la situation dans laquelle ces clauses ne constituent pas des réserves. Le paragraphe 15 devrait demeurer inchangé.

64. M. KUSUMA-ATMADJA se déclare favorable soit au maintien du paragraphe, soit à la suppression de la totalité de la seconde phrase, mais opposé à des modifications de faible portée dans la seconde phrase.

65. M. PELLET (Rapporteur spécial) explique que l'idée que veut exprimer le paragraphe 15 est que l'article 17 commun aux Conventions de Vienne de 1969 et 1986 implique que l'acceptation d'un traité peut être de nature partielle du fait, soit d'une réserve, soit d'autres techniques, ce qui signifie que les clauses permettant une participation partielle peuvent soit constituer des réserves, soit n'en pas constituer. Si c'est là ce que M. Rosenstock entend par sa modification, celle-ci est acceptable.

66. Le PRÉSIDENT déclare qu'en l'absence d'objection il considérera que la Commission souhaite adopter l'amendement de M. Rosenstock.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 15 du commentaire, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire de la directive 1.1.8, ainsi modifié, est adopté.

Commentaire de la directive 1.4.6 [1.4.6, 1.4.7] (Déclarations unilatérales faites en vertu d'une clause facultative)

67. M. KABATSI propose une correction rédactionnelle au paragraphe 5.

68. M. HAFNER appelle l'attention sur l'alinéa a dudit paragraphe et demande des éclaircissements sur l'expression « en général ».

69. Après un bref échange de vues auquel participent MM. PELLET (Rapporteur spécial), HAFNER et

ROSENSTOCK, le PRÉSIDENT propose que les mots « en général » soient remplacés par l'expression « dans la plupart des cas ».

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 5 du commentaire, ainsi modifié, est adopté.

70. M. ECONOMIDES, appuyé par M. SIMMA, estime que, dans la dernière phrase du paragraphe 9, le mot « facultative », lorsqu'il apparaît la deuxième fois, devrait être remplacé par le mot « obligatoire ».

71. M. BROWNLIE explique que le texte en l'état est correct. La juridiction de la CIJ est facultative au stade de la procédure que vise ce paragraphe. Une fois la juridiction acceptée, elle devient obligatoire.

72. M. TOMKA propose de remplacer l'expression « clause facultative d'acceptation de juridiction facultative » par le mot « juridiction ».

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 9 du commentaire, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire de la directive 1.4.6 [1.4.6, 1.4.7], ainsi modifié, est adopté.

Commentaire de la directive 1.4.7 [1.4.8] (Déclarations unilatérales opérant un choix entre les dispositions d'un traité)

73. M. SIMMA s'interroge sur l'emploi du mot « avec » dans la première phrase du paragraphe 12.

74. Le PRÉSIDENT propose de remplacer l'expression « avec les réserves » par l'expression « entre ces déclarations et les réserves ».

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 12 du commentaire, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire de la directive 1.4.7 [1.4.8], ainsi modifié, est adopté.

Document A/CN.4/L.596/Add.4

Commentaire de la directive 1.7 (Alternatives aux réserves et aux déclarations interprétatives)

75. M. PELLET (Rapporteur spécial) et M. SIMMA appellent l'attention sur certaines modifications rédactionnelles qui doivent être apportées au début du commentaire.

76. M. ECONOMIDES indique que la fin de la dernière phrase du paragraphe 1 pourrait se prêter à une interprétation erronée. Il propose de supprimer les mots « tout en sauvegardant le "noyau dur" du traité ».

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 1 du commentaire, ainsi modifié, est adopté.

77. M. HAFNER demande si les « clauses conventionnelles » mentionnées à la première phrase du paragraphe 2 désignent des clauses habilitant les États à conclure des traités ou s'il s'agit des dispositions du traité elles-mêmes. Dans ce dernier cas, le mot « traités » serait préférable à l'expression « clauses conventionnelles ».

78. M. PELLET (Rapporteur spécial) estime que, si cela doit rendre le texte plus clair, les mots « clauses conventionnelles » peuvent être remplacés par les mots « clauses figurant dans le traité lui-même ».

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 2 du commentaire, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire de la directive 1.7, ainsi modifié, est adopté.

La séance est levée à 18 heures

2660^e SÉANCE

Mercredi 16 août 2000, à 10 heures

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma.

Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission (A/CN.4/504, sect. E)

[Point 8 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU PRÉSIDENT DU GROUPE DE PLANIFICATION

1. Le PRÉSIDENT invite M. Kamto, Président du Groupe de planification, à présenter un rapport oral sur les travaux du Groupe.

2. M. KAMTO (Président du Groupe de planification) dit qu'au cours de la session en cours de la Commission le Groupe de planification a tenu quatre séances. Il était saisi de la section E du résumé thématique des débats tenus à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa cinquante-quatrième session, intitulée « Autres décisions et conclusions de la Commission » (A/CN.4/504, par. 181 à 188), et a aussi pris en considération les paragraphes 8 à 11 de la résolution 54/111 de l'Assemblée générale en date du 9 décembre 1999. Il a décidé de rétablir le Groupe de travail sur le programme de travail à long terme et le groupe de travail sur la structure des sessions. Il était en outre saisi d'une proposition présentée par M. Pellet dans un document intitulé « Élections à la Commission du droit international » [ILC(LII)/PG/WP.1].

3. À sa 4^e séance, le 10 août 2000, après avoir examiné les rapports des deux groupes de travail, le Groupe de planification a décidé, premièrement, d'adopter le rapport du Groupe de travail sur le programme de travail à long terme [ILC(LII)/WG/LT/L.1 et Add.1], en supprimant le mot « peut-être » dans la première phrase du dernier paragraphe du document ILC(LII)/WG/LT/L.1, deuxièmement, d'adopter le rapport du groupe de travail sur la structure des sessions [ILC(LII)/WG/SPS/L.1], et, troisièmement, d'inscrire à son ordre du jour, pour la session suivante de la Commission, la proposition de M. Pellet figurant dans le document intitulé « Élections à la Commission du droit international ».

4. Le Président du Groupe de planification précise que le chapitre IX du projet de rapport de la Commission (A/CN.4/L.598) rendra compte des décisions concernant le programme de travail à long terme ainsi que de celles liées aux travaux du groupe de travail sur la structure des sessions qui concernent la durée, la structure et le lieu des sessions à venir de la Commission. Il remercie tous les membres du Groupe de planification et des deux groupes de travail, en particulier M. Brownlie, Président du Groupe de travail sur le programme de travail à long terme, ainsi que M. Rosenstock, Président du groupe de travail sur la structure des sessions, de leurs efforts et de leur esprit de coopération qui ont permis d'obtenir des résultats concrets.

5. Le PRÉSIDENT remercie le Président du Groupe de planification et propose que la Commission prenne note de son rapport oral.

Il en est ainsi décidé.

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-deuxième session (suite)

CHAPITRE VII. – Les réserves aux traités (fin) [A/CN.4/L.596 et Add.1 à 4]

C. – Texte des projets de directives concernant les réserves aux traités adoptés à titre provisoire par la Commission en première lecture (fin) [A/CN.4/L.596/Add.2 à 4]

2. **TEXTE DES PROJETS DE DIRECTIVES ADOPTÉS À LA CINQUANTE-DEUXIÈME SESSION DE LA COMMISSION ET DES COMMENTAIRES Y RELATIFS (fin)** [A/CN.4/L.596/Add.3 et 4]

6. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen du document, en commençant par le commentaire de la directive 1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4], paragraphe par paragraphe.

Document A/CN.4/L.596/Add.4

Commentaire de la directive 1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] (Alternatives aux réserves)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 du commentaire est adopté.

Paragraphe 2

7. M. SIMMA propose, pour rendre le texte plus clair, de reporter à la fin de la phrase liminaire la référence au paragraphe 3 de l'article 19 de la Constitution de l'OIT qui figure dans la note de bas de page 4.

Le paragraphe 2 du commentaire, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 3

8. M. SIMMA ne perçoit pas bien, dans la dernière phrase, le sens du mot « injonction » et se demande s'il ne pourrait pas être supprimé.

9. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objection, il considérera que la Commission décide de supprimer les mots « une quelconque injonction ou ».

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 3 du commentaire, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 4 et 5

Les paragraphes 4 et 5 du commentaire sont adoptés.

Paragraphe 6

10. M. SIMMA dit que, dans le deuxième tiret du texte anglais, il faudrait peut-être remplacer le mot *derogations*, qui a un sens purement factuel, par l'expression *derogation clauses*.

11. M. PELLET (Rapporteur spécial) indique que cette proposition est sans objet en français.

12. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objection, il considérera que la Commission souhaite modifier le texte anglais suivant la proposition de M. Simma.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 6 du commentaire, ainsi modifié dans sa version anglaise, est adopté.

Paragraphe 7 et 8

Les paragraphes 7 et 8 du commentaire sont adoptés.

Paragraphe 9

13. M. SIMMA relève une contradiction entre la phrase liminaire, qui fait référence à des projets de directives figurant dans la section 1.4 du Guide de la pratique, et le premier tiret, qui vise le projet de directive 1.1.8.

14. M. PELLET (Rapporteur spécial) propose, pour remédier à cette contradiction, de supprimer le premier tiret.

Le paragraphe 9 du commentaire, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 10

15. M. SIMMA se demande ce qu'il faut entendre par le terme « D'autres », et s'il ne faudrait pas préciser « D'autres déclarations » ou « D'autres clauses ».

16. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit qu'il préférerait la formule « D'autres procédés alternatifs ».

17. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objection, il considérera que la Commission accepte cette modification, étant entendu que le texte anglais devra alors se lire *Other alternative procedures*.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 10 du commentaire, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 11 à 19

Les paragraphes 11 à 19 du commentaire sont adoptés.

Paragraphe 20

18. M. SIMMA dit qu'il semble y avoir une contradiction entre le paragraphe 19, qui fait remonter le régime de bilatéralisation à l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce de 1947, et le paragraphe 20, qui donne à penser que la notion de bilatéralisation date de 1971.

19. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit qu'il n'y a pas contradiction, les auteurs de l'Accord de 1947 ayant fait de la bilatéralisation sans le savoir, avant que cette notion soit théorisée en 1971. La contradiction apparente s'explique par un problème de traduction, le mot français « théorisée » ayant été traduit en anglais par *examined*.

20. M. BROWNLIE propose le terme *elaborated* pour la version anglaise.

Le paragraphe 20 du commentaire, ainsi modifié dans sa version anglaise, est adopté.

Paragraphe 21

21. M. SIMMA dit que, dans le texte anglais, le membre de phrase *Below is a list of 23 possible ways* semble annoncer une liste qui ne figure nulle part.

22. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit que, là encore, le problème vient d'une erreur de traduction. Ce membre de phrase, en anglais, devrait se lire : *This is followed by a list*.

Le paragraphe 21 du commentaire, ainsi modifié dans sa version anglaise, est adopté.

Paragraphe 22

Le paragraphe 22 du commentaire est adopté.

Paragraphe 23

23. M. SIMMA dit que, dans la deuxième phrase du texte anglais, il convient de remplacer le mot *with* par *from*.

Le paragraphe 23 du commentaire, ainsi modifié dans sa version anglaise, est adopté.

Paragraphe 24

Le paragraphe 24 du commentaire est adopté.

Commentaire de la directive 1.7.2 [1.7.5] (Alternatives aux déclarations interprétatives)

Paragraphe 1

24. M. ECONOMIDES propose de remanier la dernière phrase en supprimant le membre de phrase « et l'on ne peut guère faire état que de deux procédés de ce genre », puisque le projet de directive 1.7.2 [1.7.5] contient une énumération qui n'est qu'indicative et qu'il y a effectivement d'autres alternatives aux déclarations comme les actes unilatéraux. En contrepartie de cette suppression, le mot « bien » pourrait être inséré entre « cependant » et « moins ».

25. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit que le dernier membre de phrase introduisant en quelque sorte ce qui suit, il préférerait que la dernière phrase soit scindée en deux. Un point serait mis après « en matière d'interprétation », et la phrase suivante se lirait : « À titre indicatif, on peut faire état de deux procédés de ce genre ».

26. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objection, il considérera que la Commission approuve la modification proposée par le Rapporteur spécial.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 1 du commentaire, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 2

Le paragraphe 2 du commentaire est adopté.

Paragraphe 3

27. M. SIMMA dit que, si dans le texte français le mot « interprète » peut s'entendre d'un juriste qui interprète un texte juridique, le mot anglais *interpreter* a un sens beaucoup plus technique qui ne convient pas dans ce contexte.

28. M. HAFNER propose de remplacer l'expression *the interpreter* par la formule *in the course of interpretation*.

29. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit que le plus simple serait de supprimer l'expression « à l'interprète ».

Le paragraphe 3 du commentaire, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 4 et 5

Les paragraphes 4 et 5 du commentaire sont adoptés.

La section C, telle que modifiée, est adoptée.

Le chapitre VII dans son ensemble, tel que modifié, est adopté.

CHAPITRE IV. – Responsabilité des États (A/CN.4/L.593 et Corr.1 et Add.1 à 6)

30. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à examiner le chapitre IV du projet de rapport.

A. – Introduction (A/CN.4/L.593)

Paragraphe 1 à 9

Les paragraphes 1 à 9 sont adoptés.

Paragraphe 10

31. Après un débat auquel participent MM. BROWNLIE, PAMBOU-TCHIVOUNDA, PELLET et M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), le PRÉSIDENT dit qu'en l'absence d'objection il considérera que la Commission souhaite maintenir le paragraphe 10.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 10 est adopté.

Paragraphe 11 à 17

Les paragraphes 11 à 17 sont adoptés.

La section A est adoptée.

B. – Examen du sujet à la présente session (A/CN.4/L.593 et Corr.1 et Add.1 à 6)

Document A/CN.4/L.593/Corr.1

Paragraphe 18 et 19

Les paragraphes 18 et 19 sont adoptés.

Paragraphe 20

32. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) propose de renvoyer l'examen du paragraphe au lendemain.

33. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la Commission accepte cette proposition.

Il en est ainsi décidé.

Document A/CN.4/L.593/Add.1

Paragraphe 1 à 12

Les paragraphes 1 à 12 sont adoptés.

Paragraphe 13

34. M. PELLET, se référant à la dernière phrase, fait observer qu'il est impossible de dire qu'il a été jugé préférable d'achever l'examen de certains articles à la prochaine session et en même temps de demander à la Sixième Commission de se prononcer lors de la cinquante-cinquième session de l'Assemblée générale sur la fin des articles.

35. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), conscient de cette contradiction, propose de remanier la phrase comme suit : « Il a été noté que la cinquante-cinquième session de l'Assemblée générale serait pour la Commission la dernière occasion d'obtenir les réactions de la Sixième Commission sur certaines questions, comme celles des contre-mesures et du règlement des différends ».

Le paragraphe 13, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 14

36. M. PELLET note qu'il faut lire dans la version française, au début de la première phrase, « du paragraphe 50 du rapport ».

Le paragraphe 14, ainsi modifié dans sa version française, est adopté.

Paragraphe 15

37. M. PELLET, se référant à la première phrase, pense qu'il conviendrait de préciser qu'il s'agit de l'alinéa *a* du paragraphe 7 du rapport du Rapporteur spécial. Quant à la deuxième phrase, elle lui semble bancale et appellerait une nouvelle rédaction.

38. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) propose de scinder la deuxième phrase en deux phrases. La première s'achèverait après les mots « dans le projet d'articles lui-même. », et la seconde commencerait ainsi : « D'autres membres ont considéré qu'il serait préférable ».

Le paragraphe 15, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 16

39. M. PELLET souhaiterait que le paragraphe 16, dans sa version française, soit réécrit.

40. Le PRÉSIDENT déclare que le secrétariat veillera à aligner la version française sur la version originale anglaise.

Le paragraphe 16 est adopté sous réserve de cette modification.

Paragraphe 17

41. M. PELLET propose de supprimer dans la première phrase les mots « notamment son objet ». Se référant à l'antépénultième phrase, il fait observer qu'il est difficile de dire que la détermination du quantum de la réparation relève de la protection diplomatique. Cela est vrai au mieux lorsque la victime est un particulier. Il ne serait pas judicieux de renvoyer tous les problèmes de détermination du quantum au sujet de la protection diplomatique.

42. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) propose de remplacer le dernier membre de phrase « et relevaient ... protection diplomatique » par « et variaient selon le contexte ».

Le paragraphe 17 est adopté avec les deux modifications proposées.

Paragraphe 18

Le paragraphe 18 est adopté.

Paragraphe 19

43. M. PELLET propose, pour refléter fidèlement le débat, d'ajouter avant le mot « appui » l'adjectif « large ».

Le paragraphe 19, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 20

Le paragraphe 20 est adopté.

Paragraphe 21

44. M. PELLET note qu'il faudrait, pour éclairer le lecteur, préciser ce à quoi le chapitre III, la deuxième partie *bis* et le chapitre II *bis* renvoient.

45. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) propose, pour répondre au souci de M. Pellet, de supprimer la première phrase du paragraphe, le reste du paragraphe étant compréhensible.

Le paragraphe 21, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 22

46. M. PELLET, se référant à la deuxième phrase, dit que, pour des raisons de convention sociale, il ne faudrait pas, du moins en français, faire précéder le nom de l'ancien rapporteur spécial aujourd'hui décédé de la men-

tion « M. ». Toujours à propos de la même phrase, il propose en français de remplacer le mot « matière » par le mot « sujet ».

Le paragraphe 22, ainsi modifié dans sa version française, est adopté.

Paragraphe 23

Le paragraphe 23 est adopté.

Paragraphe 24

47. M. PELLET fait observer qu'il faudrait lire dans la deuxième phrase de la version française « proposait » au lieu de « proposerait ».

Le paragraphe 24, ainsi modifié dans sa version française, est adopté.

Paragraphe 25

Le paragraphe 25 est adopté.

Paragraphe 26

48. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), répondant à une observation de M. PELLET, propose de supprimer dans la dernière phrase les mots « même si elles étaient réorganisées ».

49. M. CANDIOTI note qu'il faudrait dans le texte français insérer une virgule entre les mots « maintenues » et « complétées ».

Le paragraphe 26, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 27

Le paragraphe 27 est adopté.

50. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) indique que le numéro « 28 », n'introduisant pas de paragraphe, doit être supprimé et qu'il faut renuméroter les paragraphes qui suivent en conséquence.

Paragraphe 29

Le paragraphe 29 est adopté.

Paragraphe 30

51. M. PELLET dit que le mot « réparations » qui figure dans la dernière phrase n'est pas compréhensible et reflète sans doute la difficulté qu'il y a à traduire le mot anglais *remedies*.

52. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) propose, pour régler le problème, de remanier comme suit le membre de phrase en question : « comme le prouvait l'importance, par exemple, des déclarations visant à la cessation du fait illicite... ».

Le paragraphe 30, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 31 et 32

Les paragraphes 31 et 32 sont adoptés.

Paragraphe 33

53. M. PELLET s'étonne de la présence, dans la quatrième phrase, de l'expression « obligations multilatérales » : s'agissant de l'État lésé, il faudrait plutôt parler de droits.

54. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) propose de remplacer l'expression « obligations multilatérales » par « relations juridiques ».

55. M. KAMTO approuve la modification proposée par le Rapporteur spécial mais dit que, si on l'adopte, il faut remplacer les mots « en les attribuant » par les mots « en attribuant ces droits ».

56. M. PELLET estime que l'évocation des contre-mesures figurant dans l'avant-dernière phrase du paragraphe est hors contexte. Ce paragraphe concerne en effet le principe général de la réparation.

57. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) propose, en réponse à l'observation de M. Pellet, de supprimer la fin de cette avant-dernière phrase, qui se terminerait après le mot « classée ».

Le paragraphe 33, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 34

58. M. PELLET estime que dans la quatrième phrase du texte français le mot « certains » devrait être inséré avant le mot « gouvernements » et qu'à la fin de la septième phrase les mots « de le faire » devraient être remplacés par « d'y procéder ».

59. Le PRÉSIDENT dit que le secrétariat se chargera de modifier le texte français en conséquence.

60. M. PELLET se demande pourquoi la notion de garantie apparaît à la fin de la huitième phrase du paragraphe.

61. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) propose de remplacer le mot « garantie » par le mot « limite ».

Le paragraphe 34, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 35

Le paragraphe 35 est adopté.

Paragraphe 36

62. M. PELLET dit qu'à la première phrase il faudrait, avant les mots « l'article 38 », insérer les mots « s'il était maintenu », car à l'époque il n'était pas certain que l'on conserve cet article.

63. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) approuve l'ajout proposé par M. Pellet.

Le paragraphe 36, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 37

64. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que le paragraphe 37 n'est pas un paragraphe. Il conviendrait donc de supprimer le numéro de paragraphe et renuméroter les paragraphes qui suivent en conséquence.

Paragraphe 38

Le paragraphe 38 est adopté.

Paragraphe 39

65. M. PELLET estime qu'il faudrait, pour faciliter la compréhension du paragraphe, indiquer quelle est « la raison exposée à l'alinéa c du paragraphe 50 du rapport ».

Le paragraphe 39 est adopté sous réserve de cette modification.

Paragraphe 40 et 41

Les paragraphes 40 et 41 sont adoptés.

Paragraphe 42

66. M. PELLET estime que la dernière phrase du paragraphe, et en particulier les mots « violations individuelles qui n'étaient pas qualifiées individuellement de faits illicites », n'est pas claire.

67. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) propose de remanier comme suit la fin du paragraphe : « En effet, on pouvait se trouver en présence d'une série de violations individuelles qui n'étaient pas des violations continues mais craindre une succession de violations dans cette série. De telles violations n'en appelaient pas moins une demande de cessation et peut-être des assurances et garanties de non-répétition ».

Le paragraphe 42, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 43

Le paragraphe 43 est adopté.

Paragraphe 44

68. M. PELLET dit qu'au début de la dernière phrase du paragraphe il conviendrait de remplacer les mots « On a remis en cause » par « On a émis des doutes sur ».

69. M. BROWNLIE dit qu'il conviendrait de supprimer dans le texte anglais la virgule qui figure après les mots *While recognizing that* au début de la deuxième phrase.

Le paragraphe 44, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 45

Le paragraphe 45 est adopté.

Paragraphe 46

70. M. PELLET, qu'appuie M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), dit que dans la troisième phrase il conviendrait de remplacer les mots « une loi organisant un acte de génocide » par « une loi organisant un génocide ».

71. M. ROSENSTOCK propose de remanier comme suit la fin de la dernière phrase du paragraphe, à partir des mots « droit international, » : « parce que, notamment, les dispositions en cause pouvaient être appliquées d'une manière compatible avec le droit international ». Le fait que les dispositions puissent être ainsi appliquées n'est en effet pas la seule raison pour laquelle elles ne constituent pas en soi une violation du droit international.

72. M. ECONOMIDES propose de supprimer le mot « explicitement » qui figure dans la troisième phrase du paragraphe. Il risque de donner à penser, *a contrario*, qu'une loi donnant implicitement aux forces de police le pouvoir de commettre des actes de torture n'engagerait pas la responsabilité de l'État.

Le paragraphe 46, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 47 à 49

Les paragraphes 47 à 49 sont adoptés.

Paragraphe 50

73. M. PELLET, qu'appuie M. ECONOMIDES, dit que l'opinion dont il est question dans ce paragraphe était la sienne et celle de M. Economides et qu'elle n'est pas exactement exposée dans la première phrase, qu'il propose donc de remanier comme suit : « Selon une opinion exprimée à propos du paragraphe 1, il n'était pas logique de parler dans la deuxième partie du projet d'articles des conséquences d'un fait internationalement illicite : cette conséquence était la responsabilité elle-même, et il s'agissait dans la deuxième partie des conséquences découlant à leur tour de la responsabilité ».

Le paragraphe 50, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 51

74. M. BROWNLIE dit que dans la troisième phrase le mot « réparations » devrait être mis au singulier.

75. M. PELLET dit qu'il convient de faire de même dans la phrase qui précède.

Le paragraphe 51, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 52

Le paragraphe 52 est adopté.

Paragraphe 53

76. M. KAMTO, se référant à la dizaine de mots latins qui figurent dans la quatrième phrase, dit qu'il serait opportun d'en donner la traduction.

77. M. BROWNLIE dit que les termes en question sont utilisés couramment dans certains systèmes de droit.

78. M. HAFNER confirme cette observation.

79. M. KUSUMA-ATMADJA fait observer qu'en anglais *cause* ne traduit pas exactement le mot latin *causa*. À ses yeux, l'emploi du latin se justifie en l'occurrence.

80. M. PELLET dit que pour les praticiens non versés en *common law*, le membre de phrase considéré est incompréhensible. Il propose de supprimer la liste des « causes » et de dire simplement que la Commission devrait procéder à une étude générale de la causalité.

81. M. GAJA approuve cette proposition.

82. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) l'approuve également, mais indique qu'il faudra alors traduire causalité par *causation* et non pas *causality*.

Le paragraphe 53, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 54

83. M. PELLET déclare ne pas comprendre la logique de la deuxième phrase.

84. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) trouve lui aussi la phrase obscure. Il propose de l'interrompre après le mot « réparation ».

Le paragraphe 54, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 55 et 56

Les paragraphes 55 et 56 sont adoptés.

Paragraphe 57

85. M. PELLET, se référant à la première phrase, dit qu'il lui paraît impossible de parler de « motifs ... de quantification d'obligations ». Appuyé par M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), il propose de supprimer les mots « ou de quantification d'obligations ».

Le paragraphe 57, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 58 à 61

Les paragraphes 58 à 61 sont adoptés.

Paragraphe 62

86. M. KABATSI s'interroge sur le changement de point de vue que marque l'emploi à la dernière phrase de la locution « pour sa part ».

87. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) propose de supprimer toute la phrase.

Le paragraphe 62, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 63 à 65

Les paragraphes 63 à 65 sont adoptés.

Paragraphe 66

88. M. PELLET, se référant à la deuxième partie de la cinquième phrase, fait observer qu'il y a une contradiction entre le début, où il est dit que les exemples de garanties de non-répétition sont très peu nombreux, et la suite, où il est dit qu'ils sont courants dans la pratique diplomatique.

89. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) propose de faire mieux apparaître la logique de la phrase en articulant ainsi le passage considéré : « ... le Rapporteur spécial a admis qu'ils étaient très peu nombreux; en revanche, ils étaient courants dans la pratique diplomatique ».

Le paragraphe 66, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 67

Le paragraphe 67 est adopté.

Paragraphe 68

90. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que, dans la version anglaise, il faut remplacer le mot *causality* qui figure dans la première phrase par *causation*.

Le paragraphe 68, ainsi modifié dans sa version anglaise, est adopté.

Paragraphe 69

Le paragraphe 69 est adopté.

Document A/CN.4/L.593/Add.2

Paragraphe 1 à 5

Les paragraphes 1 à 5 sont adoptés.

Paragraphe 6

91. M. ROSENSTOCK dit que ce paragraphe cite comme argument un certain passage du rapport du Rapporteur spécial. Selon une décision prise plus tôt dans la séance, il faudrait sans doute donner une idée du contenu du passage en question.

92. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) propose de supprimer le renvoi au passage de son rapport et de tourner la phrase ainsi : « ... l'article 40 ... était insuffisant à plusieurs égards, comme l'indiquaient le rapport du Rapporteur spécial et le résumé thématique des débats de la Sixième Commission... ».

Le paragraphe 6, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 7

93. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA juge excessive l'expression « Plusieurs membres ont applaudi » en tête de paragraphe dans la version française. Il propose de s'en tenir aux formules habituelles, comme « Plusieurs membres se sont félicités... ».

Le paragraphe 7, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 8 à 10

Les paragraphes 8 à 10 sont adoptés.

Paragraphe 11

94. M. GAJA, se référant à la dernière phrase où est rapportée l'opinion selon laquelle la formule « la communauté internationale dans son ensemble » désigne la communauté internationale des États, rappelle que plusieurs membres ayant participé aux débats ne partageaient pas cette opinion. Il propose d'ajouter à la fin du paragraphe une phrase ainsi conçue : « D'autres membres considéreraient que "la communauté internationale dans son ensemble" était un concept plus large ».

95. M. SIMMA, se référant aux organisations non gouvernementales dont il est question à la troisième phrase, pense qu'il est inutile de préciser que celles-ci « ne réunissaient pas les éléments constitutifs de la qualité d'États ». Il propose de supprimer ce membre de phrase.

96. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) approuve ces deux propositions.

Le paragraphe 11, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 12

97. M. SIMMA juge que la première phrase de ce paragraphe n'est pas claire.

98. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que les choses seraient plus claires si au lieu de dire « en passant sous silence la communauté internationale en tant que telle » on disait « en passant sous silence les institutions existantes de la communauté internationale ».

Le paragraphe 12, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 13

99. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) propose de supprimer le mot « Cependant », par lequel débute le paragraphe. Celui-ci en effet n'est pas en opposition logique avec le paragraphe qui le précède.

100. M. ECONOMIDES juge incompréhensible la partie de la première phrase où il est dit : « ... le régime de la responsabilité des États pourrait s'appliquer en pratique à une caractérisation aussi large et théorique du groupe atteint ».

101. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) propose de modifier ce passage comme suit : « ... le régime de la res-

ponsabilité des États pourrait s'appliquer en pratique, étant donné la caractérisation large et théorique du groupe atteint ».

102. M. PELLET dit que le mot « caractérisation » ne convient pas en français. Il propose d'employer plutôt « qualification ».

Le paragraphe 13, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 14

Le paragraphe 14 est adopté.

Paragraphe 15

103. M. SIMMA dit ne pas comprendre pourquoi « toutes les conséquences de la responsabilité internationale ... devraient être appliquées à tous les États... ». Il s'agit de faire comprendre que les États doivent être en mesure d'invoquer toutes les conséquences de la responsabilité internationale.

104. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) propose de remplacer la phrase en cause par la suivante : « Autre suggestion encore, tous les États devraient être en droit d'invoquer la responsabilité en ce qui concerne toutes ses conséquences, à l'exception peut-être de l'indemnisation, en cas de violation grave. Le principe de la restitution revêtait une importance particulière ».

105. M. ROSENSTOCK propose d'insérer à la dernière phrase, après le mot « crime », le membre de phrase « , ni aucune autre distinction qualitative entre faits illicites ».

Le paragraphe 15, ainsi modifié, est adopté.

La séance est levée à 13 heures.

2661^e SÉANCE

Mercredi 16 août 2000, à 15 h 5

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka.

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-deuxième session (suite)

CHAPITRE V. – *Protection diplomatique (fin*)* [A/CN.4/L.594]

B. – *Examen du sujet à la présente session (fin*)*

Paragraphe 68 à 72 (fin*)

1. Le PRÉSIDENT annonce que le Rapporteur a tenu des consultations avec les membres qui ont exprimé leurs vues sur les paragraphes concernés et a élaboré une nouvelle version acceptable pour tous. Au paragraphe 70, le membre de phrase « Il a été noté que » devrait être remplacé par « Les membres favorables à l'article 6 ont noté que ».

Il en est ainsi décidé.

2. Le PRÉSIDENT dit qu'au paragraphe 71 les deux premières phrases et le début de la troisième (« Il a été noté que ... parvenir à cette conclusion car ») devraient être remplacés par : « D'autres membres étaient partisans de la règle de la non-responsabilité de l'État à l'égard de ses propres nationaux et ont avancé plusieurs arguments en sa faveur. L'accent a été mis en particulier sur ... ». Le reste de la troisième phrase resterait inchangé, et la quatrième phrase serait remplacée par la suivante : « Il n'était pas légitime qu'un double national bénéficie d'une protection à l'encontre d'un État auquel il devait loyauté et fidélité ».

3. M. ROSENSTOCK, appuyé par M. SIMMA, dit que, dans la version anglaise du nouveau texte proposé pour la quatrième phrase, le mot *it*, s'appliquant à un double national, n'est pas correct du point de vue grammatical et devrait être remplacé par *he/she*.

Il en est ainsi décidé.

4. Le PRÉSIDENT dit que le début de la première phrase du paragraphe 72, « Néanmoins, comme l'avait montré le Rapporteur spécial, » devrait être remplacé par « Ces membres ont reconnu qu' ». La cinquième phrase, les mots « En outre » au début de la sixième phrase et la fin de la septième phrase (« , et il semblait que même à ce jour les États ne fussent pas vraiment désireux de renoncer à ce droit ») devraient être supprimés.

Il en est ainsi décidé.

Les paragraphes 68 à 72, ainsi modifiés, sont adoptés.

Paragraphe 73 (fin*)

5. Le PRÉSIDENT dit que le paragraphe 73 devrait être supprimé.

Il en est ainsi décidé.

* Reprise des débats de la 2659^e séance.

Paragraphe 74 (*fin**)

Le paragraphe 74 est adopté.

Paragraphe 74 bis

6. Le PRÉSIDENT donne lecture d'une proposition relative à un nouveau paragraphe 74 bis : « Les partisans de l'article 6 ont réaffirmé que celui-ci reflétait la tendance actuelle du droit international et rejeté l'argument selon lequel les doubles nationaux devaient être désavantagés sur le plan de la protection diplomatique en raison des avantages qu'ils pourraient tirer de leur double nationalité ».

Le paragraphe 74 bis est adopté.

Paragraphe 87 (*fin**)

7. Le PRÉSIDENT dit que le paragraphe 87 devrait être remplacé par le paragraphe suivant : « Certains membres ont estimé que si la protection diplomatique ne devait pas s'exercer contre l'État de la nationalité du réfugié dans le cas de réclamations ayant trait à des faits antérieurs à l'octroi du statut de réfugié, il ne devait en revanche y avoir aucune hésitation quand il s'agissait de faits postérieurs à l'octroi de ce statut ».

Le paragraphe 87, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 87 bis

8. Le PRÉSIDENT donne lecture d'une proposition relative à un nouveau paragraphe 87 bis : « Des membres qui s'inquiétaient du fardeau que l'exercice de la protection diplomatique au profit des réfugiés risquait d'imposer à l'État hôte ont suggéré que le HCR accorde une protection "fonctionnelle" aux réfugiés comme le faisaient les organisations internationales pour leur personnel ».

Le paragraphe 87 bis est adopté.

La section B, ainsi modifiée, est adoptée.

Le chapitre V, ainsi modifié, est adopté.

CHAPITRE IV. – Responsabilité des États (suite) [A/CN.4/L.593 et Corr.1 et Add.1 à 6]

B. – Examen du sujet à la présente session (suite)

Document A/CN.4/L.593/Add.2

Paragraphe 16

9. M. SIMMA suggère d'insérer les mots « sans avoir été directement lésé » entre les mots « obligation internationale » et « permettrait d'énoncer », dans la deuxième phrase.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 16, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 17 et 18

Les paragraphes 17 et 18 sont adoptés.

Paragraphe 19

10. M. PELLET dit que les derniers mots de la citation entre guillemets (« à laquelle il est tenu »), dans la deuxième phrase, paraissent déplacés et inexacts.

11. M. SIMMA, appuyé par M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), propose de les supprimer.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 19, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 20

12. M. SIMMA propose d'insérer les mots « sans être directement lésés » entre « intérêt juridique » et « pour permettre », dans la deuxième phrase.

Il en est ainsi décidé.

13. M. ECONOMIDES appelle l'attention de la Commission sur une correction rédactionnelle à apporter dans la version française.

Le paragraphe 20, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 21

14. M. PELLET dit que la deuxième phrase fait référence à une notion qui lui semble incompréhensible. Il propose de supprimer les mots « dans la mesure où » et de remplacer les mots « ne signifiait pas » par « n'avait pas pour effet ».

15. M. ROSENSTOCK dit que, dans le cas où cette modification serait adoptée, il faudrait ajouter un point-virgule après le mot « dommage ».

Il en est ainsi décidé.

16. M. KAMTO propose de remplacer, dans la deuxième phrase, « fautif » par « responsable », à des fins d'harmonisation avec le reste du texte.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 21, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 22

17. M. SIMMA propose de remplacer, dans la première phrase, les mots « il a été jugé » par « des membres ont jugé ».

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 22, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 23

Le paragraphe 23 est adopté.

Paragraphe 24

18. M. SIMMA dit que la dernière phrase fait référence à une notion qui lui est incompréhensible. Il souhaiterait obtenir des éclaircissements.

19. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) se prononce en faveur de la suppression de cette phrase.

20. M. HAFNER dit que la phrase en question rend compte d'observations qu'il a formulées et qui sont effectivement incompréhensibles lorsqu'elles sont isolées du passage du rapport du Rapporteur spécial auquel elles se réfèrent. Il n'a pas d'objection à ce qu'elle soit supprimée.

Le paragraphe 24, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 25 et 26

Les paragraphes 25 et 26 sont adoptés.

Paragraphe 27

21. M. ROSENSTOCK appelle l'attention sur la deuxième phrase, qui se lit comme suit : « Les États qui n'étaient pas directement atteints, bien que ne pouvant pas invoquer la responsabilité, pouvaient demander la cessation de la violation dont un autre État s'était rendu coupable ». Demander la cessation de la violation revient, en fait, à invoquer la responsabilité. La phrase n'a donc pas de sens. Il propose que le mot « responsabilité » soit remplacé par « réparation ».

22. M. SIMMA souscrit à cette proposition et suggère de remplacer en même temps le mot « invoquer » par « demander ».

23. M. LUKASHUK dit que M. Rosenstock a soulevé là un point essentiel mais que, si le mot « responsabilité » est supprimé, la phrase n'a plus de signification ni de fondement en droit. Il préférerait que la phrase se lise comme suit : « Les États qui n'étaient pas directement atteints pouvaient invoquer la responsabilité pour obtenir la cessation de la violation dont un autre État s'était rendu coupable ».

24. Après un bref échange de vues auquel prennent part MM. CRAWFORD (Rapporteur spécial), PELLET et SIMMA, M. ROSENSTOCK, appuyé par M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), dit que le degré auquel la responsabilité peut être invoquée n'est pas fonction des demandes qui peuvent être formulées. Ainsi, en matière de droits de l'homme, une partie peut invoquer la pleine responsabilité en n'ayant droit qu'à la cessation et non à la réparation.

25. M. SIMMA dit que le paragraphe 27 doit être considéré à la lumière de l'article pertinent, selon lequel les États sont en droit de faire beaucoup plus que simplement demander la cessation de la violation.

26. M. ECONOMIDES dit que le texte existant devrait être respecté autant que possible et les modifications réduites au minimum. Il propose en conséquence que la deuxième phrase soit modifiée comme suit : « Ces États, bien que n'étant pas directement atteints, pouvaient du moins demander la cessation de la violation dont un autre État s'était rendu coupable ».

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 27, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 28

27. M. SIMMA estime que la première phrase est formulée de manière maladroite. Il propose de la modifier comme suit : « ... important de distinguer entre l'existence d'une obligation et son bénéficiaire ».

28. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) loue la formulation « distinguer entre ». Cela étant, il préférerait que l'on dise, à la fin de la phrase, « le bénéficiaire de cette obligation ». Compte tenu de cette modification, il y aurait lieu de supprimer l'expression « En conséquence » au début de la phrase suivante et de diviser cette phrase, trop longue, en deux parties. La virgule qui suit le mot « profit » serait remplacée par un point et la phrase suivante se lirait comme suit : « C'était particulièrement important dans le contexte de violations d'obligations en matière de droits de l'homme commises par un État contre ses propres ressortissants car, dans le cas contraire, ce droit ne pourrait être invoqué par aucun autre État ».

29. M. GOCO souligne l'importance qu'il y a à maintenir, dans la deuxième phrase, les mots « Il conviendrait d'accorder le droit d'invoquer ... à tous les États qui avaient un intérêt juridique ».

30. M. Sreenivasa RAO demande si l'« obligation donnée » correspond à une obligation supplémentaire pour les États ou si cette expression met simplement l'accent sur une obligation *erga omnes* existante.

31. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que c'est la seconde interprétation qui est la bonne.

Le paragraphe 28, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 29 et 30

Les paragraphes 29 et 30 sont adoptés.

Paragraphe 31

32. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que, dans la deuxième phrase, dans l'expression « la responsabilité des États dans les relations entre États », les mots « des États », après le mot « responsabilité », sont superflus et devraient être supprimés.

33. M. HAFNER appelle l'attention sur une erreur typographique (*savings clause*) dans la dernière phrase du texte anglais.

Le paragraphe 31, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 32 et 33

Les paragraphes 32 et 33 sont adoptés.

Paragraphe 34

34. M. PELLET dit que, dans la première phrase de la version française, la conjonction « et » devrait être remplacée par « mais », pour rendre compte du fait que les partisans de l'article 40 tel qu'adopté en première lecture ont été peu nombreux.

35. M. SIMMA dit qu'il ne se souvient pas que personne ait appuyé l'article 40. Même le mot « quelques » prête à confusion.

36. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que le problème vient en partie de la traduction. La version française utilise le mot « quelques » pour le mot anglais *few*. La formule « ... plusieurs partisans mais » serait acceptable ou, mieux encore, « avait peu de partisans et ».

37. M. PELLET suggère de se contenter de dire que « les insuffisances de l'article 40, tel qu'adopté en première lecture, avaient généralement été reconnues ».

Il en est ainsi décidé.

38. M. ROSENSTOCK dit que, dans la phrase suivante, on ne voit pas clairement à quoi renvoie l'adverbe « également » et qu'il faudrait le supprimer.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 34, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 35

39. M. SIMMA demande des éclaircissements sur la deuxième partie de la troisième phrase (« lorsque ... et non à des États pris individuellement »).

40. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que ce membre de phrase, qui est un vestige d'un texte antérieur, prête effectivement à confusion. Il n'y a pas lieu de traiter de la distinction entre suspension et résiliation. M. Crawford propose donc de supprimer tout le membre de phrase en question.

41. M. HAFNER se demande, à propos de la première partie de la même phrase, s'il est bien exact de dire que la Commission a établi une distinction entre les obligations bilatérales et les obligations multilatérales, plutôt qu'entre les traités, dans la mesure où elle l'a fait dans le contexte du droit des traités.

42. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit qu'il s'agit là d'un raccourci excessif. Le mot « obligations » devrait être remplacé par « traités ». Il faudrait ensuite ajouter une nouvelle phrase, qui se lirait comme suit : « Cela pouvait s'appliquer par analogie aux obligations dans le domaine de la responsabilité des États ».

43. Après un bref échange de vues auquel prennent part M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), MM. GOCO et KUSUMA-ATMADJA, le PRÉSIDENT propose de remplacer la troisième phrase par les deux phrases suivantes :

« La Commission, dans le contexte du droit des traités, avait établi une distinction entre les traités bilatéraux et les traités multilatéraux et souligné que l'État spécialement atteint par la violation d'un traité multilatéral devrait pouvoir invoquer cette violation. Cela pouvait s'appliquer par analogie aux obligations dans le domaine de la responsabilité des États ».

Le paragraphe 35, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 36

44. M. MOMTAZ attire l'attention sur deux erreurs typographiques qui font que la version française n'a plus de sens. Il faut lire, dans la première phrase, « ... introduire dûment dans le projet d'articles la distinction... ».

45. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit qu'en outre le mot « introduire » devrait être remplacé par l'équivalent français du mot *incorporate*. En effet, on pourrait arguer que les distinctions en question existent déjà et ne sauraient donc être « introduites ».

46. M. LUKASHUK estime que parler de distinctions entre des obligations et des violations n'a pas de sens, car il s'agit de deux questions complètement distinctes qui, en tout état de cause, ne sont pas directement liées à la responsabilité des États.

47. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que, dans la phrase en question, les termes de la comparaison sont implicites : il s'agit de distinctions entre les obligations envers la communauté internationale dans son ensemble et les autres obligations, d'une part, et entre les violations graves et les autres violations, d'autre part. Il propose de remplacer les mots « incorporer dûment dans le projet d'articles des distinctions entre les obligations... » par les mots « que le projet d'articles aborde comme il convient les obligations... ».

48. M. ROSENSTOCK dit que l'expression « comme il convient » ne rend pas bien compte de l'objet de la phrase, qui est simplement de constater que certains membres sont favorables à une approche particulière, et non d'avaliser cette approche.

49. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) propose de dire « traite de » plutôt que « aborde comme il convient ».

50. M. SIMMA demande à quoi renvoie le pronom « elle », à la fin de la troisième phrase.

51. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) convient que cette phrase prête à confusion. Il propose de la remplacer par le texte suivant : « Mais du point de vue du droit d'invoquer la responsabilité, il n'était pas nécessaire de faire mention des violations graves d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble. Une fois qu'il était établi... ». La mention de la catégorie plus générale rend superflue celle de la sous-catégorie.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 36, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 37

52. M. GALICKI propose que, pour plus de clarté, le pronom *He*, au début de la dernière phrase de la version anglaise, soit remplacé par les mots *The Special Rapporteur*.

Le paragraphe 37, ainsi modifié, est adopté.

Document A/CN.4/L.593/Add.3

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

53. M. TOMKA propose de remplacer les mots « réparer totalement le dommage subi » par « réparer le dommage subi », dans la troisième phrase.

54. Répondant à une question de M. HAFNER, M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) propose d'arrêter la troisième phrase à « dommage subi », la phrase suivante commençant par le mot « Sinon ».

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 3

Le paragraphe 3 est adopté.

Paragraphe 4

Le paragraphe 4 est adopté avec une modification rédactionnelle de la version française.

Paragraphe 5 à 7

Les paragraphes 5 à 7 sont adoptés.

Paragraphe 8

55. M. PELLET demande ce qu'il faut entendre, dans la première phrase, par « dommages-intérêts "expressifs" ».

56. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que cette expression, utilisée par le Président du Comité de rédaction lors de l'examen en première lecture, fait référence aux dommages-intérêts « exemplaires » par opposition aux dommages-intérêts « punitifs », distinction que certains systèmes juridiques ne connaissent pas. Le mot a été placé entre guillemets pour faire ressortir, tout en évitant l'emploi du terme « exemplaire », que dans le contexte de la satisfaction il se rapporte à l'expression d'un dommage plutôt qu'à la quantification d'une perte.

57. M. Sreenivasa RAO dit que, si l'on choisit de conserver cette terminologie nouvelle et obscure, il faudrait ajouter une note explicative en bas de page.

58. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) propose de dire « exemplaires ou "expressifs" ».

59. M. LUKASHUK demande ce que signifie l'expression *normal breaches* dans la version anglaise. Une expression comme *common breaches* semblerait préférable.

60. Pour M. MOMTAZ, l'adjectif « expressifs » n'a pas de sens en français.

61. M. GOCO dit que, dans certains systèmes juridiques, « exemplaire » peut signifier « punitif », en ce sens qu'il s'agit de « faire un exemple » de la partie qui est condamnée au versement de dommages-intérêts.

62. M. HE fait observer que les guillemets servent à rappeler qu'il s'agit d'une citation.

63. M. SIMMA propose de préciser que c'est le rapporteur spécial précédent qui est cité. En tout état de cause, le Rapporteur spécial doit avoir le dernier mot quant au choix de la terminologie.

64. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) répète qu'il préférerait la formule « exemplaires ou "expressifs" ». Pour ce qui est de la remarque de M. Goco, la deuxième partie du paragraphe fait clairement ressortir que les dommages-intérêts dont il s'agit ne sont pas punitifs. Enfin, pour répondre à la remarque très pertinente de M. Lukaschuk, il vaudrait mieux dire, au lieu de *normal breaches*, *ordinary breaches (not involving gross infringement)*.

65. M. PELLET dit que l'expression « violations courantes » est acceptable en français. En ce qui concerne la deuxième remarque de M. Simma, il estime que, si le Rapporteur spécial emploie des mots que personne d'autre ne comprend, il lui incombe d'en expliquer le sens.

66. L'emploi de la formule « exemplaires ou "expressifs" » poserait un problème dans la phrase suivante, car cette formule impliquerait que les dommages-intérêts « exemplaires » dont il est question dans ladite phrase sont distincts des dommages-intérêts « expressifs ». Il faut donc trouver une autre formulation, par exemple : « Cette notion de dommages-intérêts "exemplaires" octroyés le cas échéant exclurait néanmoins les "dommages-intérêts punitifs" ».

67. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que, vu les doutes exprimés par les membres, mieux vaut éviter l'adjectif « expressifs » et parler simplement de « l'octroi de dommages-intérêts exemplaires en général ».

68. M. SIMMA dit qu'en anglais l'adjectif *ordinary* a une connotation neutre qui le rend impropre à qualifier des « violations ». Il propose donc la formule de compromis suivante : *in respect of breaches not involving gross infringement*.

69. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) propose de modifier la deuxième phrase en remplaçant les mots « dommages-intérêts exemplaires, le cas échéant » par « dommages-intérêts substantiels, le cas échéant », ce qui voudrait dire que l'octroi de dommages-intérêts exemplaires pourrait conduire à l'octroi d'une somme substantielle, tout en excluant les dommages-intérêts punitifs.

70. M. ROSENSTOCK dit qu'il conviendrait de compléter le tableau en ajoutant les mots « , souvent décrits comme "satisfaction" ».

71. M. PELLET dit qu'il vaudrait mieux dire « souvent décrits comme une forme possible de satisfaction ». L'adjectif « substantiels » a besoin d'être précisé par l'adjonction des mots « , et pas simplement symboliques » même si cela alourdit certainement la phrase.

72. M. BROWNLIE se déclare opposé à la proposition de M. Rosenstock, qui déforme la pensée du Rapporteur spécial. En outre, l'inclusion d'éléments aussi disparates dans une même phrase donne un résultat indigeste et quasi incompréhensible, même pour les membres de la Commission.

73. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) n'a pas d'opinion précise concernant la proposition de M. Rosenstock et peut accepter l'adjonction des mots « et pas simplement symboliques » proposée par M. Pellet. Cela dit, si l'un ou l'autre de ces nouveaux éléments est inclus, et a fortiori si les deux le sont, une nouvelle phrase sera manifestement nécessaire, qui commencerait par : « Cela exclurait les dommages punitifs... ».

74. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur) dit que le texte d'origine du paragraphe 8 a été tellement modifié que le Rapporteur spécial devrait établir et faire distribuer un nouveau texte, afin d'éviter toute confusion.

75. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit qu'il établira une nouvelle version du paragraphe 8, qui sera examinée à la séance suivante.

76. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la Commission souhaite reporter la suite de l'examen du paragraphe 8.

Il en est ainsi décidé.

Paragraphes 9 à 12

Les paragraphes 9 à 12 sont adoptés.

Paragraphe 13

Le paragraphe 13 est adopté avec une modification rédactionnelle de la version française.

Paragraphe 14

Le paragraphe 14 est adopté.

Paragraphe 15

Le paragraphe 15 est adopté avec une modification rédactionnelle mineure.

Paragraphe 16

Le paragraphe 16 est adopté avec une modification rédactionnelle mineure de la version française.

Paragraphe 17

77. Comme suite à une remarque de M. SIMMA, M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) propose de remplacer, dans l'avant-dernière phrase, les mots « par exemple la communauté internationale dans son ensemble, et même à l'égard de non-entités » par « ou de la communauté internationale dans son ensemble ».

Le paragraphe 17, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 18

Le paragraphe 18 est adopté.

Paragraphe 19

78. En réponse à une observation de M. SIMMA, M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) propose de remplacer, dans la dernière phrase, les mots « une règle simple » par « une règle ordinaire ».

79. M. ROSENSTOCK propose de remplacer les mots « On a fait observer », au début du paragraphe, par « Des membres ont fait observer » et d'ajouter les mots « Selon cette opinion » au début de la troisième phrase.

80. M. TOMKA s'interroge sur les mots « délits des conséquences », dans la deuxième phrase.

81. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) explique qu'au cours de la première lecture un certain nombre de membres ont estimé que la deuxième partie aurait dû être organisée différemment, les conséquences des délits étant traitées dans une section, une autre section étant consacrée aux conséquences des crimes internationaux, selon la définition de l'article 19. La difficulté signalée par M. Tomka peut être résolue en plaçant les mots « dans la partie relative aux délits » entre deux virgules, de manière que le membre de phrase se lise comme suit : « ... de sorte qu'avaient été incluses, dans la partie relative aux délits, des conséquences qui auraient dû être réservées aux crimes... ».

Le paragraphe 19, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 20 à 23

Les paragraphes 20 à 23 sont adoptés.

Paragraphe 24

82. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que la cinquième phrase doit être remaniée de la manière suivante : « On a fait observer que la formule retenue dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów* était que la réparation devait effacer dans toute la mesure possible toutes les conséquences du fait illicite et restaurer... ».

Le paragraphe 24, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 25 et 26

Les paragraphes 25 et 26 sont adoptés.

Paragraphe 27

83. M. ROSENSTOCK dit que, dans la quatrième phrase du texte anglais, le mot *unlawfulness* devrait être remplacé par *wrongfulness*. Dans la cinquième phrase, la formulation *it was doubted that* est malheureuse. *Doubt was expressed* serait plus élégant.

Le paragraphe 27, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 28

Le paragraphe 28 est adopté.

Paragraphe 29

84. M. Pellet fait observer que l'expression « société internationale », dans la dernière phrase, devrait être remplacée par « communauté internationale »

85. M. SIMMA estime que, dans la même phrase, le substantif « crime » demande à être qualifié.

86. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) propose la formulation suivante : « “crime” au sens de l'article 19 ».

Le paragraphe 29, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 30

Le paragraphe 30 est adopté.

Paragraphe 31

87. M. SIMMA dit qu'en anglais l'expression *legal nationalization* devrait être remplacée par *lawful nationalization* et fait observer que l'indemnisation visée dans l'avant-dernière phrase est une indemnisation en vertu d'une règle primaire du droit international.

88. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) propose de supprimer le mot *legal* (« dans les règles ») et de remanier l'avant-dernière phrase pour qu'elle se lise comme suit : « ... le problème devenait une simple question de paiement des biens pris ».

Le paragraphe 31, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 32

89. M. SIMMA recommande d'ajouter l'expression « par exemple » dans la deuxième phrase, car la situation décrite n'est pas le seul cas imaginable d'impossibilité juridique et matérielle.

90. M. MOMTAZ dit que, dans la version française, la troisième phrase devrait se lire comme suit : « Il existait des limites au changement de la situation juridique ».

91. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que, dans le texte anglais, la formulation correspondante est également trop condensée pour faire ressortir correctement le

sens de la phrase. Il propose de dire : « Il existait des limites aux changements qui pouvaient être apportés en vertu de certains régimes juridiques. Par exemple... ».

92. M. HAFNER se demande s'il ne conviendrait pas d'ajouter le mot « nationaux » après « juridiques ».

93. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur) dit qu'à son avis, dans la dernière phrase, il faudrait harmoniser la traduction du mot *overturned* car les termes employés dans les différentes langues ne sont pas exactement équivalents.

94. M. KUSUMA-ATMADJA préfère la rédaction initiale car les modifications proposées reviennent à faire approuver par la Commission une procédure permettant aux États de se dérober à leurs obligations internationales.

95. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) fait observer que la Commission ne peut rien approuver; elle peut seulement exprimer un avis. La situation dont il s'agit est celle où une décision définitive de la Cour suprême se traduit par un déni de justice. Les effets de cette décision peuvent être annulés par une mesure de grâce mais il n'est pas possible de modifier la Constitution de telle manière que la décision soit considérée comme n'ayant jamais été rendue. Évidemment, en droit international, la situation est claire. Des impossibilités juridiques peuvent se présenter.

Le paragraphe 32, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 33

Le paragraphe 33 est adopté.

Paragraphe 34

96. M. ROSENSTOCK souligne que, dans la première phrase de la version anglaise, les mots *should not rely* devraient être remplacés par *could not rely*.

Il en est ainsi décidé.

97. M. GALICKI fait remarquer, à propos de la dernière phrase, que la conclusion du Rapporteur spécial se fonde non pas sur le texte de l'article 41 de la Convention européenne des droits de l'homme, mais sur la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme.

98. M. SIMMA souscrit à cette remarque et propose de supprimer la dernière phrase, point n'étant besoin de mentionner ce qui se fait au niveau régional.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 34, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 35 à 38

Les paragraphes 35 à 38 sont adoptés.

Paragraphe 39

Le paragraphe 39 est adopté avec des modifications rédactionnelles mineures.

Paragraphe 40

99. M. PELLET appelle l'attention de la Commission sur le fait que celle-ci n'a jamais évoqué la notion de *harm*, ayant parlé tout au plus de préjudice ou de dommage. La première phrase devrait être modifiée en conséquence.

100. M. BROWNLIE dit que, dans la deuxième phrase du texte anglais, il faudrait insérer le mot *such* entre *provision* et *as*.

Le paragraphe 40, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 41

Le paragraphe 41 est adopté avec des modifications rédactionnelles mineures.

Paragraphe 42 à 44

Les paragraphes 42 à 44 sont adoptés.

Paragraphe 45

101. M. SIMMA dit que l'indemnisation en cas de nationalisation et d'expropriation a donné lieu à un débat prolongé, à l'issue duquel un certain nombre de membres ont exprimé avec force l'avis que l'indemnisation était sans rapport avec la responsabilité de l'État. Il serait peut-être plus prudent de supprimer le paragraphe entier, certains membres s'étant de toute évidence aventurés dans un domaine qui ne relève pas du sujet à l'examen.

102. M. BROWNLIE préférerait que l'on rende compte intégralement des délibérations de la Commission.

103. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) partage l'avis de M. Brownlie.

Le paragraphe 45 est adopté.

Paragraphe 46 et 47

Les paragraphes 46 et 47 sont adoptés.

Paragraphe 48

Le paragraphe 48 est adopté avec une modification rédactionnelle mineure.

Paragraphe 49 et 50

Les paragraphes 49 et 50 sont adoptés.

Paragraphe 51

Le paragraphe 51 est adopté avec des modifications rédactionnelles mineures de la version espagnole.

Paragraphe 52

Le paragraphe 52 est adopté.

Paragraphe 53

Le paragraphe 53 est adopté avec des modifications rédactionnelles mineures de la version française.

Paragraphe 54

Le paragraphe 54 est adopté avec des modifications rédactionnelles mineures.

Paragraphe 55

104. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que le début de la dernière phrase devrait se lire comme suit : « Face à un litige éventuel ou en instance... ».

Le paragraphe 55, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 56 à 69

Les paragraphes 56 à 69 sont adoptés.

Paragraphe 70

105. M. BROWNLIE demande s'il ne manque pas un mot entre *amounts of interest payable* et *loss of profits*, dans la quatrième phrase du texte anglais.

106. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) propose la formulation suivante : *amounts of interest should not be payable in respect of the period for which loss of profits was awarded*.

107. M. ROSENSTOCK dit que cette formulation est correcte en ce qui concerne les intérêts sur l'investissement de base. Toutefois, si quelqu'un a reçu l'ordre d'effectuer un versement pour couvrir le manque à gagner et ne l'a pas fait, on peut penser que les intérêts courent pendant toute la période du défaut de paiement. Il convient donc de faire attention au mode de formulation.

108. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) propose de mettre un point après « double recouvrement ». La phrase suivante commencerait ainsi : « De plus, on ne pouvait supposer que la partie lésée... ».

Le paragraphe 70, ainsi modifié, est adopté.

La séance est levée à 18 heures.

2662^e SÉANCE

Jeudi 17 août 2000, à 10 h 10

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Illueca, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka.

Responsabilité des États¹ (*fin) [A/CN.4/504, sect. A, A/CN.4/507 et Add.1 à 4², A/CN.4/L.600]**

[Point 3 de l'ordre du jour]

PROJETS D'ARTICLES PROPOSÉS PAR LE COMITÉ DE RÉDACTION EN DEUXIÈME LECTURE

1. Le PRÉSIDENT invite M. Gaja, Président du Comité de rédaction, à présenter le rapport que le Comité de rédaction a consacré à la responsabilité des États (A/CN.4/L.600), qui contient les projets d'articles provisoirement adoptés par le Comité en deuxième lecture.

2. M. GAJA (Président du Comité de rédaction) indique que le Comité de rédaction a tenu pendant la session 27 séances, dont 24 consacrées au sujet de la responsabilité des États. Il a achevé l'examen des articles qui lui avaient été renvoyés et il est en mesure de présenter un texte complet. Il estime cependant qu'il serait plus sage d'en remettre à plus tard l'adoption, ce qui lui permettrait d'y revenir au début de la session suivante. Pour que le tableau soit complet, le texte dont la Commission est saisie reprend les articles que le Comité de rédaction avait adoptés aux cinquantième³ et cinquante et unième⁴ sessions de la Commission, sous réserve de quelques changements mineurs. Tous les articles ont été renumérotés et les anciens numéros des articles adoptés en première lecture sont indiqués entre crochets.

3. Le Comité de rédaction a réglé certaines des questions qui restaient en suspens à propos de la première partie. En premier lieu, il en a changé le titre, devenu « Les faits

internationalement illicites des États », formule qui correspond mieux au contenu de cette partie que l'ancien titre « Origine de la responsabilité internationale ». En deuxième lieu, il a supprimé l'article 22 du chapitre III, adopté en première lecture, qui traitait de l'épuisement des recours internes, considérant que cette question était réglée à l'article 45 [22]. En troisième lieu, il a fait passer dans la quatrième partie l'article A du chapitre II de la première partie, jugeant qu'avec la nouvelle structure du projet il était mieux placé dans la partie consacrée aux dispositions générales. Enfin, il a supprimé l'article 34 *bis* du chapitre V, proposé par le Rapporteur spécial, dont le paragraphe 1 exigeait que l'État invoquant une circonstance excluant l'illicéité en avise les États concernés aussitôt que possible. Après avoir examiné les articles sur les contre-mesures, il a conclu que cette disposition était inutile et qu'il serait difficile de fixer une règle générale de préavis susceptible de s'appliquer également à toutes les circonstances excluant l'illicéité.

4. Le Rapporteur spécial avait proposé de modifier l'économie du projet, avec l'appui général de la Commission. Il avait divisé la deuxième partie en deux, séparant les dispositions portant sur l'invocation de la responsabilité de celles traitant du contenu de la responsabilité. D'où une nouvelle deuxième partie *bis*, intitulée « Mise en œuvre de la responsabilité des États ». Cette partie est fondée sur la distinction entre les conséquences secondaires qui découlent juridiquement d'un fait internationalement illicite et les divers moyens par lesquels on peut faire face à ses conséquences. Elle traite de questions telles que le droit d'invoquer la responsabilité, la recevabilité des demandes, l'interdiction du double recouvrement, etc. Pour éviter toute confusion avec la troisième partie du projet, relative au règlement des différends, cette nouvelle partie s'appelle provisoirement « Deuxième partie *bis* ». La Commission aura à revenir sur cette appellation. Enfin, toutes les dispositions de caractère général ont été regroupées dans une quatrième partie.

5. M. GAJA (Président du Comité de rédaction) présente ensuite un à un les projets d'articles que le Comité de rédaction a adoptés en deuxième lecture à la session en cours.

6. L'article 23 [30] est la seule disposition nouvelle de la première partie. La Commission avait décidé d'en reporter l'examen en attendant les projets d'articles sur les contre-mesures, qui sont assurément l'un des aspects les plus controversés du sujet. L'opinion générale de ses membres était que les contre-mesures ne devaient être adoptées que dans des conditions et avec des restrictions expresses et bien définies. Mais faire figurer tout cela dans un seul article aurait exigé un texte très long qui aurait été hors de proportion avec les autres articles du chapitre V de la première partie traitant des autres circonstances excluant l'illicéité. Le Comité de rédaction a donc décidé de faire un article relativement court sur les contre-mesures dans la première partie, et de le relier, tant par le fond que par les conditions qu'il prévoit, aux articles pertinents de la deuxième partie *bis*.

7. Pour ce qui est plus précisément du libellé de l'article 23, il commence par les mêmes termes que l'article 30 adopté en première lecture, indiquant que l'illicéité des contre-mesures est exclue dans certaines conditions.

* Reprise des débats de la 2653^e séance.

¹ Pour le texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par la Commission en première lecture, voir *Annuaire... 1996*, vol. II (2^e partie), chap. III, sect. D, p. 62.

² Reproduit dans *Annuaire... 2000*, vol. II (1^{re} partie).

³ *Annuaire... 1998*, vol. I, 2562^e séance, p. 304.

⁴ *Annuaire... 1999*, vol. I, 2605^e séance, p. 201.

D'abord, elles ne se justifient qu'à l'égard de l'État responsable, condition précisée par le membre de phrase « si, et dans la mesure où », et, ensuite, elles ne peuvent être adoptées que dans les conditions énoncées aux articles 50 [47] à 55 [48]. Le Comité de rédaction a insisté délibérément sur la première condition en utilisant la formule « contre-mesure *dirigée envers** cet [...] État [responsable] », formule qui devrait répondre aux préoccupations exprimées en séance plénière quant au fait que les contre-mesures ne devaient pas viser des États tiers. D'autre part, dans le texte adopté en première lecture, les contre-mesures étaient qualifiées de « légitimes », mot remplacé par « licites » par le Rapporteur spécial. Le Comité, ne pouvant s'accorder sur aucun de ces adjectifs, a décidé de ne pas qualifier du tout les contre-mesures et de renvoyer plutôt aux articles qui énoncent les conditions dans lesquelles elles peuvent être adoptées et les limites à leur adoption.

8. La deuxième partie du projet est divisée en trois chapitres et porte le nouveau titre de « Contenu de la responsabilité internationale des États ». Le chapitre premier, intitulé « Principes généraux », comprend sept articles.

9. Le premier est l'article 28 qui correspond au paragraphe 1 de l'article 36 adopté en première lecture. Le Comité de rédaction n'a pas modifié la forme que le Rapporteur spécial avait donnée à cette disposition. Il a aussi conservé le titre révisé que celui-ci avait proposé, soit « Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite ». Cet article énonce un principe général applicable à tous les articles de la deuxième partie, à savoir que la responsabilité internationale d'un État qui, conformément aux dispositions de la première partie, résulte d'un fait internationalement illicite entraîne les conséquences juridiques énoncées dans la deuxième partie.

10. L'article 29, intitulé « Maintien du devoir d'exécuter l'obligation », correspond au paragraphe 2 de l'article 36 adopté en première lecture et à l'article 36 *bis* proposé par le Rapporteur spécial. Celui-ci se composait lui-même de deux paragraphes : l'un tiré de l'article [36], l'autre issu de la composition des articles [41] sur la cessation et [46] sur les assurances et garanties de non-répétition. On se rappellera que plusieurs membres de la Commission n'avaient pas approuvé cette proposition, souhaitant voir deux articles distincts plutôt qu'un seul. Le Comité de rédaction a suivi cette suggestion et présente donc les articles 29 et 30. L'article 29 est inspiré de la proposition du Rapporteur spécial. Le Comité a jugé que le nouveau libellé exprime plus clairement le principe selon lequel les conséquences juridiques d'un fait illicite n'affectent pas le maintien du devoir de l'État responsable d'exécuter l'obligation qu'il a violée. Il y a cependant apporté quelques changements. D'abord, il n'a pas retenu le terme « État concerné » proposé par le Rapporteur spécial et l'a remplacé par « État responsable », qui lui a semblé suffisamment clair. Cela ne signifie pas que cette expression doive partout dans le texte se substituer à « État qui a commis un fait internationalement illicite », formule parfois plus claire ou plus élégante. Le Comité a également remplacé les mots « les présentes dispositions » par « la présente partie » et « obligation internationale » par « obligation violée ».

11. L'article 30, intitulé « Cessation et non-répétition », correspond au paragraphe 2 de l'article 36 *bis* proposé par

le Rapporteur spécial et aux articles 41 et 46 adoptés en première lecture. Il porte donc à la fois sur la cessation et sur la non-répétition. Comme l'avaient fait remarquer de nombreux membres de la Commission lors du débat en séance plénière, ces deux éléments étaient logiquement liés et pouvaient faire l'objet d'un article unique. Le Comité de rédaction a souscrit à ce point de vue. Dans le membre de phrase introductif, il a remplacé « État qui a commis un fait internationalement illicite » par « État responsable du fait internationalement illicite », formule qui ajoute une précision, puisqu'un État qui n'a pas commis lui-même de fait illicite peut être néanmoins tenu responsable du fait d'un autre État.

12. L'alinéa *a* porte sur l'obligation de mettre fin au fait illicite, ce qui correspond à l'article 41 adopté en première lecture. De nombreux membres, et le Rapporteur spécial lui-même, pensaient que la question de la cessation relevait du chapitre premier, plutôt que du chapitre II, de la deuxième partie. On se souviendra que l'article 41 adopté en première lecture et le texte révisé par le Rapporteur spécial de l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 36 *bis* traitaient de la cessation dans le contexte du fait illicite continu. Certains membres de la Commission avaient estimé que le libellé était indûment restrictif. Le Comité de rédaction a reconnu que l'alinéa *a* devait aussi s'appliquer au cas où l'État a violé une obligation à l'occasion d'une série d'événements, et estimé que le terme « continue » pouvait être compris comme couvrant ce genre de situation. Il a simplifié la formulation de cet alinéa, et le nouveau libellé (« y mettre fin si ce fait continue ») est d'application plus large, et donc préférable.

13. L'alinéa *b* correspond à l'article 46, relatif aux assurances et aux garanties de non-répétition, adopté en première lecture. La Commission a estimé comme le Rapporteur spécial que cette question devait être réglée dans le contexte du chapitre premier plutôt que dans celui du chapitre II. Plusieurs membres ont fait observer que les assurances et les garanties de non-répétition n'étaient pas pertinentes dans toutes les circonstances. Elles devaient être exigées particulièrement dans les cas où l'on pouvait craindre une répétition. L'alinéa *b* porte sur les actes isolés, les actes en série et les actes continus. Les assurances et les garanties de non-répétition prennent des formes et couvrent des situations différentes : les assurances sont en général verbales, les garanties supposent quelque chose d'autre, par exemple des mesures préventives. Il faut souligner que les unes et les autres ne sont appropriées que si le fait illicite est susceptible de se reproduire. Elles visent donc des circonstances exceptionnelles. C'est ce qu'implique le membre de phrase « si les circonstances l'exigent » à la fin de l'alinéa. Comme la Commission, le Comité de rédaction avait bien conscience qu'il y avait eu dans le passé des demandes de garanties de non-répétition comportant des exigences qui allaient très loin, mais il lui a semblé qu'on ne pouvait pas faire silence sur les garanties simplement parce qu'on en avait abusé. Il peut être raisonnable, dans certaines circonstances exceptionnelles, de considérer que des assurances verbales ne sont pas suffisantes.

14. Pour ce qui est de l'article 31 [42], intitulé « Réparation », on se souviendra que le Rapporteur spécial, tenant compte des observations des gouvernements

sur le chevauchement entre les articles 42 et 43 à 45 adoptés en première lecture, et sur le manque de clarté de l'article [42] lui-même, en avait proposé une version révisée portant sur la réparation et ses diverses formes. Son projet d'article 37 *bis* était inspiré en partie du paragraphe 1 de l'article 42 adopté en première lecture. Compte tenu de la nouvelle structure de la deuxième partie, le Comité de rédaction a jugé utile de fixer d'abord la portée de l'article 31, énonçant l'obligation de l'État responsable de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite, et de définir ensuite la notion de préjudice. L'article proposé contient donc deux paragraphes.

15. À propos du paragraphe 1, le Comité de rédaction s'est d'abord penché sur la question de la réparation « intégrale ». Il avait été proposé en séance plénière de supprimer cette mention, mais le Comité a décidé de conserver la formule de l'article adopté en première lecture, énonçant le principe général de la réparation. Mais ce texte ne réglait pas la question du préjudice lui-même. Le paragraphe 1 de l'article [42] prévoyait la réparation intégrale mais n'indiquait pas ce qu'il s'agissait de réparer. De surcroît, cet article avait été formulé du point de vue du droit de l'État lésé, et le Rapporteur spécial l'avait rédigé du point de vue de l'obligation de l'État responsable. Pour plus de clarté et aussi pour régler la question de la causalité, il avait utilisé le membre de phrase « conséquences découlant de ce fait » pour signifier l'objet de la réparation intégrale. Le Comité a cependant estimé que cette formule pouvait être source de méprise. La notion de « conséquences » découlant d'un fait illicite est plus large que celle qui correspond à l'objet de la réparation intégrale. En fait, la réparation ne vise que le préjudice, elle ne couvre pas toutes les conséquences qui peuvent découler d'un fait illicite.

16. Le paragraphe 2 définit le préjudice comme tout dommage, matériel ou moral, subi en conséquence du fait internationalement illicite d'un État. Le mot « préjudice » est donc pris dans son acception large. On s'est demandé s'il fallait faire une distinction entre préjudice et dommage. Certains membres du Comité de rédaction ont soutenu qu'il y avait une différence entre les deux mais n'étaient pas d'accord sur ce en quoi elle consistait. Finalement, le Comité a décidé de définir le préjudice comme comprenant tout dommage. L'idée de dommage « moral » a été ajoutée à celle de dommage « matériel » pour permettre une interprétation plus large du terme « préjudice ». En effet, le dommage « moral » peut être entendu comme désignant non seulement la douleur et la souffrance, mais aussi des atteintes plus générales, que certains peuvent qualifier de « préjudice juridique », causé aux États. Ainsi donc, la définition du préjudice donnée dans ce paragraphe couvre non seulement les préjudices qui font naître une obligation de restitution et d'indemnisation, mais aussi ceux qui font naître une obligation de satisfaction.

17. Le paragraphe 2 de l'article 31 règle aussi une autre question soulevée au cours du débat au sein de la Commission, celle du lien de causalité entre le fait internationalement illicite et le préjudice, dont les articles adoptés en première lecture ne disaient mot. Le paragraphe souligne ce lien en utilisant l'expression « subi en conséquence du fait internationalement illicite d'un État ». Plusieurs suggestions ont été faites pour qualifier le lien de causalité mais, en fin de compte, le Comité de rédaction a jugé que

l'exigence de la causalité n'était pas nécessairement la même pour toutes les violations d'une obligation internationale et qu'il ne serait donc pas prudent, ni même correct, d'utiliser un qualificatif. La nécessité du lien de causalité est en général énoncée au niveau des règles primaires. Il suffit de dire que le préjudice doit être la conséquence du fait illicite. Mais le commentaire développera la question du lien de causalité.

18. L'article 32, intitulé « Non-pertinence du droit interne », correspond quant à lui au paragraphe 4 de l'article 42 adopté en première lecture et à l'article 37 *ter* proposé par le Rapporteur spécial. Le paragraphe 4 de l'article [42] disposait qu'un État auteur d'un fait internationalement illicite ne peut pas invoquer les dispositions de son droit interne pour s'abstenir de réparer intégralement. Le Rapporteur spécial avait supprimé ce paragraphe parce que l'article 3 [4] adopté en deuxième lecture traitait de la même question et la réglait. Or, les débats en séance plénière ont fait apparaître que tel n'était pas le cas. L'article 3 parlait de la non-pertinence du droit interne dans la qualification d'un fait comme illicite, il ne touchait pas aux questions dont traite la deuxième partie. Par conséquent, le Comité de rédaction a décidé de proposer ce nouvel article 32. Il a apporté quelques modifications de forme au texte adopté en première lecture pour l'adapter à la nouvelle économie de la deuxième partie. Il a également élargi la portée de la disposition : il y est question de la non-pertinence du droit interne du point de vue du manquement aux obligations énoncées dans la deuxième partie. Cela tient notamment à la nouvelle structure de la deuxième partie, qui envisage les assurances et garanties de non-répétition séparément de la réparation.

19. L'article 33, intitulé « Autres conséquences d'un fait internationalement illicite », correspond à l'article 38 adopté en première lecture. Le Comité de rédaction a jugé qu'il était utile de conserver cet article, contrairement à ce que pensait le Rapporteur spécial, parce qu'il remplit deux fonctions : d'abord, il préserve l'application des règles du droit international coutumier de la responsabilité des États que le projet ne reflète peut-être pas complètement; ensuite, il cherche à conserver certains effets de la violation d'une obligation internationale qui ne découlent pas du régime de la responsabilité des États proprement dit, mais relèvent du droit des traités ou d'autres domaines du droit international. Cela sera expliqué dans le commentaire, ainsi que la distinction entre ce cas de figure et le principe de la *lex specialis*.

20. L'article 34, intitulé « Portée des obligations internationales énoncées dans la présente partie », est le dernier du chapitre premier. Le paragraphe 1, proposé par le Rapporteur spécial, vise à indiquer que les États auxquels sont dues les obligations de l'État responsable prévues dans la deuxième partie sont déterminés en fonction à la fois de la règle primaire énonçant l'obligation qui a été violée et des circonstances de cette violation. Par exemple, la pollution des mers peut, selon les circonstances, affecter la communauté internationale dans son ensemble, ou alors un seul État côtier ou plusieurs États côtiers. Le paragraphe indique simplement que les obligations de l'État responsable peuvent être dues à un autre État, à plusieurs États ou à la communauté internationale dans son ensemble. La mention « plusieurs États » couvre le cas

dans lequel la violation affecte toutes les parties à un traité ou à un régime juridique établi en droit coutumier. Par exemple, quand une obligation peut être définie comme « intégrale », comme cela peut être le cas des obligations en vertu d'un traité de désarmement, sa violation par un État affecte nécessairement toutes les autres parties. Lorsqu'une obligation de réparation existe à l'égard d'un État, cette réparation ne se fait pas nécessairement au profit de cet État. Par exemple, un État peut être responsable de la violation d'une obligation conventionnelle concernant la protection des droits de l'homme devant toutes les autres parties au traité considéré, mais les particuliers affectés doivent être considérés comme les bénéficiaires finals et, donc, comme les détenteurs du droit à réparation.

21. Le paragraphe 2 a été proposé par le Rapporteur spécial dans son article 40 *quater*. Il vise à indiquer clairement que si la première partie s'applique à tous les cas dans lesquels un fait illicite est réputé avoir été commis par un État, sous réserve des exceptions prévues dans la quatrième partie, la deuxième partie est en revanche de portée plus limitée : elle ne s'applique pas lorsque l'obligation de réparation vise une entité autre qu'un État.

22. Le chapitre II de la deuxième partie du projet, intitulé « Les formes de la réparation », comprend six articles. Le premier est l'article 35, qui correspond au paragraphe 1 de l'article 42 adopté en première lecture et au paragraphe 2 du texte révisé de l'article 37 *bis* proposé par le Rapporteur spécial. Le Comité de rédaction a décidé de commencer le chapitre II par un article d'introduction, énumérant simplement toutes les formes de réparation, les articles consacrés ensuite à chacune d'elles en indiquant le contenu et les modalités d'application. Le commentaire expliquera également que la réparation intégrale n'est pas toujours nécessaire, ni possible si l'on ne met en œuvre qu'une seule forme de réparation. Elle peut en exiger d'autres, ou les exiger toutes, selon la nature et l'étendue du préjudice causé. D'autre part, selon le Comité, la règle primaire peut jouer un rôle important sur le plan de la forme et de l'étendue de la réparation. Ce problème devrait faire l'objet d'explications détaillées dans le commentaire. Enfin, comme la notion de préjudice est déjà définie au paragraphe 2 de l'article 31, on a simplifié le libellé de l'article 35, où il n'est plus question de « conséquences » mais de « réparation intégrale du préjudice causé ».

23. L'article 36, intitulé « Restitution », correspond à l'article 43 adopté en première lecture dont il reprend la phrase liminaire en la formulant, à l'instar d'autres articles du chapitre II, sous l'angle de l'obligation de l'État qui a commis un fait internationalement illicite, à savoir : « l'État responsable d'un fait internationalement illicite est tenu... ». S'agissant de la question, débattue en séance plénière, de savoir s'il suffisait de dire que l'État responsable est tenu à la restitution ou s'il fallait maintenir l'expression, qui figurait déjà dans le texte adopté en première lecture, « au rétablissement de la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis », certains ont fait valoir que cette expression était l'énoncé d'un principe général applicable à la réparation intégrale et non à la restitution en tant qu'une des formes de la réparation. Puisque tant l'article 31 que l'article 35 mentionnent la « réparation intégrale », l'expression considérée doit être entendue dans un sens étroit et ne viser que des cas comme la restitution de biens culturels volés. Le Comité de rédaction

a également été conscient de la complexité de la notion de restitution, laquelle peut prendre par exemple la forme d'un remplacement ou du rétablissement de droits, entre autres. Ces questions pouvant être traitées dans le commentaire, le Comité a décidé de conserver ladite expression.

24. Deux autres questions se sont posées dans le même contexte. Tout d'abord, il avait été proposé de viser la « situation qui aurait existé si le fait illicite n'avait pas été commis », formulation qui a paru problématique au Comité de rédaction car elle était synonyme de réparation intégrale. En ce qui concerne la deuxième question, à savoir le cadre temporel visé par le membre de phrase « avant que le fait illicite ne soit commis », le Comité a estimé que, dans une certaine mesure, ce cadre dépendait, dans chaque cas, de la situation factuelle et du contexte. Ainsi, une menace imminente d'expropriation illicite d'un bien risquait d'avoir des conséquences sur la valeur de ce bien. Il s'agira, d'une manière générale, du moment où l'acte illicite est commis mais, dans certains cas, on pourra remonter dans le temps. Ces questions seront traitées dans le commentaire.

25. Le Comité de rédaction a décidé d'employer le mot « restitution » au lieu de l'expression plus restrictive « restitution en nature ». La formule « dès lors et pour autant qu'une telle restitution », qui figurait aussi dans le texte adopté en première lecture, autorise une restitution partielle et indique clairement que la restitution a priorité sur l'indemnisation, sous réserve des conditions énoncées dans l'article lui-même.

26. Alors que le texte de l'article adopté en première lecture prévoyait quatre exceptions à la règle générale, celui que présente le Comité de rédaction ne maintient que deux exceptions. L'exception visée à l'alinéa *a* a été en général approuvée, et le Comité l'a conservée. À son avis, l'impossibilité matérielle est censée couvrir toute une série de cas, dont certaines situations d'impossibilité juridique comme celles dans lesquelles il y aurait atteinte aux droits légitimes de tiers. L'alinéa *a* ne vise toutefois pas à régler les conflits d'obligations internationales, ceux-ci ne relevant pas de cet article. Ces points seront expliqués dans le commentaire. Le Comité a supprimé l'exception liée aux normes impératives qui figurait dans l'alinéa *b* adopté en première lecture car il a estimé non seulement que l'éventualité de la violation d'une norme impérative par la restitution était peu probable mais également, compte tenu de l'article 21 de la première partie relatif au respect de normes impératives, qu'il était incontestable que les normes impératives, par leur caractère même, l'emportent sur toutes les autres règles qui sont en contradiction avec elles. De plus, une mention expresse des normes impératives à propos de la restitution pourrait être interprétée *a contrario* comme signifiant que la même exception ne s'applique pas aux autres obligations énoncées dans les projets d'articles. L'alinéa *b* présenté par le Comité correspond à l'alinéa *c* adopté en première lecture sous réserve de quelques modifications mineures de forme comme la suppression de l'expression « État lésé ». Celle-ci a paru inopportune, d'une part parce qu'il peut y avoir plus d'un État lésé, et d'autre part parce que l'avantage peut devoir être évalué non par rapport à l'État en tant que tel mais par rapport aux personnes qui peuvent être les bénéficiaires ultimes de la restitution. C'est pour-

quoi le Comité a préféré la formule plus courte « avantage qui dériverait de la restitution ». En ce qui concerne l'exception visée à l'alinéa *d* de l'article 43 adopté en première lecture, prévoyant que la restitution ne devait pas menacer sérieusement l'indépendance politique ou la stabilité économique de l'État responsable, le Comité a estimé que ces cas, eux aussi très rares, seraient de toute façon couverts par l'alinéa *b*.

27. À propos de la question de décisions spécifiques d'exécution susceptibles d'être sollicitées d'une juridiction ou d'un tribunal arbitral, le Comité de rédaction a conclu que de telles décisions ne relèvent pas de la classification des formes de réparation adoptée pour la deuxième partie du sujet. Il en va de même des constatations judiciaires de droits. Il s'agit essentiellement de voies de procédure qui ont leur place dans le commentaire.

28. Pour ce qui est de l'article 37, dont le titre « Indemnisation » n'a pas été modifié, il correspond à l'article 44 adopté en première lecture, qui traitait aussi de la question des intérêts et du manque à gagner. Le Rapporteur spécial, se fondant sur les commentaires des gouvernements, a proposé de traiter la question des intérêts dans un article distinct et de le faire de manière plus étoffée en raison de l'importance des problèmes en cause. Le Comité de rédaction a suivi ces propositions et l'article 37 qu'il présente traite de l'indemnisation et du manque à gagner, mais non des intérêts qui font l'objet de l'article 39. Tout comme le texte adopté en première lecture, l'article 37 comporte deux paragraphes, le premier énonçant le principe général de l'indemnisation tandis que le second précise ce qui doit être indemnisé.

29. S'agissant du paragraphe 1, le Comité de rédaction a accepté l'idée du Rapporteur spécial de le reformuler sous l'angle d'une obligation imposée à l'État responsable plutôt que sous celui d'un droit de l'État lésé, comme cela était le cas dans l'article adopté en première lecture, en remplaçant en outre les mots « État qui a commis un fait internationalement illicite » par « État responsable d'un fait internationalement illicite » pour aligner le libellé sur celui de l'article précédent. Initialement, le Comité avait envisagé, dans le premier paragraphe, de qualifier le dommage comme étant ou non susceptible d'évaluation « économique » ou « financière ». Il a toutefois jugé préférable de prévoir cette qualification dans le deuxième paragraphe, pour indiquer à quoi doit correspondre l'indemnisation. Le Comité a donc retenu une référence plus générale au « dommage causé par ce fait », ce qui se lit mieux tout en maintenant le lien de causalité entre le fait et le dommage. De plus, le Comité, suivant la proposition du Rapporteur spécial, a remplacé le membre de phrase « si, et dans la mesure où, le dommage n'est pas réparé par la restitution en nature » adopté en première lecture par la formule « dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution », l'effet restant toutefois le même. La restitution intégrale n'est peut-être pas toujours possible et, même dans les cas où elle l'est, il se peut que les États concernés conviennent d'une restitution seulement partielle ou que l'État lésé opte pour cette solution lorsqu'il est en droit de le faire. La mention de la « restitution en nature » qui figurait à la fin du paragraphe adopté en première lecture a été transformée en « restitution », ce qui découlait logiquement de la décision du Comité sur le libellé de l'article 36. Comme pour le texte adopté en pre-

mière lecture, cet article laisse de côté la question d'une pluralité d'États lésés qui pourra être traitée dans le cadre du commentaire de l'article 47.

30. Pour ce qui est du paragraphe 2, il a été maintenu par le Comité de rédaction malgré la proposition initiale du Rapporteur spécial qui tendait à le supprimer, le Comité ayant estimé que le débat en séance plénière avait conforté l'approche du projet d'article adopté en première lecture, qui comportait un paragraphe 2. Le Comité a donc tenté d'améliorer le texte du paragraphe 2 adopté en première lecture. Dans le contexte de ce paragraphe, hormis la question des intérêts, deux autres problèmes ont été examinés : la qualification de la notion de dommage ou de préjudice et une éventuelle référence au manque à gagner. De l'avis du Comité, la distinction entre le dommage ou le préjudice couvert au titre de l'indemnisation et le dommage ou le préjudice visé au titre de la satisfaction, telle qu'elle ressortait du texte adopté en première lecture ainsi que du texte proposé par le Rapporteur spécial, ne semblait pas totalement exacte ni utile. La notion de « dommage moral » subi par un État était relativement vague. De plus, compte tenu de la définition générale du mot « préjudice » figurant déjà au paragraphe 2 de l'article 31 relatif à la réparation, le Comité a estimé plus utile de distinguer le dommage ou le préjudice pertinent aux fins de l'indemnisation et le dommage ou le préjudice pertinent aux fins de la satisfaction à l'aide d'un critère plus catégorique évitant tout chevauchement entre indemnisation et satisfaction. Suivant cette approche, la principale distinction qui est apparue entre l'article 37 relatif à l'indemnisation et l'article 38 relatif à la satisfaction tenait au point de savoir si le dommage considéré était susceptible d'évaluation financière. Le Comité a donc retenu une formulation qui qualifie le dommage ou le préjudice, aux fins de l'article 37, comme celui qui est susceptible d'évaluation financière, par opposition à celui visé aux fins de la satisfaction, qui n'est pas susceptible d'une telle évaluation. Pour ce qui est du libellé, le Comité, après avoir noté que le texte adopté en première lecture, qui faisait référence à un dommage « susceptible d'évaluation économique », n'avait pas été critiqué par les gouvernements, a toutefois décidé, après discussion, de retenir l'expression « susceptible d'évaluation financière » qu'il a jugée plus exacte. Le Comité a enfin décidé, compte tenu des vues exprimées en séance plénière, de conserver dans le paragraphe 2 une référence au manque à gagner. Il a reconnu que l'indemnisation du manque à gagner n'était pas toujours nécessaire à la réparation intégrale, cela dépendant en partie du contenu de la règle primaire définissant l'obligation qui avait été violée, et constaté que les tribunaux envisageraient avec circonspection l'octroi d'une indemnisation pour manque à gagner. Cette idée fondamentale était exprimée, dans le texte adopté en première lecture, par la formule « le cas échéant ». Le Comité s'est efforcé de prévoir un critère plus précis propre à limiter les demandes spéculatives. Après avoir envisagé plusieurs qualificatifs, le Comité a retenu en définitive « établi ». Le commentaire développera ce point et expliquera qu'il y a des cas où le manque à gagner est couvert et d'autres où il ne l'est pas.

31. L'article 38 présenté par le Comité de rédaction, qui traite de la dernière forme de réparation et qui est intitulé « Satisfaction », correspond à l'article 45 adopté en première lecture et a donné lieu à d'amples débats, tant en

séance plénière qu'au sein du Comité de rédaction. Celui-ci a reconnu que la satisfaction n'est pas une forme courante de réparation, puisqu'elle n'a pas lieu d'être si le préjudice causé par le fait internationalement illicite d'un État peut être intégralement réparé par la restitution ou l'indemnisation. Le Comité a également estimé que la satisfaction ne peut être accordée que pour un préjudice, non susceptible d'évaluation financière, causé à l'État et qu'en outre, eu égard à certaines exigences abusives formulées dans le passé en matière de satisfaction, il convenait de fixer certaines limites à celle-ci.

32. L'article comporte trois paragraphes. Le paragraphe 1 définit la nature juridique de la satisfaction, et le préjudice pour lequel elle peut être accordée. Pour tenir compte des réserves exprimées par certains membres de la Commission quant à l'emploi, dans le texte proposé par le Rapporteur spécial, du verbe « offrir », qui ne semblait pas cadrer avec le caractère juridique de l'obligation de donner satisfaction, le Comité de rédaction a remanié le paragraphe 1 qui se lit désormais : « L'État responsable d'un fait internationalement illicite est tenu de donner satisfaction... ». Le libellé de la phrase liminaire est ainsi aligné sur celui des articles précédents du chapitre II. Le dernier membre de phrase du paragraphe 1, qui se lit « pour le préjudice causé par ce fait dans la mesure où il n'a pas été* réparé par la restitution ou l'indemnisation » fait ressortir, d'une part, le type de préjudice susceptible de donner lieu à satisfaction et, d'autre part, le caractère relativement exceptionnel de celle-ci. La satisfaction est la forme de réparation des préjudices qui ne sont pas susceptibles d'évaluation financière et qui correspondent à une offense envers l'État, de caractère souvent symbolique.

33. Le paragraphe 2, qui décrit les modalités de la satisfaction, correspond essentiellement au paragraphe 2 de l'article adopté en première lecture et aux propositions de paragraphes 2 et 3 révisés présentées par le Rapporteur spécial. Compte tenu des observations exprimées en séance plénière, le Comité de rédaction a estimé inutilement détaillés tant le texte adopté en première lecture que celui présenté par le Rapporteur spécial, qui énuméraient des types de satisfaction susceptibles d'être accordés. S'il pouvait sembler opportun de donner des exemples, une longue énumération était inutile. Le paragraphe présenté par le Comité prévoit que « La satisfaction peut consister dans une reconnaissance de la violation, une expression de regrets, des excuses formelles, ou toute autre modalité appropriée », ces quatre derniers mots indiquant le caractère non limitatif de la liste et soulignant que la modalité propre de la satisfaction peut dépendre des circonstances de la violation. L'opportunité de mentionner, parmi les modalités de la satisfaction, une action disciplinaire ou pénale à l'encontre d'individus dont les agissements ont causé le fait internationalement illicite ayant donné lieu à des avis partagés, tant en séance plénière qu'au Comité, et le paragraphe 2 n'étant censé donner qu'une liste indicative, le Comité a décidé de ne pas viser ce type d'action dans le texte, l'explication nécessaire pouvant figurer dans le commentaire. Conformément, par ailleurs, aux observations exprimées en séance plénière, les dommages-intérêts punitifs, dont la possibilité ressortait de l'alinéa c du paragraphe 2 adopté en première lecture et qui avait été réexaminée au sujet de la proposition du Rapporteur spécial concernant une catégorie particulière de violations visée à l'article 41, ne figurent pas dans la liste.

34. Le paragraphe 3, correspondant au paragraphe 3 de l'article adopté en première lecture, est fondé sur le texte proposé par le Rapporteur spécial. Il fixe les limites de la satisfaction, eu égard à certains abus passés incompatibles avec l'égalité souveraine des États, suivant deux critères, à savoir la proportionnalité de la satisfaction au préjudice et l'exigence que la satisfaction n'ait pas une forme humiliante pour l'État responsable. Tout en étant conscient que la condition de proportionnalité n'est pas propre à la satisfaction, le Comité de rédaction a néanmoins estimé qu'elle ne pouvait être considérée comme un critère général applicable de la même façon à des situations différentes, et il a estimé opportun de souligner son importance dans le cadre de la satisfaction.

35. L'article 39, intitulé « Intérêts », correspond à l'article 45 *bis* proposé par le Rapporteur spécial pour faire suite aux observations d'un certain nombre de gouvernements, alors que le texte adopté en première lecture ne comportait aucun article distinct à ce sujet et ne traitait des intérêts que dans l'article [44, par. 2]. Il est ressorti clairement du débat en séance plénière que les intérêts ne constituent pas une forme autonome de réparation et qu'ils ne font pas nécessairement partie intégrante de l'indemnisation dans tous les cas, mais qu'ils peuvent être nécessaires pour assurer une réparation intégrale. C'est pourquoi le texte proposé par le Comité de rédaction, qui est fondé sur la proposition du Rapporteur spécial à quelques modifications de forme près, emploie l'expression « somme principale », qui est distincte de l'« indemnisation ».

36. Le libellé du paragraphe 1, où il est dit que des « intérêts ... sont dus dans la mesure qui est nécessaire pour assurer la réparation intégrale », est suffisamment souple pour que l'on ne puisse pas en déduire que le paiement d'intérêts est automatique. Cette approche est également conforme à la tradition de différents systèmes juridiques ainsi qu'à la pratique des tribunaux internationaux.

37. Le paragraphe 2 indique que la date à partir de laquelle les intérêts doivent être calculés est celle à laquelle le principal aurait dû être versé jusqu'au jour où l'obligation de payer est remplie. Cet article en soi ne traite pas des intérêts moratoires courant à compter du jugement, mais concerne les intérêts entrant dans la somme que doit accorder une cour ou un tribunal. Le commentaire indiquera clairement que les intérêts ne peuvent être cumulés avec une indemnisation du manque à gagner si cela revenait, pour l'État lésé, à obtenir un double recouvrement.

38. L'article 40, intitulé « Contribution au dommage » traite essentiellement de la contribution au dommage par négligence, question que visait l'article 42 (par. 2) adopté en première lecture. Le Rapporteur spécial a estimé que cette question était suffisamment importante pour faire l'objet d'un article distinct correspondant à sa proposition d'article 46 *bis*. L'article proposé par le Comité de rédaction ne traite pas de l'atténuation de la responsabilité, il suppose que celle-ci existe. Le texte est fondé sur l'alinéa a de l'article proposé par le Rapporteur spécial qui, lui-même, s'appuyait sur le texte adopté en première lecture. Il comporte un seul paragraphe prévoyant que « pour déterminer la réparation, il est tenu compte de la contribution au dommage due à l'action ou l'omission, intention-

nelle ou par négligence, de l'État lésé ou de la personne ou entité par rapport à laquelle la réparation est demandée ». Cet article, tout comme le texte adopté en première lecture, considère comme pertinentes, non pas toute action ou toute omission, mais seulement celles qui sont intentionnelles ou résultent de négligence. De même, comme dans le texte adopté en première lecture, l'action ou l'omission ainsi qualifiée peut être celle de l'État lésé ou de la personne ou entité par rapport à laquelle la réparation est demandée. La formule « par rapport à laquelle la réparation est demandée » diffère du texte adopté en première lecture et de la proposition du Rapporteur spécial qui, l'un et l'autre, se lisaient : « au nom duquel la demande est présentée », car la mention d'une demande apparaissant pour la première fois dans cet article, il a semblé au Comité qu'elle n'avait pas sa place dans le chapitre II.

39. L'article a un caractère relativement souple. Ainsi, la « négligence » n'est qualifiée par aucun adjectif. La pertinence de la négligence par rapport à la réparation dépend de la mesure dans laquelle elle a contribué au dommage et des circonstances de fait particulières, aspects qu'il est préférable d'expliquer dans le commentaire. La formule « il est tenu compte de » signifie que l'article concerne des facteurs propres à réduire la réparation. L'alinéa *b* proposé par le Rapporteur spécial a été supprimé car il risquait de laisser croire qu'il existe en droit international une obligation d'atténuer le dommage, ce dont le Comité de rédaction n'est pas certain. Il sera donc expliqué dans le commentaire que, si des mesures sont susceptibles d'être prises par un État lésé en vue d'atténuer le dommage, cet État devrait les prendre et qu'il pourra être tenu compte de son inaction à cet égard pour déterminer la réparation.

40. S'agissant du chapitre III de la deuxième partie, intitulé « Violations graves d'obligations essentielles envers la communauté internationale », le Comité de rédaction s'est trouvé devant un choix difficile. Le projet adopté en première lecture traitait des « crimes internationaux », ce qui a suscité des controverses tant au sein de la Commission que parmi les gouvernements. Le Rapporteur spécial a proposé de s'écarter de cette approche et de s'intéresser plutôt aux obligations envers la communauté internationale dans son ensemble et aux conséquences découlant de violations graves de ces obligations et, suivant cette approche, il a soumis certaines propositions à la Commission. Il a notamment proposé la suppression de l'article 19 adopté en première lecture et l'adjonction d'un nouvel article relatif aux conséquences de violations d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble. Ces conséquences correspondaient en grande partie à celles envisagées dans les articles adoptés en première lecture pour les crimes internationaux. Néanmoins, les propositions du Rapporteur spécial n'ont pas pu régler toutes les difficultés que les partisans, tout comme les détracteurs, de la notion de crimes internationaux avaient mises en évidence. S'appuyant sur les débats en séance plénière, le Comité de rédaction a fondamentalement suivi l'approche du Rapporteur spécial. Les références aux crimes internationaux des États ont été supprimées, mais certaines conséquences particulières ont été prévues en cas de violations graves d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble. L'idée était de trouver un moyen terme permettant d'espérer un consensus. Certains membres du Comité ont néanmoins exprimé des

réserves, notamment à l'égard du paragraphe 1 de l'article 42.

41. Le chapitre III comporte deux articles. L'article 41 intitulé « Application du présent chapitre », qui correspond à l'article 51 proposé par le Rapporteur spécial, prévoit que ce chapitre s'applique à la responsabilité d'un État découlant de violations graves d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble et essentielles pour la protection de ses intérêts fondamentaux. Il y a donc trois conditions : il faut, tout d'abord, que les obligations soient dues à la communauté internationale dans son ensemble, deuxièmement qu'elles soient essentielles pour la protection des intérêts fondamentaux de ladite communauté et, enfin, qu'il s'agisse de violations graves. Ces critères sont certes relativement généraux et peu précis mais ils visent à donner des orientations quant à la qualité des obligations et des violations dont traite le chapitre III.

42. Pour préciser davantage la notion de violations « graves », le paragraphe 2 de l'article 41 pose deux critères, à savoir, d'une part, le fait que la violation dénote une inexécution « flagrante ou systématique » de l'obligation de la part de l'État responsable et, d'autre part, le fait que cette violation « [risquerait] de causer une atteinte substantielle aux intérêts fondamentaux protégés par [l'obligation] », c'est-à-dire aux intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble visés au paragraphe 1. L'adjectif « flagrante » souligne la qualité et la gravité de l'inexécution de l'obligation par l'État responsable, en définissant un critère qui va au-delà de la simple négligence. Le mot « systématique » met également en évidence la qualité du manquement de l'État responsable, en soulignant son caractère répétitif. Il est certain que le paragraphe ne vise pas des violations mineures, insignifiantes, occasionnelles ou incertaines. De plus, les conséquences de ce manquement doivent être de risquer « de causer une atteinte substantielle ». Le Comité de rédaction a examiné l'adjectif « irréversible » proposé par le Rapporteur spécial pour qualifier l'atteinte mais a estimé qu'il n'était pas toujours adapté. En cas d'agression par exemple, la situation peut être qualifiée de réversible si l'agresseur se retire. Le Rapporteur spécial avait également proposé l'expression « violation manifeste », mais le Comité ne l'a pas retenue, par crainte d'exclure ainsi des violations graves perpétrées de manière suffisamment subtile pour qu'elles ne puissent être qualifiées de « manifestes ».

43. Le second et dernier article de ce chapitre est l'article 42, intitulé « Conséquences des violations graves d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble », qui correspond aux articles 51 et 53 adoptés en première lecture. Il est fondé sur la proposition d'article 52 du Rapporteur spécial et traite de façon simplifiée des conséquences des violations graves visées à l'article précédent.

44. Le paragraphe 1 prévoit qu'une telle violation grave peut entraîner, pour l'État qui en est responsable, l'obligation de verser des dommages-intérêts correspondant à la « gravité de la violation ». Le Comité de rédaction a longuement débattu de ce paragraphe, en tenant compte notamment de l'opinion exprimée en séance plénière selon laquelle il ne devait pas y avoir de dommages-intérêts

punitifs, même en cas de violation des obligations concernées. Différents avis ont été exprimés quant au point de savoir si, en fait, des dommages-intérêts correspondant à la « gravité de la violation » se confondaient avec des « dommages-intérêts punitifs ». Dans la pratique, ces derniers ont un caractère exceptionnel et font souvent l'objet de régimes particuliers. Il peut toutefois y avoir des cas où la gravité de la violation entraîne nécessairement de lourdes conséquences financières, ce que vise à indiquer le verbe « peut ». Le paragraphe laisse ouverte la question de savoir si les dommages-intérêts correspondant à la gravité de la violation s'ajoutent à ceux qui sont dus par l'État responsable en vertu de l'article 37 [44] relatif à l'indemnisation.

45. Le paragraphe 2 traite des obligations incombant aux autres États, lesquelles visent à entraîner d'autres conséquences négatives pour l'État responsable. Certaines des obligations définies dans ce paragraphe peuvent aussi être applicables dans le cas d'autres faits illicites et le commentaire développera ce point. L'énumération des obligations incombant aux États tiers qui sont énoncées dans ce paragraphe vise à souligner leur importance particulière pour ce qui concerne cette catégorie spécifique de violations. L'alinéa *a* impose aux autres États de ne pas reconnaître comme « licite » la situation créée par la violation, et le commentaire expliquera que la question de la reconnaissance est étroitement liée à celle de la « validité », sans toutefois se confondre avec elle. L'alinéa *b* découle logiquement de l'alinéa *a* en ce qu'il prévoit que les autres États ne doivent pas prêter aide ou assistance à l'État responsable pour maintenir la situation créée par la violation. Le fait de prêter aide ou assistance suppose une action positive mais n'implique toutefois pas nécessairement une responsabilité en raison du fait illicite dans le cadre de l'article 16. L'expression « situation ainsi créée » vise la situation particulière résultant du fait illicite. Le commentaire développera ces différents points. L'alinéa *c* oblige les autres États à coopérer pour mettre fin à la violation, mais cette obligation est nuancée par les mots « autant que possible », afin de tenir compte des circonstances telles que les obligations juridiques auxquelles sont tenus certains États qui peuvent les empêcher de coopérer, comme certaines obligations résultant du droit de la neutralité.

46. Le paragraphe 3 est une clause de sauvegarde, aux termes de laquelle le chapitre III est sans préjudice, tout d'abord des conséquences du chapitre II (Les formes de la réparation) et deuxièmement des conséquences supplémentaires que la violation peut faire naître en droit international. Ces conséquences peuvent survenir en ce qui concerne, soit toutes les violations graves des obligations envers la communauté internationale dans son ensemble, soit certaines d'entre elles. Le texte proposé par le Rapporteur spécial visait les conséquences « pénales ou autres », mots que le Comité de rédaction a supprimés en considérant qu'ils n'étaient pas nécessaires dans le texte de l'article et que ces aspects pourraient être développés dans le commentaire. Ce paragraphe ne fait que reconnaître que le droit dans ce domaine est en cours de développement et que les projets d'articles ne portent pas atteinte à ce développement.

47. La deuxième partie *bis*, intitulée « Mise en œuvre de la responsabilité des États », comprend deux chapitres. Le chapitre premier, qui traite de l'« Invocation de la responsabilité d'un État », renferme sept articles. Abordant à cet

égard la question de la définition de l'« État lésé », le Président du Comité de rédaction rappelle que la Commission a longuement débattu de l'article 40 *bis* proposé par le Rapporteur spécial, version remaniée de l'article 40 (Sens de l'expression « État lésé ») adopté en première lecture. Dans ce texte, la définition de l'État lésé était très large et souffrait de quelques contradictions : ainsi que des gouvernements l'ont souligné dans leurs observations, plusieurs États pouvaient prétendre avoir été lésés et, partant, prétendre à tout l'éventail des modes de réparation prévus dans les articles. C'est pourquoi le Rapporteur spécial a proposé une nouvelle formulation de manière à distinguer les États ayant subi un « préjudice » des États ayant simplement un « intérêt juridique ». Plusieurs membres de la Commission ont considéré que la distinction n'était pas suffisamment nette et que de surcroît le texte posait d'autres difficultés. L'emploi des expressions État « lésé » et État ayant un « intérêt juridique » n'était pas satisfaisant, car l'État lésé avait aussi un intérêt juridique. Cependant, il a été généralement jugé utile d'établir une distinction entre les différentes catégories d'États envers lesquels le fait illicite avait été commis et qui étaient fondés à bénéficier de formes de réparation spécifiques. Tout en approuvant la démarche du Rapporteur spécial, certains membres de la Commission ont fait des propositions par écrit indiquant d'autres moyens d'établir cette distinction. Vu les observations et les propositions formulées, le Comité a émis l'avis que toute définition de l'État lésé devrait prendre en considération les différentes catégories de faits illicites qui pouvaient être commis et causer un préjudice aux États. Il conviendrait de distinguer au regard des conséquences juridiques susceptibles d'être revendiquées la première catégorie d'État de la seconde.

48. Le Président du Comité de rédaction rappelle en outre que le paragraphe 3 de l'article 40 *bis* proposé par le Rapporteur spécial prévoyait d'exclure les entités lésées autres que les États du champ d'application du projet d'articles. La Commission a appuyé cette idée, considérant qu'il était difficile de traiter de ces problèmes complexes qui n'étaient pas évoqués dans les articles adoptés en première lecture.

49. Le Comité de rédaction, souscrivant à l'avis général émis en séance plénière, selon lequel il était difficile de regrouper dans un article unique trop de questions importantes et épineuses, a jugé préférable de sérier les questions en jeu et d'en traiter séparément dans des articles distincts, à savoir l'article 43 (L'État lésé) et l'article 49 (Invocation de la responsabilité par des États autres que l'État lésé), la question des entités autres que les États étant exclue du champ du projet d'articles, comme indiqué au paragraphe 2 de l'article 34.

50. Les articles 43 et 49, qui constituent respectivement le premier et le dernier article du chapitre premier de la deuxième partie *bis*, visent les deux catégories d'États susceptibles d'être atteints par un fait internationalement illicite. Pour le Comité de rédaction, la détermination d'un État lésé dans une affaire donnée dépend dans une certaine mesure des règles primaires en cause et des circonstances de l'affaire; au regard des règles secondaires, il s'agit de déterminer les catégories d'États lésés et le droit qu'ils ont d'invoquer la responsabilité et d'exiger certaines formes de réparation. Le Comité a évité

d'employer l'expression « intérêt juridique » qui figurait dans les textes précédents afin de ne pas créer de problème de terminologie entre l'expression « État lésé » et l'expression « État ayant un intérêt juridique » : tous les États lésés ayant aussi un intérêt juridique, ils ne forment pas une catégorie distincte. De même, le Comité a évité d'employer l'expression « obligations *erga omnes* », lui préférant l'expression « obligations envers la communauté internationale dans son ensemble ». Enfin, les articles 43 et 49 sont formulés en termes de droit d'un l'État d'invoquer la responsabilité de l'État auteur, ou de son fondement à le faire. L'expression « un État est habilité en tant qu'État lésé » à invoquer la responsabilité qui figure au début de l'article 43 a pour objet de distinguer cet État de l'autre catégorie d'États fondés à invoquer la responsabilité de l'État auteur visée à l'article 49. Les articles 43 [40] et 49 parlent d'« État » au singulier, mais ils n'excluent pas la possibilité qu'il puisse y avoir plus d'un État lésé.

51. L'article 43 [40] concerne l'État lésé au sens strict du terme. L'alinéa *a* porte sur la violation d'une obligation dans le cadre d'une relation bilatérale, cas dans lequel la catégorie d'États lésés est la plus facile à déterminer : les exemples les plus courants sont les violations d'obligations prévues dans un traité bilatéral ou dans un traité multilatéral qui donnent naissance à une série de relations bilatérales. En revanche, il est plus difficile de déterminer les États lésés dans le cadre d'une relation multilatérale, que l'obligation visée découle d'un traité ou du droit coutumier. Dans le cadre d'une relation multilatérale, le fait illicite peut atteindre spécifiquement un ou plusieurs des États envers lesquels l'obligation existe. Ces États peuvent donc être réputés comme avoir été spécialement atteints par le fait illicite. D'autres États parties à la même relation multilatérale peuvent aussi être concernés par l'exécution de l'obligation.

52. Quant à l'alinéa *b*, il traite des obligations à l'égard d'un certain nombre d'États ou de la communauté internationale dans son ensemble. L'expression « obligation ... due à un groupe d'États *dont il fait partie** » signifie que l'obligation existe à l'égard de ce groupe, également dans une circonstance donnée, c'est-à-dire compte tenu des circonstances de l'espèce. L'alinéa *b* envisage, premièrement, le cas de la violation d'une obligation dans le cadre d'une relation multilatérale qui atteint spécialement un ou plusieurs États appartenant au groupe d'États envers lesquels cette obligation existe. Le mot « spécialement », au sous-alinéa *i* de l'alinéa *b*, met l'accent sur l'effet néfaste spécial du fait illicite sur l'État lésé. Plusieurs exemples peuvent illustrer ce cas : dans le contexte d'une agression, on peut établir une distinction entre d'une part l'État qui en a été la cible et d'autre part d'autres États, au regard de leur intérêt dans le maintien de l'ordre international public et de leur droit en la matière. Les différences quant aux effets du fait illicite permettront aussi d'établir une distinction entre ces États s'agissant de ce qu'ils sont en droit d'exiger de l'État responsable. Pour qu'un État soit considéré comme appartenant à la catégorie des États visés au sous-alinéa *i* de l'alinéa *b* de l'article 43, il faut qu'un effet spécial préjudiciable le distingue de tous les autres États qui ont eux aussi été atteints par le fait illicite. Le Comité de rédaction a examiné plusieurs variantes en lieu et place de l'adverbe « spécialement » (« directement », « particulièrement », « nécessairement »), mais il a conclu que c'était celui qui convenait le mieux – d'autant plus qu'il

est employé à l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 60 de la Convention de Vienne de 1969, encore que dans ce contexte il se réfère aussi au cas de la violation d'une obligation née d'un traité multilatéral qui ne lèse qu'un État. Les mots « atteint » et « porter atteinte », aux sous-alinéas *i* et *ii* de l'alinéa *b* signifient que les effets sont préjudiciables et négatifs, ce qui sera expliqué dans le commentaire. L'alinéa *b* vise, deuxièmement, les obligations découlant d'une relation multilatérale, qualifiées d'obligations « intégrales » parce que la violation de l'une d'entre elles porterait atteinte à l'exercice des droits ou à l'exécution des obligations de tous les États appartenant au groupe considéré : tous les États envers lesquels l'obligation existe deviennent en fait des États spécialement atteints. Le sous-alinéa *ii* de l'alinéa *b* traite du cas où chaque État est atteint parce que chaque État exécute les obligations qui lui incombent uniquement en partant de l'hypothèse que les autres États en font autant : tel est le cas, par exemple, des obligations découlant d'un traité de désarmement. L'expression « porter atteinte à la jouissance des droits ou à l'exécution des obligations » de tous les États concernés s'inspire du sous-alinéa *i* de l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 41 de la Convention de Vienne. Le caractère particulier des obligations intégrales, dont la violation pourrait porter atteinte à la jouissance des droits ou à l'exécution des obligations des membres du groupe, sera expliqué dans le commentaire. Les mots « États concernés » renvoient sans équivoque au groupe d'États envers lesquels l'obligation « intégrale » existe.

53. L'article 49, intitulé « Invocation de la responsabilité par des États autres que l'État lésé », intègre la notion d'intérêt collectif. Le sous-alinéa *i* de l'alinéa *b* de l'article 43 [40] et le paragraphe 1 de l'article 49 visent peut-être le même fait illicite qui atteint d'une manière différente différentes catégories d'États, mais le premier vise l'État lésé pour ainsi dire à titre personnel, tandis que le second vise un État atteint en tant que membre d'un groupe d'États envers lesquels l'obligation violée existe ou en tant que membre de la communauté internationale. L'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 49 traite des cas où l'obligation violée est due à un groupe d'États, dont l'État lésé, et où l'obligation est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif. Là aussi, les mots « l'obligation violée est due à un groupe d'États *dont il fait partie** » signifient que, dans un cas donné, l'obligation est due à tous les membres du groupe. Pour que l'obligation violée entre dans cette catégorie d'obligations, elle doit donc répondre à deux critères : premièrement, elle doit être due au groupe et, deuxièmement, elle doit être établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif. L'alinéa *b* du paragraphe 1 traite de la violation d'une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble.

54. Le Président du Comité de rédaction indique qu'il présentera les paragraphes 2 et 3 de l'article 49 après avoir présenté les autres articles du chapitre premier.

55. L'article 44, intitulé « Invocation de la responsabilité par un État lésé », qui correspond à l'article 46 *ter* proposé par le Rapporteur spécial, traite de certaines questions de fond et de procédure liées à l'invocation de la responsabilité par un État lésé, comme le choix du mode de réparation et la recevabilité des réclamations, questions qui n'étaient pas traitées en détail dans le projet adopté en première lecture. Comme il est apparu en géné-

ral du débat en séance plénière que ces questions, en raison de leur importance, devaient faire l'objet d'articles distincts, le Comité de rédaction a scindé en deux l'article 46 *ter* proposé par le Rapporteur spécial. L'article 44 s'inspire du paragraphe 1 de l'article 46 *ter* et comprend deux paragraphes. Aux termes du paragraphe 1, l'État lésé au sens de l'article 43 [40] qui invoque la responsabilité d'un autre État doit notifier sa demande à cet État. La question du rapport entre la notification donnée par l'État lésé et l'obligation de réparer a été notamment discutée en séance plénière, et des préoccupations ont été exprimées quant au fait que l'exigence de notification, en particulier par écrit, imposerait une charge trop lourde à l'État lésé. Le Comité, quant à lui, a considéré que normalement, lorsqu'un État souhaite invoquer la responsabilité d'un autre État, il doit lui en donner notification. Il sera expliqué dans le commentaire que cette notification n'a pas à être écrite et que l'obligation de réparer qui naît dès la commission du fait illicite ne lui est pas subordonnée. Les éléments de la notification énoncés au paragraphe 2 sont facultatifs, laissés à la discrétion de l'État lésé. L'alinéa *a* du paragraphe 2 prévoit que l'État lésé peut indiquer le comportement que devrait adopter l'État responsable pour mettre fin au fait illicite. Cette indication ne lie évidemment pas l'État responsable. L'État lésé peut seulement exiger de l'État responsable qu'il s'acquitte de l'obligation primaire qui lui incombe. Il serait cependant utile que l'État responsable ait une idée de ce qui satisferait l'État lésé, car cela pourrait faciliter le règlement du différend. L'alinéa *b* du paragraphe 2 traite de la question du choix de la forme que devrait prendre la réparation – question sur laquelle les avis étaient partagés, certains membres défendant le droit de choisir le mode de réparation, tandis que d'autres étaient hésitants et estimaient que ce droit n'est pas absolu. Le Comité, quant à lui, a considéré qu'il ne faudrait pas énoncer dans l'article le droit du choix du mode de réparation sous forme absolue, d'où le caractère purement indicatif pour l'État lésé de l'alinéa susmentionné.

56. L'article 45 [22], intitulé « Recevabilité de la demande », correspond au paragraphe 2 de l'article 46 *ter* proposé par le Rapporteur spécial et concerne essentiellement deux critères; premièrement, celui de la nationalité des demandes; deuxièmement, celui de l'épuisement des recours internes, qui faisait l'objet de l'article 22 adopté en première lecture. Ces deux critères relèvent de la question de la recevabilité des demandes, par opposition à celle de la recevabilité en justice. Il n'est pas exclu dans le projet que, dans certains cas, un fait illicite ne naisse qu'une fois les recours internes épuisés. L'article prévoit que la responsabilité de l'État ne peut pas être invoquée dans deux cas : *a*) si la demande n'est pas présentée conformément aux règles applicables en matière de nationalité des réclamations, sans préciser lesquelles (cette question devant être réglée dans le cadre du sujet sur la protection diplomatique); *b*) si la demande est soumise à la règle de l'épuisement des recours internes et que toutes les voies de recours internes disponibles et effectives n'ont pas été épuisées, ce que proposait en substance le Rapporteur spécial. Le libellé de cette dernière disposition est suffisamment souple pour englober toutes les situations et tient compte du fait que la règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique qu'à certains types de réclamations. Les adjectifs « disponibles et efficaces » seront expliqués dans le commentaire. La Commission sera appelée également à

étudier la question de l'épuisement des recours internes dans le contexte de la protection diplomatique, encore que la règle des recours internes ait une application plus large.

57. L'article 46, qui est une version remaniée de l'article 46 *quater* proposée par le Rapporteur spécial, traite de la « Perte du droit d'invoquer la responsabilité », question sur laquelle le projet d'articles adopté en première lecture était silencieux. L'alinéa *a* porte sur la renonciation à la demande : cette renonciation ne prend effet que si l'État lésé a valablement renoncé à la demande de manière non équivoque. Le texte proposé par le Rapporteur spécial faisait du règlement un des motifs de perte du droit d'invoquer la responsabilité. Mais compte tenu des vues exprimées en séance plénière, le Comité de rédaction est convenu que le règlement ne saurait être réputé être un motif de perte du droit d'invoquer la responsabilité. Le règlement fait l'objet d'un accord entre les parties, qui modifie la situation juridique. Le commentaire traitera de ce point au besoin, et il énoncera les conditions de validité d'une renonciation. L'alinéa *b* concerne le délai déraisonnable équivalant à un préjudice, et il a été longuement débattu en séance plénière. Certains membres, considérant que le texte proposé par le Rapporteur spécial semblait énoncer une règle générale portant sur les limites imposées aux demandes qui ne s'appliqueraient certainement pas dans tous les cas, s'y sont déclarés hostiles, tandis que d'autres se sont déclarés favorables au maintien, sous une forme modifiée, de cette disposition, qui s'appuie sur la notion de préjudice pour l'État responsable. Le Comité s'est rangé à l'avis de ces derniers, et a remanié l'article afin d'éviter d'évoquer la question des limites imposées aux demandes. Le Comité a insisté sur le comportement de l'État, qui pouvait être le cas échéant un retard déraisonnable, en tant que critère déterminant pour la perte du droit de présenter une réclamation. Le libellé qu'il propose est plus proche de celui de l'alinéa *b* de l'article 45 de la Convention de Vienne de 1969. La question des délais fera l'objet d'un développement général dans le commentaire, où il sera précisé que le retard en soi n'est pas un motif de perte des droits et où il sera expliqué en outre que les alinéas *a* et *b* peuvent s'appliquer à un élément de la demande aussi bien qu'à l'ensemble de la demande.

58. L'article 47, intitulé « Invocation de la responsabilité par plusieurs États », est une version remaniée de l'article 46 *quinquies* proposé par le Rapporteur spécial. Il énonce le principe, qui n'était pas dûment traité dans le projet d'articles adopté en première lecture, selon lequel, dans les cas où il y a plusieurs États lésés, chacun d'eux peut invoquer séparément la responsabilité de l'État qui a commis le fait internationalement illicite. Le Comité de rédaction a inséré le mot « séparément » pour bien préciser cette idée, et il a aussi remplacé l'expression « deux États ou davantage » qui figurait dans le texte proposé par le Rapporteur spécial par l'expression « plusieurs États ». L'article ne traite pas du cas où les États lésés adoptent des attitudes différentes au regard des modes de réparation, ce problème ne revêtant sur le plan pratique qu'une importance limitée. Si des cas de ce genre se produisent, ils présenteront probablement des caractéristiques particulières et seront principalement déterminés par le contenu de l'obligation violée.

59. L'article 48, intitulé « Invocation de la responsabilité de plusieurs États », s'inspire du texte 46 *sexies* proposé par le Rapporteur spécial. Le paragraphe 1 dispose que, lorsque plusieurs États sont responsables du même fait internationalement illicite, la responsabilité de chaque État peut être invoquée par rapport à ce fait. Le paragraphe 2 prévoit deux sauvegardes. L'alinéa *a* stipule que l'État lésé ne peut recouvrer, par le biais de l'indemnisation, davantage que le dommage qu'il a subi. Ce principe de l'interdiction du double recouvrement a pour objet de protéger l'État responsable, dont l'obligation d'indemniser est limitée au dommage subi. La question ayant été posée de savoir s'il ne vaudrait pas mieux parler de « réparation » que d'« indemnisation », le Comité de rédaction a estimé que, normalement, l'interdiction du double recouvrement, règle bien établie fréquemment appliquée par les tribunaux, vaut pour la réparation pécuniaire. Par ailleurs, il a supprimé la mention « une personne ou une entité » figurant dans le texte proposé par le Rapporteur spécial, la deuxième partie du projet d'articles ne traitant que de la responsabilité des États envers d'autres États. Il sera expliqué dans le commentaire que le principe de l'interdiction du double recouvrement s'applique en général, quel que soit le bénéficiaire du recouvrement. L'alinéa *b* dispose que le paragraphe 1 est sans préjudice de tout droit de recours à l'égard des autres États responsables. C'est là tout simplement un moyen de rappeler que les articles ne traitent pas de la question de la répartition entre plusieurs États responsables du même fait illicite.

60. Il est à signaler que le Comité de rédaction n'a pas retenu le sous-alinéa *i* de l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 46 *sexies*, qui traitait de la recevabilité de la procédure, convenant avec la majorité des membres de la Commission que cette question n'entraîne pas dans le champ d'application du projet d'articles. Il pourra cependant en être fait état dans le commentaire.

61. Passant à l'article 49, intitulé « Invocation de la responsabilité par des États autres que l'État lésé », le Président du Comité de rédaction indique qu'il ne reviendra pas sur le paragraphe 1, déjà analysé en liaison avec la distinction entre cette catégorie d'États et celle des États lésés. Suite à la proposition du Rapporteur spécial et compte tenu des points de vue exprimés en séance plénière, le Comité a estimé que tout État appartenant à la catégorie visée est fondé à exiger la cessation du fait illicite et, au besoin, des assurances et garanties de non-répétition et qu'il devrait en outre être fondé à demander à l'État responsable réparation conformément aux dispositions du chapitre II de la deuxième partie. Le Rapporteur spécial n'avait à ce propos envisagé que la restitution, mais, pour le Comité, les États considérés devraient être aussi fondés à demander d'autres formes de réparation – ce qui indiquerait qu'il existe des États fondés à présenter une réclamation dans tous les cas de violations d'obligations envers la communauté internationale dans son ensemble. En revanche, une revendication ne pourrait être présentée que dans l'intérêt d'un État lésé ou d'autres bénéficiaires de l'obligation violée. Toutes ces considérations sont contenues au paragraphe 2 de l'article 49. Quant au paragraphe 3, il prévoit simplement que les conditions et limitations qui s'appliquent à l'invocation par l'État lésé de la responsabilité d'un autre État s'appliquent aussi dans le cas d'un État appartenant à l'autre catégorie d'États visés.

62. Le chapitre II de la deuxième partie, intitulé « Contre-mesures », traite du but des contre-mesures et des conditions dans lesquelles elles peuvent être exercées, de même que des limitations auxquelles elles sont soumises. Il comprend six articles, qui ont fait l'objet de longs débats à la Commission, en particulier parce qu'aux termes des articles correspondants adoptés en première lecture, les différends en matière de responsabilité des États auraient été indirectement soumis à une procédure de règlement obligatoire en cas d'adoption de contre-mesures. Or, les contre-mesures suscitent de fortes controverses. Le Rapporteur spécial puis le Comité de rédaction se sont attachés à concilier les points de vue divergents émis, en concevant un système opératoire assorti de conditions et de limitations destiné à maintenir les contre-mesures dans des limites généralement acceptables.

63. L'article 50, intitulé « Objet et limites des contre-mesures », définit l'objet des contre-mesures et certaines des conditions visées à l'article 23 [30]. Il correspond à l'article 47 adopté en première lecture et se compose de trois paragraphes. Le paragraphe 1 précise que les contre-mesures ont pour objet d'inciter un État responsable d'un fait internationalement illicite à s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie – ce qui signifie que les contre-mesures n'ont pas une finalité punitive. Il énonce par ailleurs la première condition dont est assortie l'adoption de contre-mesures : l'État responsable doit avoir manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie. Enfin, l'expression « *ne peut** prendre de contre-mesures ... *que** » indique le caractère exceptionnel de celles-ci. Certains membres de la Commission ayant suggéré en séance plénière de qualifier le fait illicite, le Comité de rédaction a longuement débattu de cette question et a finalement conclu qu'il valait mieux ne rien en faire. C'est ainsi que le paragraphe 1 est une simple déclaration et qu'il repose sur un critère objectif : des contre-mesures peuvent être prises lorsqu'un fait illicite a été effectivement commis. Il est clair qu'un État qui prend des contre-mesures les prend à ses risques et périls, s'il apparaît que l'illicéité du fait incriminé n'est pas fondée.

64. Le paragraphe 2 définit la nature juridique et le caractère bilatéral des contre-mesures. Les contre-mesures sont limitées à la « suspension de l'exécution » d'une ou de plusieurs obligations internationales que l'État prenant les contre-mesures « doit » à l'État responsable. Comme dans le cas de l'article 23, le fait que les contre-mesures revêtent un caractère bilatéral permet de protéger les États tiers. L'expression « suspension de l'exécution » de l'obligation englobe à la fois des actions et des omissions. Par ailleurs, le mot « suspension » a pour but de mettre l'accent sur le caractère temporaire des contre-mesures. Tout ceci sera expliqué dans le commentaire, où il sera précisé en outre que les contre-mesures ne sont pas des mesures de rétorsion et que, partant, les limitations et les conditions dont leur adoption est assortie ne s'appliquent pas aux mesures de rétorsion.

65. Le paragraphe 3 s'inspire du paragraphe 2 de l'article 72 de la Convention de Vienne de 1969 qui dispose que, lorsqu'un État suspend l'application d'un traité, il ne doit pas, durant cette suspension, faire quoi que ce soit qui empêche sa reprise. Cela renvoie à ce que certains membres de la Commission ont appelé la « réversibilité » des

contre-mesures. Le Comité de rédaction a estimé que toutes les contre-mesures n'étaient pas ni ne devaient être réversibles au sens strict du terme : cela aurait constitué une limite déraisonnable. Les conséquences des contre-mesures peuvent n'être pas toujours réversibles. Les contre-mesures peuvent parfois causer un dommage incident irréparable, même après la levée des contre-mesures, même s'il peut être possible de reprendre l'exécution de l'obligation sous-jacente. Par exemple, la suspension d'un accord commercial peut entraîner la faillite d'une société dans l'État contre lequel la suspension est dirigée. Un tel effet n'exclut toutefois pas la remise en vigueur de l'accord commercial entre les deux États une fois que les contre-mesures ont été suspendues.

66. L'expression « autant que possible » qui figure au paragraphe 3 indique que, si l'État lésé a le choix entre diverses contre-mesures licites et efficaces, il doit choisir celles qui n'empêchent pas la reprise de l'exécution « des obligations en question », à savoir celles dont l'exécution a été suspendue à titre de contre-mesures.

67. L'article 51, intitulé « Obligations non soumises à des contre-mesures », correspond à l'article 50 sur les contre-mesures interdites adopté en première lecture. Le Rapporteur spécial avait traité des contre-mesures interdites dans deux articles, les articles 47 *bis* et 50, mais, lors du débat en séance plénière, de nombreux membres ont dit préférer que ces deux articles soient réunis parce que les questions dont ils traitaient étaient étroitement liées.

68. L'article 51 est libellé différemment du texte adopté en première lecture et comprend deux paragraphes. Le paragraphe 1 dispose que les contre-mesures ne peuvent entraîner aucune dérogation aux obligations énumérées dans l'article. Le verbe « entraîner » vise à la fois l'objet et les conséquences des contre-mesures; son acception est plus large que la clause liminaire de l'article 50 adopté en première lecture.

69. Le mot « dérogation » vise à indiquer que chacune des obligations énumérées dans l'article est imposée par d'autres règles et que l'article 51 ne vise pas à s'y substituer ni d'ailleurs à les définir. Il signifie que les contre-mesures ne doivent en aucune manière affecter l'exécution de ces obligations.

70. L'alinéa *a* correspond à l'alinéa *a* du paragraphe de l'article 50 adopté en première lecture, et traite de l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force telle qu'elle est prévue dans la Charte des Nations Unies. Ce texte concerne les contre-mesures coercitives. La Commission a longuement débattu des mesures de contrainte économique et politique et il n'y a pas eu d'accord pour les inclure. De l'avis du Comité de rédaction, la préoccupation à laquelle l'alinéa *b* adopté en première lecture visait à répondre est couverte dans d'autres dispositions de l'article, y compris l'alinéa *b*.

71. Cet alinéa *b* correspond à l'alinéa *d* adopté en première lecture. Le Comité de rédaction craignait, étant donné la large acception qu'a acquise la notion de droits de l'homme, que le recours à des contre-mesures ne se trouve gravement limité si la référence aux droits de l'homme n'était pas qualifiée. Dans le texte anglais, l'expression *basic human rights* a été remplacée par *fundamental human rights*. Le commentaire expliquera la portée du

qualificatif « fondamentaux ». Comme dans le texte adopté en première lecture, l'important est que les contre-mesures soient essentiellement limitées dans leurs effets à l'État lésé et à l'État responsable et n'aient que des effets minimaux pour les individus. Les droits de l'homme fondamentaux doivent en particulier demeurer inviolables.

72. L'alinéa *c*, qui traite des obligations de caractère humanitaire excluant les représailles, ne figurait pas en tant qu'alinéa distinct dans le texte adopté en première lecture. Il était compris dans l'alinéa traitant de la protection des droits de l'homme fondamentaux. La Commission a considéré que les représailles au regard du droit humanitaire étaient une question distincte qui ne pouvait être couverte au titre de la notion générale de droits de l'homme.

73. L'alinéa *d* correspond à l'alinéa *e* adopté en première lecture et traite des normes impératives du droit international général. Certains membres du Comité de rédaction estimaient que les alinéas *a* à *c* couvraient presque totalement la catégorie des normes impératives, mais la majorité a été favorable au maintien d'une clause plus générale. Le Comité a aussi envisagé la possibilité d'aligner cet alinéa sur l'article 43 [40] en visant « toute autre obligation due à la communauté internationale dans son ensemble », mais il a jugé ce libellé trop large et préféré l'expression « normes impératives », qui correspond à une notion plus restreinte.

74. Enfin, l'alinéa *e* traite de l'inviolabilité des agents, locaux, archives et documents diplomatiques ou consulaires et correspond à l'alinéa *c* adopté en première lecture, moyennant des modifications rédactionnelles mineures. Cet alinéa est essentiel car les agents diplomatiques ou consulaires risquent d'être la cible de contre-mesures. En l'absence de cette limitation, les relations entre États pourraient devenir très difficiles.

75. L'ordre des catégories du paragraphe 1 est différent de ce qu'il était dans le texte adopté en première lecture. Dans ce dernier, l'actuel alinéa *d* du paragraphe 1 relatif aux normes impératives était placé à la fin de la liste indiquant « tout autre comportement contrevenant à une norme impérative du droit international général ». Il était toutefois entendu que la place de cet alinéa n'impliquait pas que toutes les autres obligations énoncées dans les alinéas précédents fussent imposées par des normes impératives. Le Comité de rédaction a estimé qu'il serait plus clair de placer l'alinéa traitant des normes impératives immédiatement après ceux ayant trait à des questions pouvant être considérées comme relevant des normes impératives, soit les alinéas *a* à *c*. L'alinéa *e* ne concerne pas les normes impératives et doit donc être placé après l'alinéa *d*. Cette réorganisation renforce l'interprétation de l'alinéa *b* sur la protection des droits de l'homme fondamentaux en ce que cet alinéa traite uniquement de la catégorie de droits de l'homme qui ne peuvent faire l'objet de dérogations en raison de leur nature impérative.

76. Le paragraphe 2 traite des procédures de règlement des différends en vigueur entre les parties et souligne qu'il importe d'observer ces procédures lorsqu'on prend des contre-mesures. En outre, il indique implicitement que les mécanismes de règlement des différends ne peuvent eux-mêmes faire l'objet de contre-mesures.

77. L'article 52, dont le titre, « Proportionnalité », n'a pas été modifié, correspond à l'article 49 adopté en première lecture. Ce dernier liait la proportionnalité à la gravité du fait illicite et au préjudice subi. Lors du débat en séance plénière, on a dit qu'étant donné l'objet des contre-mesures, à savoir amener l'État responsable à exécuter ses obligations, la proportionnalité devait être appréciée au regard de cet objet. Le Comité de rédaction a estimé que la pertinence de l'objet des contre-mesures résultait principalement du contexte et qu'il pouvait adopter les termes utilisés par la CIJ dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, à savoir que les contre-mesures devaient être proportionnées au préjudice subi, compte tenu des « droits en cause ».

78. Le texte révisé de l'article lie donc la proportionnalité principalement au préjudice subi, mais compte tenu de deux autres critères, la gravité du fait illicite et les droits en cause. Les mots « compte tenu » ne visent pas à être exhaustifs, et d'autres facteurs peuvent aussi intervenir dans la détermination de la proportionnalité. Ces facteurs doivent être identifiés en fonction des faits de chaque espèce. Sur la question de la suppression de la référence à la gravité du fait illicite, proposée par certains membres de la Commission, les opinions étaient divisées au Comité de rédaction, et celui-ci n'a pu se mettre d'accord à ce sujet. La référence en question a été conservée parce qu'elle figurait dans le texte adopté en première lecture et n'a pas été critiquée par les gouvernements. En outre, dans le nouveau texte, la gravité n'est que l'un des critères à prendre en considération. Quant aux « droits en cause », il s'agit des droits de l'État lésé, mais aussi des droits de l'État auteur du fait illicite. L'expression pourrait couvrir en outre les droits d'autres États susceptibles d'être affectés. Le Comité a placé cet article avant l'article 53 [48] sur les conditions du recours à des contre-mesures parce qu'il traite de questions de fond, comme les articles précédents du chapitre II, alors que les autres articles de ce chapitre ont un caractère procédural.

79. L'article 53, intitulé « Conditions du recours à des contre-mesures », correspond à l'article 48 adopté en première lecture, que le Rapporteur spécial avait divisé en deux, incorporant les paragraphes 3 et 4 du texte adopté en première lecture dans un article 50 *bis* concernant la suspension ou la cessation des contre-mesures. Lorsqu'il a réexaminé les deux articles en question, le Comité de rédaction a estimé que les deux premiers paragraphes de l'article 56 proposé par le Rapporteur spécial devaient être replacés dans l'article 53 afin que toutes les conditions procédurales du recours à des contre-mesures figurent dans le même article. Lorsqu'il a élaboré l'article 53, le Comité a tenté de concilier les larges divergences d'opinions qui s'étaient exprimées en séance plénière et a en particulier tenu compte des critiques dont l'article 48 adopté en première lecture avait fait l'objet parce qu'il liait les contre-mesures à des procédures obligatoires de règlement des différends.

80. Le Comité de rédaction a estimé qu'avant de prendre des contre-mesures un État lésé était tenu de demander à l'État responsable, conformément à l'article 44, de s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie. Cette obligation de notification est énoncée au paragraphe 1. L'idée qui sous-tend ce paragraphe est qu'étant donné le caractère exceptionnel et les con-

séquences potentielles des contre-mesures, elles ne doivent pas être prises tant que l'État lésé n'a pas notifié sa demande à l'autre État, même si le délai séparant cette notification et la prise des contre-mesures peut être bref. Si l'État lésé a déjà notifié sa demande à l'État responsable en application de l'article 44, il n'a pas à le faire de nouveau pour appliquer le paragraphe 1 de l'article 53 aux fins des contre-mesures. En outre, la notification prévue au paragraphe 1 peut aussi mentionner la décision de l'État lésé de prendre des contre-mesures et donc satisfaire à l'une des conditions énoncées au paragraphe 2.

81. Le paragraphe 2 fait obligation à l'État lésé, une fois qu'il a décidé de prendre des contre-mesures, d'en informer l'État responsable et aussi d'« offrir » de négocier avec cet État. Le Comité de rédaction a reformulé ainsi cette dernière condition, conformément à l'opinion majoritaire exprimée en séance plénière. Malgré les craintes exprimées par certains de ses membres, le Comité a considéré que la condition énoncée au paragraphe 2 était utile et n'était pas excessivement lourde pour l'État lésé, du fait que les contre-mesures pouvaient avoir de graves conséquences pour l'autre État. En outre, là encore, la relation temporelle entre la mise en œuvre du paragraphe 1 et celle du paragraphe 2 n'est pas stricte. Les notifications peuvent être assez rapprochées l'une de l'autre ou même être simultanées. Il peut aussi être prévu d'autoriser l'État lésé à prendre des mesures provisoires et urgentes pour protéger ses droits. Certains membres du Comité ont estimé que cette exception n'était pas justifiée parce qu'il était difficile de distinguer nettement entre les contre-mesures provisoires et urgentes et les autres contre-mesures.

82. Le paragraphe 3 traite précisément de ce qui, dans le texte adopté en première lecture, était appelé « mesures conservatoires ». En faisant sa proposition, le Rapporteur spécial a dit que cette formulation pouvait être améliorée mais qu'il admettait que certaines contre-mesures puissent être prises d'urgence par l'État lésé lorsque cela était nécessaire pour protéger ses droits. C'est pour cette raison que ces mesures sont désormais désignées par l'expression « mesures provisoires et urgentes ». Ces contre-mesures ne sont pas soumises aux conditions énoncées au paragraphe 2, mais pour qu'elles puissent être prises l'État lésé doit avoir notifié sa demande en application du paragraphe 1. Elles sont soumises aux mêmes limites que les contre-mesures en général. Les contre-mesures sont en principe censées être provisoires, mais cette caractéristique a été soulignée en relation avec le paragraphe 3. L'élément temporel est aussi crucial dans le cadre de ce paragraphe : l'État lésé peut perdre la possibilité de protéger ses droits s'il n'agit pas rapidement. Le commentaire développera ce point et en particulier la relation entre les paragraphes 1 et 3. Les « droits » dont il est question comprennent les droits de l'État lésé en vertu de la deuxième partie.

83. Le paragraphe 4 reprend sous une forme révisée le paragraphe 3 de l'article 48 proposé par le Rapporteur spécial, qui a été assez controversé durant le débat en séance plénière. Son objet est de décourager la prise de contre-mesures pendant que les parties sont en train de négocier de bonne foi. Il ne s'applique pas aux contre-mesures visées au paragraphe 3. Ainsi, l'État lésé peut prendre des contre-mesures provisoires et urgentes même

pendant les négociations. Un membre du Comité de rédaction a critiqué le paragraphe 4 au motif qu'il n'était pas conforme à l'opinion exprimée par le tribunal arbitral dans l'affaire des *Services aériens* et qu'il était déraisonnable.

84. Le paragraphe 5 concerne le cas où le fait illicite a cessé et le différend est soumis à une juridiction ou un tribunal habilité à rendre des décisions contraignantes pour les parties. Une fois ces conditions remplies, l'État lésé ne peut pas prendre de contre-mesures, ou s'il en a déjà pris, il doit les suspendre dans un délai raisonnable. L'idée en l'espèce est qu'une fois que les parties ont soumis leur différend à une juridiction, c'est à celle-ci de prendre des mesures provisoires pour protéger les droits de l'État lésé si ce dernier le lui demande. L'expression « dans un délai raisonnable » qui qualifie la suspension des contre-mesures vise à tenir compte du temps qui peut être nécessaire pour permettre au tribunal d'être constitué et d'examiner l'opportunité de prendre les mesures provisoires en question, ou toutes autres mesures qui peuvent être nécessaires. Ce paragraphe suppose que la juridiction ou le tribunal en question est compétent pour connaître du différend et a aussi le pouvoir d'ordonner des mesures provisoires. La référence à « une juridiction ou un tribunal » est fonctionnelle, c'est-à-dire qu'elle vise tout mécanisme de règlement par tierce partie, quel que soit le nom qu'on lui donne, ayant le pouvoir de prendre des décisions liant les parties en l'espèce. Mais elle ne vise pas des organes politiques tels que le Conseil de sécurité.

85. Le paragraphe 6 est inspiré du paragraphe 4 de l'article 48 adopté en première lecture et du paragraphe 2 de l'article 50 *bis* proposé par le Rapporteur spécial. Il est cependant libellé en termes plus généraux et énonce l'obligation de l'État responsable de mettre en œuvre de bonne foi les procédures de règlement des différends convenues entre les parties elles-mêmes. Il concerne le cas où les parties sont devant une juridiction ou un tribunal compétent et où cette juridiction ou ce tribunal a ordonné des mesures provisoires ou rendu une décision, mais l'État responsable n'a pas respecté cette décision. Ce paragraphe s'applique aussi aux situations dans lesquelles un État partie ne coopère pas à la constitution du tribunal ou ne se présente pas devant celui-ci une fois qu'il a été constitué. Dans les circonstances visées au paragraphe 6, les limites à la prise des contre-mesures énoncées au paragraphe 5 ne s'appliquent pas.

86. L'article 54, intitulé « Contre-mesures par des États autres que l'État lésé », est une disposition nouvelle par rapport au texte adopté en première lecture et concerne les contre-mesures prises par des États autres que l'État lésé qui sont habilités à invoquer la responsabilité d'un État en vertu de l'article 49. Le Rapporteur spécial avait traité de cette question dans ses projets d'articles 50 A et 50 B, qui concernaient respectivement les contre-mesures prises au nom de l'État lésé et les contre-mesures prises en cas de violation grave d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble. Après un débat, le Comité de rédaction a conclu que les deux articles proposés par le Rapporteur spécial ne couvraient pas toutes les situations, et dans une certaine mesure se chevauchaient. En outre, la question de la coopération, qui était traitée à l'article 50 B, est aussi pertinente dans les situations prévues à l'article 50 A. Le Comité a donc décidé de réunir ces deux articles.

87. De l'avis du Rapporteur spécial et du Comité de rédaction, lorsqu'il n'y a pas d'État lésé au sens de l'article 43 [40], il faut distinguer entre les violations d'obligations affectant plusieurs États ou la communauté internationale dans son ensemble d'une part, et les violations graves d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble et essentielles pour la protection de ses intérêts fondamentaux au sens de l'article 41, d'autre part. Ce n'est qu'en ce qui concerne ces dernières violations que des contre-mesures par des États qui ne sont pas des États lésés au sens de l'article 43 [40] peuvent être justifiées. Pour ce qui est des autres violations, un État habilité à invoquer la responsabilité en vertu de l'article 49 ne peut prendre des contre-mesures que s'il y a un État lésé.

88. Lorsqu'il y a un État lésé, tout autre État auquel l'obligation est due peut prendre des contre-mesures sous certaines conditions. Ces conditions sont les suivantes : premièrement, ces contre-mesures doivent être prises à la demande et pour le compte de l'État lésé et, deuxièmement, cet État doit lui-même être habilité à prendre des contre-mesures. En d'autres termes, une forme de coopération avec l'État lésé est prévue. Les vœux de l'État lésé jouent donc un rôle important dans la décision de prendre des contre-mesures et le choix de celles-ci.

89. S'agissant des violations visées à l'article 41, le Comité de rédaction a estimé que tout État peut prendre des contre-mesures dans l'intérêt des bénéficiaires de l'obligation violée. Dans le texte qu'il proposait sur cette question particulière, le Rapporteur spécial avait limité cette possibilité aux cas où il n'y avait pas d'État lésé au sens de l'article 43 [40]. Les membres du Comité étaient divisés sur cette question. Selon une opinion, lorsqu'il y avait un État lésé au sens de l'article 43, ses souhaits devaient être décisifs sur le point de savoir s'il fallait prendre des contre-mesures et la forme de ces mesures. Selon une autre opinion, en cas de violation grave d'obligations visant à protéger des intérêts fondamentaux de la communauté internationale dans son ensemble, les souhaits de l'État lésé n'avaient guère à être pris en considération, voire pas du tout. Le Comité a conclu que, dans le cas de ces violations, l'État lésé n'avait pas le même rôle qu'au paragraphe 1 et que les mots « dans l'intérêt des bénéficiaires » visaient implicitement les intérêts de l'État lésé. Ce point sera développé dans le commentaire. Ce sont de ces deux situations que traitent les paragraphes 1 et 2 de l'article 54.

90. Une autre question que soulevait cet article était celle de la coordination entre les États lorsqu'ils étaient plusieurs à prendre des contre-mesures. Comme la Commission, le Comité de rédaction a pensé qu'il ne serait pas possible de traiter de cette question en détail. D'abord, toute décision pour ce qui est de la priorité et de la coordination dépend des circonstances de fait et d'un certain nombre d'autres facteurs. Tout ce qui pouvait être raisonnablement requis était que, d'une manière générale, les États coopèrent lorsqu'ils ont l'intention de prendre des contre-mesures afin que ces mesures, individuellement ou collectivement, répondent aux conditions du recours à des contre-mesures énoncées dans le chapitre II. Une des principales préoccupations était bien entendu la proportionnalité. Le paragraphe 3 est libellé en termes généraux et couvre les situations envisagées aux paragraphes 1 et 2. Il peut aussi s'appliquer, au moins par analogie, lorsque

deux ou plusieurs États lésés au sens de l'article 43 [40] prennent des contre-mesures. Ces États doivent aussi coopérer conformément au principe énoncé dans ce paragraphe.

91. Il convient d'indiquer que l'une des questions qui a été débattue au sujet de cet article est la mesure dans laquelle le droit de prendre des contre-mesures devait être limité aux mesures collectives prises sous les auspices de l'Organisation des Nations Unies ou d'une organisation régionale ou être sans préjudice de telles mesures. Le Comité de rédaction n'a pu se mettre d'accord sur ce point. Premièrement, il soulève des questions complexes qui n'ont pas été examinées par la Commission ni par le Rapporteur spécial dans ses rapports, et le Comité ne disposait pas d'assez de temps pour étudier les questions de principe qu'elles soulèvent de manière adéquate. Deuxièmement, il serait de toute façon très difficile d'énoncer des règles générales applicables dans toutes les situations. Troisièmement, en s'aventurant sur ce terrain, la Commission aurait été très loin dans le domaine du développement progressif. Quatrièmement, selon certains membres du Comité, la question ne relevait de toute façon pas du sujet.

92. Le dernier article du chapitre II est l'article 55 [48] qui correspond au paragraphe 3 de l'article 50 *bis* proposé par le Rapporteur spécial. Il traite du cas où l'État responsable s'est acquitté de ses obligations en vertu de la deuxième partie. Il n'y a dans ce cas aucune raison de maintenir les contre-mesures, et il doit donc y être mis fin.

93. Le Président du Comité de rédaction présente enfin la quatrième partie du projet, intitulée « Dispositions générales », qui comprend quatre articles.

94. Le premier est l'article 56, intitulé « *Lex specialis* », qui correspond à l'article 37 sur la *lex specialis* adopté en première lecture. Le Comité de rédaction a simplifié le texte de l'article, qui a pour objet d'indiquer la relation existant entre le projet d'articles et d'autres normes en matière de responsabilité des États, étant entendu que les dites normes sont de même force juridique que celles énoncées dans le projet d'articles ou de force supérieure. Aux termes de l'article 56, le projet d'articles ne s'applique pas dans les cas et dans la mesure où les conditions d'existence d'un fait internationalement illicite ou ses conséquences juridiques sont déterminées par des règles spécifiques du droit international. C'est à la règle spécifique qu'il appartiendra d'établir dans quelle mesure elle déroge aux règles plus générales sur la responsabilité des États énoncées dans le projet d'articles.

95. L'article 57, intitulé « Responsabilité d'une organisation internationale ou pour le comportement de celle-ci », n'existait pas dans le texte adopté en première lecture. Il a été adopté par le Comité de rédaction à la cinquantième session et a été appelé « article A »⁵. Le Comité s'est contenté de modifier le texte anglais de la clause liminaire pour l'aligner sur le libellé utilisé dans d'autres articles : l'expression *These articles shall not prejudice any question* a été remplacée par *These articles are without prejudice to any question*.

96. S'agissant de l'article 58, intitulé « Responsabilité individuelle », le Comité de rédaction n'a pu accepter la proposition faite par certains membres de la Commission d'insérer à l'article [51] un paragraphe prévoyant la « transparence » de l'État dans le cas des violations graves d'obligations dues à la communauté internationale dans son ensemble. Il a cependant jugé utile d'indiquer dans le cadre des dispositions générales que les articles ne traitaient pas de la question de la responsabilité individuelle en droit international de toute personne agissant en tant qu'organe ou agent de l'État. Ceci pouvait peut-être déjà être déduit du fait que les articles ne traitent que de la responsabilité des États, mais le Comité a estimé qu'une disposition spécifique l'indiquerait plus clairement. Tel est l'objet de l'article 58, qui est lui aussi une clause « sans préjudice ».

97. Le Président du Comité de rédaction rappelle que le Rapporteur spécial avait proposé un article disposant expressément que les articles n'affectaient pas les règles primaires dont la violation pouvait engager la responsabilité des États. Cet article était appelé « article B » et était intitulé « Règles déterminant le contenu d'une obligation internationale ». La relation entre règles primaires et règles secondaires est néanmoins complexe et l'on pourrait considérer que certains articles empiètent sur des questions relevant des règles primaires. Le Comité a été dans l'impossibilité d'énoncer le principe proposé avec brièveté, concision et clarté. Il a donc décidé qu'il serait préférable de traiter cette question dans le commentaire de la première partie, où elle pourrait être expliquée plus en détail. L'article B a donc été supprimé.

98. Le dernier article de la quatrième partie est l'article 59, intitulé « Relation avec la Charte des Nations Unies », qui correspond à l'article 39 adopté en première lecture. Durant le débat en deuxième lecture, certains membres de la Commission l'ont jugé inutile, alors que d'autres estimaient qu'étant donné l'importance particulière qu'il avait acquise dans le cadre des articles adoptés en première lecture, il serait préférable de le conserver en le remaniant quelque peu. Il a maintenant la forme d'une clause « sans préjudice », et il ne vise pas à affecter la relation entre les articles et la Charte des Nations Unies. De toute manière, cette relation ne dépend pas de caractéristiques dont on peut dire qu'elles sont propres aux questions traitées dans le projet d'articles.

99. Comme l'article 59 est une clause « sans préjudice », le Comité de rédaction a jugé utile, comme certains membres l'ont suggéré en séance plénière, de supprimer la référence à l'Article 103 de la Charte et de viser la Charte dans son ensemble.

100. Le PRÉSIDENT dit qu'ainsi que l'a recommandé le Président du Comité de rédaction, la Commission se contentera de prendre note du rapport du Comité de rédaction et ne prendra de décision en ce qui concerne le projet d'articles sur la responsabilité des États qu'à sa session suivante. Le débat de fond sur le projet d'articles sur la responsabilité des États aura donc lieu lors de la cinquante-troisième session de la Commission.

La séance est levée à 13 h 10.

⁵ *Annuaire...* 1999, vol. I, 2605^e séance, p. 291.

2663^e SÉANCE*Jeudi 17 août 2000, à 15 h 5**Président : M. Chusei YAMADA*

Présents : M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. Kamto, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka.

—————

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-deuxième session (suite)

CHAPITRE IV. – Responsabilité des États (suite*) [A/CN.4/L.593 et Corr.1 et Add.1 à 6]

1. Le PRÉSIDENT annonce que la Commission pourrait débattre brièvement de ce qu'il convient de faire du rapport du Comité de rédaction (A/CN.4/L.600) présentant les projets d'articles provisoirement adoptés par le Comité de rédaction en seconde lecture.

2. Après un débat de procédure auquel participent MM. BROWNLIE, DUGARD, ECONOMIDES, GALICKI, GOCO, HAFNER, KUSUMA-ATMADJA, MOMTAZ, PELLET, SREENIVASA RAO, RODRÍGUEZ CEDEÑO, ROSENSTOCK, SIMMA, TOMKA et CRAWFORD (Rapporteur spécial), le PRÉSIDENT dit que la Commission souhaitera peut-être réexaminer brièvement la question à la séance suivante.

Il en est ainsi décidé.

B. – Examen du sujet à la présente session (suite*)

3. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à reprendre l'examen de la section B du chapitre IV.

Document A/CN.4/L.593/Add.3 (fin*)

Paragraphe 8 (fin*)

4. Le PRÉSIDENT donne lecture d'un nouveau libellé du paragraphe 8 proposé par le Rapporteur spécial : « En ce qui concerne l'alinéa c du paragraphe 2 existant, le Rapporteur spécial recommandait d'y prévoir simplement l'octroi de dommages-intérêts attribués le cas échéant à titre de satisfaction. Le membre de phrase "en cas d'atteinte grave aux droits de l'État lésé" limitait indûment

le fonctionnement normal de la satisfaction dans le cas des dommages qui ne pouvaient être qualifiés de "graves" ou "flagrants", ce qui était contraire à la jurisprudence. À son avis, l'octroi de dommages-intérêts substantiels (et pas simplement symboliques) dans des cas déterminés était un aspect de la satisfaction. D'un autre côté, l'alinéa c du paragraphe 2 excluait les "dommages-intérêts punitifs", notion sur laquelle on pourrait revenir à propos d'une éventuelle catégorie d'"atteintes graves". Si l'octroi de dommages-intérêts punitifs devait être admis, il faudrait y attacher des conditions particulières ».

Le paragraphe 8, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 71 à 74

Les paragraphes 71 à 74 sont adoptés.

Paragraphe 75

5. M. HAFNER propose, afin de tenir compte de certaines objections soulevées à propos de l'alinéa b du projet d'article 46 bis, que soit ajoutée la phrase suivante à la fin du paragraphe 75 : « Toutefois, on a également émis l'avis que l'alinéa b pourrait créer des difficultés dans la mesure où il obligerait les États à prendre des mesures préventives concernant toutes les violations possibles du droit international afin d'obtenir une réparation intégrale ».

6. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) approuve cette proposition.

Le paragraphe 75, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 76

Le paragraphe 76 est adopté.

Paragraphe 77

7. M. SIMMA propose que, dans la troisième phrase, l'expression « en général » soit supprimée et que, dans la quatrième phrase du texte anglais, le mot *taken* soit remplacé par *understood*.

Le paragraphe 77, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 78 à 82

Les paragraphes 78 à 82 sont adoptés.

Paragraphe 83 et 84

8. M. KAMTO propose d'apporter des modifications de forme à la version française des deux paragraphes.

9. M. SIMMA propose que, dans la version anglaise du paragraphe 83, l'expression *historical abuses* soit remplacée par *abuses in the past*.

Les paragraphes 83 et 84, ainsi modifiés, sont adoptés.

* Reprise des débats de la 2661^e séance.

Paragraphes 85 à 90

Les paragraphes 85 à 90 sont adoptés.

Document A/CN.4/L.593/Add.4

Paragraphes 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Paragraphe 3

10. M. PELLET propose, dans la version française, d'apporter une modification de forme à la quatrième phrase et de supprimer, dans cette même phrase, l'expression « en général ». Dans la cinquième phrase, le mot « normalement » devrait être remplacé par « en revanche ».

11. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit qu'il appuie ces propositions et que, pour des raisons de concordance, la quatrième phrase de la version anglaise devrait être remaniée comme suit : ... *could not absolutely insist on the specific form of satisfaction, though it was entitled to insist on some form of satisfaction.*

Il en est ainsi décidé.

12. M. ECONOMIDES dit que la fin de la dernière phrase n'est pas claire.

13. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que la version française devrait être alignée sur la version anglaise, qui établit une distinction entre la poursuite de l'exécution de l'obligation primaire et le choix entre les formes de réparation.

14. En réponse à une question de M. Sreenivasa RAO, le Rapporteur spécial indique que le débat relaté au paragraphe 3 portait sur les différentes formes de la réparation, à savoir la restitution, l'indemnisation et la satisfaction, dans le contexte de la satisfaction. La satisfaction elle-même peut prendre différentes formes qui, pour éviter toute confusion, ont été par la suite qualifiées de modalités. Les trois dernières phrases du paragraphe portent sur la question très controversée de savoir dans quelle mesure l'État lésé a le droit de choisir entre la restitution et l'indemnisation. Les troisième et quatrième phrases visent la question de savoir si l'État lésé peut préciser la forme de satisfaction qu'il veut, par exemple l'engagement de poursuites contre un responsable donné. La Commission a estimé que l'État lésé avait, en général, le droit de choisir entre les différentes formes de réparation, mais que ce droit n'autorisait pas pour autant l'État lésé à exiger telle ou telle modalité de satisfaction, sauf dans les cas où cette modalité était un aspect de l'exécution elle-même.

Le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 4 à 6

Les paragraphes 4 à 6 sont adoptés.

Paragraphe 7

15. M. PELLET dit que, dans la sixième phrase, il faudrait remplacer le mot « retard » par l'expression « retard excessif ».

Le paragraphe 7, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 8

16. M. GALICKI dit que le titre exact de la Convention visée au paragraphe 8 est « Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux » et que sa date d'adoption doit être précisée, comme c'est maintenant le cas au paragraphe 33.

17. M. PELLET dit qu'il n'y a aucune raison de n'employer que des termes anglais dans la troisième phrase du texte français alors qu'il existe des expressions françaises tout à fait valables.

18. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), répondant à M. Pellet, dit qu'il faut vérifier la traduction de l'expression *joint and several liability* dans la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, afin d'employer le libellé original en anglais comme en français.

19. Le PRÉSIDENT dit que le secrétariat étudiera la question.

Le paragraphe 8, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 9 et 10

Les paragraphes 9 et 10 sont adoptés.

Paragraphe 11

20. M. BROWNLIE propose, dans la troisième phrase de la version anglaise, de remplacer l'expression *was complained of* par *was the subject of complaint*.

Le paragraphe 11, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 12

Le paragraphe 12 est adopté avec une modification rédactionnelle mineure.

Paragraphe 13

Le paragraphe 13 est adopté.

Paragraphe 14

Le paragraphe 14 est adopté avec une modification rédactionnelle mineure.

Paragraphes 15 à 20

Les paragraphes 15 à 20 sont adoptés.

Paragraphe 21

Le paragraphe 21 est adopté avec une modification rédactionnelle mineure.

Paragraphe 22 à 25

Les paragraphes 22 à 25 sont adoptés.

Paragraphe 26

21. M. HAFNER dit que, dans la version anglaise, l'expression latine *non ultra petita* est mal orthographiée.

22. M. PELLET dit qu'en l'état le paragraphe ne reflète que l'opinion la moins orthodoxe. Il propose donc d'ajouter, à la fin du paragraphe, la phrase suivante : « D'autres membres ont cependant estimé que le principe faisait partie intégrante du droit positif ».

Le paragraphe 26, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 27 à 31

Les paragraphes 27 à 31 sont adoptés.

Paragraphe 32

23. M. SIMMA dit que, s'agissant de la Convention européenne des droits de l'homme, il serait plus pertinent de parler d'obligation *erga omnes partes*. Par ailleurs, dans la quatrième phrase, l'expression « au sens strict » devrait être supprimée, la Commission n'ayant pas examiné le droit d'invoquer la responsabilité en ces termes.

24. M. GAJA dit qu'il est opposé à l'addition du mot *partes*. En effet, l'obligation pourrait s'appliquer dans des contextes autres que celui de la Convention et il pourrait y avoir violation flagrante d'une obligation *erga omnes* sans qu'il y ait des parties.

25. M. PELLET propose que le paragraphe commence par l'adverbe « toutefois » plutôt que « parallèlement ». En effet, le paragraphe 32 nuance les vues exprimées au paragraphe 31.

26. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) appuie la proposition de M. Pellet. En ce qui concerne les observations de M. Simma, il approuve l'idée de supprimer l'expression « au sens strict ». En revanche, comme M. Gaja, il considère que cette phrase ne fait pas référence à la Convention uniquement, et qu'il n'est donc pas nécessaire d'ajouter le mot *partes*. En outre, il serait d'avis, à la réflexion, de supprimer le membre de phrase « tandis que l'État d'origine ... régime général », à la fin de la troisième phrase. La première partie de la phrase explique bien quelle est la situation aux termes de la Convention et il est inutile d'en dire plus.

27. M. HAFNER dit que l'expression « au sens strict » signifie que le droit d'invoquer la responsabilité ne concerne que les États ayant un intérêt juridique. Les autres États n'ont ce droit que dans certaines conditions. Le « régime général » s'entend du régime du droit internatio-

nal et, de fait, concerne l'exercice de la protection diplomatique. Cela explique les différents droits des États par rapport à une seule et même violation du droit international.

28. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que l'explication de M. Hafner a précisé les choses, mais que le résumé reste peu clair et que, compte tenu de la phrase qui suit, la suppression proposée n'est pas acceptable. En conséquence, il propose d'insérer une nouvelle phrase après l'expression « plainte contre l'État partie en cause », qui serait libellée comme suit : « En outre, l'État de la nationalité avait le droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État dans le dommage causé à ses nationaux en vertu du droit international général ».

29. M. ECONOMIDES propose de remanier la deuxième partie de la troisième phrase, qui se lirait alors ainsi : « ... tandis que l'État de la nationalité avait en plus le droit d'invoquer la responsabilité de l'État en cause dans le cadre du régime général de responsabilité ».

30. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que la proposition de M. Economides est peut-être meilleure que la sienne et qu'il s'en remet au secrétariat pour trancher.

Le paragraphe 32, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 33

Le paragraphe 33 est adopté.

Paragraphe 34

31. M. GAJA dit que la deuxième phrase semble fondée sur des remarques qu'il a lui-même formulées mais que le texte existant n'a pas de sens. Il propose donc que la phrase soit remaniée comme suit : « Il se pouvait qu'il y ait une pluralité de faits illicites commis par différents États contribuant au même dommage ».

32. M. Sreenivasa RAO dit qu'on arriverait au même résultat en supprimant simplement la deuxième partie de la phrase.

33. M. GAJA dit que la modification qu'il propose conduit naturellement à l'exemple de l'affaire du *Détroit de Corfou*, qui peut être interprétée de différentes manières.

Le paragraphe 34, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 35

34. M. PELLET dit qu'il est inexact d'écrire que les principes généraux de droit « incluaient » des analogies tirées des systèmes juridiques nationaux, et il propose la formule « reposaient précisément sur des analogies ». Par ailleurs, l'expression « un intérêt limité » serait plus adaptée que « moins d'intérêt ».

Le paragraphe 35, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 36

35. M. PELLET demande pourquoi seules les première et deuxième parties sont mentionnées à la fin du paragraphe, et non la deuxième partie *bis*.

36. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que le mot « responsabilité » renvoie essentiellement aux première et deuxième parties, mais qu'il serait parfaitement acceptable de remplacer la fin de la phrase par « l'ensemble du projet d'articles ».

Le paragraphe 36, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 37

37. M. BROWNLIE dit que, dans la deuxième phrase du texte anglais, le mot *of* a été omis entre *topic* et *diplomatic*. À cet égard, l'association des concepts de « protection diplomatique » et de « législation nationale » est étrange.

38. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) concède que l'expression « législation nationale » est hors de propos et devrait être supprimée.

Le paragraphe 37, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 38

Le paragraphe 38 est adopté.

Paragraphe 39

39. M. PELLET dit qu'il serait plus exact d'écrire que l'exigence de contribution est une règle relevant de la *common law* et non du droit romaniste. Il propose en conséquence de remanier la phrase. Il met également en cause l'utilisation du terme « romaniste » dans la version française.

Le paragraphe 39, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 40 et 41

Les paragraphes 40 et 41 sont adoptés.

Paragraphe 42

40. M. PELLET dit que la phrase commençant par « Si l'État lésé avait déjà subi une perte susceptible d'évaluation financière » serait beaucoup plus claire s'il était ensuite précisé « et non réparée intégralement par la restitution ».

41. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit qu'il ne s'oppose pas à l'amendement proposé mais souligne que, dans le cas où les biens d'un État ont été confisqués, par exemple, l'État a subi la perte de ces biens même s'ils lui sont restitués par la suite.

Le paragraphe 42, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 43

42. M. PELLET met en question l'expression « principe de déduction » dans la dernière phrase du texte français. Il serait plus approprié de parler de « cette déduction implicite ».

43. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit qu'il s'agit d'un problème de traduction qu'il faudrait renvoyer au secrétariat.

Le paragraphe 43 est adopté sous cette condition.

Paragraphe 44

44. M. BROWNLIE dit qu'il est peut-être trop dogmatique d'écrire que la protection diplomatique est un « élément » de la responsabilité des États. Peut-être vaudrait-il mieux parler de relation ou de complémentarité.

45. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) propose de remplacer le membre de phrase « elle en était un élément » par le libellé suivant : « un État agissant pour le compte de l'un de ses nationaux ayant subi un préjudice invoquait néanmoins la responsabilité d'un autre État ».

46. M. PELLET dit que le Rapporteur spécial avait en fait utilisé cette expression précisément pour rassurer les membres qui, comme lui-même, sont convaincus, ainsi que le dit le texte français, que la protection diplomatique est un « élément » de la responsabilité des États.

47. M. KAMTO suggère de préciser les choses en disant que « la protection diplomatique n'est pas un sujet distinct de la responsabilité des États ».

48. M. PELLET dit que, bien que ce libellé soit correct pour l'usage propre de la Commission, il risque de troubler les non-initiés.

49. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit qu'il préférerait l'amendement qu'il a proposé plus tôt.

50. M. ECONOMIDES dit qu'il y a une erreur dans le texte français, à la phrase suivante. Peut-être faudrait-il remplacer le mot « force » par « fortes ».

Le paragraphe 44, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 45 et 46

Les paragraphes 45 et 46 sont adoptés.

Paragraphe 47

51. M. PELLET dit que, selon la version française, il y a des cas où l'entité individuelle lésée recouvre par le biais de l'indemnisation davantage que le dommage qu'elle a subi. Il a du mal à envisager une telle situation.

52. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) répond que cela ne correspond pas au texte anglais. Celui-ci vise les problèmes qui surgissent lorsqu'un individu et un État s'engagent dans des procédures distinctes devant des instances différentes, situation à laquelle s'applique le prin-

cipe du double recouvrement. La traduction française est probablement inexacte.

Le paragraphe 47 est adopté.

Document A/CN.4/L.593/Add.5

Paragraphe 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Paragraphe 3

53. M. PELLET dit que, au début de la troisième phrase, la forme « créait » serait préférable à « avait créé ».

Le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 4 et 5

Les paragraphes 4 et 5 sont adoptés.

Paragraphe 6

54. M. LUKASHUK dit que le Rapporteur spécial a mis l'accent, à raison, sur l'importance de la Convention de Vienne sur le droit des traités, mais qu'il s'est largement écarté des dispositions de la Convention, sans que cela soit, à sa connaissance, justifié.

55. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que M. Lukashuk fait allusion à une possible lacune de sa présentation orale, laquelle est toutefois correctement relatée au paragraphe 6.

Le paragraphe 6 est adopté.

Paragraphe 7 à 15

Les paragraphes 7 à 15 sont adoptés.

Paragraphe 16

56. M. BROWNLIE propose de remplacer l'expression « ... de la décision de la CIJ » par « de la formule adoptée par la CIJ ».

Le paragraphe 16, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 17 et 18

Les paragraphes 17 et 18 sont adoptés avec une modification rédactionnelle mineure.

Paragraphe 19

57. M. PELLET propose de remplacer le verbe « rappelait », dans la première phrase de la version française, par « résultait du fait ».

58. M. MOMTAZ propose, dans la troisième phrase de la version française, de modifier l'expression « prolifération des régimes juridiques dans la vie internationale » pour qu'elle corresponde au texte anglais.

59. M. BROWNLIE dit que, dans la première phrase, il faudrait remplacer « le reflet » par « une indication ».

Le paragraphe 19, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 20

Le paragraphe 20 est adopté.

Paragraphe 21

60. M. ECONOMIDES, appuyé par M. KAMTO, se référant à la troisième phrase du texte français, dit que plusieurs membres, et non un seul, ont souhaité voir restauré le lien entre contre-mesures et règlement des différends.

61. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit qu'il s'agit d'une erreur de la version française. Pour éviter les répétitions, il a été recouru, dans la version anglaise, à la formule : *A preference was expressed...* Il aurait mieux valu écrire : *Several members expressed a preference...*

Le paragraphe 21, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 22

62. M. KUSUMA-ATMADJA propose de modifier comme suit, dans le texte anglais, la première phrase : *Still others maintained that delinking countermeasures...*

Le paragraphe 22, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 23

63. M. PELLET dit que le mot « action » devrait peut-être être remplacé par « contre-mesure ».

64. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) confirme que le mot « action » est incorrect et devrait être remplacé par « fait illicite » ou « fait censément illicite ».

Le paragraphe 23, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 24

65. M. PELLET dit que la dernière phrase devrait rendre compte du fait que certains membres, dont lui-même, étaient d'un avis contraire.

66. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) propose de mettre un point virgule après « crimes internationaux » et de conclure la phrase par la formule « d'autres pensaient le contraire ».

Le paragraphe 24, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 25

Le paragraphe 25 est adopté.

Paragraphe 26

67. M. PELLET propose d'ajouter, à la fin du paragraphe, la phrase : « Au surplus, on (ou "un membre") a estimé qu'en réalité la circonstance excluant l'illicéité n'était pas la contre-mesure elle-même mais le fait internationalement illicite auquel elle ripostait ».

68. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), en réponse à une observation de M. ROSENSTOCK, propose d'ajouter, après l'expression « *Projet Gabcikovo-Nagyvaros* », « et par le tribunal arbitral dans l'affaire concernant l'*Accord relatif aux services aériens* ».

Le paragraphe 26, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 27 à 31

Les paragraphes 27 à 31 sont adoptés.

Paragraphe 32

69. M. PELLET dit que l'emploi du mot « bilatérales » dans la dernière phrase n'est pas tout à fait correct. Les obligations en cause pourraient aussi être multilatérales. Il serait mieux de dire « obligations en vigueur liant l'État responsable et l'État lésé ».

70. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que la phrase rend compte avec exactitude des remarques qu'il a formulées pendant le débat, quelle que soit leur valeur. Il a visé, non pas des traités bilatéraux, mais des obligations bilatérales, qui peuvent découler de traités multilatéraux mais qui, par définition, ne sont pas des obligations envers la communauté internationale dans son ensemble ni, a fortiori, des normes impératives. Il suffit donc de supprimer, dans la version anglaise, l'article défini devant *bilateral*.

71. M. SIMMA dit que l'emploi de l'expression « obligations bilatérales en vigueur » prête à confusion. Il préférerait la formule : « d'indiquer que des contre-mesures ne pouvaient affecter que les obligations en vigueur liant... ».

72. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que le problème vient de ce qu'une obligation envers la communauté internationale dans son ensemble est par définition une obligation en vigueur entre les deux États. La formulation de M. Simma doit être précisée par l'adjonction de l'adverbe « bilatéralement » ou « exclusivement ».

73. M. SIMMA dit qu'il pourrait accepter la formule « obligations en vigueur liant l'État responsable et l'État lésé exclusivement ».

Le paragraphe 32, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 33

Le paragraphe 33 est adopté.

Paragraphe 34

74. M. KAMTO dit que le paragraphe ne rend pas compte du débat sur la question de savoir ce qui se passe en l'absence de clause de règlement des différends liant les parties.

75. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que le paragraphe 34 porte sur le premier de deux débats qui sont liés mais distincts. Peut-être faudrait-il toutefois s'assurer que le débat auquel se réfère M. Kamto est suffisamment relaté dans le paragraphe pertinent du rapport, à savoir le paragraphe 21.

76. M. MOMTAZ appuie la suggestion du Rapporteur spécial.

77. Le PRÉSIDENT dit que le secrétariat prendra note de la proposition concernant le paragraphe 21.

Le paragraphe 34 est adopté.

Paragraphe 35

Le paragraphe 35 est adopté.

Paragraphe 36

78. M. ECONOMIDES dit que la fin du paragraphe ne rend pas bien compte du débat. Il propose, par conséquent, d'ajouter le membre de phrase suivant « , opinion qui a été contestée par d'autres membres en ce qui concerne la question examinée ».

Le paragraphe 36, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 37

Le paragraphe 37 est adopté.

Paragraphe 38

79. M. PELLET dit que tant l'expression française « un article 50 confiné » que l'expression anglaise *a reunited article 50* laissent beaucoup à désirer. Il faudrait remanier le texte ainsi : « un article unique reprenant les dispositions des projets d'articles 47 *bis* et 50 ».

Le paragraphe 38, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 39 à 41

Les paragraphes 39 à 41 sont adoptés.

Paragraphe 42

80. M. ECONOMIDES dit que le texte abrégé présenté par le Rapporteur spécial devrait être reproduit dans une note de bas de page.

81. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) propose d'insérer une note de bas de page renvoyant à la note 12.

Le paragraphe 42, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 43 et 44

Les paragraphes 43 et 44 sont adoptés.

Paragraphe 45

82. M. GAJA propose de supprimer le mot « minimum », dans la deuxième phrase.

Le paragraphe 45, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 46 à 48

Les paragraphes 46 à 48 sont adoptés.

Paragraphe 49

83. En réponse à une observation de M. MOMTAZ, M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) propose de modifier comme suit la première phrase du paragraphe : « Le Rapporteur spécial a rappelé que les États avaient accepté, soit à contrecœur, soit par conviction ».

Le paragraphe 49, ainsi modifié, est adopté avec une modification rédactionnelle supplémentaire de la version française.

Paragraphe 50

Le paragraphe 50 est adopté.

Paragraphe 51

84. M. PELLET dit, à propos de la dernière phrase du paragraphe, qu'il ne comprend toujours pas sur quelle « idée fondamentale » repose la proposition visant à établir une distinction entre les articles 47 *bis* et 50.

85. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) propose de supprimer cette phrase.

Le paragraphe 51, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 52 à 54

Les paragraphes 52 à 54 sont adoptés.

Paragraphe 55

86. M. PELLET demande ce qu'il faut entendre par « commensurabilité ».

87. M. ROSENSTOCK dit qu'il faudrait remanier le paragraphe de manière à mieux rendre l'idée fondamentale selon laquelle les contre-mesures doivent être à la fois proportionnelles et adaptées à la situation créée par le fait illicite initial.

Le paragraphe 55, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 56

Le paragraphe 56 est adopté.

La séance est levée à 18 h 5.

2664^e SÉANCE

Vendredi 18 août 2000, à 10 heures

Président : M. Chusei YAMADA

Présents : M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. Kamto, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka.

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-deuxième session (fin)

CHAPITRE IV. – Responsabilité des États (fin) [A/CN.4/L.593 et Corr.1 et Add.1 à 6]

B. – Examen du sujet à la présente session (fin)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen de la section B du chapitre IV.

Document A/CN.4/L.593/Add.6

Paragraphe 1 à 6

Les paragraphes 1 à 6 sont adoptés.

Paragraphe 7

2. M. BROWNLIE dit qu'il faudrait supprimer le mot « Cependant, » qui figure en tête du paragraphe.

Le paragraphe 7, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 8

3. M. PELLET, qu'appuie M. CRAWFORD (Rapporteur spécial), dit que, dans la première phrase, les mots « il fallait » devraient être remplacés par « il faudrait ».

Le paragraphe 8, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 9

Le paragraphe 9 est adopté.

Paragraphe 10

4. M. PELLET dit que l'expression « contre-mesures collectives » est trompeuse et qu'il conviendrait, pour éviter que les controverses qu'elle a fait naître ne se répètent, de la définir brièvement au paragraphe 10. Il propose donc, à la troisième phrase, de placer le mot « collectives » entre guillemets et de remanier la fin de la phrase comme suit : « , en ce sens qu'elles pouvaient être adoptées par l'un quelconque des États concernés dans un intérêt collectif et présentaient une analogie directe avec la légitime défense collective ».

Le paragraphe 10, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 11 et 12

Les paragraphes 11 et 12 sont adoptés.

Paragraphe 13

5. M. ECONOMIDES estime que l'expression « agissant en qualité fiduciaire » qui figure dans la deuxième phrase n'est pas claire. Il propose de la remplacer par l'expression « agissant au nom de cette dernière » ou une expression similaire.

6. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) pense comme M. Economides que l'expression « en qualité fiduciaire » n'est pas claire, mais il propose de la remplacer par une expression plus large, à savoir « au nom des victimes réelles ou de la communauté internationale dans son ensemble ».

Le paragraphe 13, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 14 à 20

Les paragraphes 14 à 20 sont adoptés.

Paragraphe 21

7. M. BROWNLIE dit que, dans la dernière phrase du texte anglais du paragraphe, il conviendrait d'ajouter le mot *as* après le mot *magnitude*.

Le paragraphe 21, ainsi modifié dans sa version anglaise, est adopté.

Paragraphe 22

8. M. BROWNLIE dit qu'à l'avant-dernière phrase du texte anglais le mot *well-foundedness* devrait être remplacé par *lawfulness*.

9. M. PELLET dit que l'expression « mesures de rétorsion », dans la quatrième phrase, n'est pas heureuse,

car de telles mesures sont licites. Il propose de la remplacer par le mot « mesures ».

10. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur), parlant en tant que membre de la Commission, dit que l'opinion qu'il a exprimée au cours du débat n'est pas bien reflétée au paragraphe 22 et qu'il souhaiterait que l'on insère, après la quatrième phrase, une nouvelle phrase ainsi libellée : « Ce point de vue ne reflétait pas une position universelle parmi les États ni les décisions prises par exemple au sein de la Commission des droits de l'homme ».

Le paragraphe 22, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 23

Le paragraphe 23 est adopté.

Paragraphe 24

11. M. PELLET, jugeant obscures les quatrième et cinquième phrases, propose de les libeller de la manière suivante : « Au surplus, la dénomination “contre-mesures collectives” a été jugée peu appropriée, car elle évoquait une antinomie par rapport aux contre-mesures bilatérales. Or l'action envisagée était une réaction à la violation d'obligations collectives, et cette réaction pouvait être le fait aussi bien d'un seul État que d'un groupe d'États ».

12. M. KAMTO, se référant au début de la troisième phrase, propose de dire que le principe *non bis in idem* « pouvait s'appliquer par analogie » au lieu de « devait s'appliquer ».

13. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) approuve ces deux propositions.

Le paragraphe 24, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 25

Le paragraphe 25 est adopté.

Paragraphe 26

14. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur) estime que, d'une manière générale, ce paragraphe est beaucoup trop long. La deuxième partie, où est consignée l'opinion du Rapporteur spécial, devrait figurer dans le passage consacré à la présentation par celui-ci des articles dont il s'agit.

15. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) dit que l'opinion rapportée dans cette partie du paragraphe a été émise au cours des débats. Elle est donc à sa place au paragraphe 26. Cependant, comme le paragraphe est effectivement trop long, il propose de le couper en deux vers la moitié, à la phrase commençant par « Le Rapporteur spécial a indiqué... », qui est une sorte d'articulation naturelle.

16. M. ECONOMIDES juge l'avant-dernière phrase du paragraphe obscure, tant par son contenu que par son emplacement. Il faudrait à son avis la supprimer.

17. M. PELLET dit qu'il suffirait de remonter d'une douzaine de lignes la phrase en cause, qui s'insérerait entre les huitième et neuvième phrases actuelles.

18. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) approuve cette proposition.

Le paragraphe 26, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 27

19. M. MOMTAZ souhaiterait que le secrétariat vérifie et la date et le titre exact des affaires du *Sud-Ouest africain* mentionnées dans la première phrase.

20. M. DUGARD, se référant à une observation de M. Kamto, qui s'interrogeait sur l'emploi du terme « philosophie » au début du paragraphe, indique que c'est bien le terme qu'il a employé au cours des débats et il propose de le maintenir.

21. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) approuve cette proposition.

Le paragraphe 27 est adopté sous réserve de la vérification demandée.

Paragraphe 28 et 29

Les paragraphes 28 et 29 sont adoptés.

Paragraphe 30

22. M. PELLET propose de préciser le contenu de la deuxième phrase, en le scindant en deux, comme suit : « Si la commission d'un crime ne pouvait en soi constituer une base de compétence autonome pour les tribunaux internationaux, elle ouvrirait la voie à une *actio popularis*. En outre, il était possible de prévoir une forme de règlement des différends par analogie avec l'article 66 de la Convention de Vienne de 1969 ».

Le paragraphe 30, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 31 à 36

Les paragraphes 31 à 36 sont adoptés.

Paragraphe 37

23. M. PELLET souhaiterait que l'on précise la deuxième phrase. Il faudrait y ajouter un complément : « ... en droit international à l'égard des États ».

Le paragraphe 37, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 38

24. M. GAJA juge insuffisante la première phrase, qu'il propose de remplacer par une formulation plus complète ainsi rédigée : « Il a été suggéré en outre de prévoir, dans l'article 51, que les individus impliqués dans une violation grave commise par un État ne seraient pas en droit de se prévaloir, dans une procédure pénale ou civile engagée

dans un autre État, du fait qu'ils ont agi en tant qu'agents de l'État ».

25. M. CRAWFORD (Rapporteur spécial) approuve cette modification.

Le paragraphe 38, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 39

26. M. ECONOMIDES ne comprend pas ce qu'il faut entendre par « la violation était donc significative », expression qui figure à la fin de l'avant-dernière phrase. Il propose d'expliquer que « la violation concerne tous les États ».

Le paragraphe 39, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 40 à 52

Les paragraphes 40 à 52 sont adoptés.

Paragraphe 53

27. M. ECONOMIDES constate que, contrairement à l'usage suivi jusque-là, le texte de l'article dont il s'agit dans ce paragraphe ne figure pas en note, alors que cela faciliterait la consultation.

28. Le PRÉSIDENT dit que le secrétariat comblera cette lacune.

Sous cette réserve, le paragraphe 53 est adopté.

Paragraphe 54 à 60

Les paragraphes 54 à 60 sont adoptés.

29. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à se prononcer sur les paragraphes de la section B du chapitre IV laissés en suspens.

Document A/CN.4/L.593/Add.5 (*fin*)

Paragraphe 21 (*fin*)

30. M. KAMTO propose d'ajouter à la fin du paragraphe la phrase suivante : « Il a été suggéré de prendre en compte des situations où il n'existerait pas de clause de règlement des différends entre les États concernés ».

31. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que la Commission souhaite adopter le paragraphe 21 ainsi modifié.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 21, ainsi modifié, est adopté.

Document A/CN.4/L.593/Corr.1

Paragraphe 20 (*fin*)

32. Le PRÉSIDENT propose de compléter le paragraphe 20 pour qu'il se lise ainsi : « À sa 2662^e séance, le 17 août 2000, la Commission a pris note du rapport du Comité de rédaction (A/CN.4/L.600) sur l'intégralité du projet d'articles qui a été adopté à titre provisoire par le Comité de rédaction en seconde lecture et dont le texte est reproduit en annexe au présent chapitre ». S'il n'entend pas d'objection, il considérera que la Commission accepte cette proposition.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 20, ainsi modifié, est adopté.

33. Le PRÉSIDENT invite en outre les membres de la Commission à se prononcer sur ce qu'il convient de faire, d'une part, du projet d'articles adopté à titre provisoire par le Comité de rédaction et, d'autre part, du compte rendu *in extenso* du rapport du Président du Comité de rédaction.

34. Après un échange de vues auquel participent MM. BROWNLIE, ECONOMIDES, GAJA, KUSUMATMADJA, PELLET, ROSENSTOCK et SIMMA, ainsi que M. MIKULKA (Secrétaire de la Commission), le PRÉSIDENT propose, d'une part, d'annexer au chapitre IV du rapport de la Commission l'intégralité du projet d'articles en indiquant dans une note de bas de page que ce projet a été adopté à titre provisoire par le Comité de rédaction et, d'autre part, de charger le secrétariat de transmettre dès que possible aux gouvernements le compte rendu *in extenso* du rapport du Président du Comité de rédaction, ainsi que l'intégralité du projet d'articles, avec une note de couverture précisant le statut de ce projet d'articles et invitant les gouvernements à transmettre leurs commentaires sur ce projet avant la fin du mois de janvier 2001. S'il n'entend pas d'objection, il considérera que la Commission accepte cette proposition.

Il en est ainsi décidé.

L'ensemble du chapitre IV, tel qu'il a été modifié, est adopté.

CHAPITRE IX. – Autres décisions et conclusions de la Commission (A/CN.4/L.598 et Add.1)

Document A/CN.4/L.598

A. – Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission

Paragraphe 1 à 3

Les paragraphes 1 à 3 sont adoptés.

Paragraphe 4

35. Le PRÉSIDENT dit qu'il convient de compléter le paragraphe de la manière suivante : « À sa 2664^e séance, le 18 août 2000, la Commission a examiné et approuvé le rapport du Groupe de planification ».

Le paragraphe 4, ainsi complété, est adopté.

Paragraphe 5

Le paragraphe 5 est adopté.

Paragraphe 6

36. M. PELLET dit qu'il conviendrait de préciser que chacun des sujets choisis a été assigné à un membre « de la Commission ».

Le paragraphe 6, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 7 à 9

Les paragraphes 7 à 9 sont adoptés.

Paragraphe 10

37. M. SIMMA dit qu'il souhaiterait que l'expression « n'était pas comparable à » soit remplacée par « était différent de ».

Le paragraphe 10, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 11 à 14

Les paragraphes 11 à 14 sont adoptés.

B. – Date et lieu de la cinquante-troisième session

C. – Coopération avec d'autres organismes

Paragraphe 15 à 20

Les paragraphes 15 à 20 sont adoptés.

Les sections B et C sont adoptées.

D. – Représentation à la cinquante-cinquième session de l'Assemblée générale

Paragraphe 21

Le paragraphe 21 est adopté.

Paragraphe 22

38. Le PRÉSIDENT dit que le bureau recommande que M. Sreenivasa RAO, Rapporteur spécial sur le sujet de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses), soit chargé d'assister aux travaux de la Sixième Commission. S'il n'entend pas d'objection, il considérera que la Commission approuve cette recommandation.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 22, ainsi complété, est adopté.

La section D, telle que modifiée et complétée, est adoptée.

Document A/CN.4/L.598/Add.1

E. – Séminaire de droit international

F. – Conférence commémorative Gilberto Amado

Paragraphe 1 à 15

Les paragraphes 1 à 15 sont adoptés.

Les sections E et F sont adoptées.

L'ensemble du chapitre IX, tel que modifié, est adopté.

CHAPITRE III. – Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission (A/CN.4/L.592)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

39. Le PRÉSIDENT propose de supprimer la première phrase et de remanier le paragraphe en une seule phrase qui se lirait ainsi : « La Commission souhaiterait recevoir des gouvernements des commentaires et observations sur l'intégralité du texte du projet d'articles adopté à titre provisoire par le Comité de rédaction, en particulier sur tout point qu'elle pourrait avoir à examiner plus avant pour pouvoir mener à bien la seconde lecture à sa cinquante-troisième session, en 2001 ». S'il n'entend pas d'objection, il considérera que la Commission accepte cette proposition.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 3 à 6

Les paragraphes 3 à 6 sont adoptés.

L'ensemble du chapitre III, tel qu'il a été modifié, est adopté.

CHAPITRE II. – Résumé des travaux de la Commission à sa cinquante-deuxième session (fin*) [A/CN.4/L.591]

Paragraphe 6 (fin*)

40. Le PRÉSIDENT dit que, le rapport du Groupe de planification sur le programme de travail à long terme ayant désormais été présenté, il propose à la Commission, s'il n'y a pas d'objection, d'adopter le paragraphe 6 du chapitre II du rapport, qui avait été laissé en suspens.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 6 est adopté.

L'ensemble du chapitre II, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Le rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-deuxième session, dans son ensemble, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Clôture de la session

41. Après un échange de félicitations et de remerciements, le PRÉSIDENT prononce la clôture de la cinquante-deuxième session de la Commission du droit international.

La séance est levée à midi.

* Reprise des débats de la 2655^e séance.

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 الى : الأمم المتحدة ، قسم البيع في نيويورك أو في جنيف .

如何获取联合国出版物

联合国出版物在全世界各地的书店和经售处均有发售。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.

CÓMO 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.
